



Recurso nº 924/2016 C.A. Galicia 130/2016

Resolución nº 929/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 11 de noviembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.B.M., en representación de la empresa DISPAL ASTUR, S.A. (en adelante DISPAL o la recurrente), contra la exclusión de su oferta, por baja anormal, en la licitación del lote 4 del contrato de *“Suministro del equipamiento TIC para centros educativos en el marco del proyecto Abalar, cofinanciado en un 80 por ciento por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional”* (expediente 40/2016), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia, -en lo sucesivo AMTEGA o el órgano de contratación-, convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en el Diario Oficial de Galicia y en el BOE los días 28 y 31 de mayo y 7 de junio de 2016, respectivamente, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de suministro de equipamiento TIC para centros educativos públicos. El valor estimado del contrato y presupuesto de licitación (sin IVA) para los cinco lotes que lo componen se cifra en 1.356.000,00 €. El precio de licitación (sin IVA) del lote 4 –encerados digitales- es de 144.000 € (para un mínimo de 200 unidades y un precio unitario máximo de 720 €). Para este lote fueron admitidas siete ofertas, entre ellas la de DISPAL.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato

de suministro, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En el apartado K de la hoja de especificaciones del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se especifican los distintos criterios de adjudicación. En el lote 4, los no evaluables mediante fórmula se valoran hasta 50 puntos; las características de la garantía (duración y tiempo de la incidencia) se valoran con 10 puntos y el precio con 40 puntos. En el mismo apartado K se indican los parámetros para determinar las ofertas con baja anormal o desproporcionada; se consideraran que incurren en tal presunción las proposiciones cuya baja (B_i) exceda en diez o más unidades al valor de la “baja de referencia B_r ”. Siendo:

B_i = Baja de la oferta, en porcentaje respecto al precio de licitación.

n = Número de ofertas admitidas.

B_m = Baja de la media aritmética de las ofertas admitidas en el lote correspondiente.

$$\sigma = \text{desviación típica de las bajas} = \sqrt{\frac{\sum_{i=1}^n (B_i - B_m)^2}{n}}$$

B_r = media aritmética de las bajas de las ofertas que cumplan la condición:

$$(B_m - \sigma) \leq B_i \leq (B_m + \sigma)$$

Cuarto. Tras los trámites oportunos, en la sesión de la mesa de contratación celebrada el 9 de septiembre de 2016 se dio cuenta de la puntuación obtenida por los licitadores en los criterios no evaluables automáticamente (sobre B) en el lote 4. La oferta de DISPAL obtuvo la tercera puntuación más alta (39,5 puntos). A continuación se procedió a la apertura de sobres y lectura de las ofertas económicas y de condiciones de la garantía de las siete proposiciones admitidas. El mismo día, se advierte que la oferta de DISPAL presenta valores anormales o desproporcionados de acuerdo con los parámetros establecidos en el PCAP. El precio unitario ofertado es de 264,22 €; supone una baja del 63,3 % respecto al precio de licitación, por lo que supera en más de diez puntos a la *baja de referencia* de las ofertas presentadas (52,7 %). Se le requirió para que, en el plazo de tres días hábiles



presentara la justificación de su oferta, y precisara *“las condiciones de la misma, en particular cuáles son sus ventajas comparativas (ahorro obtenido sobre valores de mercado, soluciones técnicas propuestas, originalidad de las prestaciones, etc.)”*.

Quinto. En la justificación de su oferta, presentada el 13 de septiembre de 2016, dentro del plazo habilitado, DISCAL hizo referencia a su solvencia económica y financiera y a su experiencia en este tipo de suministros. Manifestaba que había *“obtenido unas condiciones económicas muy beneficiosas del mayorista”* y acompañaba la oferta de éste por un precio unitario total (con 5 años de garantía) de 252,58 €. Señalaba también que su oferta *“se ha elaborado asumiendo una estrategia comercial agresiva, que nos permite el posicionamiento firme en el mercado de Educación. Por ello, contando con la conformidad del fabricante (ver documento adjunto), y en colaboración con nuestro mayorista, hemos planteado una oferta competitiva, con un margen comercial del 4,40%...”*.

Sexto. La mesa de contratación solicitó informe al área de soluciones tecnológicas sectoriales de AMTEGA, que en informe de 13 de septiembre, concluyó que la oferta no estaba suficientemente justificada porque *“... no se identifican los costes del servicio de garantía in-situ... ni nada que permita conocer y acreditar la viabilidad por parte del licitador en la prestación de ese servicio en las condiciones y con los niveles de servicio indicados en los pliegos...”*. Señala que el servicio de mantenimiento *in-situ* es un elemento fundamental del objeto del contrato, y que la falta de justificación, *“bien de los costes asociados a este servicio, bien de los mecanismos y condiciones del licitador para prestar el servicio con sus propios medios o con otros ajenos, o bien de los procedimientos con los que se va a realizar, no permite afirmar que la prestación de esta parte del objeto del contrato queda justificada por parte del licitador”*. Considera el informe técnico que ante esa falta de información, dado el escaso margen comercial, no se puede garantizar que la oferta de DISPAL permita afrontar los compromisos de suministro y garantía *in-situ*, durante los 5 años del periodo de la garantía ofertados.

El 14 de septiembre la mesa de contratación, aprobó el informe anterior, acordó la exclusión de DISPAL y propuso como adjudicataria a la oferta presentada por ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A. El acuerdo de exclusión se notificó por correo electrónico a la recurrente con fecha de 15 de septiembre de 2016.



Séptimo. El 3 de octubre, previo anuncio al órgano de contratación, DISPAL presentó en el registro electrónico del Tribunal, escrito de interposición de recurso especial contra el mencionado acuerdo de exclusión. Alega que el concepto de garantía *in-situ* incluye “*dos costes diferenciados: el de reposición de piezas y la de asistencia y desplazamiento de personal técnico al lugar donde están ubicados los productos En el caso de la oferta de DISPAL, la garantía entendida como reposición de piezas está incluida en el precio del producto y este extremo es asumido por el mayorista... En cuanto al in-situ, entendido como un desplazamiento... no implica un coste adicional... ya que es asumido por personal propio de la estructura de DISPAL. Por tanto, son costes que se consideran englobados en los gastos generales de estructura de la empresa y que no son imputables a operaciones concretas*”. Señala también que en la justificación ya hizo constar que la oferta asumía una estrategia comercial, con el objetivo de ampliar su cartera de clientes en el mercado de educación y que el margen comercial, del 4,40%, era suficiente para absorber los costes indirectos y de estructura de la empresa. Considera que el informe en que se basa su exclusión, no contradice las explicaciones aportadas, ni justifica que su proposición no pueda ser cumplida y que “*nada impedía solicitar una aclaración adicional sobre el extremo que planteaba la duda, antes de proceder a la evacuación del informe y la exclusión del procedimiento*”. Pone de manifiesto que su oferta resulta desproporcionada por menos de un punto respecto al porcentaje de baja que marca el umbral de temeridad y que este mínimo diferencial “*no compromete ni la viabilidad del suministro, ni la calidad del servicio, ni mucho menos la viabilidad de la empresa,...*”.

Octavo. El expediente administrativo se recibió en este Tribunal el 18 de octubre. El informe de AMTEGA se recibió el día 20. En el mismo, reitera lo recogido en el informe técnico de 13 de septiembre y concluye que, puesto que el licitador no incluyó en su justificación referencia alguna de uno de los elementos fundamentales del contrato, su actuación “*supone un incumplimiento de las obligaciones establecidas en los pliegos que conllevan su exclusión de la licitación*”.

Noveno. El 20 de octubre de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, habiendo evacuado el trámite la mercantil ALGORITMOS, PROCESOS Y DISEÑOS, S.A.



El 13 de octubre, el Tribunal acordó conceder la medida provisional solicitada consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se recurre la exclusión en la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 41.3 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE del día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación de la que fue excluida y en la que podría resultar adjudicataria.

Cuarto. La oferta de DISPAL resultaba desproporcionada de acuerdo con los parámetros del apartado K del PCAP, transcrito en el antecedente tercero, y se le pidió que justificara la baja, lo que hizo en el plazo habilitado. La mesa de contratación solicitó el oportuno informe técnico que propuso no aceptar la justificación presentada, por lo que se acordó la exclusión. Así lo acordó la mesa de contratación por considerar que la *“baja no está suficientemente justificada”*.

Por tanto, hemos de concluir que, en cuanto al procedimiento seguido respecto a las ofertas presuntamente desproporcionadas, se ha dado *“audiencia al licitador... para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,...”* y se ha solicitado *“el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*, tal como dispone el artículo 152.3 del TRLCSP. Con la notificación del acuerdo de exclusión a DISPAL se adjunta el informe técnico sobre el que se basa la misma y en el que se explicitan los motivos por los que no se ha considerado suficientemente justificada su oferta.

Puesto que el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación se basa en el informe técnico resumido en el antecedente sexto y no es objeto de controversia que la oferta de DISPAL incurra en presunción de temeridad, la cuestión de fondo a considerar es si la justificación de la oferta era o no suficiente, y si los argumentos del informe técnico, que hizo suyos la mesa de contratación, evidencian la conveniencia de un interés público que justifica la exclusión del procedimiento.

Quinto. En cuanto a las razones que motivan la exclusión, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y en numerosas resoluciones hemos puesto de relieve que ello exige de una resolución “*reforzada*” que desmonte las justificaciones del licitador. No se trata, por tanto, de que éste justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

En este caso, aunque la baja de la oferta de DISPAL (63,3 %), es ligeramente superior al umbral de temeridad (62,71 %) resultante de aplicar la fórmula prevista en el PCAP, lo cierto es que dada la entidad de las bajas propuestas, la oferta (264,22 €), aunque queda apenas 4 € por encima de ese umbral, resulta un 22,4 % más baja que la media de referencia de las ofertas, coincidente con la que resultaría de aplicar los parámetros establecidos en el artículo 85 del RGLCAP.

Las justificaciones de la recurrente se han resumido en el antecedente quinto. Las más relevantes se refieren a que el coste del suministro y gastos de envío le permiten un margen suficiente (4,40 %), dado su interés estratégico por el mercado de equipamiento TIC para centros educativos.

El informe técnico en que se funda el acuerdo de exclusión señala como única objeción significativa que DISPAL no justifica ni documenta el coste de prestación de la garantía *in-situ*, elemento relevante en el objeto del contrato. El informe considera que tales costes



deberían haberse detallado y, al no hacerlo, no se puede garantizar que la oferta de DISPAL le permita afrontar sus compromisos en la prestación del servicio de garantía *in-situ*.

Ya hemos indicado que en este trámite de justificación de la oferta no se trata de hacerlo exhaustivamente, sino de argumentar de modo convincente que se puede llevar a cabo. Lo que se le requirió a DISPAL es que precisara las ventajas comparativas de su oferta, con referencias genéricas al ahorro obtenido sobre valores de mercado, o las soluciones técnicas propuestas. La desconfianza que expresa el informe técnico sobre los argumentos aportados, se basa sólo en que no incluye valoración ni documentación alguna del coste de la garantía *in-situ*. En el trámite de justificación de la oferta, bien se pudo requerir tal documentación, antes de proceder y acordar una medida tan drástica como la exclusión del procedimiento; tal requerimiento en modo alguno habría afectado al principio de igualdad de trato. Al no haberlo hecho así, los argumentos para excluir la oferta de DISPAL quedan vacíos de contenido efectivo.

En modo alguno cabe deducir, como hace el órgano de contratación en su informe sobre el recurso, que el hecho de no detallar o desglosar los costes de la garantía *in-situ* implique un incumplimiento de las obligaciones establecidas en los pliegos. Como se argumenta en el recurso, el coste adicional de esa garantía es básicamente un coste de desplazamiento del personal propio de la estructura de DISPAL, que debe entenderse incluido en los costes generales de estructura de la empresa y dentro del margen comercial considerado.

En conclusión, una vez examinadas las justificaciones de la recurrente y las manifestaciones contrarias del órgano de contratación, este Tribunal entiende que las primeras son suficientes para justificar una baja como la propuesta por lo que su oferta no debió ser excluida.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. A.B.M., en representación de la empresa



DISPAL ASTUR, S.A., contra la exclusión de su oferta, por baja anormal, en la licitación del lote 4 del contrato de *“Suministro del equipamiento TIC para centros educativos en el marco del proyecto Abalar, cofinanciado en un 80 por ciento por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional”*, anular el acuerdo impugnado y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas económicas, entre las que se deberá incluir la de la recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada.

Tercero. Declarar que no se aprecia concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.