



Recurso nº 438/2017 C.A. de la Región de Murcia 52/2017

Resolución nº 560/2017

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

En Madrid, a 23 de junio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. O. F., en representación de la empresa EMURTEL, S.A, (en adelante, EMURTEL o la recurrente) contra la exclusión de su oferta y la adjudicación consiguiente en la licitación para la contratación por la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, del servicio de *“Asistencia técnica de apoyo a la gestión de los sistemas informáticos de la Dirección General de Patrimonio e Informática”* (Expediente 72/16), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Hacienda y Administración Pública de la C.A. de la Región de Murcia (en lo sucesivo, la Consejería o el órgano de contratación) convocó licitación para la contratación del servicio de asistencia técnica de apoyo a la gestión de los sistemas informáticos de la Dirección General de Patrimonio e Informática. El anuncio se publicó, entre otros medios, en el DOUE, el día 3 de enero de 2017. El valor estimado del contrato se cifra en 1.979.415,00 €. El presupuesto base de licitación (sin IVA) asciende a 989.707,50 €. Se presentaron y fueron admitidas tres ofertas, entre ellas la de EMURTEL.

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 servicios, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En el apartado P del Cuadro resumen del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se establece que: *“Se considerarán anormales o desproporcionadas las ofertas que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas”*.

Tras los trámites oportunos, el 10 de febrero, en sesión pública de la mesa de contratación se procedió a la lectura de la puntuación correspondiente a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor. EMURTEL obtuvo 3,82 puntos; a la oferta de Ayesa Advanced Technologies, S.A. (en adelante AYESA) se le dio la máxima puntuación (20 puntos); a la otra licitadora (UTE Oesía-Inforges) se le puntuó con 19,18 puntos.

Tras la apertura de las ofertas económicas se constató que en las de AYESA y EMURTEL no coincidía la oferta total por dos años con el importe resultante de multiplicar el número de horas previstas por los precios/hora ofertados; además, en el caso de EMURTEL la oferta económica (649.097,87 €) resultaba un 18 % inferior a la media de las tres ofertas, por lo que incurría en presunción de temeridad.

En respuesta a la solicitud de aclaración sobre su oferta económica, AYESA ratificó que era la que resultaba de aplicar los precios/hora ofertados al número de horas previstas, cuyo importe era de 786.863,36 € (IVA excluido). En la oferta global, por error material, había reflejado una cifra (952.104,66 €) en la que ya estaba incluido el IVA.

En el caso de EMURTEL, la diferencia entre ambas cifras era mínima; el resultado de aplicar los precios/hora, era de 648.936,16 €, apenas 162 € por debajo de la cifra global recogida en su oferta. Sólo se le requirió para que, dada la desproporción de su oferta económica, la justificara y precisara las condiciones que la hacían posible.

Cuarto. La empresa ahora recurrente remitió la justificación requerida. En ella detallaba los costes directos considerados en su oferta económica: de personal, en horario laboral, horas extras y equipo de guardias y gastos de formación. En el coste total incluía además unos gastos generales del 5,76 % y esperaba un beneficio del 5,67 % hasta alcanzar el precio total ofertado. Resaltaba como condición excepcional el hecho de disponer ya *“de una estructura operativa en funcionamiento en Murcia desde hace más de 17 años”*, que

le permite reducir los costes no directos y minimizar los costes asociados a equipamiento y herramientas. Señala también que, debido a la situación económica y laboral *“ha decidido priorizar el objetivo de mantener y fortalecer su volumen de negocio y su estructura y personal, en detrimento de su beneficio industrial que ajusta al mínimo en este contrato”*. Señala por último que está realizando actuaciones similares lo que le permite conocer los costes reales y dispone de los medios técnicos y materiales libres para este contrato.

Quinto. Por parte del Jefe de Servicio de Sistemas Informáticos, el 10 de marzo se emitió informe (en adelante, el informe técnico) sobre la justificación presentada en el que considera que EMURTEL no ha incluido o ha subestimado algunos costes, por lo que incurriría en pérdidas significativas, que serían aún mayores si se materializan alguno de los riesgos identificados. Propone a la mesa de contratación que excluya la oferta presentada por ser desproporcionada.

Dicho informe aprecia que los costes no incluidos o deficientemente estimados en la justificación se refieren a: i) el coste del aval (que cifra en 652,34 €); ii) el coste por incremento salarial por tratarse de un contrato plurianual (5.071,31 €); iii) el coste por trabajo fuera de horario laboral se ha infravalorado (55.603,64 €) y iv) el coste de formación no es susceptible de bonificación, como se pretende en la justificación, por lo que hay también un mayor coste de 4.976,25 €.

Manifiesta también el informe que hay riesgos no identificados en la justificación y para los que no existe presupuesto; son los costes en que incurriría el licitador en caso de tener que cambiar un técnico (2.434,80 €) o en el caso de que el número total de horas a demandar por la administración sólo fuera el 90 % de las estimadas (16.011,04 €).

En la sesión del 13 de marzo, la mesa de contratación hizo suyo el informe anterior y acordó la exclusión de EMURTEL por estimar que su oferta no puede ser cumplida.

El 16 de marzo, la mesa de contratación propuso la adjudicación en favor de AYESA por importe de 786.863,36 € (IVA excluido) y una puntuación total de 100 puntos. Así se resolvió por parte del órgano de contratación, mediante acuerdo de 20 de abril notificado electrónicamente a la recurrente el día 21 de abril.

Sexto. El 9 de mayo, EMURTEL presentó en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de interposición de recurso especial, anunciado previamente al órgano de contratación. Solicita que se anule el acuerdo de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones al momento de valoración de las ofertas económicas, con inclusión de la suya.

Señala que la justificación aportada era suficiente y que, respecto a los costes no computados o deficientemente estimados: i) el coste del aval, estaría asumido en la partida de gastos generales; ii) el coste salarial computado, como se indicaba en la justificación, es del orden de un 6% superior al convenio, por lo que no resultaría afectado por las subidas salariales de éste; iii) en las 3.600 horas de los técnicos adicionales propuestos se incluyen las 1.190 horas que se han de hacer fuera del horario laboral según el pliego; iv) los cursos de formación se imparten también al personal de la empresa destinado al contrato, que son los que se bonifican.

En cuanto a los riesgos no tenidos en cuenta, considera la recurrente que *“es improcedente su consideración a efectos de determinar la aceptación o rechazo de una baja desproporcionada, por cuanto corresponde al riesgo y ventura del contratista”*.

En otro orden de cosas, manifiesta que el informe de valoración de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, carece de motivación suficiente, *“ya que se limita a reproducir los baremos de puntuación y exponer directamente las puntuaciones finales, sin justificar ni desglosar adecuadamente las razones por las que se ha asignado una determinada puntuación y no otra a cada licitador”*.

Se refiere por último al hecho de que a la adjudicataria se le pidió aclaración de su oferta económica. En el caso de EMURTEL no se le pidió aclaración, lo que juzga que le perjudicó por cuanto, de haber podido subsanar la cifra, la puntuación total de su oferta habría sido superior a la de la adjudicataria. Entiende que, en todo caso, no se debía haber pedido subsanación a ninguna de las licitadoras *“por cuanto la respuesta de las mismas se produce conociendo estas las propuestas del resto”*.

Séptimo. El expediente administrativo se recibió en este Tribunal el 17 de mayo, junto al informe del órgano de contratación, en el que da cuenta de las actuaciones realizadas y

solicita la desestimación del recurso. Pone de relieve que, en cuanto a la justificación de la baja desproporcionada se ha puesto de manifiesto de forma razonada que la empresa no identifica todos los costes que tiene que asumir, ni reserva un presupuesto para la gestión de riesgos y, en particular, en cuanto al *coste por trabajo fuera del horario laboral*, no ha entendido los pliegos.

En el informe sobre el recurso del Jefe del Servicio de Sistemas Informáticos, que se acompaña, se pone de relieve que una oferta (como es el caso de EMURTEL) *“que incluya dos técnicos adicionales con dedicación total al servicio, tiene una capacidad «adicional» de trabajo de 3.600 horas al año, además de las horas ya demandadas en los pliegos y que no son negociables (14.400 horas en horario laboral y 1.190 fuera de horario laboral)”*. La pretensión de EMURTEL de asumir el coste de las 1.190 horas fuera de horario laboral (que se exigen como parte indispensable de los pliegos) con los técnicos adicionales, entiende que *“no se corresponde con el espíritu y el contenido objetivo del pliego”*.

El informe del órgano de contratación se refiere también a la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor; considera que *“la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica de la Administración, existe motivación adecuada y suficiente y el informe está suscrito por profesionales del Centro Regional de Informática de la Dirección General de Informática y Patrimonio”*.

Respecto a la petición de subsanación de la oferta económica, la mesa de contratación consideró que en el caso de EMURTEL la diferencia era mínima *“acordando tomar como válido el importe dado por la empresa, y más teniendo en cuenta que aun así incurría en presunción de temeridad”*.

Octavo. El día 18 de mayo de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las otras dos licitadoras para que pudieran formular alegaciones. Así lo han hecho ambas, la UTE OESÍA-INFORGES y la adjudicataria AYESA, para solicitar la desestimación del recurso. La primera destaca el hecho de que *“la recurrente está reconociendo en su recurso que para la realización de los trabajos fuera de horario laboral (...) va a emplear a los técnicos que ha incluido en el concepto de mayor aportación de recursos. Cuando esta aportación añadida está prevista para poder*

conseguir hasta un total de 40 puntos adicionales, pero en ningún caso para ejecutar el servicio ordinario derivado del contrato por el que la empresa va a facturar las tarifas establecidas (...)”.

Por su parte, AYESA se refiere a la discrecionalidad técnica de la Administración para valorar la temeridad de la oferta y si la misma puede o no ser cumplida, por lo que entiende que *“dado que la presunción de anormalidad o desproporción en la oferta no ha sido enervada por el recurrente a juicio de la Mesa de Contratación ni tampoco se han aportado nuevos elementos que permitan alterar tal calificación, el motivo de recurso debe ser desestimado”*.

Sobre la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor destaca AYESA que la recurrente *“no discute, rebate o discrepa de cualquier puntuación, aspecto o valoración alguna”* y señala por su parte que la valoración técnica efectuada *“ha sido efectivamente motivada y no presenta atisbos de arbitrariedad, ni error”*.

Sobre la subsanación del error en la oferta de EMURTEL, señala la adjudicataria que tal subsanación *“tampoco habría enmendado la situación de baja desproporcionada de su oferta con arreglo a parámetros objetivos”*. En cuanto a la corrección del error de su propia oferta, reitera AYESA que se trataba de un mero error material susceptible de aclaración derivado de que *“multiplicó por dos (los dos años de duración del contrato) el importe anual del servicio incluyendo el IVA, esto es 476.052,33 €, y trasladando este importe a la oferta sin IVA”*. la subsanación del error *“no constituyó de ningún modo una nueva oferta, por cuanto es evidente, que (...) por un mero error involuntario trasladó el importe anual del servicio incluyendo el IVA a la oferta sin IVA, por lo que mal puede hablarse de una supuesta vulneración de los principios de transparencia y de igual de trato entre los licitadores”*

Noveno. El 25 de mayo, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se impugna la exclusión de la oferta de la recurrente y la consiguiente adjudicación en la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada,

acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, publicado en el BOE del 21 de noviembre de 2012.

Segundo. La legitimación activa de EMURTEL viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación en la que ha sido excluida y en la que habría podido resultar adjudicataria. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44.

Tercero. En el procedimiento seguido respecto a la oferta presuntamente desproporcionada, 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.

Puesto que la exclusión de la oferta de EMURTEL se basa en el informe técnico resumido en el antecedente quinto, la cuestión de fondo a considerar es si la justificación de la empresa recurrente era suficiente, o si, como sostiene ese informe, no se había justificado adecuadamente el valor desproporcionado de la oferta, lo que evidenciaría la conveniencia de un interés público para excluirla del procedimiento.

Cuarto. En cuanto a la fundamentación de la exclusión, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y 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. Y, obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. Pero, en todo caso, la justificación de la oferta incurso en presunción de temeridad, no tiene por objeto *demonstrar* su viabilidad sino explicar satisfactoriamente la baja propuesta y permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En igual sentido, el artículo 69.3 de la nueva

Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), señala que: *"El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos..."*

Para justificar su propuesta, como indica el artículo 152.3 del TRLCSP, el licitador precisará, en particular, el *"ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación"*. Esas precisiones no exigen que, como parece pretender el informe técnico, se deban facilitar datos exhaustivos sobre todos y cada uno de los costes considerados.

En este caso la desproporción de la oferta era muy elevada (un 17,5 % inferior a la de la adjudicataria AYESA) y los argumentos de EMURTEL para justificarla se fundaban en el hecho de disponer de una estructura operativa en funcionamiento en Murcia y en su objetivo de fortalecer su volumen de negocio, estructura y personal, en detrimento de su beneficio industrial. En la justificación aportó datos cuantitativos detallados del coste salarial según categorías y horas de trabajo.

El informe técnico en que se funda el acuerdo de exclusión, resumido también en el antecedente quinto, se basa en la identificación de los costes no tenidos en cuenta o insuficientemente estimados por EMURTEL. Las observaciones relativas al coste del aval, el incremento salarial del convenio o la no bonificación de los cursos de formación, carecen de entidad para fundamentar la no aceptación de la justificación presentada. Lo mismo cabe decir de los posibles riesgos no identificados en la justificación; como alega la recurrente no es exigible su evaluación a efectos de determinar la justificación de una baja desproporcionada y las contingencias identificadas (sustitución de personal; volumen final de la contratación), corresponden al riesgo y ventura del contratista.

La objeción más relevante se refiere a las horas de trabajo computadas para estimar el coste de personal. Aparte de las guardias, EMURTEL en su justificación (y lo reitera en el recurso), consideró un total de 14.400 horas en horario normal para 8 trabajadores (*1 coordinador; 6 técnicos senior y 1 técnico junior*) y otras 3.600 horas para los 2 técnicos adicionales propuestos como mejora; entiende que las horas de trabajo (no guardias) a

realizar fuera de horario laboral (noches y sábados, domingos y festivos) quedan englobadas en las 3.600 horas de los 2 técnicos adicionales.

Pero tal justificación carece de fundamento. El cuadro resumen del contrato, en el apartado E, relativo a la determinación del precio, contempla las horas de dedicación estimada fuera de horario laboral: 180 horas para el *coordinador* y 1.010 horas para los *técnicos senior*. Así se recoge también en el propio modelo de oferta, en el que el licitador debe proponer un precio hora para esas categorías y horarios. Por otra parte en el apartado P de criterios de adjudicación, entre los de valoración automática se considera:

“Mayor aportación de recursos (hasta 40 puntos, valoración automática).

Se valorarán la aportación de técnicos adicionales que cumplan los siguientes requisitos:

- Deberán haber acabado estudios oficiales en áreas de informática.*
- Deberán disponer de la certificación “ITIL Foundations”.*

El número máximo de técnicos adicionales que se pueden incluir en la oferta es dos.

La puntuación de este criterio se hará según dos componentes:

Puntuación según dedicación:

- 20 puntos por cada técnico, siempre que tenga una dedicación de 1.800 horas anuales.*
- Si la dedicación es menor, la puntuación será proporcional a la dedicación, (...)*

Puntuación según experiencia:

La puntuación obtenida en el componente anterior será ponderada según los años de experiencia (...)

Los posibles recursos adicionales aportados estarán sujetos a lo especificado en el apartado “Modificaciones en la composición del equipo de trabajo” del Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Como se alega por uno de los licitadores (UTE OESÍA-INFORGES) con la aportación de dos técnicos adicionales (para los que se define un perfil distinto del coordinador y del técnico senior) se obtienen en la valoración de la oferta hasta 40 puntos, pero se entiende que no son para ejecutar el servicio ordinario por el que la empresa va a facturar según las tarifas incluidas en su oferta. Entre tales tarifas ha especificado las del precio hora del coordinador (y del técnico senior) en horario nocturno o en sábados, domingos y festivos,

pero, obviamente, no la de los *técnicos adicionales*, cuya prestación, como mayor aportación de recursos, no es objeto de facturación, sino de valoración entre los criterios de adjudicación con una puntuación tan elevada como la de la propia oferta económica (40 puntos).

En resumen, la prestación prevista en el PCAP, aparte de guardias, es de 14.400 horas en horario laboral y de otras 1.190 por parte del mismo personal (coordinador y técnicos senior). Las 3.600 horas de los 2 *técnicos adicionales*, tienen obviamente ese carácter *adicional* y, por tanto, en su coste no puede considerarse incluido el de las horas extra fuera de horario laboral (noches y días no laborables) del equipo de trabajo. El coste de tales horas, no considerado en la justificación de la oferta, cifrado en 55.603,64 € en el informe técnico, tiene entidad suficiente para entender, como hace la Consejería, que los documentos aportados por EMURTEL no explican satisfactoriamente el bajo nivel del precio ofertado por lo que su oferta debe ser rechazada.

El Tribunal entiende por tanto que el rechazo de la oferta de EMURTEL, y su consiguiente no inclusión en la clasificación, está fundado. Aceptado este extremo procede la consiguiente desestimación del recurso, por lo que resulta innecesario manifestarse sobre las restantes cuestiones de fondo planteadas en el mismo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A. O. F., en representación de la empresa EMURTEL, S.A., contra la exclusión de su oferta y la adjudicación consiguiente en la licitación para la contratación por la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, del servicio de *“Asistencia técnica de apoyo a la gestión de los sistemas informáticos de la Dirección General de Patrimonio e Informática”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del TRLCSP.



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 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, 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.