



Recurso nº 164/2012

Resolución nº 183/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 6 de septiembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. E. R.S.V. en representación de la mercantil “DEUSTO SISTEMAS, S.A.”, contra la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, notificada en fecha 31 de julio de 2012, de adjudicación de la *“Contratación del Servicio Técnico para la gestión de un Centro de Atención a Usuarios (CAU) de aplicaciones externas gestionadas por la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 28 de abril de 2012, en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 26 de abril de 2012 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 24 de ese mismo mes, convocó licitación para la adjudicación de la *“Contratación del servicio técnico para la gestión de un centro de atención a usuarios (CAU) de aplicaciones externas gestionadas por la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”* por importe de 1.718.327,81 € (IVA excluido), y para un periodo de 24 meses prorrogables por igual periodo, a la que presentó oferta, entre otras, la hoy recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo por procedimiento abierto con tramitación ordinaria, de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), 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 aprobado por Real Decreto

1098/2001, de 12 de octubre, que conserva parcialmente su vigencia en cuanto no se oponga al nuevo texto legal y en tanto no se aprueben nuevas normas reglamentarias.

Tercero. La Mesa de Contratación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en sesión celebrada el día 13 de junio de 2012 procedió a la evaluación del informe técnico emitido por la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones en relación a las proposiciones técnicas, y, seguidamente a la apertura y lectura pública de los sobres 3, que contienen las proposiciones económicas y criterios evaluables mediante fórmula, que se evaluaron en la misma sesión.

Advirtiéndose entonces que la oferta de “DEUSTO SISTEMAS, S.A.” incluía un posible valor anormal o desproporcionado, por superar el 40% de descuento sobre el techo de la licitación, de acuerdo con los parámetros establecidos en la Cláusula VIII.8.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, procedió la Mesa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP a dar audiencia al contratista a fin que justificase la valoración de la oferta y precisase las condiciones de ejecución, trámite que la mercantil requerida evacuó mediante escrito de alegaciones presentado el 27 de junio de 2012.

La Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, a la vista de la documentación presentada por la mercantil hoy recurrente, emitió informe de fecha 29 de junio de 2012 que concluía proponiendo la exclusión de “DEUSTO SISTEMAS, S.A.” por considerar que *“de los datos aportados resultaría que los servicios ofertados no podrían ser cumplidos”*.

Analizado el referido informe por la Mesa de Contratación en sesión de 4 de julio de 2012, ésta concluye que la oferta no podrá ser cumplida como consecuencia de los valores anormales o desproporcionados que presenta y propone al órgano de contratación la exclusión del licitador cuestionado y la adjudicación a favor de la siguiente empresa en el orden de valoración.

Cuarto. El 31 de julio de 2012 se publica en la Plataforma de Contratación del Estado y se notifica a los licitadores la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Empleo y Seguridad Social por la que se acuerda la adjudicación del contrato a la empresa “TECNOLOGÍA E INGENIERÍA DE SISTEMAS Y SERVICIOS AVANZADOS DE

TELECOMUNICACIONES, S.A.” por haber presentado la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios establecidos en el pliego de condiciones particulares, y en la que se hace constar la exclusión del procedimiento de la oferta presentada por “DEUSTO SISTEMAS, S.A.” al considerar que no puede ser cumplida como consecuencia de los valores anormales o desproporcionados que contiene.

Quinto. El día 14 de agosto de 2012 la hoy recurrente formuló ante el órgano de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP, anuncio previo a la interposición de recurso especial en materia contractual, recurso que interpuso mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 17 de agosto de 2012.

Sexto. El 21 de agosto de 2012 se recibe en el Tribunal el expediente de contratación acompañado del informe del órgano de contratación. En esa misma fecha, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Séptimo. Interpuesto el recurso, con fecha 22 de agosto de 2012 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, habida cuenta que el órgano de contratación se integra en la Administración General del Estado.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, toda vez que la mercantil recurrente concurrió a la licitación y no resultó adjudicataria, y es, por ende, titular de un derecho o interés legítimo que puede verse afectado por la resolución de adjudicación recurrida, en los términos exigidos por el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto recurrido es la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Empleo y Seguridad Social por la que se acuerda adjudicar la *“Contratación del Servicio Técnico para la gestión de un Centro de Atención a Usuarios (CAU) de aplicaciones externas gestionadas por la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”*, esto es, la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada (contrato de servicios de la categoría 5 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado supera los 130.000 €) por el procedimiento abierto y siguiendo la tramitación ordinaria por parte de la Administración General del Estado.

Se trata, por tanto, de un acto susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo establecido en los apartados 1.a) y 2.b) y c) del artículo 40 del TRLCSP, en relación con el artículo 16.1.a) del mismo texto legal.

Cuarto. En la interposición del recurso se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. La única cuestión planteada como motivo impugnatorio por la recurrente aparece referida a la apreciación de la temeridad de la oferta presentada por ella, de la que a su juicio no adolece, razón por la que solicita la nulidad de la adjudicación y la retroacción de actuaciones al momento en que su oferta fue excluida.

Diversas resoluciones de este mismo Tribunal (por todas, Resoluciones 40/2012 o 222/2011) ya han venido a señalar que si bien el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española, sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación los de libre competencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico.

Ahora bien, por excepción, y, precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que una propuesta reúna tal característica y no sea considerada sin

embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (artículo 55 de la Directiva 18/2004/CE, de 31 de marzo), como el español (vigente artículo 152 del TRLCSP) contemplan la eventualidad de que la oferta inicialmente más ventajosa no sea la que sirva de base para la adjudicación.

Se prevé así la facultad de exclusión del procedimiento de licitación de aquellas ofertas que, precisamente por incluir valores anormales o desproporcionados, se estime que no pueden ser cumplidas.

Debe, no obstante precisarse que, en ningún caso, la consideración de una determinada oferta o proposición como presuntamente anormal o desproporcionada puede comportar la exclusión automática de la empresa licitadora. La apreciación de la temeridad de una oferta sólo constituye una presunción o indicio, debiendo otorgarse al licitador cuestionado la posibilidad de justificar que podrá cumplir a satisfacción de la Administración en los términos ofrecidos, precisando, en el trámite de audiencia que imperativamente ha de otorgársele en el marco de un debate contradictorio, las condiciones de la composición de la oferta o proposición que hace que resulte viable tal y como ha sido formulada.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas sentencias, pudiendo citarse, entre otras, las de 10 de febrero de 1982 (C-76/1981, Ass. Transporoute), de 22 de junio de 1989 (C-103/1988, Ass. Fratelli Costanzo), de 18 de junio de 1991 (C-295/1989, Ass. Donà Alfonso) y de 27 de noviembre de 2001 (C-321/2001, Ass. Impresa Lombardini).

Así lo ha señalado también este Tribunal de Recursos Contractuales que en la Resolución 40/2012 apuntaba que *“Como también hemos señalado, la apreciación de si una oferta contiene valores anormales o desproporcionados, no es un fin en sí misma, sino un medio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. Este hecho, además, trae como consecuencia que la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática”*.

Sexto. En el presente caso, y toda vez que con arreglo a los pliegos se contemplaban varios criterios objetivos de valoración, resulta necesario acudir al apartado 2 del artículo 152 del TRLCSP que señala *“Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”*.

En aplicación de este precepto, la Cláusula VIII.8.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece que *“se podrá considerar una proposición anormal o desproporcionada cuando el precio ofertado suponga una reducción mayor al 40% sobre el techo de licitación”*, circunstancia que concurre en la oferta presentada por la recurrente que ofertó ejecutar el contrato por 864.000 €, lo que supone una baja del 49,72% respecto del presupuesto de licitación.

El propio artículo 152 del TRLCSP establece en su apartado 3 el procedimiento a seguir en este supuesto, disponiendo *“Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al 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, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.*

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en

materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada”.

A la vista de las alegaciones y de los informes técnicos a que se refiere el artículo citado, que en ningún caso le vinculan, compete al órgano de contratación decidir si la oferta puede cumplirse o no en los términos en que ha sido presentada, y en consecuencia, excluirla o no.

Séptimo. De acuerdo con la normativa expuesta, la Mesa de Contratación puso de manifiesto que la oferta presentada por la recurrente podía ser considerada anormalmente baja o desproporcionada, dando traslado a la empresa para que conforme al artículo 152.3 del texto refundido, formulara sus correspondientes alegaciones.

En sus alegaciones, la recurrente, después de hacer constar que las ofertas presentadas por los demás licitadores incluyeron un porcentaje de baja análogo al de la oferta cuestionada (baja media del 38,75%), trató de justificar la cuantía de la baja sobre el precio de licitación en su proposición económica en varios argumentos, que pueden sintetizarse en los siguientes:

- i) La plataforma o infraestructura con que el servicio habría de prestarse es una dotación con la que “DEUSTO SISTEMAS, S.A.” ya cuenta en la actualidad y que se hallaría disponible para prestar el servicio licitado, por lo que no resultaba necesario incluir este coste en el precio ofertado.
- ii) Por esa misma razón, los costes de personal se abaratan al tratarse de personal ya contratado y que no supone un coste en que la empresa deba incurrir para prestar el servicio licitado. En forma análoga, se produciría una reducción de los costes indirectos y gastos generales. Se cuantifica así el “coste del contrato” en 749.320 €, inferior a la cifra ofertada.

Las alegaciones fueron objeto de análisis detallado en el informe de la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de fecha 29 de junio de 2012, que pone de manifiesto que *“en la descripción de los medios materiales y personales de las páginas 5 y 6, donde se explica la valoración económica de los mismos, no se incluyen las mejoras adicionales ofertadas en el sobre 3 (criterios*

evaluables mediante fórmula): 2 líneas 900, 4 operadores adicionales de nivel 2, ampliación del horario de servicio hasta las 21 horas de lunes a viernes y la subcontratación de un centro de contingencias con certificación TIER IV". El informe técnico cuantifica estas mejoras del siguiente modo:

- Coste de dos operadores de nivel 2 adicionales: Utilizando como referencia el importe de la categoría y los costes asociados fijados por la propia empresa recurrente en su documento de justificación, supondrían un coste adicional de 146.720 €
- Coste de dos líneas 900: Previa consulta al operador que presta el servicio de telefonía en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (información que se adjunta), puede fijarse como valor de referencia el de 78.492 €
- Coste de ampliación del horario: No se evalúa económicamente al considerarse que resultaría posible que la empresa lo asumiese sin coste adicional reajustando los horarios del personal que se asignara al servicio.
- Coste de la subcontratación de un centro de contingencias con certificación TIER IV: También después de consultar este dato con el operador que presta el servicio de telefonía del Departamento (información que asimismo se adjunta), se fija un valor de referencia de 25.542,02 €

A la vista de lo anterior, el órgano de contratación cifra los costes económicos de la oferta presentada en 1.000.074,02 € y razona en su informe que *"evaluando todos los costes vinculados a la oferta presentada (tanto los que dan cumplimiento a los requerimientos mínimos, los ofertados como los adicionales) a partir de los criterios facilitados por la empresa licitante, la oferta económica realizada resulta claramente deficitaria, se produce una pérdida real aproximada del 13,60%, sin tener en cuenta los posibles imprevistos que pudieran surgir a lo largo de los dos años de ejecución del servicio de obligada observancia para la empresa adjudicataria de acuerdo con lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas..."*, por lo que concluye que *"con la oferta económica presentada por "DEUSTO SISTEMAS, S.A." podrían lesionarse los intereses de la Administración tanto por la pérdida de calidad del servicio como por la posibilidad manifiesta de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones de ejecución del contrato"*.

El informe de los servicios técnicos, obrante en el expediente, es de fecha anterior al acuerdo de adjudicación y ha sido tenido en cuenta en la adopción del mismo, como exige el artículo 152.3 del texto refundido.

El acuerdo de adjudicación motiva la exclusión por entender que *“de los datos aportados resultaría que los servicios ofertados no podrían ser cumplidos, dados además los márgenes de beneficio que la propia empresa declara querer obtener”*.

El recurrente en su escrito de recurso insiste en que las bajas presentadas por el resto de licitadores lo fueron en porcentaje similar a la suya, manifiesta que no procedería la exclusión por causa de mejoras de carácter facultativo y no necesario para la admisión de las ofertas, y cuestiona la valoración de las mejoras adicionales realizada por el órgano de contratación, que a su juicio, deberían evaluarse en 86.875 €.

Por su parte, el informe del órgano de contratación insiste en la temeridad de la oferta, y nuevamente pone de manifiesto que el importe de las mejoras adicionales no se incluyó en la justificación ofrecida, rebatiendo los argumentos de la recurrente; así, frente a lo señalado por la empresa excluida, apunta que los 4 operadores adicionales ofertados no son para cubrir la ampliación de horario sino que son operadores a tiempo completo, por tratarse de dos prestaciones adicionales independientes; también señala que los costes de las prestaciones adicionales son costes a priori conocidos y cuantificables que no pueden entenderse incluidos en el concepto de costes estimables; y, por último, se razona también que en la valoración que la empresa realiza del coste de las líneas 900 no se tiene en cuenta el volumen de llamadas anual que se sitúa en torno a los 135.000. Por ello, se consideró que los costes asociados a la prestación del servicio superaban la oferta presentada, haciendo inviable su ejecución.

Octavo. Debe señalarse, en primer lugar, que resulta irrelevante a los efectos de calificar la oferta de la hoy recurrente como incurso en la presunción de valores anormales o desproporcionados cuál fuera el porcentaje de baja presentado por el resto de licitadores.

Los pliegos incluían un parámetro objetivo (40% del techo de licitación) cuya superación determina automáticamente una presunción de temeridad, desplazando a la empresa la carga de destruir esta presunción justificando la viabilidad de su oferta, que es lo que ha acontecido en el presente caso, pues “DEUSTO SISTEMAS, S.A.” presentó una oferta

que representaba una baja del 49,72% sobre el presupuesto de licitación, lo que supone rebasar en casi diez puntos el límite establecido.

Precisamente, la fijación de parámetros objetivos evita dejar al arbitrio del órgano de contratación qué exceso resulta necesario justificar, redundando en una mayor transparencia y seguridad en la licitación, al imponer que, en todo caso, la superación del umbral vaya acompañada de una justificación de la proposición.

A mayor abundamiento, la presentación de proposiciones en un procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo, como el que nos ocupa, supone la aceptación incondicionada por la empresa de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, y en este caso, de la Cláusula VIII.8.4 del Pliego que establecía que se podría considerar una proposición anormal o desproporcionada cuando el precio ofertado suponga una reducción mayor al 40% sobre el techo de licitación.

En segundo lugar, el argumento esgrimido por “DEUSTO SISTEMAS, S.A.” respecto al carácter voluntario y no necesario de las mejoras que no se cuantificaron en su oferta e informe de justificación de la misma, debe ser rechazado.

Tal y como apunta el órgano de contratación en su informe, las mejoras adicionales incluidas en la oferta, en el supuesto de adjudicarse el contrato al licitador oferente, pasan a constituir obligaciones contractuales exigibles y de obligado cumplimiento por el adjudicatario, por lo que la justificación de la viabilidad económica de la oferta presentada debe extenderse también a éstas, que necesaria y adecuadamente habrán de ejecutarse.

Finalmente, y en cuanto a la cuestión de fondo planteada que no es otra que la relativa a la suficiente o no justificación de la oferta presentada, de una parte, y de la exclusión acordada, de otra, debe citarse lo dispuesto en el artículo 152.4 del TRLCSP, según el cual *“si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior”*.

En este punto, y teniendo en cuenta las alegaciones presentadas y los informes emitidos, este Tribunal considera, en el aspecto formal o procedimental, que se ha seguido correctamente el trámite contradictorio legalmente establecido para comprobar la posibilidad de cumplimiento de las ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados, por lo que ningún reparo puede formularse al procedimiento de adjudicación desde este punto de vista.

Por otra parte, el informe técnico emitido sobre la justificación aportada por la empresa recurrente, y en que se funda la exclusión, responde concreta y específicamente a los argumentos por ésta esgrimidos, razonando de forma suficiente y motivada las circunstancias por las que se considera que la oferta presentada no cubre los costes económicos del contrato, con aportación de anexos que justifican los precios de referencia tomados en consideración, y por ello, debe considerarse que ha quedado constatado el carácter exageradamente bajo de la oferta presentada por el reclamante, que hacía inviable el cumplimiento del contrato objeto del proceso de licitación, por lo que debemos afirmar la plena validez de la exclusión de la oferta del recurrente y de la adjudicación acordada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar, por los argumentos contenidos en los fundamentos de esta resolución, el recurso interpuesto por D. E. R.S.V. en representación de la mercantil “DEUSTO SISTEMAS, S.A.”, contra la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, notificada en fecha 31 de julio de 2012, de adjudicación de la *“Contratación del Servicio Técnico para la gestión de un Centro de Atención a Usuarios (CAU) de aplicaciones externas gestionadas por la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”*, que se confirma en todos sus extremos.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley.

Tercero. Declarar que no se aprecia la 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.