



Recurso nº 056/2014

Resolución nº 168/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de febrero de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. C.B.C., en nombre y representación de las sociedad BARRABÉS INTERNET S.L.U, contra el acuerdo adjudicación por el cual se adjudica a la empresa ANOVA IT CONSULTING S.L el contrato de servicio de apoyo para la ejecución del Programa de Mentoring en Comercio Electrónico licitado por la Entidad Pública Empresarial RED.ES, Expediente 046/13-ED3, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En la Plataforma de Contratación del Estado fue publicado, el 25 de julio de 2013, el anuncio de la licitación del procedimiento para la contratación del que trae causa este recurso. El mismo día se publicó el anuncio de licitación en el Perfil del Contratante de la Entidad Pública Empresarial RED.ES. El día 25 de septiembre de 2013 se publica, por ambos medios, una modificación del anuncio en el que se modifica la fecha para la apertura de los sobres con las propuestas.

Asimismo, consta en el expediente la publicación en el Suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea, el 27 de julio de 2013, habiendo sido enviado el anuncio al DOUE el 25 de julio de 2013. El 20 de septiembre de 2013 se hace una nueva publicación en el Suplemento del DOUE para modificar la fecha de apertura de sobres.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, -cuyo texto refundido de (TRLCSP en adelante), se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, y en sus disposiciones de desarrollo.

Tercero. El Pliego de Condiciones para la licitación del contrato, en la parte que interesa a este recurso, dispone en su número 10.2, párrafo tercero, que: *“Los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas tendrán un peso del 100% de la valoración total de la oferta e incluyen, únicamente el criterio económico.”*

En el número 3.2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas dispone que: *“la proposición económica no podrá exceder de la cantidad de CIENTO SESENTA UN MIL CUARENTA EUROS (161.040,00€), impuestos indirectos aplicables excluidos. Cualquier oferta que supere dicha cantidad no será tomada en consideración en el presente procedimiento de adjudicación.*

P1.- Precio unitario por hora de trabajo del Perfil Consultor/Jefe de Proyecto (Impuestos indirectos aplicables excluidos).

P2.- Precio unitario por hora de trabajo del Perfil Administrativo (Impuestos indirectos aplicables excluidos).

Estos precios unitarios, incluirá el coste de todos los trabajos descritos en el presente Pliego.

La fórmula que se establece para el cálculo del PRECIO DE OFERTA (Pi) es la siguiente:

$$Pi = (P1 * 3.696) + (P2 * 2.112)''.$$

Cuarto. El día 25 de septiembre de 2013 se procedió a la apertura de los Sobres nº 4 que contenía la propuesta económica.

La empresa ANOVA IT CONSULTING, S.L ofertó 80.256,00 euros sin IVA.

A la vista de esta propuesta RED.ES, vía fax y correo electrónico, el día 10 de octubre de 2013, comunica a la licitadora que su oferta presenta valores anormales o desproporcionados, de conformidad con lo previsto en el apartado 10.4 del Pliego de Condiciones. La Mesa de Contratación acordó solicitar a ANOVA IT CONSULTING, S.L un informe en el que justifique las causas y razones en virtud de las cuales la solución propuesta puede ser efectivamente ejecutada en los términos ofertados. La explicación debía ajustarse a las previsiones del artículo 152.3 del TRLCSP. En la comunicación se

advierte que de no recibirse en el plazo conferido, se acordará la exclusión de la oferta del procedimiento de contratación.

Quinto. En el expediente consta un informe del día 16 de octubre de 2013 de ANOVA IT CONSULTING S.L en el que la empresa ANOVA IT CONSULTING S.L considera su experiencia previa en temas relacionados con el comercio electrónico y en la gestión de ayudas que pondrá a disposición de RED.ES y se ratifica en las consideraciones planteadas en la propuesta presentada para justificarse en ella.

Un informe técnico de RED.ES de 18 de noviembre de 2013, elaborado por la Dirección de Economía Digital y Sistemas sobre la oferta presentada por la empresa ANOVA IT CONSULTING SL, indica que esta empresa *“tiene conocimiento de asesoría y experiencia previa del Programa al haber actuado como empresa homologada en la Convocatoria de Concesión de Ayudas para la Realización del Programa de Asesoramiento de Pymes en Comercio Electrónico B2C de 2011, revirtiendo en los siguientes beneficios:*

- *Reducción de costes.*
- *Aprovechamiento de economías de escala”.*

Aportación de una estructura multidisciplinar de gestión de apoyo”.

En el informe se concluye que: *“las causas y razones expuestas por el licitador ANOVA IT CONSULTING S.L, sí justifican la proposición económica anormal o desproporcionada, y propone a la Mesa de Contratación la aceptación de la proposición económica de la empresa mencionada por los motivos indicados”.*

La Mesa de Contratación celebrada el 19 de noviembre de 2013, en la línea del informe de la Dirección de Economía Digital y Sistemas acordó tener en cuenta la oferta de ANOVA IT CONSULTING, SA, y pasó a realizar la propuesta de adjudicación de acuerdo con la siguiente clasificación: 1. ANOVA IT CONSULTING, S.L., 2. BARRABES INTERNET, S.L.U., 3. AMVOS CONSULTING, S.L.U., 4. CONSULTEC, S.L., 5. NEORIS ESPAÑA, S.L.

De conformidad con la propuesta de la Mesa de Contratación, y una vez que la sociedad ANOVA IT CONSULTING S.L presenta la documentación que le fue requerida, el 16 de enero de 2014 el Director General de RED.ES adjudica el contrato a esta sociedad. El mismo día 16 de enero de 2014 se enviaron a todas las licitadoras, vía fax, la resolución de adjudicación.

Sexto. Con fecha 7 de febrero de 2014, este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal con fechas 6 de febrero de 2014 dio traslado al resto de los interesados para que pudieran realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente. Se han recibido en el Registro del Tribunal, el 12 de febrero de 2014, alegaciones de la empresa adjudicataria, ANOVA IT CONSULTING S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el artículo 41.5, párrafo primero del TRLCSP, por ser RED.ES una entidad pública empresarial vinculada a la Administración General del Estado a través del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Segundo. El TRLCSP no establece un sistema de legitimación pública, sino que en el artículo 42 exige que el recurrente ostente un derecho subjetivo o interés legítimo que puedan verse afectado por el acto objeto de recurso. La sociedad recurrente tiene legitimación para recurrir toda vez que presentó una propuesta y quedó clasificada en segundo en el procedimiento de contratación.

Tercero. El acto que se recurre es el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. En consecuencia es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso tuvo entrada en el Registro del Tribunal el día 27 de enero de 2014, de conformidad con el artículo 44.3 del TRLCSP y cumpliendo el plazo de quince días

hábiles establecido en el artículo 44.2 de la misma norma, toda vez que el acuerdo de adjudicación fue comunicado a la recurrente, vía fax, el día 16 de enero de 2014.

Quinto. La recurrente centra su recurso en el hecho de que la oferta de la sociedad ANOVA IT CONSULTING, S.L es una oferta anormal o desproporcionada, poniendo en duda el respeto a 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, y considerando que es difícil justificar que en su cuaderno de venta de horas de Directores de proyecto asimilables en otros proyectos de la empresa, se arrojen los valores propuestos por la adjudicataria.

Asimismo, la recurrente plantea la posibilidad de un eventual conflicto de intereses toda vez que habiendo sido homologada la empresa ANOVA IT CONSULTING S.L para prestar el servicio de Mentoring se podría dar el caso de que sea la misma empresa quien se controle su propio trabajo.

En sus alegaciones la adjudicataria ANOVA IT CONSULTING S.L, resumidamente, mantiene los fundamentos de su propuesta económica que encuentra su justificación en una experiencia previa que posibilita la reducción de costes.

Sexto. Entrando en el fondo de la cuestión planteada por la recurrente, partiendo del hecho de que la proposición de la sociedad ANOVA IT CONSULTING S.L incurre en el supuesto contemplado en el número 10.4 del pliego de condiciones particulares que regula las ofertas anormales.

En el número 10.4 el pliego de condiciones se dispone que: *se considerarán, en principio, ofertas con valores anormales o desproporcionados las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:*

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior en más de 25 unidades porcentuales, al presupuesto máximo de licitación, o en caso de que exista escenario hipotético de valoración, al presupuesto máximo del escenario de valoración.*
- 2. Cuando concurren dos o más licitadores, las que sean inferiores en más de 20 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.*

Cuando se presenten individualmente ofertas pertenecientes al mismo grupo, para establecer la media aritmética de las ofertas presentadas, sólo se tomará en consideración la oferta más baja de todas las presentadas por las empresas del grupo, excluyéndose las restantes a los efectos de este cálculo. Se entenderá que una empresa pertenece a un grupo empresarial, cuando se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 42 del Código de Comercio.

El pliego prevé, de manera análoga al artículo 152 del TRLCSP, un procedimiento con audiencia al licitador que incurre en una propuesta temeraria. Así en el mismo número 10.4 del pliego de condiciones se dispone que: *“en los supuestos en los que, aplicando las reglas anteriores, el órgano de contratación estimare que una oferta presenta valores anormales o desproporcionados, se dará audiencia al licitador que la hubiera presentado para que, en el plazo de diez días hábiles desde la notificación que a tal efecto se realice, justifique la valoración de la oferta y las razones y circunstancias en cuya virtud resulta posible que la solución propuesta pueda ser efectivamente ejecutada en los términos ofertados. El licitador precisará las condiciones de la oferta, 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.*

Si la oferta es anormal o desproporcionada 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. Si Red.es rechazare una oferta por esta razón, deberá informar de ello a la Comisión Europea.

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 151.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.”

El Tribunal en diferentes resoluciones ha fijado su criterio acerca de las propuestas que incurrir en una presunción de temeridad, anormalidad o desproporción. Así, sirvan de ejemplo, las Resoluciones 593/2013, de 4 de diciembre y 642/2013, de 19 de diciembre que citan la Resolución 142/2013, de 10 de abril, en la cual se resume la doctrina sobre las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad. Así:

1.- Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados.

2.- El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes.

3.- La decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante”.

La Resolución 593/2013 señala que: *“Carece de sentido la afirmación de la recurrente de que, por el hecho de incurrir en presunción de temeridad, no debía haberse valorado la oferta económica (...). Es evidente que no procede tal valoración si el órgano de contratación considera que no se ha justificado la viabilidad de la oferta. Por el contrario, si se acepta que tal oferta puede ser cumplida satisfactoriamente y, por tanto, no se declara anormal o desproporcionada, es obligado que la valore e incluya en la*

clasificación de ofertas. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 151.1 del TRLCSP.”

En las mismas Resoluciones 593 y 642/2013 se afirma: *“como hemos señalado reiteradamente en numerosas resoluciones, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.”*

En la Resolución 512/2013, de 14 de noviembre, con referencia a la Resolución 446/2013, de 10 de octubre, dijimos que: *“en caso de exclusión de una oferta incurra en presunción de temeridad es exigible que se especifiquen los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de aceptación de la oferta incurra en presunción de temeridad, no se exige que la resolución de adjudicación indique los motivos de aceptación”.*

Expuesto el régimen aplicable que resulta del pliego y el criterio del Tribunal acerca de las proposiciones desproporcionadas o anómalas deben considerarse los hechos de expediente objeto de recurso.

Al amparo de la previsión 10.4 del pliego, la Mesa de Contratación apreció la anormalidad de la oferta de la empresa ANOVA IT CONSULTING S.L e inicio el procedimiento previsto. Se recibieron las alegaciones de la empresa licitadora cuya oferta se califica de anormal, cumpliendo así el trámite de audiencia a esta licitadora, sosteniendo su oferta fundada en una experiencia previa en servicios análogos a los demandados por RED.ES y la viabilidad económica de su oferta.

A su vez, el informe técnico del Director de Economía Digital y Sistemas de RED.ES fue emitido, y bajo la consideración de los *conocimientos de asesoría y experiencia previa* de ANOVA IT CONSULTING S.L estima que revertirá en una reducción de costes y en el aprovechamiento de economías de escala, concluyendo que la propuesta de la licitadora está justificada.

Por otro lado debe apreciarse que, según la doctrina que sigue el Tribunal, no corresponde al órgano de contratación una mayor justificación de la admisión de la oferta. Asimismo, debe advertirse que debió ser el recurrente quien aportara una mayor motivación acerca de los elementos de la oferta de la adjudicataria que impiden la viabilidad de la misma pues, es exigible al recurrente una mayor concreción de las afirmaciones genéricas sobre la protección del empleo y las condiciones de trabajo, en relación con el precio/hora de los servicios. No debe el recurrente trasladar la carga de justificar la viabilidad de la oferta a la adjudicataria y al órgano de contratación mediante quejas o fundamentos generales que no viene aseverados mediante datos sobre las condiciones de trabajo en el sector, particularmente, los niveles retributivos que determinan, a juicio de la recurrente, la protección del empleo.

Por el contrario el órgano de contratación estimó adecuada la justificación ofrecida por la adjudicataria y este Tribunal aprecia que resulta suficiente apreciando el objeto del procedimiento, las prestaciones del contrato, la situación de la empresa adjudicataria y la diferencia de la propuesta de ésta en relación con otras proposiciones.

Séptimo. En cuanto a la segunda alegación de la recurrente, acerca del eventual conflicto ante el supuesto en que la misma empresa se controle su propio trabajo, es una cuestión que se deberá tratarse, en su caso, en la fase de ejecución del contrato toda vez que no ha sido prevista la imposibilidad de licitación de las empresas que participaron en otros Proyectos de RED.ES, no pudiendo entrar el Tribunal a conocer sobre la cuestión hipotética suscitada por la recurrente.

Por todo lo anterior

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. C.B.C., en nombre y representación de la sociedad BARRABÉS INTERNET S.L.U, contra el acuerdo adjudicación por el cual se adjudica a la empresa ANOVA IT CONSULTING S.L el contrato de servicio de apoyo para la ejecución del Programa de Mentoring en Comercio Electrónico licitado por la Entidad Pública Empresarial RED.ES, por estimar que la oferta presentada por la

empresa adjudicataria ANOVA IT CONSULTING S.L, tras la tramitación del procedimiento previsto en los pliegos de condiciones, no es anómala.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP, de acuerdo con el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.