



**Recurso nº 168/2014 C.A. Galicia 018/2014**

**Resolución nº 241/2014**

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

En Madrid, a 21 de marzo de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. A. Z. V., en representación de la empresa ZABALA INNOVATION CONSULTING, S.A. (en adelante ZABALA o la recurrente), contra la exclusión de su oferta, por baja desproporcionada, en la licitación para la contratación por el Servicio Gallego de Salud del “*Servicio de una oficina técnica para la gestión de los proyectos de innovación H2050 e Innova Saúde*” (expediente AB-SER1-13-030), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud (en adelante SERGAS o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncios publicados en el DOUE, en el BOE y en el Diario Oficial de Galicia los días 31 de agosto y 10 y 16 de septiembre de 2013, respectivamente, licitación para la contratación del servicio de una oficina técnica para la gestión de los proyectos de innovación H2050 e *Innova Saúde*. El valor estimado del contrato se cifra en 1.165.090,90 euros y el presupuesto base de licitación (sin impuestos) es de 582.545,45 euros. Presentaron oferta y fueron admitidas cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

**Segundo.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público –cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo previsto 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 es de la categoría 11 del anexo II del TRLCSP y, dado su importe, está sujeto a regulación armonizada.

**Tercero.** El Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), en la cláusula 6.5.1, relativa a los criterios de adjudicación, indica que, cuando concurren tres o más licitadores, se considerarán como desproporcionadas o anormales, las ofertas *“que sean inferiores en más de 12 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 12 unidades porcentuales del precio de licitación. En el caso de que se den ambos supuestos, se tomará como baja temeraria para la valoración de la oferta económica la de menor importe”*.

**Cuarto.** A la vista del informe técnico relativo a los criterios no evaluables de forma automática, la Mesa de contratación asignó un total de 39 puntos (sobre un máximo de 50 puntos) a la oferta de la recurrente, que quedó clasificada en segundo lugar. La puntuación más alta (44,5 puntos) correspondió a IDOM INGENIERÍA Y CONSULTORÍA, S.A. (en adelante IDOM). El 16 de diciembre de 2013 se procedió, en acto público, a la apertura de las ofertas económicas. La Mesa constató que tres de las ofertas incurrieron en baja desproporcionada, por lo que se les requirió para que justificaran su valoración, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.3 del TRLCSP. La oferta de ZABALA (452.000 €) resultaba un 8,2% por debajo de la media de las cuatro ofertas y un 22,41% por debajo del precio de licitación. La única oferta que no incurría en presunción de temeridad era la de IDOM, un 11,9% inferior al precio de licitación.

La empresa recurrente remitió en el plazo habilitado la justificación requerida. En ella hacía referencia a que los costes del servicio son básicamente costes de personal y su oferta supera holgadamente los costes laborales vigentes en 2013, de acuerdo con el convenio de aplicación; estima que el coste salarial para la categoría más elevada (ingeniero) y las 17.936 horas de su oferta, ascendería a 245.185 euros *“es decir muy por debajo de la oferta económica de 452.000 euros... Por lo tanto,... es factible prestar el servicio licitado con la oferta económica que hemos presentado”*. Manifiesta también que tiene amplia experiencia en proyectos de este tipo que le permite hacer una oferta más ajustada *“por el conocimiento de las obligaciones existentes en los proyectos con*

*financiación FEDER y al disponer de metodología adecuada y actualizada para los mismos”. Señala así mismo que dispone de “herramientas y sistemas telemáticos de alta calidad... que permiten optimizar el trabajo en equipo”; de una “infraestructura y red especialmente favorables... porque dispone de oficinas propias en la Comunidad de Galicia y en Madrid...”, y de una “metodología propia y calidad certificada en las prestaciones propuestas”.*

**Quinto.** El informe técnico de 16 de enero de 2014 desecha las justificaciones de las tres ofertas desproporcionadas. El informe -emitido por el Servicio de Gestión de Proyectos de Sistemas de Información- manifiesta sobre la oferta de ZABALA que *“el coste estimado en la justificación no se corresponde con el coste de los perfiles profesionales requeridos en la oferta”,* que requieren un personal con experiencia y el convenio de referencia *“incluye un aumento salarial según años de experiencia”,* que no se ha tenido en cuenta en la justificación. El resto de elementos justificativos se desechan también porque *“permiten conocer la capacidad de la empresa para el desarrollo de los servicios, pero no justifica una bajada económica”,* o porque los *“mecanismos de gestión de proyectos a utilizar... serán los existentes en el SERGAS”,* o dada la comunicación telemática, *“la disponibilidad de oficinas... no justifica una reducción de costes...”* y unas normas de calidad certificadas, aunque aportan *“una garantía adicional de calidad de servicio, suponen un coste adicional para la empresa”.*

En la reunión de la Mesa de contratación de 22 de enero de 2014, a la vista del informe anterior, se acuerda la exclusión de las tres ofertas desproporcionadas y se propone como adjudicataria a IDOM. El día siguiente, mediante correo electrónico, se notifica a ZABALA el acuerdo de exclusión de su proposición *“por no ser admitida la justificación de su oferta económica por incurrir en baja desproporcionada”.*

**Sexto.** Contra dicho acuerdo, el 7 de febrero de 2014 se presenta en el Registro General de la Xunta de Galicia escrito de ZABALA de interposición de recurso especial, previamente anunciado al SERGAS, en el que solicita que se anule su exclusión. Considera la recurrente que supone *“un sinsentido y una evidente contradicción para con los principios públicos de eficacia y eficiencia de los recursos públicos que una oferta que únicamente conlleva una baja de un 8% respecto de la media aritmética de las ofertas*

*presentadas quede excluida por desproporcionada*”. Alega que el informe de valoración de su oferta es un informe de la propia Mesa de contratación que no ha contradicho las justificaciones presentadas, sobre todo porque no discute que la oferta se base en el convenio colectivo aplicable, sino que se limita a entender que los cálculos no recogían la antigüedad, *“lo que carece completamente de relevancia sin que pueda tomarse al amparo del mismo una decisión tan absolutamente drástica y grave que, se mire como se mire, sobrepasa con creces el umbral de la discrecionalidad técnica para caer en un error de hecho y jurídico que provoca la conculcación de los principios de igualdad de trato y no discriminación previstos expresamente en el TRLCSP”*. Sobre el resto de justificaciones aportadas, el informe de valoración no argumenta su rechazo y la recurrente reitera que la experiencia y medios de ZABALA, *“redundan directamente en la necesidad de acometer menos horas de ejecución de trabajo y, por ende, en un presupuesto final menor, realidad esta que no necesita mayores explicaciones”*. Concluye por todo ello, que su oferta *“es viable para acometer el contrato que nos ocupa y no solo si la comparamos con el resto de proposiciones, sino porque, a la vista de las explicaciones que fueron dadas, no existe ni un solo argumento o motivo en el expediente administrativo del que quepa concluir que el contrato no podrá ser cumplido satisfactoriamente”*.

**Séptimo.** El expediente administrativo, junto al correspondiente informe del órgano de contratación, se recibió en el Tribunal el día 28 de febrero de 2014. El órgano de contratación en su informe considera correcta la exclusión impugnada puesto que la recurrente *“podría haber determinado los costes exactos con arreglo al convenio colectivo, y no lo hizo, por lo que su justificación fue insuficiente e imprecisa y, a tenor de estos nuevos datos, errónea, lo que corrobora la correcta decisión de la Administración”*. Incorpora otro informe del mismo Servicio de Gestión de Proyectos de S.I. que, tras diversas consideraciones sobre el cálculo del precio de licitación y la justificación de la recurrente, concluye con la solicitud de desestimación del recurso por cuanto, *“en el caso hipotético de admisión de las ofertas excluidas, no se llevaría a cabo un cambio en la adjudicación del expediente,... si bien se considera relevante establecer un criterio de exclusión adecuado y coherente con los siguientes puntos:*

- *El cálculo del importe de licitación está realizado y ajustado en base a una estimación de mercado objetiva y ajustada para conseguir un coste mínimo...*
- *El límite para la baja desproporcionada ha sido establecido para garantizar una reducción del riesgo de la interrupción del servicio o la reducción de la calidad del mismo,...*
- *La valoración del ahorro económico que la empresa presenta en su justificación se basa en unos supuestos NO REALES,... pudiendo haber sido acreditados de manera precisa en base a su conocimiento del personal propuesto.*
- *El resto de puntos aportados por la empresa en sí no justifican ni cuantifican un ahorro que permita justificar la oferta desproporcionada, ni suponen ninguna condición excepcionalmente favorable de la que pueda disponer la empresa...”.*

**Octavo.** El 11 de marzo de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, habiendo evacuado este trámite la empresa IDOM INGENIERÍA Y CONSULTORÍA, S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Se recurre la exclusión en la licitación de un contrato de servicios 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 al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido 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. La legitimación activa de ZABALA viene otorgada, en principio, por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a una licitación de la que fue excluida.

**Tercero.** Antes de entrar a considerar la cuestión de fondo planteada en el recurso, relativa a la justificación o no de la oferta presentada por la recurrente, hemos de

analizar, en primer lugar, las disposiciones del PCAP sobre los parámetros establecidos para apreciar las ofertas desproporcionadas y, en segundo lugar, los criterios de valoración de las ofertas y el resultado de su aplicación.

Respecto a los umbrales para apreciar la posible temeridad de las ofertas, hay que destacar que, la cláusula 6.5.1 del PCAP transcrita en el antecedente tercero, está redactada de forma incongruente por cuanto establece dos umbrales, el 12% sobre la media y el 12% sobre el precio de licitación. Es obvio que si una oferta es un 12% inferior a la media, lo será aún en mayor grado respecto al precio. Por tanto, el parámetro que resulta operativo es sólo este segundo (ofertas por debajo del 12% del precio).

Aunque no es objeto de controversia que la oferta económica de la recurrente se encuentra en presunción de anormalidad o desproporción de acuerdo con la disposición indicada del PCAP, conviene dejar constancia de que el umbral para apreciar la posible temeridad de las ofertas se ha definido de hecho, no en relación con la media de las mismas (de las ofertas), sino en relación con el precio de licitación. El resultado concreto en la licitación impugnada es que la oferta media se sitúa un 15,4% por debajo del precio, es decir, que ya la oferta media sería considerada de temeraria; tres de las cuatro ofertas ofrecen bajas por encima del 12% y sólo una de ellas ha propuesto una baja del 11,9%, ligeramente inferior al umbral de temeridad.

Ya hemos manifestado en otras resoluciones (en la nº 42/2013, de 23 de enero, o más recientemente en la 32/2014, de 17 de enero) que el establecer un umbral de temeridad referido al precio de licitación o que resulta muy bajo respecto a la media de las ofertas, puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las “*ofertas con valores anormales o desproporcionados*”.

En efecto, si la función de dicha figura es el establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos –las “*ofertas temerarias*”–, no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten en determinada licitación con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, pudieran no ser tachadas como “*anormalmente bajas*” o “*temerarias*”.

Como ha señalado la Comisión Nacional de la Competencia en su *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, entre los aspectos que se recomienda evitar en los pliegos se encuentra la utilización de sistemas que señalen con carácter previo el “*umbral máximo de competencia*”, es decir, el nivel a partir del cual se considerará desproporcionada una oferta, porque “*la revelación de esta información puede restringir severamente la competencia*”.

Ahora bien, como indicábamos en esas resoluciones, una vez expuesto lo anterior, hay que tener en cuenta que los pliegos constituyen la ley del contrato y que la empresa recurrente no cuestiona el carácter “*desproporcionado*” de su oferta de acuerdo con lo establecido en los mismos. Por todo ello, no cabe sino mantener que la oferta presentada por ZABALA presenta valores anormales o desproporcionados, a los efectos de la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, es decir, de justificar que la ejecución del contrato resulta viable, en los términos previstos en el mismo.

**Cuarto.** En cuanto a los criterios de valoración de las ofertas económicas, el PCAP establece en la cláusula 6.5.1 que, cuando se admitan ofertas de importe inferior al de la baja desproporcionada, la valoración de las ofertas se hará con las fórmulas que se detallan en esa cláusula y que distinguen si la oferta a valorar es inferior o no a la baja desproporcionada. En el primer caso (oferta admitida inferior al umbral de baja desproporcionada), la fórmula empleada asigna la máxima puntuación (50 puntos) a la oferta no excluida más baja. En el segundo caso (oferta superior al umbral de baja desproporcionada), se asignan 45 puntos a la oferta de importe igual al de la baja desproporcionada (12%).

Dado el importe de las ofertas presentadas, de admitir todas ellas, la de ZABALA obtendría 50 puntos en la oferta económica y un total de 89 puntos con los asignados previamente en la oferta técnica (39 puntos).

A la proposición de IDOM (baja del 11,9%), le corresponderían 44,62 puntos en la valoración de la oferta económica, con lo que obtendría un total de 89,12 puntos con los 44,5 asignados en la oferta técnica.

Por lo tanto, aunque se admitiera la oferta de ZABALA (y las otras dos excluidas), la diferencia de puntuación (4,5 puntos) en la valoración técnica entre su oferta y la mejor valorada sólo se podría compensar, fuera cual fuera la oferta de la primera, si la oferta no incurra en presunción de temeridad (IDOM), hubiera sido de 200 euros más (baja del 11,87%). Este resultado abunda en lo expresado en el fundamento anterior de que el dar a conocer en los pliegos el precio a partir del cual se considerará desproporcionada una oferta, puede restringir severamente la competencia.

Pues bien, en todo caso, a la vista de lo indicado, y de acuerdo con lo establecido en los pliegos sobre las fórmulas de valoración de las ofertas y el “umbral de temeridad”, la proposición económicamente más ventajosa sería la misma aunque se admitiera la oferta de ZABALA.

**Quinto.** En conclusión, la estimación del recurso no tendría ningún efecto sobre la adjudicación del contrato, por lo que en aras de la economía procesal no es necesario que nos pronunciemos sobre la cuestión de fondo planteada en el mismo -la justificación o no de la oferta presentada por la recurrente- y, por tanto, debemos inadmitir el recurso.

Por todo lo anterior

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Inadmitir el recurso interpuesto por D. A. Z. V., en representación de la empresa ZABALA INNOVATION CONSULTING, S.A., contra la exclusión de su oferta, en la licitación para la contratación por el Servicio Gallego de Salud del “*Servicio de una oficina técnica para la gestión de los proyectos de innovación H2050 e Innova Saúde*”.

**Segundo.** 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 a 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.