

**Recurso nº 5/2011.**

**Resolución nº 4/2012.**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

En Sevilla, a 13 de enero de 2012.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el representante de la empresa licitadora A&O SYSTEMS AND SERVICES SPAIN S.L contra la resolución de 18 de octubre de 2011, del Secretario General del Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el lote 7 “Equipos de diferentes fabricantes ubicados en Hospitales y Distritos” del Expediente 2106/2011 relativo al servicio de mantenimiento de equipamiento informático del Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal ha dictado, en el día de la fecha, la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** El 8 de junio de 2011, se publicó en el perfil de contratante del Servicio Andaluz de Salud el anuncio de la licitación del contrato administrativo de servicios de mantenimiento de equipamiento informático, mediante procedimiento abierto, siendo la fecha límite para la presentación de ofertas el 11 de julio de 2011 y el valor estimado del contrato de 9.538.015,74 euros. El citado anuncio se publicó en el DOUE, el 3 de junio de 2011 y en el BOE, el 4 de junio de 2011.

En el apartado 5.1 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares se establecía que los servicios objeto de la contratación serían ofertados por lotes, previéndose un total de ocho. En concreto, el lote 7 tenía asignado un presupuesto de 827.598,34 euros, IVA excluido.

Asimismo, en el apartado 11.2 del citado cuadro resumen se indicaba que “se considerarán desproporcionadas las ofertas que sean inferiores al presupuesto de licitación en más de 10 unidades porcentuales”

**SEGUNDO:** La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO:** El 19 de agosto de 2011, se reunió la Mesa de Contratación de los Servicios Centrales del Servicio Andaluz de Salud, procediéndose a la lectura de las ofertas económicas presentadas por los licitadores a los distintos lotes de la contratación. La oferta económica al lote 7 de la empresa recurrente fue de 355.980,35 euros, IVA excluido, suponiendo un porcentaje de baja, respecto al presupuesto de licitación, superior al señalado en el pliego como límite para considerar la desproporción en la oferta.

A la vista de lo anterior, la Mesa acordó, de conformidad con el artículo 136.3 de la LCSP, que el Secretario procediera a dar audiencia al licitador, lo que se efectuó mediante escrito, remitido vía fax, en el que literalmente se indicaba lo siguiente: *“De acuerdo con el art. 136 de la Ley de Contratos del Sector Público, se le requiere para que en un plazo no superior a diez días hábiles a contar desde el día siguiente a la recepción de la presente notificación, D. G.L.A como firmante de la proposición, mediante declaración responsable, 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 respecto 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”*

**CUARTO:** Dentro del plazo concedido, la empresa presentó escrito defendiendo la valoración económica de su oferta al lote 7 y describiendo las razones que avalaban la rentabilidad de la operación y su capacidad para cumplir con las prestaciones requeridas por el Servicio Andaluz de Salud.

Por su parte, el Jefe del Servicio de Informática del Servicio Andaluz de Salud emitió, a requerimiento de la Mesa de Contratación, informe técnico en el que se estudiaba la justificación presentada por la empresa. En el citado informe, tras analizar la oferta y el informe aportado por el licitador, se concluía que *“el informe presentado por A&O para justificar su precio de licitación, no precisa condiciones de su oferta, en particular en lo que se refiere al ahorro, tampoco*

*especifica condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, ni originalidad en la misma, como tampoco especifica el respeto a las disposiciones relativas a la protección de empleo ni condiciones de trabajo así como obtenciones de ayuda”*

**QUINTO:** El 7 de octubre de 2011, se volvió a reunir la Mesa de Contratación acordando, a la vista del escrito de la empresa y del informe técnico emitido por el Servicio de Informática, proponer al órgano de contratación la exclusión del licitador ahora recurrente, así como la adjudicación del lote 7 a la UTE INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A-COS MANTENIMIENTO, S.A.

**SEXTO:** El 18 de octubre de 2011, se dictó resolución por la que se adjudicó el lote 7 de la contratación a la UTE antes indicada y se excluyó de la licitación de dicho lote a A&O SYSTEMS AND SERVICES, S.L. La citada resolución fue remitida y recibida vía fax por la empresa recurrente el 11 de noviembre de 2011.

**SÉPTIMO:** El 25 de noviembre de 2011, A&O SYSTEMS AND SERVICES, S.L. anunció la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del lote 7 de la contratación, presentando el escrito de interposición el 28 de noviembre.

**OCTAVO:** El 30 de noviembre de 2011, fue remitido y recibido vía fax por los restantes licitadores al lote 7 del contrato, escrito en el que se adjuntaba copia del recurso especial interpuesto y se concedía un plazo de cinco días hábiles para realizar alegaciones. Ninguno de los interesados presentó alegaciones en el plazo conferido.

**NOVENO:** El 15 de diciembre de 2011, el Jefe del Servicio de Informática del Servicio Andaluz de Salud emitió informe técnico en relación con el recurso especial interpuesto.

**DÉCIMO:** El 29 de diciembre de 2011, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal Administrativo toda la documentación del expediente de contratación y de la tramitación del recurso, a efectos de la resolución del mismo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Este Tribunal resulta competente para la resolución del presente recurso especial en virtud de lo establecido en el artículo 311.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, la Disposición transitoria primera del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de

Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y la Orden de 14 de diciembre de 2011, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal Administrativo, publicada en el BOJA de 21 de diciembre de 2011, que dispone que:

“Los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad a que se refiere el artículo 1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Orden, serán remitidos al Tribunal Administrativo, previa tramitación de los mismos por los órganos de contratación o entidad contratante ante quienes se interpusieron, conforme al procedimiento previsto en el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, acompañados del expediente administrativo y de un informe del órgano de contratación”.

**SEGUNDO:** Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 312 LCSP

**TERCERO:** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley de Contratos, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

Es procedente el recurso conforme a lo establecido en dicho precepto, al interponerse contra la resolución de adjudicación dictada en el procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo de servicios sujeto a regulación armonizada.

**CUARTO:** El recurso ha sido anunciado e interpuesto en plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 314 apartados 1 y 2 de la LCSP.

**QUINTO:** La cuestión de fondo que plantea el recurso se centra en los siguientes aspectos:

- La exclusión del recurrente sin observar las garantías de audiencia y contradicción exigidas legal y jurisprudencialmente.
- La falta de conocimiento previo por el recurrente de los puntos precisos de su oferta económica que debía justificar, introduciéndose los mismos en el acuerdo de exclusión, sin posibilidad de contradicción o justificación.
- La correspondencia de la oferta del recurrente con los precios de mercado, sin que el órgano de contratación haya motivado la irrazonabilidad de su propuesta.

- La contratación por la entidad adjudicadora de un gasto al menos superior en un 40% a lo que están soportando en las mismas condiciones otras administraciones públicas por el mismo servicio.

En consecuencia, el recurrente solicita la revocación de la resolución impugnada con adjudicación del lote 7 en los términos contenidos en su oferta y subsidiariamente, la retroacción del procedimiento al momento de comunicación de los puntos precisos de su oferta que se entienden incurso en sospecha de anormalidad o desproporción, a efectos de su justificación.

Sobre la cuestión de fondo planteada, **el artículo 136.3 de la LCSP** establece el procedimiento a seguir para estimar que una oferta puede o no ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Dice el precepto *“3. 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 (...).”*

Asimismo, **el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público** atribuye a la mesa de contratación, en los procedimientos abiertos, la función de tramitar el procedimiento previsto en el artículo 136.3 antes transcrito y en vista de su resultado, proponer al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en **el apartado 4 del artículo 136**. Éste último dispone que *“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, acordará la adjudicación a favor de la siguiente proposición económicamente más ventajosa (...).”*

Pues bien, el límite indicado en el pliego de cláusulas administrativas particulares para considerar las ofertas desproporcionadas era la baja superior a 10 unidades porcentuales respecto del presupuesto de licitación.

La oferta presentada al lote 7 por la empresa recurrente suponía una bajada superior al citado límite, razón por la cual la mesa de contratación tramitó el procedimiento regulado en el artículo 136.3 de la LCSP. En este sentido, consta que se concedió un plazo de diez días hábiles al recurrente para que justificara la valoración de su oferta y precisara sus condiciones, reproduciendo los términos legales en cuanto a los extremos particulares sobre los que habría de versar dicha justificación. Asimismo, consta el informe técnico del Servicio correspondiente en el que se analiza la justificación presentada por la empresa.

A la vista de la justificación y el informe, la mesa de contratación propone la exclusión del licitador, acordándose finalmente por el órgano de contratación el rechazo de la oferta.

**Desde un punto de vista formal**, se cumple, pues, con los trámites del procedimiento contradictorio regulado en los preceptos antes referidos.

No obstante, se alega en el recurso la infracción de las garantías de audiencia y contradicción por no haber determinado el órgano de contratación los concretos elementos de la oferta que le hacían albergar dudas sobre su cumplimiento, acudiendo a una comunicación formularia, mera reproducción del artículo 136.3 de la LCSP. Asimismo, se indica que la motivación de la exclusión se realiza con base en puntos no sometidos a audiencia del licitador.

Al respecto, **la resolución nº 276/2011 el Tribunal Central de Recursos Contractuales** señala que *“La Ley de Contratos del Sector Público establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. El rechazo de las proposiciones temerarias persigue garantizar la ejecución del contrato haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato plasmado en los artículos 1 y 22 de la citada Ley, al destacarse la importancia del cumplimiento de los fines institucionales que se persiguen con la contratación administrativa. Se trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que, en atención a sus valores, sea desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato*

*Esta cautela se prevé en el artículo 136 de la LCSP que establece que los pliegos pueden fijar límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no*

*puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales. La superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir con el contrato. De esta manera la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición (...)*”

Pues bien, en el supuesto analizado, la presunta desproporción de la oferta se aprecia de un modo objetivo al superarse notoriamente el límite establecido en el pliego, toda vez que la baja ofertada por el recurrente es de un 56,99% sobre el presupuesto de licitación, estando fijado el límite en un 10%, parámetro que conocía el recurrente y asumió plenamente desde el momento de presentar la oferta.

No obstante, la superación del límite no fue objeto de exclusión automática de la licitación. Se le dio oportunidad al recurrente de justificar la valoración de su oferta y precisar las condiciones de la misma. Es en este momento procedimental cuando el licitador disponía de todos los medios y argumentos a su alcance para justificar la viabilidad de su oferta. Precisamente, él es el mejor conocedor de su proposición, pues ha debido prepararla valorando costes y capacidad de su empresa, por lo que no debía tener ningún problema en concretarla, sin que la expresión “declaración responsable” empleada en el escrito por el que se le daba audiencia, deba interpretarse en el sentido restrictivo que pretende el recurrente. Por tanto, nada impedía a éste la exposición y/o aportación de todo tipo de justificaciones a la viabilidad económica de la oferta presentada.

No cabe admitir, pues, la afirmación del recurrente en cuanto a la falta de ofrecimiento de la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta. Asimismo, aún cuando el Servicio Andaluz de Salud reprodujera en su comunicación lo dispuesto en el art. 136 de la LCSP para la justificación de la proposición, ello no mermaba las amplias posibilidades del licitador de precisar las condiciones de su oferta utilizando tanto los criterios recogidos en el precepto legal, como cualesquiera otros criterios o justificaciones, pues la dicción del artículo 136.3 no es en modo alguno limitativa.

Asimismo, tampoco puede compartir este Tribunal la afirmación de que la motivación de la exclusión se hiciera con base en puntos o extremos introducidos por primera vez en el acuerdo de exclusión, sin sometimiento a previa audiencia del licitador. El acuerdo de exclusión tiene en cuenta el

informe técnico sobre la oferta emitido el 28 de septiembre de 2011 por el Jefe del Servicio de Informática.

En el citado informe se analizan, de un lado, los propios datos de la oferta del licitador para realizar una estimación de sus costes, pero también se analiza la justificación presentada por la empresa. En este sentido, el escrito de la empresa fundamenta la rentabilidad de su oferta en la experiencia en la prestación del servicio, en su estructura operativa, en la existencia de recursos propios y presencia geográfica en Andalucía y en la optimización del servicio a prestar debido, entre otras causas, a la existencia de almacenes, medios logísticos y repuestos propios etc.

El informe técnico del Servicio de Informática analiza estas justificaciones aportadas por la empresa aludiendo a su falta de concreción y a la no especificación de cifras sobre los costes de logística, mantenimiento y otros, no siendo posible determinar si la oferta cubre las necesidades del servicio al coste expresado en la oferta económica.

Así pues, no cabe admitir la afirmación de la empresa de que la resolución de exclusión se dictó sobre la base de motivos no sometidos previamente a justificación del licitador. El informe técnico sí entra a analizar la justificación de la empresa, considerándola insuficiente y ello, sin perjuicio de que añada otras consideraciones que, a su juicio, también contribuyen a la insostenibilidad de la oferta.

En definitiva, este Tribunal entiende que, teniendo la empresa recurrente plena libertad para acreditar, justificar y detallar en profundidad la rentabilidad de su proposición, no lo consigue a juicio de los servicios técnicos del órgano de contratación que estiman insuficiente su justificación y así lo motivan. No puede pretender ahora el recurrente suplir, utilizando la vía del recurso, la insuficiencia de aquella justificación previa, en la que pudo y debió utilizar todos los medios a su alcance para concretar las condiciones de su oferta y su viabilidad. Otra cosa es que la empresa discrepe de la motivación realizada por el órgano de contratación con apoyo en el informe técnico elaborado por el servicio competente, pero lo que resulta indiscutible es que la exclusión está motivada y que el informe técnico en que se apoya la exclusión aborda y estudia la justificación ofrecida por la empresa para concluir acerca de su insuficiencia.

Otro de los motivos en que se funda el recurso estriba en la correspondencia de la oferta económica de A&O SYSTEMS AND SERVICES SPAIN, S.L con los precios de mercado según todas las adjudicaciones de servicios análogos realizadas en 2011 por las Administraciones Públicas, pero como señala el

**Acuerdo 32/2011, de 22 de diciembre de 2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón**, cuya argumentación se comparte plenamente, *“No cabe admitir, como señala la recurrente, que para la justificación de su oferta tengan en cuenta información de otras licitaciones ajenas a los documentos de licitación, pues, como señala Expo en su informe, esta información se utiliza prescindiendo absolutamente de si los respectivos adjudicatarios estaban incurso en baja desproporcionada ni si, en su caso, justificaron debidamente su oferta (...). Y, en todo caso, como señala el artículo 136.3 LCSP, la justificación exige la precisión de las condiciones de la oferta, lo que en ningún caso puede realizarse por comparación a otras licitaciones”*

Asimismo, tampoco resulta sostenible, por todas las razones anteriores, la afirmación del recurrente relativa al gasto injustificado en más de un 40% soportado por la entidad adjudicadora respecto a otras Administraciones Públicas en las mismas condiciones, pues no se ha acreditado que las condiciones sean las mismas, sin que la justificación de la oferta pueda hacerse, como ya se ha dicho, por comparación a otras licitaciones. El artículo 136 de la LCSP exige que se precisen las condiciones de la oferta en la concreta licitación a que se concurre, precisión que ha de efectuarse **intrínsecamente**, atendiendo a las circunstancias de la oferta y a los requerimientos o necesidades de la Administración en la licitación promovida, sin que quepa introducir elementos externos de comparación ajenos a la licitación en discusión.

Por todo lo expuesto,

Vistos los preceptos legales de aplicación, **Este Tribunal**

## **RESUELVE**

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso interpuesto por A&O SYSTEMS AND SERVICES SPAIN S.L contra la resolución de adjudicación de fecha 18 de octubre de 2011 del Secretario General del Servicio Andaluz de Salud en la que se acordó la exclusión de la recurrente del lote 7 de la contratación de servicios de mantenimiento de equipamiento informático (Expediente 2106/2011), confirmando íntegramente la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** Notificar la presente resolución al órgano de contratación que ha tramitado el recurso, a efectos de su particular conocimiento y debida notificación al recurrente y a todos los interesados en el procedimiento.

**TERCERO.-** Levantar la suspensión del procedimiento derivada de la interposición del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 317.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

**CUARTO.-** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 317.5 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**LA PRESIDENTA**