

Recurso 31/2013**Resolución 25/2013****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 13 de marzo de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. C.R.L., en nombre y representación de la entidad “**MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A.**”, contra la resolución de adjudicación, de 30 de enero de 2013, del contrato denominado “ Estrategia y Servicios de Comunicación para Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A. durante el período 2013-2014”, correspondiente al expediente 2012-146 promovido por Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A., este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de noviembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato denominado “Contratación de Estrategia y Servicios de Comunicación para Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A. durante el período 2013-2014”, siendo entidad adjudicadora Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A. El citado anuncio de licitación fue también publicado en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el 27 de noviembre de 2012.

El valor estimado del contrato asciende a 700.000 euros.

SEGUNDO. El 18 de febrero de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad “**MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A.**” contra la resolución de adjudicación del citado contrato de 30 de enero de 2013.

El citado recurso fue anunciado al órgano de contratación el mismo día 18 de febrero de 2013.

TERCERO. Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación, mediante oficio de 20 de febrero de 2013, para que enviara el expediente de contratación, un informe sobre el recurso y el listado de los licitadores que han participado en el procedimiento de adjudicación.

Dicha documentación se recibió en el Registro del Tribunal, el 22 de febrero de 2013.

CUARTO. El 20 de febrero de 2013, se requirió a la entidad recurrente para que aportara documento acreditativo de la facultad de representación de quien interpone el recurso en nombre de la misma.

Asimismo, el día 26 de febrero de 2013, se dio traslado del recurso a los licitadores de dicho procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado en plazo la empresa BASSAT OGILVY COMUNICACIÓN S.L.

QUINTO. El 4 de marzo de 2013, este Tribunal dictó resolución manteniendo la suspensión del procedimiento de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo



3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

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 42 del TRLCSP.

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 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada siendo su valor estimado 700.000 euros y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación; en consecuencia, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del citado artículo 40 del TRLCSP, ostentando EXTENDA S.A. la condición de poder adjudicador.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartado 2 del TRLCSP.

La resolución de adjudicación se publicó en la plataforma de contratación y se notificó a los licitadores el 31 de enero de 2013 y el recurso tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 18 de febrero de 2013, por lo que se interpuso en el plazo de 15 días hábiles previsto en el citado precepto legal.



QUINTO. Procede, pues, analizar el fundamento del recurso que se sustenta en estimar que la oferta de la empresa que resultó adjudicataria estaba incurso en una baja anormal o desproporcionada sin que el órgano de contratación haya seguido el procedimiento previsto en el artículo 152 del TRLCSP a efectos de justificación de dicha baja temeraria. Por ello, se solicita la anulación de la resolución de adjudicación.

El artículo 152.2 del TRLCSP dispone que: *“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”.*

De esta forma el Anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante) que rige la licitación, dispone que:

“Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, así como cuando para la adjudicación, considerándose más de un criterio de valoración, el relativo al precio se pondere en un porcentaje igual o superior al 50% del conjunto de los criterios de adjudicación, se considerará que las proposiciones tienen carácter desproporcionado o anormal y, en consecuencia, no pueden ser cumplidas si se encuentran en los siguientes casos (.....)”

Por su parte, el Anexo XIV del PCAP fija dos criterios de adjudicación del siguiente modo:

FASE DE VALORACION DE LA PROPOSICION TECNICA (40%)	PONDERACION
Propuestas de Estrategia de Comunicación 2.0	
-Acciones de comunicación 2.0 en Extenda Plus	De 0 a 25 puntos
- Acciones de comunicación 2.0 en otras redes	De 0 a 15 puntos



FASE DE VALORACION DE LA PROPOSICIÓN TECNICO ECONOMICA (60%)	PONDERACION
Oferta económica. La fórmula será: 55 x precio de la oferta más baja/precio ofertado. Por los trabajos varios descritos en el pto. 6.1 del pliego de prescripciones técnicas	De 0 a 55 puntos
Tarifado: Precio ofertado por los productos señalados a título orientativo en el Anexo II. La formula será: 5 x precio de la oferta más baja/precio ofertado Nota: el precio de la oferta de la empresa licitadora para la valoración del criterio "Precio ofertado" será el sumatorio total de las tarifas por unidad fijadas para cada producto multiplicado por el número de unidades anuales estimadas por EXTENDA en el Anexo II de presente Pliego	De 0 a 5 puntos

En consecuencia, el PCAP fija dos criterios de valoración de las ofertas, suponiendo la valoración económica un 60% de la valoración total, por lo que habrá que atender a los criterios para la determinación de los valores anormales o desproporcionados de las proposiciones previstos en el Anexo XI del PCAP, al ponderarse el precio en un porcentaje superior al 50% del conjunto de los criterios de adjudicación.

El debate se centra en cómo interpretar el criterio que fija el PCAP para determinar si la oferta es anormal o desproporcionada cuando concurren tres licitadores, como ocurre en este caso.

El citado Anexo XI reproduce el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre:

“Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 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 25 unidades porcentuales.”

Las ofertas económicas presentadas por las empresas licitadoras y su valoración es la siguiente:

	Trabajos varios 6000€/mes	Puntuación de trabajos varios	Sumatorio Tarifado	Puntuación TARIFADO	PUNTUACION TOTAL ECONOMICA

BASSAT OGILVY	4300	53,72	19330	4,65	58,37
BELLOW MARKO	4200	55	17961,75	5	60
MEDIA DESING	4800	48,125	18280	4,91	53,04

El órgano de contratación entiende que no hubo baja temeraria en ninguna de las tres ofertas puesto que ninguna presentó una oferta inferior en más de diez unidades porcentuales a la media aritmética. Así la media resultante es 4.433,33 euros y restándole un 10% se obtiene 3.990 euros, mientras que las tres licitadoras ofertaron 4.200 euros, 4300 euros y 4.800 euros, respectivamente y ninguna representa una baja superior a 25 unidades porcentuales, calculada ésta sobre la media aritmética de las ofertas (4.433,33 euros-25%= 3.325 euros).

Frente a ello, el recurrente sostiene que la referencia que hace el Anexo XI del PCAP a que *“en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales”*, va referida al precio de licitación no a la media aritmética. De esta forma la oferta presentada por BASSAT OGILY COMMUNICATION, S.L. que resultó adjudicataria supondría la siguiente baja: siendo la cifra base de licitación de 6.000 euros mensuales y su oferta de 4.300 euros, ésta supone un 28,33 % de baja, superior al límite de 25 unidades porcentuales. Y en el caso de la oferta de la otra empresa licitadora BELLOW MARCO S.L. que ofertó 4.200 euros por los trabajos varios, también supone una baja desproporcionada de un 28,74 %. Mientras que la recurrente que ofertó 4.800 € mensuales, su oferta supone una baja de un 19,04% y por tanto no sería desproporcionada o anormal, de acuerdo con los criterios señalados en el PCAP.

La cuestión se centra, por tanto, en determinar si las 25 unidades porcentuales hay que referirlas a la media aritmética de las ofertas o bien al presupuesto base de licitación.

El Anexo XI, como hemos indicado, reproduce el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Sobre la interpretación de este precepto, la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía adoptó la Recomendación 8/2002, de 4 de febrero de 2003 y en relación al apartado 3 del citado artículo 85 cuyo tenor es: "3. *Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 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 25 unidades porcentuales.*", indicó que <<<En este supuesto la comparación se hace con la media aritmética de las ofertas presentadas, pero hay que tener en cuenta previamente algunas cuestiones: (...) 2. Que automáticamente se sitúa en baja temeraria la oferta que represente una baja superior a 25 unidades porcentuales, pero sin que el Reglamento indique en relación con qué parámetro hay que compararla. **Necesariamente se ha de entender que es en relación con el presupuesto base de licitación y no con la media aritmética de las ofertas presentadas.** Si se pusiera en relación con esta última, nunca sería de aplicación el porcentaje de 25 unidades, porque toda oferta que sobrepase las 10 unidades ya está en situación de baja temeraria.>>

Aunque se trate de una Recomendación de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, este Tribunal hace suyo también este criterio. En efecto, si se hiciera el cálculo de la baja superior a 25 unidades porcentuales sobre la media aritmética de las ofertas, nunca podía tener aplicación el supuesto de baja superior a 25 unidades porcentuales, puesto que el primer párrafo del apartado 3 del citado artículo 85 dispone que se consideran bajas desproporcionadas las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. En consecuencia, para que pueda tener aplicación el segundo párrafo de dicho precepto al indicar que " en cualquier caso" es desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales, sólo puede ir referido este porcentaje al presupuesto base de licitación.

SEXTO. De lo expuesto resulta que, cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deban servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja o desproporcionada deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, como se hizo en este caso (Anexo XI del PCAP), y la finalidad de esta apreciación es determinar *“que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*.

Ahora bien, como ha señalado el Tribunal Central de Recursos Contractuales en diversas Resoluciones, entre otras en la de 9 de febrero de 2011 dictada en el recurso número 64 de 2010, *“la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio 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. De acuerdo con ello 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.*

Ello motiva que el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público en su apartado 3 (actual artículo 152 del TRLCSP), establezca que “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”.



En definitiva la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos.”

Por tanto, aplicando los criterios que establece el Anexo XI del PCAP para la determinación de valores anormales o desproporcionados de las proposiciones, la oferta de la empresa BASSAT OGILY COMMUNICATION, S.L. que resultó adjudicataria, estaba incurso en baja desproporcionada o anormal, por lo que el órgano de contratación tendría que haber apreciado dicha circunstancia y haber seguido el procedimiento previsto en el artículo 152.3 del TRLCP, dando audiencia al licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir con la ejecución del contrato y así sea apreciado por el órgano de contratación, en su caso. Pero lo que no puede el órgano de contratación es aceptar la oferta incurso en baja anormal o desproporcionada sin exigir al contratista la justificación de ésta y solicitar los informes técnicos necesario sobre la viabilidad de dicha oferta.

En consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución de adjudicación a fin de que se declare que la oferta de la empresa adjudicataria está incurso en baja anormal o desproporcionada y se cumpla lo previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, **este Tribunal**

RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D C.R.L., en nombre y representación de la entidad “**MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A.**”, contra la resolución de adjudicación, de 30 de enero de 2013,



del contrato de servicios denominado “ Estrategia y Servicios de Comunicación para Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A. durante el período 2013-2014”, correspondiente al expediente 2012-146 promovido por Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A., y en consecuencia, anular la resolución impugnada debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la adopción del mismo.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue adoptado mediante Resolución de este Tribunal de 4 de marzo de 2013.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de 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

