

**Recurso 3/2013
Resolución 6/2013**

Resolución 6/2013, de 30 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Sistemas Avanzados de Tecnología, S.A. contra el Decreto de la Presidencia de la Diputación de Valladolid número 3.636, de 12 de Diciembre de 2012, por el que se adjudica el contrato del servicio de alojamiento de la infraestructura de hardware (housing).

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Acuerdo del Pleno de la Diputación núm. 122 de 27 de julio de de 2012 se aprobó el expediente de contratación del servicio de alojamiento de la infraestructura de hardware (housing). Al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada, la licitación se anunció en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín oficial de la Provincia de Valladolid

Segundo.- El 11 de octubre de 2012 la Mesa de contratación da audiencia al licitador Cableuropa, S.A.U., para que justifique su oferta y precise sus condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ("TRLCSP"), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al tratarse de una oferta con valores anormales o desproporcionados.

La empresa Cableuropa, S.A.U., dentro del plazo concedido, presenta alegaciones en las que justifica las condiciones de su oferta.

El informe del técnico asesor del Área de 29 de octubre considera que "no existe ningún argumento técnico fehaciente que oriente hacia un incumplimiento de contrato bajo la oferta económica propuesta, existiendo

algunas razones justificativas del ahorro que supone la misma. En concreto, disponer de un CPD propio, ser proveedor global de comunicaciones y albergar el CPD propio en un nodo principal de comunicaciones de la empresa (...). Se deduce claramente que la empresa es consciente del precio y que lo asume en sus consecuencias económico financieras, por lo que se ha de concluir que el contrato podría ser cumplido a satisfacción por la empresa en caso de resultar adjudicataria.”

La Mesa de contratación acuerda el 31 de octubre aceptar la oferta del licitador por considerarla suficientemente justificada y, por tanto, susceptible de cumplimiento y propone la adjudicación en favor de la empresa Cableuropa, S.A.U.

Tercero.- Por Decreto de la Presidencia nº 3.636 de 12 de diciembre de 2012 se adjudica el contrato a la referida empresa por importe de 210.307,68 euros (IVA incluido). Dicha adjudicación es notificada a los interesados.

Cuarto.- El 27 de diciembre la empresa Servicios Avanzados de Tecnología, S.A. (SATEC), presenta en el Registro General de la Diputación de Valladolid el anuncio de la interposición de recurso especial en materia de contratación ante el órgano contratante, así como un escrito en el que solicita la suspensión cautelar de la tramitación del procedimiento de contratación

Quinto.- El 2 de enero de 2013 Dña. Teresa Taubmann Urquijo, en nombre y representación de la empresa Servicios Avanzados de Tecnología, S.A. (SATEC), presenta en el Registro de la Diputación de Valladolid un recurso especial en materia de contratación contra el Decreto de la Presidencia de la Diputación de Valladolid número 3.636 de 12 de diciembre de 2012, que adjudica el contrato del servicio de alojamiento de la infraestructura de hardware (housing).

A juicio de la empresa recurrente no es posible ejecutar el contrato por el precio adjudicado. La oferta incluye el traslado y puesta en marcha del servicio, la prestación de éste y todos los costes asociados, incluidos los de personal, razones éstas que determinan que sea difícil o imposible no incurrir en pérdidas. En relación con los tiempos de migración considera que, a la vista de la oferta

económica realizada por el adjudicatario, de los medios disponibles y de las actuaciones que conlleva esta migración, es difícil, si no imposible, que pueda llevarse a cabo en un plazo máximo de 24 horas.

Sexto.- El 11 de enero se recibe en el registro de este Tribunal la siguiente documentación remitida por el órgano de contratación: el expediente de contratación, el recurso especial interpuesto, así como los informes técnicos emitidos por la Diputación.

El 14 de enero el Tribunal requiere a la empresa reclamante para que acredite la representación. El 15 de enero se presenta poder de la empresa Servicios Avanzados de Tecnología, S.A. (SATEC) otorgado a favor de Dña. Teresa Taubmann Urquijo.

El 15 de enero se admite a trámite el recurso presentado.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los demás licitadores a fin de que puedan formular alegaciones.

El 22 de enero Cableuropa, S.A.U. presenta alegaciones, en las que, entre otras consideraciones, mantiene que a solicitud de la Mesa de contratación "ha justificado, en tiempo y forma, y de forma clara y pormenorizada, la valoración de su oferta y ha precisado 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." Concluye 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".

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1ª.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante, TRLCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La empresa Sistemas Avanzados de Tecnología, S.A. está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación y consta acreditada su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es por tanto recurrible, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial se ha planteado en tiempo y forma. Consta asimismo que se ha anunciado previamente la interposición del recurso al órgano de contratación y que el recurso se ha presentado ante este último, quien ha remitido a este Tribunal la documentación prevista en la norma.

Respecto a la medida cautelar solicitada, hay que recordar que la suspensión es automática por imperativo legal (ex artículo 45 TRLCSP), y se mantiene hasta que se pronuncie expresamente el Tribunal, sin que hasta ese momento pueda procederse a la formalización del contrato, ni comenzarse su ejecución.

3º.- Este Tribunal debe advertir, con carácter previo, de que el análisis del asunto que se somete a su consideración debe quedar circunscrito a los aspectos formales de la valoración, tales como normas de competencia o procedimiento, la comprobación de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios (en consonancia con los artículos 1 y 139 del TRLCSP), de que no se haya incurrido en error material y de que la admisión

de las propuestas y su valoración se ajustan a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. La aplicación de criterios de valoración a los elementos evaluables mediante juicios de valor (como sucede en el presente caso) está excluido de las facultades del Tribunal, pues este órgano no puede sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otra, ya que ello supondría sustituir el juicio de un órgano experto competente para ello por el juicio de este Tribunal (en este sentido, Resoluciones 176/2011, 251/2011 ó 51/2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; y Resoluciones 4/2012, de 24 de abril, y 19/2012, de 16 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

4º.- El rechazo de las proposiciones temerarias persigue garantizar la ejecución del contrato y hacer así efectivos los principios de eficiencia y necesidad del contrato plasmados en el artículo 1 y 22 del TRLCSP. Con ello se destaca 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 y no cumpla el fin institucional que se persigue con el contrato (Resolución 217/2011, de 14 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas, Resolución 121/2012, de 23 de mayo) ha señalado lo siguiente:

“Esta cautela se prevé en el artículo 152 del TRLCSP que establece que los pliegos pueden fijar límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. 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 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 él la justificación de su proposición, de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición.

»(...).

»(...) 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 concurrencia, 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.

»Por excepción, y, precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que una proposición 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 (en especial la Directiva 2044/18/CE), como el español, admiten la posibilidad de que la oferta inicialmente más ventajosa no sea la que sirva de base para la adjudicación”.

El artículo 152.2 del TRLCSP establece 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”.

A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas, Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, y 72/2012, de 21 de marzo) extrae dos conclusiones:

“(…) la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un instrumento 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 LCSP (art. 152 TRLCSP) en su apartado 3 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.

»(…).

»Ante una situación análoga, concretamente en la Resolución 33/2011, el Tribunal afirmó que para dar una adecuada respuesta a la cuestión aquí planteada, no basta con citar el apartado 3 del artículo 136 de la LCSP (art. 152 TRLCSP), que se refiere a la solicitud de asesoramiento técnico, sino hay que tener en cuenta también lo dispuesto en su apartado 4 según el cual

corresponde al órgano de contratación "considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior" estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, pudiendo ser esa motivación sucinta, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, en su decisión, puedan razonar o fundar su decisión.

»De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando, como es el caso, no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, cabría calificarla de arbitraria, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984 "lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como "*sit pro rationes voluntas*", o la que ofrece es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte".

Respecto a la insuficiencia de la justificación de los valores anormales o desproporcionados, cierto es que el recurso argumenta que la proposición no puede ser cumplida y que el carácter bajo de la proposición determinará pérdidas para la empresa y necesariamente justificará una revisión de precios. No obstante, el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales (Resolución 36/201, de 23 de diciembre) ha señalado que "aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo del seguro, como en general en el mundo de los negocios, no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga

una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable". Por todo ello la sola concurrencia de esta circunstancia no permitiría calificar como inviable una oferta con valores anormales o desproporcionados.

En cuanto a las alegadas incoherencias técnicas, ha de reiterarse que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no técnicamente corresponde al órgano de contratación, quien debe valorar las alegaciones realizadas, las justificaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes técnicos emitidos por la Administración.

En el presente caso, la Mesa de contratación concedió audiencia al licitador Cableuropa, S.A.U. para que justificara la valoración de su oferta y precisara sus condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ("TRLCSP"), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. La referida empresa, dentro del plazo concedido, presentó un escrito en el que motivaba y justificaba las condiciones de su oferta -de forma satisfactoria a juicio de los técnicos de la Administración-.

El análisis de la diferente valoración técnica, como se ha señalado, está vedado a este Tribunal, por lo que la adjudicación carece de los vicios materiales y formales señalados por la empresa recurrente.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la empresa Sistemas Avanzados de Tecnología, S.A., contra el Decreto de la Presidencia de la Diputación de Valladolid número 3.636, de 12 de

diciembre de 2012, por el que se adjudica el contrato del servicio de alojamiento de la infraestructura de hardware (housing).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 del TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA)".