

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 30 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CROSSPOINT, S.A.L., contra el Acuerdo de fecha 26 de mayo de 2022 de fecha por el que excluye a dicha empresa del procedimiento de licitación del contrato de “servicio de gestión, almacenamiento y distribución de contenidos por internet”, número de expediente 2022-0110-SMM instado por Radio Televisión Madrid, S.A.U. (en adelante RTVM), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, ambos en fecha 22 de febrero de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 1.197.900 euros y su plazo de duración será de 2 años

A la presente licitación se presentaron cinco licitadores entre ellos la recurrente

Segundo.- Antecedentes

En fecha 5 de abril de 2022 la Mesa procedió a la apertura del SOBRE C en acto público (dando lectura previamente a las puntuaciones técnicas obtenidas por las empresas) y a la valoración de la propuesta económica y de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, resultando la necesidad de requerir justificación a varias empresas, entre ellas la recurrente CROSSPOINT, S.A.L., ante la posibilidad de que su oferta económica se considerase desproporcionada o anormal, de acuerdo con lo establecido en el apartado 9 de la Cláusula 1ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la mencionada licitación, tanto en cuanto a los servicios fijos, como a los servicios variables.

Consecuencia de ello, en fecha 18 de abril de 2.022, la Mesa de Contratación acordó conceder trámite de audiencia a CROSSPOINT, S.A.L. a los efectos de que justifique su oferta.

En fecha 19 de abril de 2022, CROSSPOINT, S.A.L. presentó la justificación de su oferta.

En fecha 9 de mayo de 2022 se emitió el correspondiente informe por el Responsable del Área Económica Financiera de Radio Televisión Madrid

En fecha 24 de mayo de 2022 la Presidente y los vocales técnicos de la Mesa emiten el Informe técnico de valoración de la empresa CROSSPOINT, S.A.L. que fundamenta el acuerdo de exclusión ahora recurrido.

En fecha 26 de mayo de 2022 el Órgano de Contratación acuerda la exclusión de la oferta de CROSSPOINT, S.A.L.

Tercero.- El 15 de junio de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CROSSPOINT, S.A.L., en el que solicita la nulidad de su exclusión y la admisión de la viabilidad de su oferta.

El 21 de junio de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- El recurrente solicitó la adopción de medidas cautelares previas a la interposición del recurso, que se efectuó el mismo día a pocos minutos. Si bien hubiera procedido la adopción de la suspensión reclamada, se procede directamente a la resolución del recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación, “*cuyos derechos e intereses legítimos*

individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 26 de mayo de 2022 practicada la notificación, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 15 de junio de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en la pretensión de la recurrente de que su informe de viabilidad de su oferta previamente considerada temeraria, sea suficiente para la admisión de la propuesta.

Para ello incide en la documentación técnica aportada, donde se ponen de manifiesto todas sus alianzas y estrategias empresariales que la permiten por un lado formular la mejor oferta técnica, siendo la mejor calificada y por otro lado mejorar sustancialmente el precio base de licitación.

Considera que la obligación de la administración tanto general como institucional es conseguir el servicio al mejor precio, concurriendo aquí la mejor oferta económica con la mejor oferta técnica.

Por último, mantiene que, si hubiera sido necesario abordar el estudio concreto de algún extremo o aportar determinada documentación, debería haber sido solicitada, bien inicialmente o bien en trámite de subsanación.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”* 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, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incursa en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia

empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla”*.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con

la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –“*resolución reforzada*”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la Resolución 294/2018, de fecha 26 de septiembre, Resolución 559/2014, de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que “*hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado*”.

En la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de

precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución **debidamente motivada** que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “*reforzada*”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

En el presente caso manifiesta el órgano de contratación en su informe al recurso que: “*Esta entidad requirió a CROSSPOINT la justificación de su oferta al incurrir en baja temeraria, detallando los puntos concretos que debían ser especialmente justificados por la licitadora.*”

En concreto, la solicitud era la siguiente:

*“En virtud de lo anterior, y de conformidad con el artículo 149 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y con el contenido del mencionado apartado 9 de la Cláusula 1ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la Mesa de Contratación ha acordado conceder trámite de audiencia a **CROSSPOINT***

S.A.L, requiriéndole información para que justifique la oferta en los siguientes aspectos:

a) *En cuanto a los Servicios Fijos:*

- *Justificación del ahorro contemplado en la oferta.*
- *Descripción y desglose de la estructura de costes.*
- *Descripción de las plataformas y servicios técnicos aportados.*
- *Provisión de costes y suministros y condiciones excepcionalmente favorables de que dispongan para ejecutar la prestación.*

b) *En cuanto a los Servicios variables:*

Justificación del ahorro que permite ejecutar la prestación a los precios ofertados para cada concepto (“Tráfico y Desarrollos” e “Integraciones”), en cuanto a:

- *el procedimiento de ejecución del contrato.*
- *las soluciones técnicas adoptadas.*
- *las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación”.*

Manifiesta RTVM que, ante esta solicitud, la respuesta de Crosspoint fue un escrito genérico en el que no se aportaba documentación acreditativa de los costes en los que su oferta incurría para considerarla como viable, a diferencia de lo que sí hicieron el resto de los licitadores a los que también se les solicitó la justificación de la viabilidad de sus respectivas ofertas.

Este informe es también incorporado al texto del recurso por parte de Crosspoint SAL: *“En respuesta a su solicitud de alegaciones relativas al importe económico presentado sobre el Expediente 2022-0110-SMM, a continuación, se enumeran y argumentan las razones y cuestiones a considerar respecto a la propuesta de Crosspoint SAL en cuanto a la eficiencia y la optimización de su oferta, tanto para los servicios fijos como para los servicios variables:*

- Los servicios ofertados por parte de Crosspoint SAL junto a las compañías (...), entre otras, cumplen con todos los requisitos de prestaciones técnicas exigidas en los pliegos de condiciones, y son garantía de un servicio de primer nivel para RTVM. Una gran parte de los servicios fijos, alrededor de un 65-70 %, provienen precisamente de ambos fabricantes. Por tanto, y gracias a los acuerdos tecnológicos y de colaboración establecidos con estas marcas, Crosspoint SAL dispone de descuentos que justifican los precios reflejados en su propuesta económica.

- En la memoria técnica presentada están explicados todos los detalles que permiten la optimización y la eficiencia del servicio y por tanto no sólo su adecuación técnica sino su también su competitividad a nivel económico. En este sentido, nuestra propuesta ha sido la mejor valorada técnicamente, con una amplia diferencia respecto al resto de empresas participantes en la licitación.

- Las tecnologías de (...) y (...) son punteras y proporcionan los servicios más avanzados del mercado. Algunos de sus clientes a nivel nacional en el sector Broadcast son (...). A nivel internacional podemos destacar entre sus clientes a compañías líderes en el mundo de la comunicación como (...) entre otros.

- El importe económico de la oferta presentada por Crosspoint es, fundamentalmente, consecuencia del precio que recibe de los fabricantes. Estos precios pueden variar sustancialmente por consideraciones de diversa índole, estrategia comercial, proyectos especiales, cambio de divisas, marketing, etc...

CROSSPOINT, S.A.L.

- En esta ocasión, tanto (...) como (...), decidieron aplicar un descuento especial tomando en consideración la amplia experiencia y solvencia de su partner Crosspoint SAL, así como las posibilidades estratégicas de futuro de este proyecto y el cliente al que iba dirigida la oferta (RTVM).

- Crosspoint SAL dispone de personal técnico formado y experimentado en los productos y servicios que componen la solución ofertada a RTVM, con lo que tanto la implementación de la solución, como el soporte e incluso la formación técnica, le permiten proporcionar el máximo nivel de excelencia con los costes de personal optimizados, reduciendo la dependencia de servicios del fabricante que tienen un

mayor coste y que, en muchas ocasiones, implica desplazamiento de ingenieros desde fuera de España.

- Dada la importancia de la licitación, y reforzando la estrategia comercial de las compañías implicadas, el resultado final de la oferta es fruto además del esfuerzo económico realizado por Crosspoint SAL en el ámbito de la optimización de los servicios que su equipo de ingeniería ha realizado para otros clientes en España, y en su proyecto estratégico de expansión en el área OTT a través de su división especializada en el entorno digital, Crossmedia.

Podemos garantizar, por tanto, que Crosspoint SAL podrá ejecutar el contrato en las mejores condiciones y proporcionando el mejor servicio para RTVM”.

Añade el órgano de contratación que: “dicho escrito además no ofrece explicación pormenorizada a las cuestiones concretas planteadas ni desglosa las explicaciones por servicios fijos o variables, tal y como se les requería.

Sin embargo, el escrito de formulación del escrito de Recurso Especial que nos ocupa planteado por Crosspoint viene a ofrecer en este momento alegaciones sobre la viabilidad de la oferta distinta de las que en su momento se ofrecieron a RTVM. La evidencia de cuanto exponemos se basa incluso en las fechas de los certificados acreditativos de los fabricantes que ahora se aportan con el recurso especial que son recientes, de junio de 2022; esto es, muy superado el plazo de justificación de la baja temeraria que fue el 18 de abril de 2022”.

Concluye RTVM manifestando que: “es por ello que, a la vista de que el requerimiento efectuado por RTVM - en el que en ningún caso existió deficiencia en cuanto a los elementos que el órgano entendía que específicamente debía ser evaluado- y la información que aportó el licitador – que fue realizada en los términos que tuvo por conveniente-, puede afirmarse que no era necesario ni obligatorio haberle solicitado aclaraciones adicionales al informe de justificación presentado hasta que de manera concreta el licitador diera una justificación de su oferta en términos de viabilidad del pliego. No es ésta una obligación del órgano de contratación ni de la Mesa porque ello hubiera puesto en serio peligro la observancia de los principios

básicos de la contratación administrativa en el presente expediente, tal y como hemos dicho”.

A la vista de las posiciones y acciones de las partes este Tribunal reitera la doctrina formulada en su Resolución 78/2022, de 24 de febrero, en la que se matiza que la justificación de la viabilidad de la oferta debe efectuarse en su momento procesal oportuno y no vía subsanación o aclaración o vía recurso.

Así mismo recuerda su Resolución 2/2017 de 11 de enero, *“El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego”.* De ahí que no pueda considerarse suficiente el hecho de contar con una amplia solvencia técnica para acometer el contrato, tal y como pretende el recurrente en este caso.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente en los aspectos solicitados, se aprecia como razonable, motivada y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de

diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CROSSPOINT, S.A.L., contra el Acuerdo de fecha 26 de mayo de 2022 de fecha por el que Excluye a dicha empresa del procedimiento de licitación del contrato de servicio de “gestión, almacenamiento y distribución de contenidos por internet” número de expediente 2022-0110-SMM instado por Radio Televisión Madrid, S.A.U.

Segundo.- 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.