



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064780

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1828/2019, de 17 de diciembre de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)

Rec. n.º 862/2017

SUMARIO:

Contratos administrativos. Contrato de servicios. Exclusión de contratista. Ofertas anormalmente bajas.

Contrato de servicio de asistencia y consultoría para la traducción al inglés de los contenidos de la página web de La Moncloa, donde una empresa fue excluida de la licitación por apreciarse en su oferta económica valores anormales o desproporcionados.

La tarifa de traducción inmediata, directa e inversa, del español al inglés de la empresa en cuestión, presentaba una desviación de la media de las tarifas ofrecidas por las otras empresas licitadoras del 24,70% a la baja, por lo que se le pedía que justificara la valoración de la tarifa, el procedimiento de ejecución del contrato y los medios técnicos de la empresa. Una vez dadas las explicaciones, no resultaron suficientes para la administración acordándose su exclusión.

Se cuestiona si en los contratos del sector público con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados, a efectos de la aplicación del artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, puede efectuarse respecto de cada uno de los precios unitarios ofertados para cada uno de los componentes de las prestaciones --de manera que, apreciada la anomalía respecto de uno de esos componentes, pueda excluirse la oferta-- o si, por el contrario, aquella valoración solo puede ir referida a la oferta global y completa presentada por el licitador.

La apreciación de valores anormales o desproporcionados ha de referirse al conjunto de la oferta y no a uno sólo de sus componentes. La consecuencia con la que nos encontramos es la de que la Administración no ha establecido que la oferta global de la recurrente incurriera en el desfase contemplado y no procedía excluirla. Habida cuenta de que el contrato ya se ha ejecutado, no tiene sentido acordar ahora la retroacción y sí reconocerle a la recurrente el derecho a ser indemnizada y el porcentaje que sobre el mismo ha de aplicarse es el del 6% sobre el importe del contrato, correspondiente al beneficio industrial que contempla el artículo 300 del texto refundido.

PRECEPTOS:

Real Decreto Legislativo 3/2011, (TR Ley de Contratos del Sector Público), arts. 87.2, 151, 152, 300 y 302.

Real Decreto 1089/200 (Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), art. 85.

Ley 9/2017 (Contratos del Sector Público), arts. 149 y 307.

PONENTE:

Don Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Magistrados:

Don LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ

Don JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ

Don PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Don CELSA PICO LORENZO

Don MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo



Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.828/2019

Fecha de sentencia: 17/12/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 862/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 862/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1828/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

En Madrid, a 17 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 862/2017, interpuesto por la mercantil Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L., representada por el procurador don Juan Antonio Velo Santamaría y defendida por el letrado



don Enrique Naya Nieto, contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2016 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso n.º 227/2016, sobre resolución de 19 de enero de 2016, que desestimó el recurso de reposición presentado contra el acuerdo de la Secretaría de Estado de Comunicación de fecha 11 noviembre 2015 que acordó la exclusión de la actora de un servicio de asistencia y consultoría.

Se ha personado, como recurrida, la Administración, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso n.º 227/2016, seguido en la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el 5 de diciembre de 2016 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

1.- DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de SEPROTEC TRADUCCIÓN E INTERPRETACIÓN, S.L., contra la resolución de fecha 19 enero 2016 que desestima el recurso de reposición presentado contra el acuerdo de la Secretaría de Estado de Comunicación de fecha 11 noviembre 2015 por la que se acuerda la exclusión de la actora de un servicio de asistencia y consultoría. Y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, por ser dicha resolución conforme a Derecho.

2.- Con imposición, a la parte demandante, de las costas procesales causadas en esta instancia".

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la mercantil Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L., que la Sala de la Audiencia Nacional tuvo por preparado por auto de 3 de febrero de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

Tercero.

Recibidas y personados el procurador don Juan Antonio Velo Santamaría, en representación de la mercantil Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L., como parte recurrente, y el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración, como recurrida, por auto de 22 de mayo de 2017 la Sección Primera de esta Sala acordó:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Seprotec, Traducción e Interpretación S.L. contra la sentencia de 5 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el procedimiento ordinario 227/2016.

Segundo.- Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si en los contratos del sector público con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados, a efectos de la aplicación del artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, puede efectuarse respecto de cada uno de los precios unitarios ofertados para cada uno de los componentes de las prestaciones --de manera que, apreciada la anormalidad respecto de uno de esos componentes, pueda excluirse la oferta-- o si, por el contrario, aquella valoración solo puede ir referida a la oferta global y completa presentada por el licitador.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) y el artículo 85 del Real Decreto



1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme".

Cuarto.

Por diligencia de ordenación de 1 de junio de 2017 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar la interposición del recurso.

Quinto.

Por escrito de 12 de julio de 2017 el representante procesal de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. formalizó la interposición del recurso, identificando las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia infringidas. Y, en virtud de ello, manifestó que la pretensión que se deduce es que

"1) Declare la nulidad de la resolución de 19 de enero de 2016 del Ministerio de la Presidencia (documento nº 18 del expediente administrativo, folios 480 y ss.), por medio de la cual se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 19 de noviembre de 2015 dictada por la Subdirectora General de la Oficina Presupuestaria y de Gestión Económica por delegación de la Secretario de Estado de Comunicación, que acuerda la exclusión de la demandante del contrato de asistencia y consultoría para la traducción al inglés de los contenidos de la página web de La Moncloa y para la traducción directa e inversa en inglés, francés y alemán de documentación considerada relevante por la SEC.

2) Ordene retrotraer las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas económicas, sin exclusión de la de SEPROTEC, o subsidiariamente

3) Condene a la Administración a indemnizar a la recurrente en la cantidad de 18.000,00 euros más sus intereses legales desde la interposición del recurso contencioso administrativo

4) Condene a la Administración demandada al pago de las costas del recurso 227/2016 seguido ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional".

Y solicitó a la Sala que, tras los trámites legales, dicte sentencia en la que case y anule la recurrida, acordando haber lugar a las pretensiones deducidas en el punto segundo de su escrito.

Sexto.

Evacuando el traslado conferido por providencia de 15 de septiembre de 2017, el Abogado del Estado se opuso al recurso por escrito de 6 de noviembre siguiente en el que solicitó su desestimación.

Por otrosí digo, manifestó que no procede acordar la celebración de vista pública "dado lo bien delimitado de las cuestiones debatidas, que como ha quedado expuesto, son, además, de carácter fáctico, relativas a la interpretación de un contrato".

Séptimo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

Octavo.

Por providencia de 11 de septiembre de 2019, por necesidades del servicio, se suspendió el señalamiento para votación y fallo que venía acordado para el día 1 de octubre de 2019, señalándose nuevamente para el 10 de diciembre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.



Noveno.

En la fecha acordada, 10 de diciembre de 2019, han tenido lugar la votación y fallo del presente recurso y el 17 siguiente se pasó la sentencia a la firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

A) El procedimiento administrativo

Septec, Traducción e Interpretación, S.L. concurrió al procedimiento convocado para la adjudicación por el Ministerio de la Presidencia, por el procedimiento abierto, conforme al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, del contrato de servicios consistente en el "Servicio de asistencia y consultoría para la traducción al inglés de los contenidos de la página web de La Moncloa y para la traducción directa e inversa en inglés, francés y alemán de la documentación considerada relevante por la Secretaría de Estado de Comunicación".

La adjudicación se debía producir según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en virtud de los puntos obtenidos según la siguiente distribución: 49 puntos por criterios subjetivos y 51 puntos por criterios objetivos. Septec, Traducción e Interpretación, recibió la tercera mejor puntuación por los criterios subjetivos (27,75) pero fue excluida de la licitación por apreciarse en su oferta económica valores anormales o desproporcionados. A ese resultado se llegó a propuesta de la Unidad de Apoyo de la Dirección General de Comunicación formulada el 4 de noviembre de 2015, aceptada por el órgano de contratación mediante resolución de la Subdirectora General de la Oficina Presupuestaria y de Gestión Económica, por delegación del Secretario de Estado de Comunicación, de 11 de noviembre de 2015, la oferta de Septec, Traducción e Interpretación, S.L. También, conforme a la propuesta de dicha Unidad de Apoyo, se adjudicó el contrato a la oferta económicamente más ventajosa que, excluida la de Septec, Traducción e Interpretación, S.L., era la de Eagle Language Services, S.L. que obtuvo 27,8 puntos por los criterios subjetivos y 48,9867 por los objetivos.

La duración del contrato se extendía entre el 1 de diciembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2016 y podía prorrogarse de mutuo acuerdo por el plazo máximo de un año. Su valor estimado, incluida la prórroga, era de 180.000€, siendo su importe 90.000€, cantidad sobre la que se habría de aplicar el 21% de IVA, con lo que el presupuesto base de licitación era de 108.900€.

El sistema de determinación de precios previsto, de acuerdo con los artículos 87.2 y 302 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, era de "Precios referidos a componentes de la prestación".

Conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (cláusula 9), los 51 puntos a asignar en función de criterios objetivos a los aspectos económicos debían distribuirse así: (i) hasta 29 puntos por la tarifa de traducción inmediata directa e indirecta al inglés en horario ordinario de 09:00 a 19:00 de lunes a viernes; (ii) hasta 9 puntos por la tarifa por traducción extraordinaria del inglés al español en horario distinto al ordinario y días festivos; (iii) hasta 9 puntos por la tarifa por traducción extraordinaria del español al inglés en horario distinto al ordinario y días festivos; (iv) hasta 1 punto para cada idioma por la tarifa de traducción inmediata y directa e indirecta en francés y alemán en horario ordinario de 9:00 a 19:00 de lunes a viernes; y (v) hasta 1 punto para cada idioma por la tarifa por traducción extraordinaria del español al francés o alemán y del francés o alemán al español. En los cinco casos, la medición se haría por el coste de cada palabra traducida y mediante la aplicación de una específica fórmula indicada en el Pliego.

Una vez abiertos los sobres con las proposiciones económicas, el secretario de la Mesa de Contratación se dirigió a Septec, Traducción e Interpretación, S.L. el 25 de septiembre de 2015 poniendo de manifiesto que, tras el análisis de su oferta económica, observaba que la tarifa de traducción inmediata, directa e inversa, del español al inglés en horario ordinario de 9 a 19 horas, de lunes a viernes, presentaba una desviación de la media de las tarifas ofrecidas por las otras empresas licitadoras del 24,70% a la baja. Por eso, le pedía que justificara la valoración de la tarifa y precisara las condiciones de ahorro de la misma en relación con estas dos cuestiones: (i) "El procedimiento de ejecución del contrato y los medios técnicos de la empresa, teniendo en cuenta que el procedimiento de prestación del servicio y la disponibilidad personalizada previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas son de obligado cumplimiento"; y (ii) "El equipo humano adscrito a la ejecución del contrato, justificando en su caso las diferencias respecto del régimen general del mercado de trabajo en el sector".



Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. respondió en el plazo que se le había dado, exponiendo en esencia, que "cuenta con un flujo de trabajo mejorado con la experiencia adquirida durante los más de veinticinco años" que venía prestando servicio. Señalaba que en 2014 tradujo "más de 150 millones de palabras nuevas en más de 500 combinaciones lingüísticas y entregó 99,2% de los proyectos dentro del plazo de entrega y presupuesto previstos y con las expectativas de calidad del cliente". Explicó, seguidamente, que su oferta contempla equipos especializados por cliente y que designaría uno para la gestión de los proyectos de la Secretaría de Estado de Comunicación, configurándolo de manera que fuera suficiente para cubrir sus necesidades, compuesto de gestores de proyecto, traductores y revisores previamente seleccionados de su base de datos con más de 4.500 recursos homologados. Sobre la cobertura horaria indicó que tiene oficinas comerciales en trece países y tres centros de producción, dos de ellos en España y otro en Latinoamérica. Los gestores de proyecto dedicados a este contrato, decía, estarían localizados en España y para las solicitudes en horario extraordinario, a fin de que hubiera continuidad de 24 horas, se contaría con el equipo de Latinoamérica. Aseguraba que su equipo de gestión trabaja en turnos de guardia. Indicaba, además, que dispone de herramientas de traducción asistida por ordenador con tecnología de vanguardia y con memorias de traducción -- bases de datos de segmentos de texto-- sin perjuicio de la imprescindible intervención de un traductor.

Aun no habiéndosele planteado una justificación específica del precio por palabra de traducción, resaltaba los puntos con influencia en él: las infraestructuras con que cuenta y el volumen de trabajo que afronta, la cifra de negocio en 2014 de 14.775.690,84€, sus bases de datos de profesionales de la traducción, su dilatada experiencia y los conocimientos, procedimientos y equipos que le ha permitido adquirir. De sus traductores en plantilla dijo que son alrededor de 900 en toda España los contratados laboralmente. Y, sobre la economía de escala y su capacidad de negociación con proveedores, destacó su importante tamaño, dijo que es la primera empresa en España, está reconocida como una de las treinta más importantes a nivel internacional, realiza al día una media de 325 interpretaciones y traduce un volumen de 150 millones de palabras al año. Todo ello, añadió, le permite reducir considerablemente sus costes y repercute en la optimización del presupuesto de sus clientes y en la reducción de las tarifas que ofrece. Asimismo, sobre el ajuste de su beneficio empresarial, señaló que busca que su rentabilidad provenga del volumen de negocio, no de explotar los márgenes empresariales del cliente o de un proyecto.

El informe técnico elaborado por la Unidad de Apoyo de la Dirección General de Comunicación no consideró suficientes las razones anteriores para justificar la desviación de la tarifa y, como se ha dicho, propuso y así se acordó por el órgano de contratación la exclusión de la oferta de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. En particular, echó en falta explicaciones con cifras y porcentajes o importes concretos de las reducciones que justificaran la bajada de precio en la tarifa ofertada, dijo que la vinculación de los traductores con la empresa no respondía a contratos laborales de personal de plantilla y, además, tuvo en cuenta el informe de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación según el cual no estaba justificado el precio por palabra sino de forma genérica y que la tarifa en discusión suponía una desviación a la baja del 50% de la aplicada por esa Oficina en traducción directa y en más del 100% en la inversa y subrayó que "la traducción es una actividad personalísima" y que "no se trata de una cadena de montaje en que la automatización y la mejora de los métodos permita sustanciales rebajas".

Por todo ello, considerando que la tarifa ofrecida podía poner en riesgo la propia ejecución del contrato, la Unidad de Apoyo propuso, como se ha dicho, la exclusión de la oferta de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. conforme a la cláusula 15.11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, según el cual no procederá la adjudicación al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión en ella de valores anormales o desproporcionados de acuerdo con el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1089/2001.

Impugnada esa decisión, la Secretaría de Estado de Comunicación, por resolución de 19 de enero de 2016, desestimó el recurso de reposición de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L.

B) La sentencia de la Audiencia Nacional

La sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional contra la que se dirige este recurso de casación desestimó las pretensiones de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L.

Explica que la argumentación de la demanda descansaba en que el precio del contrato era único y que para establecer que su oferta económica entrañaba una baja anormal no bastaba un cálculo aislado de las



prestaciones del contrato sino en una valoración conjunta de esa oferta ya que lo relevante es el precio y no uno de sus componentes. Asimismo, señala la sentencia que para la demanda la desviación de la media de las ofertas presentadas por las otras licitadoras de la presentada por Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. era, en realidad, de 1,74% al alza y que consideraba infringidos los artículos 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 85 del Reglamento citado.

También, recuerda las pretensiones de la actora: anulación de la actuación que la excluyó, la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas económicas sin excluir la suya o, subsidiariamente, ser indemnizada con 18.000€, más sus intereses legales desde la interposición del recurso.

Después, la sentencia recoge la posición del Abogado del Estado y reproduce los artículos 151 y 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 85 del Reglamento y pasa a resumir el informe de la empresa sobre su oferta y las consideraciones que llevaron a la exclusión de la recurrente. A continuación, dice lo siguiente para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo:

"Es importante señalar que las conclusiones que se contienen en la resolución impugnada están perfectamente justificadas y, por consiguiente no, se puede considerar que sea improcedente la exclusión de la actora en la licitación o que no esté fundada, está perfectamente razonada y es razonable. El órgano de contratación tiene la facultad de apreciar, previos los informes adecuados y la audiencia del adjudicatario, como susceptibles de normal cumplimiento las alegaciones y para llegar a la conclusión excluyente de la licitación que se recurre ha analizado de manera pormenorizada las alegaciones de la actora y ha puesto de manifiesto que algunas alegaciones eran irrelevantes respecto a la justificación de la tarifa anormalmente baja y otras no justificaban de manera suficiente la misma.

Coincidimos con la resolución impugnada, la oferta realizada no estaba en condiciones de cumplir el contrato de la manera que se hubiera exigido.

Por supuesto que la tarifa a la baja que nos ocupa es una presunción que puede ser destruida en contrario, pero en este caso no se ha destruido dicha presunción, por el contrario aporta mayores criterios aseverativos de que la tarifa es anormalmente baja.

Por otra parte, la valoración de los dictámenes y de los informes corresponde a este Tribunal y la actora no ha destruido la presunción de acierto que resulta de los mismos. Es evidente que la actora, aunque así no lo solicite, pretende la adjudicación del contrato y si no que se le indemnice por el beneficio industrial que hubiera podido obtener y sus intereses. Pero claro está, esta pretensión parte de la adjudicación del contrato o de estar en posición de que se le adjudique el contrato. Pues bien, hay que señalar que desestimando la pretensión inicial de retroacción porque el procedimiento seguido es impecable y no existe causa que determine esa retroactividad pretendida y no amparada en base legal alguna que lo exija, también hay que rechazar esa supuesta indemnización por cuanto se rechazan las pretensiones de la parte recurrente referentes a que le correspondería la adjudicación del contrato que es lo único que daría pie a una posible indemnización por pérdida de beneficio industrial".

Segundo. *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

El auto de la Sección Primera de esta Sala de 22 de mayo de 2017 que admitió a trámite este recurso de casación, apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en resolver la siguiente cuestión planteada por Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L.:

"Si en los contratos del sector público con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados, a efectos de la aplicación del artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, puede efectuarse respecto de cada uno de los precios unitarios ofertados para cada uno de los componentes de las prestaciones --de manera que, apreciada la anormalidad respecto de uno de esos componentes, pueda excluirse la oferta-- o si, por el contrario, aquella valoración solo puede ir referida a la oferta global y completa presentada por el licitador".

E identificó como preceptos a interpretar el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 y el artículo 85 del Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.



Según explica el auto de admisión, advierte el indicado interés porque no existe jurisprudencia al respecto y porque la solución a la que se llegue puede trascender del caso concreto, dado que existe un importante número de contratos públicos con precio único, pero con previsión de diversos componentes de la prestación.

Tercero. Las alegaciones de las partes.

A) El escrito de interposición de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L.

Considera infringidos los artículos 152 del texto refundido y 85 del Reglamento.

Comienza subrayando que, pese a ser una de cuestiones principales aducidas en la demanda, la sentencia no dedica ni una sola palabra a si la anormalidad de la oferta en un contrato con precios unitarios para cada uno de los componentes de la prestación puede sostenerse individualmente respecto de cada uno de esos componentes o si solamente cabe respecto de la oferta global.

Después, reproduce ambos preceptos y dice que en su aplicación los tribunales, las juntas consultivas y los tribunales administrativos de recursos contractuales han seguido diversos criterios interpretativos. De ahí que considere fundamental introducir en las licitaciones públicas parámetros objetivos que permitan detectar cuando el precio de una oferta no es viable por ser excesivamente bajo o por alterar de forma indebida la competencia. En este punto recuerda la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio según el cual la entidad que haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás podrá pedir información al licitador para asegurarse de que puede cumplir el contrato. Y que el artículo 55 de la Directiva 2004/18 contenía una previsión similar. Ahora bien, destaca que ni esta Directiva ni la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, han definido en qué consiste una oferta anormalmente baja ni han establecido de qué manera se ha de determinar. Queda, pues, continúa diciendo, en manos de los legisladores nacionales, según el artículo 61 de esa última disposición.

No obstante, precisa el escrito de interposición que el Derecho de la Unión Europea sí establece que nadie puede ser excluido de forma automática por esta razón, sino que debe permitirse que el licitador explique los motivos de su oferta y su viabilidad. Ese informe, insiste, no es una formalidad. El Derecho español, prosigue, en el artículo 152 del texto refundido y en su desarrollo reglamentario solamente ofrece una regulación general cuando el único criterio de valoración es el precio por lo que cuando son varios, ha de ser el pliego el que de forma expresa diseñe el modelo de determinación de la presunción de anormalidad de las proposiciones. El problema surge, como en este caso, cuando hay más de un criterio de valoración y precios unitarios por componentes de la prestación y el pliego se limita a remitirse al artículo 85 del Reglamento.

Esa remisión, dice el escrito de interposición, no es suficiente porque no hay un precio único con el que establecer la comparación, ni es posible efectuarla prestación por prestación pues así se distorsiona la oferta global y se vulnera el principio de que el contrato ha de adjudicarse a la oferta económica y técnicamente más ventajosa.

Al no haber jurisprudencia sobre este asunto, considera que la prudencia y los principios generales de la contratación deben llevar a no aplicar el procedimiento del artículo 152 ya que no puede afirmarse que una oferta incurra en anormalidad. Recuerda, asimismo, el escrito de interposición que Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. ofreció una solución alternativa: atribuir a cada componente de la prestación el peso ponderado que el pliego asigna a cada componente con la fórmula:

"Precio ponderado=Oferta económica x N° de Puntos de la prestación en la cláusula 9.1 del PCAP/Número total de puntos del criterio de precio (51)".

De acuerdo con ella, nos dice, su oferta no incurre en anormalidad. Y cita en apoyo de la interpretación que defiende una sentencia de la Sala de Bilbao y las resoluciones n.º 610/2015, de 29 de junio, y n.º 223/2013, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. También invoca la resolución de este órgano n.º 774/2014, de 15 de octubre, que propugna la solución más favorable a los principios de libre competencia y no discriminación cuando los pliegos sean ambiguos sobre el extremo controvertido.

Insiste en que el precio del contrato era único, aunque viniera determinado por componentes y en que el pliego no señalaba cómo se había de efectuar la comparación entre ofertas para establecer si alguna incurría en desproporción. En consecuencia, termina, el recurso de casación debe ser estimado, ya que la sentencia considera ajustada a Derecho la aplicabilidad de los preceptos que Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. entiende infringidos.



B) El escrito de oposición del Abogado del Estado.

Nos pide que desestimemos el recurso de casación ya que, a su parecer, la sentencia no vulnera los artículos 152 del texto refundido y 85 del Reglamento.

Al explicar su posición, nos dice que los elementos de hecho son absolutamente determinantes para la resolución de este recurso y que son los recogidos en la sentencia que --destaca-- no han sido discutidos por Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. De ellos resalta que la cláusula 6.4 del Pliego de las Particulares dice que el sistema de determinación de precios es el de precios referidos a componentes de la prestación y que en el modelo de oferta económica se exigía ofrecer precios unitarios desglosados en las diferentes tarifas y no se solicitaba a las empresas una oferta global. La referencia al valor del contrato, sigue diciendo el Abogado del Estado, sólo tenía el efecto de limitar la obligación a la que debía hacer frente la Administración.

También subraya que la cláusula 15.11 preveía la exclusión de la oferta más ventajosa si el órgano de contratación entendía que era anormal o desproporcionada, remitiéndose al efecto al artículo 85 del Reglamento. Y recuerda que el órgano de contratación apreció, en efecto, que la oferta de la recurrente por la primera tarifa era desproporcionada y que, superaba en más de diez unidades a la baja a la media de las ofertas de los otros licitadores (el exceso era del 24,7%), por lo que debía aplicarse el apartado 4 de ese precepto.

Indica, luego, que en el expediente consta la importancia del horario ordinario y su amplitud pues en 2014, de 1.074.151 palabras cuya traducción se solicitó, 1.031.619 fueron en horario ordinario. La tarifa en horario ordinario, explica, era la más importante, como lo demuestra que, de 51 puntos atribuibles por criterios objetivos, permitía obtener hasta 29 puntos. Así, pues, añade, tal como decía la resolución desestimatoria del recurso de reposición de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L., extrapolando las cifras se apreciaba el carácter desproporcionado de la oferta de la recurrente pues las palabras traducidas en horario extraordinario --42.532-- representaban poco más del 4% de las traducidas en horario ordinario. Con esa proporción, decía, era evidente que la licitadora no podría compensar con la tarifa más alta por traducción en horario extraordinario (0,070€) el bajísimo coste de las traducidas en horario ordinario (0,047€).

Apunta, además, el escrito de oposición que la respuesta de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. no aportó explicación bastante a las preguntas que se le plantearon y, observa, en contra de sus alegaciones sobre la insuficiencia de la remisión del Pliego al artículo 85 del Reglamento, que la cláusula 15.11 del Pliego se remite al mismo y que se aplicó su apartado 4 al haberse acreditado la desviación del 24,70% sobre la media de las ofertas de los demás licitadores.

La sentencia, prosigue, parte del presupuesto establecido en virtud de la interpretación del contrato y esa interpretación consistente en considerar que los precios a tener en cuenta eran los precios unitarios de los componentes de la prestación y no el resultante de la suma de todos ellos, no es revisable en esta sede. De nuevo acude a la resolución que resuelve el recurso de reposición para decir que fue la recurrente la única que no entendió así el pliego y que los demás licitadores consideraron lo contrario, tal como hizo la sentencia. E insiste en que esta es una circunstancia de puro hecho, de apreciación privativa de la instancia y que la solución dada por la Administración y por la sentencia de la Audiencia Nacional, en tanto viene determinada por el indicado presupuesto de hecho, no es modificable en casación.

En todo caso, argumenta, aun considerando que la oferta era por el precio global --que no lo era--, dice, el resultado sería el mismo por el peso relativo del precio de la primera tarifa sobre el total. Suponiendo casi el 96%, apunta, se superaría igualmente el percentil del 10%. Por lo demás, recalca el carácter finalista que según la jurisprudencia tiene la regulación de esta materia, pues se trata de detectar la concurrencia de bajas anormales en las ofertas que pueden poner en peligro el normal desenvolvimiento del contrato.

Finalmente, se opone a la pretensión indemnizatoria porque la oferta de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. no sólo era inadecuada en términos económicos sino, también, de proyecto por estar comprometida su viabilidad. Y la exclusión del procedimiento no habría supuesto sino la pérdida de una oportunidad jurídica de valor próximo a cero, dadas las dificultades que presentaba para la correcta ejecución del contrato.

Cuarto. *El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación y del recurso contencioso-administrativo.*

A) El punto de partida



Hemos expuesto con cierto detalle los términos del litigio, el pronunciamiento de la sentencia de instancia y el debate entablado en casación sobre la cuestión en que el auto de admisión apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Así, resulta ahora más fácil alcanzar la solución que la Sala considera procedente.

Como dice la sentencia de la Audiencia Nacional, la demanda se basa sustancialmente en que el precio del contrato es único. Por eso, viene sosteniendo ante la Administración primero y en este proceso, después, que la determinación de si su oferta incurre o no en desviación anormal o desproporcionada debe efectuarse considerándola globalmente y no a partir únicamente de la relativa a una sola de las prestaciones a que obliga el contrato.

Vemos, por otra parte, que, en los preceptos aplicados, en particular en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el artículo 85 del Reglamento, no se dice cómo se debe proceder para llegar a esa conclusión cuando el sistema de determinación de precios es, conforme al artículo 302 del primero, el de precios referidos a componentes de la prestación. No obstante, en esos preceptos encontramos algunas indicaciones útiles. El artículo 152 habla del precio, en singular, y lo mismo hace el artículo 302, si bien precisa que puede estar referido a los componentes de la prestación. Antes el artículo 87.2, siempre del texto refundido, ha dicho que "el precio" del contrato puede formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma". Y el artículo 85 del Reglamento habla de la oferta de cada licitador.

Si se tiene presente, además, que, según el Pliego, el valor estimado del contrato es de 180.000€ y su importe de 90.000€, no parece difícil concluir que los precios referidos a componentes a que se refiere su cláusula 6.4 suman el precio total del contrato. Al fin y al cabo, es un contrato único por lo que también ha de serlo el precio con independencia de la forma en pueda descomponerse y es única la oferta económica de los licitadores, aunque se divida en la correspondiente a cada una de las tarifas contempladas en la cláusula 9, la puntuación de las cuales, por cierto, no es un elemento aislado, sino parte de la total que decide la adjudicación.

Debe repararse, en este sentido, en que la cláusula 11.3.1 habla del precio total de la oferta mientras que la cláusula 15.11 refiere el posible valor anormal o desproporcionado susceptible de impedir el cumplimiento de "la proposición" a "la oferta", no a parte de ella.

Estas observaciones son necesarias porque la sentencia no se refiere en absoluto a la cuestión. No puede decirse, por tanto, como pretende el Abogado del Estado, que haya efectuado una interpretación del Pliego. En realidad, se ha limitado a recoger lo que dijo e hizo la Administración sin ofrecer ningún razonamiento sobre la cuestión a pesar de que es decisiva y la planteó directamente la demanda.

Hay que tener en cuenta que resolverla es imprescindible para establecer cuál es el sentido que ha de darse a los preceptos identificados por el auto de admisión ya que esa interpretación no puede hacerse de manera general sino en relación con el particular litigio que tenemos ante nosotros. Dicho de otro modo, resolver ese extremo trasciende a la dimensión fáctica a la que el escrito de oposición quiere reducirla y adquiere relevancia normativa. Precisamente, por eso, el auto de la Sección Primera de 22 de mayo de 2017 ha visto en ella el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que imponía la admisión del recurso de Seuprotec, Traducción e Interpretación, S.L.

B) El enjuiciamiento de la actuación administrativa

Así, pues, las consideraciones precedentes llevan a la conclusión de que el término de comparación ha de ser la totalidad de la oferta económica, no una de sus partes, aunque se haya hecho uso de la posibilidad prevista por los artículos 87.2 y 302 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, lo cual es motivo bastante para estimar el recurso de casación y anular la sentencia.

No impide entenderlo así cuanto nos recuerda el Abogado del Estado que dijo en su momento la resolución desestimatoria del recurso de reposición sobre el peso de la oferta sobre la tarifa primera en el conjunto y a la vista del número de palabras que hubo que traducir en 2014 en horario ordinario. No lo impide porque antes de llegar a ese punto, es preciso saber si, comparada la oferta total de Seuprotec, Traducciones e Interpretación, S.L. con las ofertas totales de las demás licitadoras, es decir, si contrastada con la media aritmética de las mismas, se produce la desviación en más de diez unidades exigida por el apartado 4 del artículo 85.

Sobre el particular, la recurrente sostuvo en la instancia y nos ha recordado en casación que, así calculada la media, no resulta el valor anormal o desproporcionado que se atribuyó a su oferta. Además, con la fórmula que propuso, afirmó que la desviación era solamente de 1,78% al alza. Ni la contestación a la demanda, ni el escrito de oposición, ni antes la resolución del recurso de reposición, hacen referencia a ello pues parten de la premisa



distinta que hemos rechazado. La consecuencia con la que nos encontramos es la de que la Administración no ha establecido que la oferta global de la recurrente incurriera en el desfase contemplado por el artículo 85.4 del Reglamento pues encaminó el procedimiento previsto por el artículo 152 del texto refundido en una dirección distinta de la procedente.

En estas condiciones, a falta del presupuesto imprescindible para acordar la exclusión, no sirve razonar sobre si con los precios ofrecidos por las restantes tarifas se puede o no compensar el de la primera ya que el escenario es completamente diferente.

Por tanto, no habiéndose establecido correctamente el carácter anormal o desproporcionado de la oferta económica de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. no procedía excluirla ya que no se daba el requisito exigido por los artículos 152 del texto refundido y 85.4 del Reglamento. De ahí que debamos apreciar la infracción denunciada por la recurrente y estimar el recurso contencioso-administrativo ya que Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. fue excluida indebidamente de la licitación.

Habida cuenta de que el contrato ya se ha ejecutado, no tiene sentido acordar ahora la retroacción que pide en primer lugar la demanda y sí reconocerle a la recurrente el derecho a ser indemnizada. Conduce a esa conclusión, en primer lugar, el reconocimiento por la propia sentencia de instancia --no controvertido-- de que su oferta era la más ventajosa y, en segundo lugar, que no desvirtúa su procedencia la alegación del escrito de oposición según la cual el valor del contrato para Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. sería próximo a cero por las dificultades que ven para la correcta ejecución del contrato. No es útil para rebatir la pretensión de resarcimiento porque descansa en la premisa del carácter anormal o desproporcionado de la oferta que, insistimos, no puede darse por establecido.

Ahora bien, la indemnización no ha de ser por la cantidad que reclama la recurrente pues, como dice la contestación a la demanda, el cálculo ha de hacerse sobre el importe del contrato, o sea, sobre 90.000€, porque la prórroga no es un derecho del contratista sino una posibilidad, según las cláusulas 6 y 20 del Pliego. Y el porcentaje que sobre el mismo ha de aplicarse es el del 6%, correspondiente al beneficio industrial que contempla el artículo 300 del texto refundido, también como sostiene la contestación a la demanda. Es decir, 5.400€ más los intereses legales desde la fecha de interposición del recurso.

Quinto. *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

Tal como hemos anticipado, la respuesta que ha de darse a la cuestión planteada por el auto de admisión ha de ser que, en las circunstancias del caso, en los contratos del sector público con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados, a efectos de la aplicación de los artículos 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 85 del Reglamento de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha de efectuarse en relación con la oferta global y completa presentada por el licitador.

Sexto. *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación. Y, conforme a su artículo 139.1, no se hace imposición de las de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento quinto,

(1.º) Dar lugar al recurso de casación n.º 862/2017 interpuesto por Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. contra la sentencia de 5 diciembre de 2016, dictada por la Sección Séptima de la de lo Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que anulamos.

(2.º) Estimar en parte el recurso n.º 227/2016, anular la exclusión de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L. de la licitación y condenar a la Administración a indemnizarle con la cantidad de 5.400€ más los intereses legales desde la interposición del recurso contencioso-administrativo.

(3.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.