RE 001/2020

Acuerdo 17/2020, de 20 de febrero de 2020, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L.U.", **frente a su exclusión en la licitación denominada «Servicio de mantenimiento del portal de recursos humanos del Servicio Aragonés de Salud», promovido por la Dirección Gerencia de dicho Organismo Autónomo.**

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 11 y 13 de agosto de 2019, fueron publicados anuncios de licitación en la Plataforma de Contratos del Sector Público y el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, relativos al procedimiento aludido en el encabezamiento del presente Acuerdo. Según figura en los citados anuncios, el plazo de presentación de ofertas era el día 20 de septiembre de 2019.

Se trata de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada y tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 330 000 euros.

Segundo.- Al procedimiento licitatorio en cuestión concurrieron cuatro licitadoras; entre ellas, la recurrente.

Tercero.- La Mesa de contratación, tras la revisión de la documentación presentada tras la apertura y subsanación de los Sobres "Uno", adveró –en sesión de fecha 3 de octubre de 2019– la documentación administrativa contenida en las proposiciones de todas las licitadoras, por haberla presentado correctamente de acuerdo con lo exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).

Posteriormente, en sesión celebrada el 23 de octubre de 2019, la Mesa de contratación asumió el contenido del informe de técnico de valoración elaborado por los técnicos del Servicio Aragonés de Salud acerca de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa, y acordó excluir a una de las licitadoras por no alcanzar la puntuación mínima exigida en el criterio 1.1. del PCAP. Asimismo, se procedió en dicha sesión a la apertura de los Sobres "Tres", a resultas de la cual se consideró por el citado órgano colegiado que dos de las empresas licitadoras –la recurrente entre ellas– habían presentado oferta inicialmente incursa en desproporción o anormalidad, otorgándoles trámite de audiencia por diez días hábiles a fin de justificar los términos de aquélla, así como su viabilidad, el cual fue evacuado por las dos empresas requeridas.

Cuarto.- El órgano de contratación, mediante Resolución de 10 de diciembre de 2019, de acuerdo con la propuesta de la Mesa de contratación adoptada en sesión de fecha 2 de diciembre de 2019 –la cual, a su vez, se basaba en los informes de los técnicos del Servicio Aragonés de Salud de fecha 27 de noviembre de 2019– decidió excluir del procedimiento de contratación a esas dos empresas al considerar insuficiente la justificación aportada por ellas. La notificación de su exclusión fue recibida por la recurrente en fecha 18 de diciembre de 2019.

En esa misma sesión, se procedió asimismo a asignar la puntuación correspondiente a los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación posterior, así como a elevar propuesta de adjudicación a la única empresa licitadora que continuaba en el procedimiento.

Quinto.- Con fecha 7 de enero de 2020 fue interpuesto, en la Oficina de Correos número 15 de Zaragoza, recurso especial en materia de contratación por don M.G.A., en representación de la mercantil "HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L.U.", frente a su exclusión del procedimiento de referencia. Dicha interposición fue comunicada –mediante correo electrónico– por la recurrente a este Tribunal ese mismo día. Finalmente, el

escrito de recurso fue recibido, en el Registro General del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en fecha 10 de enero de 2020.

El recurso se fundamenta en la inexistencia de baja anormal o desproporcionada, todo ello, según aduce la recurrente, a resultas de la falta de motivación de los documentos en los que se sostiene la inviabilidad de su propuesta (principalmente el informe técnico –a que se alude en el antecedente anterior– de estudio y análisis de su oferta inicialmente incursa en desproporción, posición que siguen la Mesa de Contratación y, a propuesta de la misma, el órgano de contratación), lo que conlleva la nulidad de la exclusión decidida por éste.

Por todo ello, interesa que se deje sin efecto y se anule la exclusión dictada para “HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L.U.”. Solicita, asimismo, la suspensión del procedimiento en tanto se resuelva su petición.

Sexto.- El día 8 de enero de 2020 este Tribunal solicitó, al órgano de contratación, la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que alude 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 (en adelante, LCSP).

En fecha 16 de enero 2020, el órgano de contratación, mediante correo electrónico, remitió la documentación solicitada. En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso.

Séptimo.- El día 10 de enero de 2020 se requirió de la recurrente la subsanación de la falta de acreditación de la representación, otorgándole un plazo de tres días hábiles para ello. El día 20 de enero de 2020 tuvo entrada, en el registro de este Tribunal, la documentación solicitada para la subsanación.

Octavo.- El 16 de enero de 2020 se dio traslado al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP, durante el cual ha comparecido la mercantil "OESIA NETWORKS, S.L.", de quien se han recibido alegaciones postulándose a favor de la estimación del recurso y adhiriéndose al mismo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil "HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L.U.", así como la representación de don M.G.A. para interponer recurso especial en nombre y representación de la citada sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto en el marco de la licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), y va dirigido contra la exclusión del procedimiento licitatorio, actuación susceptible de recurso especial, de acuerdo con el artículo 44.2.b) de la LCSP.

Asimismo, el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificados los requisitos de la admisión del recurso, y con carácter previo a pronunciarse sobre el fondo, este Tribunal debe hacer constar que el trámite de audiencia otorgado a los interesados con ocasión de la tramitación del presente recurso –en modo alguno– puede convertirse en un

cauce que permita incorporar o añadir nuevas pretensiones al mismo, que las partes tienen la posibilidad de plantear únicamente dentro del plazo preclusivo, habida cuenta de la especial vinculación al principio de congruencia en su actuación *ex* artículo 57.2 de la LCSP. Otra opción alteraría la finalidad y naturaleza de este procedimiento de recurso, de carácter especial. Así sucede con las pretensiones puestas de manifiesto por "OESIA NETWORKS, S.L." quien, en este momento, pretende reaccionar contra su exclusión de la licitación (dictada en la misma sesión de la Mesa de contratación en que la actora fue igualmente excluida), y en las que este Tribunal no puede entrar por su formulación –indubitadamente– extemporánea.

Y tampoco ha lugar a acoger las alegaciones de dicha empresa dado que, como este Tribunal ha tenido recientemente ocasión de manifestar en su Acuerdo 135/2019, de 19 de noviembre: «(…) *no es posible ejercer otras pretensiones –vía trámite de audiencia– a las recogidas en el escrito de recurso (Acuerdos de este Tribunal 32/2013, de 1 de julio, y 26/2014, de 28 de abril), por mor de que tal y como se afirma en la Resolución del OARCE 99/2016, de 13 de septiembre, con cita de la anterior 43/2014, de 30 de abril: "(…) el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse las Resoluciones 44/2012 y 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil. La alegación analizada es pues contraria al principio de congruencia y no puede ser aceptada aunque se disfrace de cuestión procesal, pues en realidad hace referencia a un tema de fondo que, por lo expuesto, no puede resolverse en este procedimiento"*».

TERCERO.- En lo ya tocante al fondo, cabe analizar la cuestión de si la justificación de la oferta presentada por la recurrente, inicialmente considerada «*desproporcionada o anormal*» –en aplicación del Anexo XII del PCAP–, debió considerarse adecuada a estos efectos y, en consecuencia, fue incorrecta la decisión de exclusión por anormalidad o desproporción.

Resulta ser éste el único motivo invocado en el escrito de recurso, si bien razonando una serie de cuestiones al respecto y refiriendo así la actora en particular –tras un breve relato de los hechos y el extracto del tenor de las cláusulas del PCAP que, a su juicio, son de aplicación– lo siguiente a propósito del informe evacuado en el seno del expediente de contratación a fin de considerar debidamente justificada –o no– su proposición: «(e)*l informe técnico que la mesa de contratación hace suyo el informe técnico que califica la oferta económica como baja temeraria no justificada.*

Entendemos que no es correcto el informe técnico, por varios motivos:

1.- Ausencia de infracción señalada:

El informe técnico no señala con precisión cuál es el apartado exacto del PCAP o del PPT que ha incumplido HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L.

2.- Sobre la solvencia técnica:

En el apartado "Precisiones sobre Hiberus y su capacidad y solvencia técnica", que es simplemente una explicación general de la experiencia que tiene HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L. en desarrollos a media, intranets, portales en el sector Administración Pública, etc., el informe extrae una conclusión errónea. Argumenta el informe:

(se reproduce a continuación el párrafo segundo del apartado primero de mismo)

Es decir, que califica de "AUSENCIA DE EXPERIENCIA PREVIA" por el hecho de no haber aportado los certificados, cuando es sabido que los certificados físicos sólo resultan exigibles cuando se produce la propuesta para adjudicación.

Si se hubiera exigido en el PCAP o el PPT, sin duda se habrían aportado.

3.- Precisiones sobre la valoración económica:

Consideramos que existe un error en el informe, dado que el informe considera que HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L. se ha remitido al mínimo de los 0,95 FTE que indica el PCAP en la página 26 (0,25 FTE para soporte correctivo + 0,70 evolutivo), sin embargo en un párrafo destacado de la justificación se explica claramente que se valora en 1.000 h para soporte correctivo (es más del doble de lo previsto en el PCAP, en concreto 0,55 FTE) y 1.620 horas para el evolutivo (un 0,90 vs un 0,70 del PCAP).

Literalmente, se señala (páginas 5 y 6 del informe justificativo):

(se reproduce a continuación –en realidad– el comienzo del apartado tercero de la justificación de su oferta, correspondiente a la página 5 de la misma)

Es decir, se especifica expresamente que:

Estas 2.620 horas/año superan el mínimo de dedicación exigido en la adscripción de medios, entendiendo y asumiendo que va a ser necesario un esfuerzo mayor en la línea de soporte y mantenimiento correctivo.

De hecho, ese incremento de 0,5 FTE adicionales a lo requerido en el PCAP sirve para cubrir esos desfases que comenta el informe técnico (tareas de actualización de documentación, transición del servicio, etc.)

Y respecto a la discrepancia con Grupos y Niveles Salariales, se adjuntó al informe justificativo convenio del sector para su revisión.

4.- Precisiones sobre la justificación global de la oferta:

En el apartado del informe técnico denominado "Precisiones sobre la justificación global de la oferta", se señala que resulta obligado dejar constancia de que el código fuente es propiedad del Gobierno de Aragón. En una valoración de baja temeraria, no procede esta justificación.

HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L. simplemente indicó en su informe que gracias a la experiencia adquirida, podría ampliar la capacidad de oferta frente a terceros, no implicando en modo alguno que vaya a producirse una reventa terceros del código fuente propiedad del Gobierno de Aragón (lo cual es obviamente improcedente).

En cualquier caso, la sumisión de HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L. a todas y cada una de las exigencias del PPT hacen innecesaria esta mención.

5.- Condiciones de la oferta que permiten ahorro:

En este apartado del informe, se señala que HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L. cuenta con la experiencia de prestar el servicio del AMM para Aragonesa de Servicios Telemáticos (AST), pero en ningún caso que se vayan a emplear los mismos recursos técnicos.

Nuevamente, el informe se extralimita en sus conclusiones, sin prueba alguna de lo que concluye, que a nuestro juicio, no resulta razonable concluir».

Y prosigue la recurrente su argumentación, con cita de los artículos «*152.3 del TRLCSP*» y 149.6 de la LCSP, así como de algunas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), invocando en apoyo de sus tesis el Informe 28/06, de 20 de junio de 2006, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los principios de no discriminación e igualdad de trato. En último término, apela igualmente al principio `*in dubio pro reo*´ para que su pretensión sea acogida.

Frente a lo anterior, el órgano de contratación parte del citado informe técnico que evaluó la documentación aportada por la actora para justificar su oferta –de fecha 27 de noviembre de 2019, que reproduce e inserta–, planteando en su informe al recurso lo siguiente:

«*El primer motivo de impugnación considera que el informe es erróneo, que es subjetivo y discrecional.*

El informe elaborado por la Subdirección de Garantía Subdirección de Garantía de Servicio del Centro de Gestión Integrada de Proyectos corporativos del Servicio Aragonés de Salud, con respecto a las justificación de la recurrente de no incurrir en bajas temeraria aporta la justificación relativa al hecho de que los grupos y niveles asignados al Responsable de Soporte y al Técnico Especialista no se corresponden con los grupos y niveles asignados por el "Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado

y de la opinión pública", puesto que las funciones del Responsable del Soporte con más de tres años de experiencia debe ser realizadas por un Grupo B Nivel 1, ya que debe encargarse de realizar funciones de coordinación y supervisión del proyecto, y la empresa propone para realizar dichas funciones a un Analista programador Grupo C Nivel 1, que como recoge el Convenio colectivo aplicable no tiene asignadas dichas funciones. De la misma forma se propone un Programador Grupo D Nivel 1, cuando de acuerdo con la definición de funciones del pliego de prescripciones técnicas debiera haberse ofrecido un Programador Grupo C y Nivel 1, de acuerdo con lo establecido en el Convenio Colectivo.

El informe de la Subdirección de Garantía de Servicio del Centro de Gestión Integrada de Proyectos corporativos del Servicio Aragonés de Salud se refiere a las funciones establecidas para los perfiles profesionales, requeridos según las prescripciones técnicas de la licitación, lo que acredita que no se ha actuado desde la discrecionalidad ni la subjetividad al valorar las alegaciones presentadas.

El segundo motivo de impugnación según la recurrente es la exigencia de que debe valorarse conjuntamente las explicaciones efectuadas por la licitadora. para justificar que no incurre en baja temeraria y el informe técnico emitido.

En el presente supuesto de hecho nos encontramos con los siguientes documentos a tener en cuenta que son los siguientes:

- *Pliegos administrativos.*
- *Pliegos técnicos.*
- *Oferta técnica presentada por la recurrente.*
- *Informe técnico elaborado por la Administración sobre la oferta técnica.*
- *Aclaraciones de la recurrente sobre la baja temeraria.*
- *Informe de la Subdirección de Garantía de Servicio sobre las aclaraciones de la recurrente a la baja temeraria.*

El informe de la Subdirección de Garantía de Servicio sobre las aclaraciones de la recurrente sobre la baja temeraria, tiene en cuenta y se apoya en los documentos mencionados anteriormente, lo cual acredita que se han tenido en

todos los elementos y documentos, incluidas por supuesto las alegaciones de la recurrente las cuales se reproducen en el informe. La recurrente indica literal: "los errores e imprecisión del informe técnico no resiste comparación con el informe de justificación aportado por mi representada que como se ha justificado contiene un alto grado de detalle y una cumplida justificación económica".

Lo anterior no es más que una valoración subjetiva y parcial realizada por una de las partes, la recurrente en defensa de sus intereses, pero que no resiste un análisis pormenorizado, puesto que como se ha indicado más arriba, la recurrente en las aclaraciones a la baja temeraria señala que aporta personal con Grupos y Niveles según el criterio de esta Administración no acordes con las funciones exigidas en los pliegos técnicos.

En definitiva, la recurrente en su oferta indica que el personal adscrito realizará unas funciones, que no se corresponden con los Grupos y Niveles que se indican en las aclaraciones a la baja temeraria. Es decir se contradicen las oferta técnica y las aclaraciones de la baja temeraria, y la cuestión es dejada de lado en el recurso ahora presentado, que no incide sobre la falta de adecuación entre las funciones a realizar por el personal adscrito y los Grupos y Niveles del Convenio Colectivo, hecho que acredita o que la oferta técnica incumple los requisitos técnicos, o que las aclaraciones a la baja temeraria contienen errores, en cualquiera de los casos la vía del recurso, no solo no aclara la cuestión sino que además pone en tela de juicio los documentos elaborados por la Administración, por no hacer referencia a todas las alegaciones, cuando sí que lo hacen a contrario del recurso presentado que omite referirse a estas cuestiones de forma precisa.

El tercer motivo de impugnación señala que la valoración de la Mesa debe efectuarse conjuntamente entre la justificación de la licitadora y el informe técnico, y que, si el informe técnico no desvirtúa el de la licitadora, debe resolverse a favor de esta.

Al respecto señalar que las funciones que la empresa debe realizar se corresponden con perfiles laborales, diferentes a los indicados en las

aclaraciones a la baja temeraria, es decir se establecen el pliego de prescripciones técnicas correspondientes al Grupo B Nivel 1 y Grupo C Nivel 1 respectivamente y la recurrente en las aclaraciones a la baja reconoce que para las funciones de responsable (que a criterio de la Subdirección de Garantía de Servicio debe ser un Grupo B nivel 1), asignará un Grupo C Nivel 1 y para las funciones de Programador (que a criterio de la Subdirección de Garantía de Servicio debe ser un Grupo C nivel 1), asignará a un Grupo D Nivel 1.

Esta discordancia hace que queden desvirtuadas las aclaraciones a la baja de la licitadora, y que se advierta un futuro incumplimiento de las prescripciones técnicas y de la adjudicación de medios, si se pasa por alto lo anterior, ya que estas discrepancias desvirtúan las aclaraciones de la recurrente.

El cuarto motivo de impugnación señala que, en una situación similar, consideración de baja temeraria, en otro expediente de contratación, ante otro órgano de contratación, eso sí, de la misma Administración, se aceptaron las alegaciones de la recurrente frente.

Al respecto señalar que en primer lugar habría que atender al caso concreto, no se puede extrapolar situaciones sin conocer el contenido del caso concreto. Puesto que se trata de expedientes diferentes con contenido diferente por tratarse de licitaciones diferentes, ante diferentes órganos de contratación.

En este supuesto la recurrente solamente hace una mención general, relativa a otro expediente de otro órgano de contratación, sin justificar la identidad de los supuestos. Además, y en último término la Administración puede en cualquier momento apartarse del precedente administrativo, con la obligación de motivar este hecho de forma suficiente, lo cual se ha realizado en el presente supuesto de hecho y ratifica el hecho de que la recurrente no aluda a la falta de motivación del expediente.

La última de las alegaciones considera que en el peor escenario para la recurrente debería de aplicársele el principio de "in dubio pro reo", que en este caso no resulta aplicable puesto qué no plantea ninguna duda interpretativa las

discordancias de fondo entre los diferentes documentos elaborados por la recurrente, que garantizan en el caso de ser tenidas en cuenta las aclaraciones a la baja de la recurrente, el incumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas».

Expuestos los términos del debate, procede acudir al PCAP a fin de extractar las reglas que rigen el procedimiento y cuya aplicación es cuestionada; se trata de su cláusula 2.2.10 y de sus Anexos VI y XII –en su apartado segundo–, los cuales establecen lo siguiente:

«*2.2.10. Ofertas con valores anormalmente bajos*

En el Anexo XII se establecen los parámetros objetivos, en virtud de los cuales se entenderá que la proposición no puede ser cumplida por ser considerada anormalmente baja.

Cuando se identifique una proposición que pueda estar incursa en presunción de anormalidad, la mesa o en su defecto, el órgano de contratación, antes de llevar a cabo la valoración de todas las ofertas dará audiencia al licitador afectado y tramitará el procedimiento legalmente previsto. En vista del resultado, se propondrá motivadamente al órgano de contratación su aceptación o rechazo, en cuyo caso se excluirá de la clasificación.

(…)

ANEXO VI ADSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE MEDIOS AL CONTRATO

Los Licitadores, nacionales y extranjeros, además de acreditar su solvencia o, en su caso clasificación, deberán adscribir obligatoriamente para la ejecución de este contrato, como criterio de solvencia, los siguientes medios:

☒ ***Compromiso de adscripción de medios personales****:*

El Equipo de trabajo mínimo asignado al contrato se compondrá de:

- *Un Responsable de soporte:*
  Titulación requerida: Titulación mínima Ingeniería técnica o grado universitario.
  Experiencia mínima: 3 años.
  Dedicación: 25%.
- *Un Técnico especialista en programación y gestión de bases de datos.*
  Titulación requerida: Titulación mínima FP superior o similar.
  Experiencia mínima: 3 años.

Dedicación: 25%.

Para la acreditación de la experiencia se presentará currículum vitae nominal de los trabajadores. Para la acreditación de la formación exigida se presentará copia de la titulación o certificación oficial correspondientes.

(…)

ANEXO XII CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR

(…)

2. *PARÁMETROS PARA DETERMINAR EL CARÁCTER ANORMALMENTE BAJO DE LA OFERTA EN SU CONJUNTO:*

Se considera baja temeraria cualquier oferta económica que minore el presupuesto máximo de licitación en más de un 15%, al considerarse que el coste de los recursos humanos hace inviable económicamente el desarrollo del servicio por debajo de dicho importe».

Pues bien, el punto de partida en esta cuestión es la consideración del contenido de los Pliegos como *lex contractus*, que vincula tanto a la Administración como a los licitadores, y ello implica que lo establecido en ellos constituye las reglas mínimas que deben cumplir las ofertas de cada licitador para resultar adjudicatario del contrato. Su incumplimiento debe constituir una causa de exclusión puesto que, en otro caso, no tendría sentido fijar un umbral de temeridad en las ofertas para garantizar su viabilidad. Por su parte, el órgano de contratación ha de estar al procedimiento por él mismo fijado de cara a la selección de licitadores, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que abarca igualmente que ante el supuesto en que –como en el presente caso, al rebasar la oferta de la actora el umbral del 15% previsto en el Anexo XII del PCAP ya transcrito– se dé el parámetro objetivo en función del cual cabía considerar, en principio, como anormal o desproporcionada la baja, la LCSP obliga a otorgar audiencia al licitador en cuya oferta concurra dicha circunstancia, abriéndose un procedimiento de verificación contradictorio, a fin de comprobar la viabilidad o no de su proposición, todo lo cual se ha producido en el supuesto aquí analizado.

El recurso trae causa del informe técnico de evaluación de la documentación aportada por la actora para justificar su oferta, cuyas conclusiones es menester reproducir a continuación:

«(..)

1. *La **valoración de costes directos es incompleta porque omite tareas** como la actualización de documentación, el riesgo de horas para el mantenimiento correctivo (pudiendo ser superior a 1.000 horas), y la mejora de los acuerdos de nivel de servicio en tiempos de resolución que suponen disponer de recursos expertos.*
2. *El grupo y nivel según el "Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública" asignado al Responsable de Soporte y al Técnicos Especialista no corresponde con el grupo y nivel de experiencia profesional regulado según convenio y exigido en el PCAP.*

   (remitiéndose a su apartado segundo en que se comparan los perfiles profesionales exigidos en los pliegos y los recogidos por la recurrente en su oferta)
3. *En los costes indirectos **no se reflejan los costes de transición del servicio** y de aprendizaje del código fuente del programa, por lo que se consideran incompletos*».

Por todo ello, se concluye en el citado informe que no queda debidamente justificada la viabilidad de dicha proposición, criterio asumido por la Mesa de contratación y por el órgano gestor, que fue el que decidió la exclusión de la actora.

Expuestos todos los elementos de juicio, la resolución de este motivo del recurso exige tener siempre en cuenta dos factores ante la posible anormalidad o desproporción de una oferta: por un lado –tal y como tuvo ocasión de afirmar este Tribunal en su Acuerdo 128/2018, de 19 de diciembre– que se trata de «(…) *un mero indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida a consecuencia de ello y que, por ende, la empresa que la hubiera presentado*

no debe resultar adjudicataria del contrato. Así, el artículo 149 de la LCSP dispone que:

"*En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.*

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

(…)

4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta,

mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.

b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.

e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

(…)

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica (…)"».

Y, por otro lado, como bien destaca la reciente Resolución 396/2019, de 29 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía que –para este ámbito– rige asimismo el principio de discrecionalidad técnica, «(…) *según el cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda*

posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega».

De esta manera, como también es doctrina consolidada de los órganos administrativos encargados de la resolución de recursos contractuales, la decisión sobre si una oferta –incursa inicialmente en presunción de anormalidad– puede ser o no cumplida corresponde al órgano de contratación, a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y de los informes emitidos por los servicios técnicos. Si bien ni aquéllas ni éstos vinculan al órgano de contratación, que ha de valorar y sopesar adecuadamente ambos para, a partir de los mismos, adoptar su decisión, que tendrá que ser motivada y responder, en todo caso, a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

Y como también ha tenido ocasión de afirmar este Tribunal en su Acuerdo 127/2018, de 19 de diciembre, que se trata de «(…) *el Tribunal no puede sustituir el juicio técnico llevado a cabo por el pertinente Servicio Técnico y ulteriormente tanto por la Mesa de Contratación como por el propio órgano de contratación. Las facultades revisoras de este Tribunal Administrativo están vinculadas esencialmente al plano jurídico y no al de la realidad fáctica, siempre y cuando no se trate de un error material.*

Asimismo, tal como señala la Resolución 131/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante, TACPM), "no corresponde al órgano de contratación demostrar que la oferta es inviable, sino al contrario al licitador justificar la viabilidad de la oferta, sin que sea posible realizar en este caso una inversión de la carga de la prueba que a la postre y para el ámbito del procedimiento contradictorio de justificación de bajas temerarias pretende la recurrente. Antes bien se trata a través de este procedimiento de que el licitador cree en el órgano de contratación la convicción de que puede llevar a cabo el contenido de las prestaciones del contrato con el precio ofertado, sin perjuicio de que la convicción o falta de ella deba motivarse de forma razonable. Sentado lo anterior procede examinar las

explicaciones ofrecidas por la recurrente y su apreciación por el órgano de contratación, teniendo en cuenta que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta sino de proveer de argumentos al órgano de contratación que te permitan llegar a la convicción de la viabilidad de la oferta, y aun cabe añadir que tal y como dijimos, entre otras en nuestra Resolución 42/2014, de 5 de marzo, la justificación debe ser razonable en relación con las prestaciones objeto del contrato"».

Descendiendo ya al caso concreto, la recurrente sostiene que el documento de justificación de la viabilidad de su proposición acredita que, a partir del Convenio colectivo sectorial de aplicación a la empresa, estimó el importe de la misma en función del número mínimo de efectivos –un responsable de soporte y un técnico especialista en programación y gestión de base de datos, ambos a jornada parcial– fijado en el PCAP (y cuyo Anexo VI exige adscribir a la ejecución del contrato), para la prestación de los servicios objeto del mismo.

Por su parte, el informe técnico de fecha 27 de noviembre de 2019, evacuado a fin de analizar la viabilidad de la proposición de la recurrente, y cuyas conclusiones ya han sido reseñadas, incide en todas las cuestiones que la justificación omite (tareas como la de actualización de documentación o costes como el de transición del servicio), y destaca –en relación con lo anterior– sendas incongruencias respecto al número de horas que la recurrente ha previsto para la implementación del servicio sin contemplar la posibilidad de que dichas horas, por un lado, pudieran ser más en cuanto al mantenimiento correctivo, cuando para éste –como sostiene el órgano de contratación– los pliegos no fijan un límite horario, a diferencia del mantenimiento evolutivo, para el que se establece el máximo de 1 500 horas anuales (de conformidad con los apartados 2º y 4º del Pliego de Prescripciones Técnicas); y, respecto a las equivalencias entre los perfiles profesionales exigidos en los pliegos y los recogidos por la recurrente en su oferta, por otro, que ésta basa en la aplicación del Convenio colectivo sectorial por el que se rige, pero que en atención del mismo, y según el meritado informe técnico, las categorías

profesionales a ofrecer por aquélla debían haber sido –en cuanto al Grupo; no así al Nivel, en que sí coinciden– las inmediatamente superiores a las efectivamente ofrecidas (la empresa recoge –para la figura de responsable de soporte– un analista programador Grupo C, cuando debía haber sido Grupo B, y –para la figura del técnico especialista en programación y gestión de base de datos– un programador Grupo D, cuando debía haber sido Grupo C.

A este respecto, el citado Acuerdo 127/2018, de 19 de diciembre, de este Tribunal ya advertía del cambio normativo operado por la LCSP: «(p)*artiendo de esta ajenidad de las entidades adjudicadoras respecto a los convenios colectivos, la doctrina consolidada limitaba dentro del procedimiento de licitación la virtualidad de los incumplimientos en los que pudieran incurrir las ofertas presentadas. En ese sentido, el TACRC, en su Resolución 779/2016, sostenía que "no es posible excluir una oferta por el hecho de que la proposición económica sea inferior a los niveles previstos en el Convenio Colectivo (cfr., por todas, Resolución 155/2016)". En esta misma línea, se pronunció asimismo el TACRC en su Resolución 277/2017. No obstante, estas resoluciones se dictaron bajo un marco normativo distinto al recogido ahora expresamente en la LCSP; y en virtud de esta nueva regulación, cabe traer a colación la anteriormente citada Resolución 632/2018 del TACRC, en concreto y por lo que aquí interesa, cuando manifiesta que: "… es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. (…). Tal intensidad tiene su reflejo en la obligación de indicar los costes salariales estimados a partir de la normativa laboral de referencia en los Pliegos (artículo 100.2 LCSP), su consideración expresa en el cálculo del valor estimado del contrato (artículo 101.2 LCSP), y para la fijación del precio (artículo 102.3 LCSP). Pero también a la hora de imponer el rechazo de las ofertas anormalmente bajas que no cumplan con la normativa laboral, incluyendo lo dispuesto en los convenios colectivos de carácter sectorial, así como la obligación a los órganos de contratación de velar por su cumplimiento de las condiciones salariales una vez adjudicado el contrato, y erigiéndose su infracción en causa de imposición de penalidades. Por todo ello, se ha de*

concluir que existe una mayor vinculación, intensidad y deber cuidado por el respeto a la normativa laboral, del que se derivan para el órgano de contratación un deber de vigilancia que antes no existía. Por tanto, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los Pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución. Debe por ello revisarse la doctrina sentada por este Tribunal en sus resoluciones anteriores, con el fin de incorporar las obligaciones que impone al respecto la nueva Ley de Contratos del Sector Público".

Así, la LCSP en su artículo 149.4 indica que, en todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201. Este precepto altera la concepción de los convenios colectivos en la contratación pública, reforzando su papel más allá de la fijación del precio o el control durante la ejecución. El artículo 149.4 de la LCSP, en conexión con el 201, de la LCSP elevan el cumplimiento de los convenios colectivos obligatorios en un factor sobre el que se puede y debe sustentar, cuando proceda, la exclusión de una oferta, incluso si este es el único motivo para la exclusión. Es un principio tradicional del Derecho que donde la ley no distingue, no cabe distinguir y el artículo 149.4 de la LCSP no exige que ese acompañe de otros motivos adicionales la exclusión, bastando este incumplimiento de tipo laboral. Esta visión ya ha sido acogida por este Tribunal Administrativo en su Acuerdo 12/2018».

Se comprueba de su examen que la justificación de los términos de la oferta de la recurrente cómo –efectivamente– el perfil, la categoría y el grupo del

personal incluido en aquélla coinciden con lo expuesto en el informe técnico de fecha 27 de noviembre de 2019 y, sin embargo, en su escrito de recurso la actora elude cualquier consideración –como atinadamente aduce el órgano de contratación– en cuanto a la inadecuada –y, por cierto, a la baja– categorización profesional de los efectivos a adscribir a la ejecución del contrato –omisión más que elocuente–, así como al número de horas contempladas para el mantenimiento correctivo, cuestiones ambas sobre las que dicha parte, como se ha podido comprobar, poco o, más bien, nada aclara al respecto en dicho trámite, cuando su oferta comportaba una baja del 22% sobre el tipo de licitación –y el umbral de desproporción se había fijado en el 15% por el PCAP–, de manera que ante ese considerable porcentaje de baja en la oferta, cabe traer a colación la Resolución 703/2017, de 27 de julio, del TACRC, según la cual: «*No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta*».

Pues bien, no sólo cabe concluir que la justificación de la oferta carece de esa mínima provisión argumental frente a los razonamientos en contra puestos de manifiesto por el órgano de contratación, sino que no logra además acreditar que éste –al no refutar adecuadamente aquéllos– se haya conducido de modo parcial, arbitrario o carente de motivación ni tampoco que haya cometido infracción alguna en la toma de decisión consistente en su exclusión del procedimiento licitatorio; esto es, la actora –sobre quien pesa la carga de desvirtuar la presunción de acierto de que goza el criterio del citado órgano también en este ámbito, según ya se ha expuesto, y no al revés como parece desprenderse del escrito de recurso– no consigue tal propósito.

Así las cosas, frente a la justificación ofrecida por la recurrente, que ha de calificarse –en aquello que puede ser tenido en cuenta– como errada e insatisfactoria, el órgano de contratación –tanto en el citado informe técnico de

fecha 27 de noviembre de 2019 como en el evacuado con ocasión del recurso especial– ha venido a explicitar y a razonar de forma no sólo bastante sino además convincente las causas por las que no cabe considerar suficientemente acreditada la viabilidad de la oferta presentada, considerada como anormalmente baja.

Por ello, la decisión de declarar como anormal la proposición, suficientemente razonada, se ajusta a Derecho y no resulta arbitraria, sin que tampoco se pueda acoger la pretensión de la actora, como acertadamente señala el órgano gestor, respecto de las actuaciones llevadas a cabo en otros expedientes de contratación, pues sobre dicho argumento este Tribunal administrativo debe señalar que el criterio de que un órgano de contratación, no se halla vinculado por licitaciones anteriores pudiendo apartarse –motivadamente– del precedente (así, nuestro Acuerdo 99/2018, de 15 de octubre), con mayor razón ha de negarse tal vinculación, cuando se trate de procedimientos tramitados incluso por otros órganos de contratación.

Procede, por tanto, rechazar la pretensión de la recurrente y, en consecuencia, desestimar el recurso.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil “HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L.U..”, frente a su exclusión del

procedimiento denominado «Servicio de mantenimiento del portal de recursos humanos del Servicio Aragonés de Salud», promovido por la Dirección Gerencia de dicho Organismo Autónomo.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en el procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.