RE 024/2013

Acuerdo 16/2013, de 27 de marzo de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por HIBERUS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L. frente a su exclusión del procedimiento denominado «Servicios de soporte al desarrollo, implantación y mantenimiento evolutivo de distintas aplicaciones informáticas de gestión del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia», promovido por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, y la simultánea declaración de desierto del mismo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de diciembre de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Servicios de soporte al desarrollo, implantación y mantenimiento evolutivo de distintas aplicaciones informáticas de gestión del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia», convocado por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón (en adelante el Departamento); contrato de servicios tramitado anticipadamente por procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 608 344 euros, IVA no incluido, y un plazo de ejecución comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2013.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos, la recurrente. La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 22 de enero de 2013, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre UNO), presentada por los licitadores, y advirtió deficiencias y omisiones subsanables en uno de ellos, para lo cual le requirió, a los efectos de subsanación, según se recoge en el acta correspondiente.

TERCERO.- En sesión pública celebrada el 25 de enero de 2013, tras la comprobación de la subsanación presentada, se procedió a la admisión de las tres licitadoras presentadas en plazo y a la apertura del Sobre DOS, que contenía la documentación que debía ser objeto de evaluación previa, de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación (en adelante PCAP), verificando que todos los licitadores habían presentado la documentación requerida, y trasladando la misma a la Sección de Tecnologías de la Información de la Secretaría General Técnica del Departamento, para su valoración y emisión del correspondiente informe técnico. Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa.

CUARTO.- Con fecha 30 de enero de 2013 se emite el informe de valoración de las ofertas técnicas. En el mismo se propone la exclusión de una de las licitadoras, por haber incluido en la propuesta técnica información que permite conocer y valorar, conforme a los criterios sujetos a evaluación posterior fijados en el Anexo VII del PCAP, la oferta de la misma en un momento procedimental anterior. Se señala, además, que la oferta de otra licitadora no alcanza la puntuación mínima de 10 puntos, requerida en el Anexo VI el PCAP para continuar en el procedimiento.

El 31 de enero de 2013 vuelve a reunirse la Mesa de contratación, analiza el informe técnico de 30 de enero de 2013, acuerda la exclusión de dos de las tres licitadoras por los motivos señalados en el antecedente anterior, da a conocer, en acto público, el resultado de la evaluación del contenido del Sobre DOS, y procede a la apertura del Sobre TRES, de la única licitadora que continua en el procedimiento.

En este momento, se identificó por la Mesa de contratación como «*anormal o desproporcionada*» la propuesta de HIBERUS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN, S.L. (en adelante HIBERUS), a la vista de la previsión del Anexo VII del PCAP (la propuesta formula una baja del 24,05%, superior al 15% del presupuesto de licitación, previsto como límite para tal consideración), por lo que se acordó —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 TRLCSP del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en la cláusula 2.2.12 del PCAP— requerir a la empresa justificación de la valoración de la oferta y precisión de las condiciones de la misma.

Todos estos hechos, quedan igualmente acreditados en el acta de la sesión de la Mesa.

QUINTO.- Consta en el expediente el requerimiento a HIBERUS de la justificación de su oferta, concediéndole al efecto un plazo de cinco días naturales, así como la presentación de la documentación solicitada en plazo.

Sobre dicha justificación, el Jefe de Sección de Tecnologías de la Información de la Secretaría General Técnica del Departamento emite un informe el 11 de febrero de 2011, en el que, en síntesis, manifiesta que el presupuesto de licitación se calculó sobre 1.784 horas estimadas

por perfil, pero los plazos de licitación determinan que es estimable que la duración del contrato sea de 1.500 horas por perfil, teniendo en cuenta la empresa esa reducción en su calculo de costes. El informe concluye que la oferta de HIBERUS es viable desde el punto de vista económico.

La Mesa de contratación vuelve a reunirse el 15 de febrero de 2013 y, a la vista de la justificación aportada, advierte que la oferta de HIBERUS es una oferta económica «*irregular*», por entender que en su elaboración ha tenido en cuenta únicamente la realización de 1.500 horas por los perfiles de analistas y analistas-programadores para la realización del proyecto, cuando el informe de necesidad de la contratación de 28 de septiembre de 2012 estimaba la realización de 1.784 horas para estos perfiles, modificándose de esta forma las condiciones de la licitación. En consecuencia, propone al órgano de contratación la exclusión de la oferta de HIBERUS.

Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa.

SEXTO.- Por Resolución del Secretario General Técnico del Departamento de 20 de febrero de 2013, a la vista de la propuesta de la Mesa de contratación, se declaró desierta la licitación. Ésta se notificó a los licitadores el día 25 de febrero de 2013, advirtiéndoles de la posibilidad de plantear frente a la misma recurso especial en materia de contratación.

Según consta en el expediente, con fecha 25 de febrero de 2013, D. Santiago José Sánchez López, en representación de HIBERUS, presenta un escrito el que solicita al Departamento vista del expediente, a fin de conocer todos los extremos relativos a la circunstancia que ha dado

lugar a su exclusión del procedimiento. Consta igualmente en el expediente la verificación de dicho trámite con fecha 25 de febrero de 2013, con acceso al expediente administrativo completo.

SÉPTIMO.- El 11 de marzo de 2013, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, D. Santiago José Sánchez López, en nombre y representación de HIBERUS, interpone recurso especial en materia de contratación pública, contra la Resolución del Secretario General Técnico del Departamento de 20 de febrero de 2013, por la que se declaró desierta la licitación denominada «Servicios de soporte al desarrollo, implantación y mantenimiento evolutivo de distintas aplicaciones informáticas de gestión del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia».

El licitador recurrente, anunció el 8 de marzo de 2013, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP.

OCTAVO.- El recurso alega y fundamenta, en resumen, lo siguiente:

1) Tras relatar los antecedentes de la licitación, los hechos relativos a la solicitud de justificación de la viabilidad de su oferta y a la valoración de la misma —que se recogen en los antecedentes CUARTO y QUINTO del presente Acuerdo—, señalan que el PCAP prevé como sistema de determinación del precio en el contrato el de «*tanto alzado*», y que, por otra parte, señala como plazo de ejecución el comprendido «*desde la formalización del contrato hasta el 31 de diciembre de 2013*». Ello implica, a su juicio, que la Administración no ha optado por fijar un periodo determinado para la ejecución del servicio, o un periodo determinado a contar desde la formalización, lo que produce distorsiones que

conducen a equívocos como el que padece la Resolución recurrida.

2) Argumentan que su propuesta económica tuvo en cuenta especialmente las horas de dedicación de su personal y el coste de éstas, pero siempre a partir de las previsiones de 1.784 horas para los perfiles de analistas y analistas programadores para un año completo. Recibida la solicitud de justificación de la viabilidad de la oferta, y atendiendo a la fecha en la que ésta se producía, la empresa trató de descender al detalle y conciliar los datos con la realidad aplicada al plazo en que prudencialmente podría llegarse a la firma del contrato, y que estiman en el 1 de marzo de 2013. Entienden que la referencia de 1.784 horas se convierte así en una referencia inútil en sí misma, convertida en proporcional para el cálculo solicitado. Este hecho determina el error en la calificación como irregular de su propuesta por la Mesa de contratación, al no reparar en que 1.784 horas para un año completo equivalen a 1.500 para «*los diez meses que prudencialmente restarían para poder prestar el servicio del contrato*».

3) Consideran que su oferta en ningún caso es «*irregular*», sino que se ha ajustado en todo momento a los Pliegos de la licitación. Lo que hubiera sido irregular hubiera sido una justificación con referencia a 1.784 horas, puesto que en esa fecha nunca se iban a prestar, por ser materialmente imposible, al no compadecerse con las 1.800 horas que se establecen como jornada laboral anual en el convenio colectivo de aplicación, que referencian y aportan.

4) Entienden —aun con referencia a una cita legal errónea, el artículo 160.1 TRLCSP, en lugar del procedente artículo 152.3 TRLCSP—que recabado el informe técnico para asegurar la viabilidad de su oferta, el mismo se ha emitido en sentido favorable y debe vincular al órgano de contratación, que en el presente caso se ha apartado de lo propuesto excluyendo a su representada del procedimiento. Entienden esta actuación incongruente, contraria a los propios actos de la Administración, arbitraria y causante de indefensión, ya que la solicitud de información trataba de valorar la viabilidad de la oferta y el motivo de exclusión es otro, la calificación de la misma como irregular.

Por todo lo alegado, solicitan se dicte resolución que anule y deje sin efecto la Resolución recurrida, reconociendo el derecho de la recurrente a mantener su participación en el procedimiento de contratación, ordenando a los órganos administrativos competentes que sigan el procedimiento hasta su resolución, adjudicándoles en consecuencia el contrato.

NOVENO.- El 13 de marzo de 2013, el Tribunal solicita del Departamento, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles**,** del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del mismo. El 14 de marzo de 2013 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

El Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó con fecha 15 de marzo de 2013, la interposición del recurso al resto de licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP. Transcurrido el plazo de cinco días hábiles concedido al efecto, no se ha presentado ninguna alegación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa HIBERUS para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Respecto al objeto de recurso, éste se interpone frente a un acto de trámite, la exclusión, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo y, simultáneamente, frente a la declaración de la licitación como desierta, acordada y notificada en el mismo acto. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.2 TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo planteada en el recurso admitido es determinar la adecuación de la exclusión de la empresa HIBERUS del procedimiento de licitación, con la consiguiente declaración de desierto del mismo.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo) y sus principios, y, en especial, al PCAP que, junto con el Pliego técnico, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

La *ratio decidendi* de excluir la proposición del recurrente, se motiva por la Mesa de contratación, en la calificación como «*irregular*» de la oferta económica del mismo, apreciada en el proceso de verificación de la

viabilidad de su propuesta incursa en anormalidad, sin que se fundamente, tal exclusión, en previsión normativa concreta. Únicamente en la Resolución del Secretario General Técnico del Departamento de 20 de febrero de 2013, por la que se declara desierto el contrato, se señala como fundamento normativo de la exclusión el artículo 152.3 TRLCSP.

Este Tribunal tiene sentada una abundante doctrina sobre los fundamentos de la baja anormal o desproporcionada, (entre otros, Acuerdo 14/2011, 4/2013, 5/2013 y 8/2013), de la que deben extraerse dos conclusiones principales. En primer lugar que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar «*que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados*».

En el caso objeto de este recurso el procedimiento formal previsto en el artículo 152 TRLCSP se ha seguido en los términos ajustados a las exigencias legales, en cuanto que, de acuerdo con el PCAP y según la información que obra en el expediente, se ha recabado el informe al licitador que formuló la oferta presuntamente desproporcionada o anormalmente baja, y éste ha presentado en el plazo concedido la documentación solicitada.

Cuestión distinta es, que a la vista de la información facilitada por HIBERUS en el trámite de audiencia para justificar su oferta, y del informe técnico sobre la misma, la resolución del órgano de contratación es de exclusión del procedimiento, por considerar incorrecta la oferta. Sin que

se justifique, ni motive, en qué razones o argumentos se fundamenta tal declaración de irregularidad. Y porqué se hace en este momento del procedimiento.

Este es el motivo del recurso, que se justifica en que la oferta se ha formulado en los términos exigidos por los Pliegos —aun cuando ajustando las horas de dedicación del personal al plazo previsible de ejecución del contrato— y existe un informe técnico de 11 de febrero de 2013 favorable a la viabilidad de la misma, del que se aparta el órgano de contratación.

Delimitado el objeto del recurso, corresponde a este Tribunal decidir sobre la adecuación de la oferta inicialmente en baja, y comprobar si es suficiente la motivación del órgano de contratación en su exclusión. Máxime, cuando el informe técnico sobre valoración de la oferta, incursa en anormalidad, es positivo y declara la posibilidad de cumplimiento. Téngase además en cuenta, que en el informe de valoración de criterios sujetos a evaluación previa de 30 de enero de 2013, —que hace suyo la Mesa de contratación en su reunión de 31 de enero de 2013— se afirma con rotundidad la adecuación de la proposición de HIBERUS a las previsiones del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT).

Y siendo así las cosas, que la proposición del licitador es adecuada al objeto del contrato y a las determinaciones de los Pliegos, y es encontrada conforme por los servicios técnicos correspondientes, no se comprende ni entiende como la Mesa de contratación decide declararla «*irregular*», sin desvirtuar los informes previos, ni aclarar en qué parte de los Pliegos —que son ley del contrato— y del procedimiento se fundamenta para tal declaración.

De manera tal que la actuación de la Mesa de contratación y, en consecuencia, del órgano de contratación, incurren en falta de congruencia y de motivación suficiente, que fundamente y legitime un acto administrativo de tal alcance y naturaleza cual es la exclusión del procedimiento de licitación.

TERCERO.- Argumenta por su parte la unidad gestora en su informe al recurso, que la tramitación anticipada del expediente de contratación permitía deducir la necesidad de cubrir las necesidades demandadas en el contrato para el conjunto de 2013. Además, que en caso de dudas sobre la duración concreta del contrato, correspondía a los licitadores la solicitud de la oportuna aclaración, en los términos señalados en el artículo 131.2 TRLCSP. Considera, por otra parte, reforzada la decisión de la Mesa de contratación, respecto de la exclusión, en el reconocimiento por el recurrente, en su recurso, de la «*reformulación*» de su oferta, cambiando el plazo de ejecución del contrato en el trámite de justificación de la viabilidad de la misma.

A la vista del expediente de contratación, este Tribunal considera que, tanto el objeto como el plazo de ejecución del contrato son, cuando menos, imprecisos —sino contradictorios—-, y permiten distintas interpretaciones. Así, no nos encontramos ante un objeto de contenido cerrado y determinado, sino de carácter «abierto», como se advierte, tanto en el informe de justificación de la necesidad, como en el PPT (en concreto, cláusulas 1, 2 y 3). Tampoco el número de horas exigidas por perfiles, figura en los Pliegos como exigencia de la prestación, sino únicamente en el informe justificativo de necesidad, y como estimación.

En cuanto al plazo de ejecución —como expresamente reconoce la unidad gestora en su informe al recurso— el PPT omite el contenido de la cláusula 5.1 destinada en el índice a la «*Duración del contrato*», y las

menciones al mismo en el PCAP y en los distintos anuncios de la licitación no son homogéneas (en DOUE se señala «*el comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2013*», en el PCAP «*desde la formalización del contrato hasta el 31 de diciembre de 2013*», y en BOE, BOA y Perfil de contratante «*hasta 31 de diciembre de 2013*»).

De las distintas interpretaciones sobre el plazo de ejecución, la que plantea HIBERUS en su oferta, y reafirma al razonar su oferta incursa inicialmente en anormalidad, es coherente, tanto con el objeto del contrato como con su desarrollo temporal. Y no puede exigirse al licitador una rígida interpretación de la normativa, cuando el diseño procedimental de la licitación incurre en importantes lagunas e incoherencias.

Es doctrina consolidada de este Tribunal, que la finalidad de los Pliegos, en tanto *lex contractus,* es aportar certeza y seguridad sobre los elementos de la licitación, en especial, sobre el objeto, plazo, retribución y condiciones de adjudicación. Difícilmente puede cumplirse la finalidad de un procedimiento de licitación, caracterizado por la comparación de ofertas, si estos extremos no son claros. Y, por ello, la oscuridad o contradicción de las disposiciones de los Pliegos nunca puede ser interpretadas en perjuicio de los licitadores.

La confusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico, proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo). Además, la valoración de la documentación requerida, y los efectos que se derivan de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de

proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de exclusión (Acuerdo 8/2011).

Y es también doctrina de este Tribunal (Acuerdo 21/2012, de 21 de junio) que, cuando uno se aparta de los propios actos, debe motivar fundadamente su decisión para garantizar los principios de objetividad, igualdad de trato y seguridad jurídica.

CUARTO.- Además, y para finalizar el *iter* argumentativo, si la Mesa de contratación, a raíz de la justificación de HIBERUS de su oferta, tuvo dudas sobre su adecuación al marco normativo (cuando, se insiste, el informe técnico era positivo y se había declarado previamente que se ajustaba al PTT), en aras a respetar los principios inherentes al procedimiento de contratación, debió solicitar las aclaraciones oportunas. El artículo 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, establece esta posibilidad, como señala este Tribunal desde su Acuerdo 32/2011, de 22 de diciembre.

Del análisis del expediente remitido se advierte que pudo concurrir en el presente caso una de las circunstancias que permiten acudir a la solicitud de aclaración, pues como señala el recurrente en su escrito de interposición, y se ha argumentado por este Tribunal, el plazo de ejecución del contrato pudo inducir a confusión en la presentación de proposiciones. De manera que una estimación de horas por perfiles, como la que planteó el recurrente, y su adecuación a la realización del objeto del contrato, podía y debía aclararse en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 3/2011 sin alterar la oferta, sino únicamente aclarando un matiz motivado por la inicial confusión que pudo provocar la redacción de los Pliegos y los anuncios. Sin que la aclaración supusiera, en ningún caso, una modificación de los términos de la

oferta, ni la quiebra del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

En conclusión, en el caso analizado resulta evidente, a juicio de este Tribunal, que la actuación del órgano de contratación ha sido cuando menos incongruente y carente de motivación, con referencia a los Pliegos y en la forma que se define el objeto del contrato. Un excesivo rigorismo lleva, como sucede, a declarar desierto un procedimiento, con obligación de celebrar uno nuevo, lo que, a todas luces, amén de ineficiente, supone una quiebra del interés publico, que es la causa de la licitación del contrato.

Por ello, procede estimar el recurso, y entender adecuada la oferta económica presentada por HIBERUS, cuya aclaración en vía de recurso permite acreditar la idoneidad de su proposición.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y 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, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, presentado por D. Santiago José Sánchez López, en nombre y representación de HIBERUS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L, frente a su exclusión del procedimiento denominado «Servicios de soporte al desarrollo, implantación y mantenimiento evolutivo de distintas aplicaciones informáticas de

gestión del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia», promovido por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, y la simultánea declaración de desierto del mismo.

SEGUNDO.- Anular la Resolución por la que se declara desierto el contrato, y ordenar que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la exclusión de la recurrente, reconociendo el derecho de la misma a mantener su participación en el procedimiento de contratación. Y, en su consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.2 TRLCSP, debe concederse a HIBERUS —único licitador admitido en el procedimiento— un plazo de diez días para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- El Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.