Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía
CONSEJERÍA DE IGUALDAD, POLÍTICAS SOCIALES
Y CONCILIACIÓN

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DE LA AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE RATIFICA EL ACUERDO ADOPTADO POR LA MESA DE CONTRATACIÓN RELATIVO A LA EXCLUSIÓN DE LA OFERTA DE LA ENTIDAD SAP ESPAÑA, SISTEMAS, APLICACIONES Y PRODUCTOS EN LA INFORMÁTICA, S.A. Y SE ACUERDA DECLARAR DESIERTO EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LAS LICENCIAS DEL ERP SAP DE LA AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA, EXPEDIENTE CA-07/2019.

En la tramitación del expediente de contratación nº CA-07/2019, llevada a cabo mediante procedimiento abierto simplificado, resultan los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 01 de agosto de 2019 por la Dirección Gerencia de la Agencia fue acordado el inicio del procedimiento para la contratación del servicio de mantenimiento de las licencias del ERP SAP de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucia, con número de expediente CA-07/2019, mediante procedimiento abierto simplificado en aplicación del artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como del pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que rigen la contratación.

Segundo.- El día 10 de octubre de 2019 fue publicado anuncio de licitación en el Perfil de Contratante de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, integrado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, a fin de que cualquier entidad interesada pudiera presentar una proposición.

Tercero.- Finalizado el plazo de presentación de ofertas, el día 25 de octubre de 2019, presentó su proposición en tiempo y forma en el Registro habilitado únicamente la entidad SAP ESPAÑA, SISTEMAS, APLICACIONES Y PRODUCTOS EN LA INFORMÁTICA, S.A.

Cuarto.- En la primera sesión de la mesa de contratación, celebrada el día 28 de octubre de 2019, tras la oportuna valoración, se constata que por la entidad SAP ESPAÑA, SISTEMAS, APLICACIONES Y PRODUCTOS EN LA INFORMÁTICA, S.A ha sido correctamente aportada toda la documentación a que se refiere el apartado 9.2 del pliego, no siendo por tanto preciso requerir subsanación de ningún tipo, declarándose por tanto la admisión de la oferta.

En la misma sesión, al ser valorables únicamente criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, y ser conforme su propuesta a los requisitos mínimos establecidos en los pliegos que rigen esta contratación, se propone la adjudicación del contrato a esta entidad SAP ESPAÑA- SISTEMAS, APLICACIONES Y PRODUCTOS EN LA INFORMÁTICA, S.A.

Quinto.- Con fecha 06 de noviembre de 2019, tras ser aceptada dicha propuesta por el órgano de contratación, fue enviado requerimiento de documentación previa a la adjudicación a esta entidad para que en un plazo de siete días hábiles, aporte la documentación a que se refiere la cláusula 10.5, apartado 2, del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Sexto.- En la segunda sesión celebrada el día 18 de noviembre de 2019, tras valorar la documentación presentada en tiempo y forma por SAP ESPAÑA, SISTEMAS, APLICACIONES Y PRODUCTOS EN LA INFORMÁTICA, S.A y detectada la presencia de defectos y omisiones en el contenido de la misma, por la mesa de contratación se acuerda requerir a esta entidad para la subsanación, en el plazo de tres días naturales a contar desde el siguiente a la recepción del requerimiento, de la documentación previa a la adjudicación aportada.

Entre la documentación presentada, la entidad aporta garantía constituida por aval depositada el 15 de noviembre de 2019 en la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, Delegación de Sevilla, CAJAVAL EH4101 2019 2708 EXP 803 2 500561224 por importe de DOS MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS (2.724, 16 €).

Séptimo.- Finalizado el plazo de tres días naturales, la mesa de contratación se vuelve a reunir en sesión celebrada el día 02 de diciembre de 2019 para valorar la documentación aportada, acordándose que la misma no cumple con las exigencias establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en concreto con el requisito establecido en el apartado 10.5.2 h), relativo a las "Personas trabajadoras con discapacidad" ni haber presentado el poder de representación bastanteado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía".

Octavo.- Como consecuencia de ello, habida cuenta de la exclusión de la única entidad licitadora que ha concurrido al presente procedimiento acordada por la mesa de contratación en su sesión celebrada el 02 de diciembre de 2019, se acordó por esta proponer al órgano de contratación declarar desierto el procedimiento de contratación.

Noveno.- Consta en el expediente propuesta de resolución a la Dirección Gerencia de la Agencia, de ratificación del acuerdo de exclusión de la entidad licitadora adoptado por la mesa de contratación, y la consiguiente declaración de desierto del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Respecto a la fase previa a la adjudicación, 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, dispone en el artículo 150.2 lo siguiente:

«Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, (....)

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas».

Segundo.- El apartado 10.2. «Apertura, análisis y subsanación de la documentación del sobre único», del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que:

«Una vez finalizado el acto público, la Mesa de contratación analizará la documentación presentada y, tras, en su caso, solicitar la necesaria subsanación de documentación o información complementaria, adoptara el oportuno acuerdo sobre la admisión definitiva de las personas licitadoras, previa exclusión de las ofertas que no cumplan los requerimientos del Pliego».

Tercero.- Por su parte, el apartado 10.5.2 «Documenación previa a la adjudicación» del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que:

«Si la persona licitadora presenta la documentación y la Mesa de contratación observase defectos u omisiones subsanables en la misma, lo notificará de acuerdo con lo establecido en la cláusula 7.2 del presente pliego y lo comunicará a través del perfil de contratante del órgano de contratación, a la persona licitadora concediéndole un plazo de tres días naturales para que los corrija o subsane. Si en el plazo concedido no procede a la subsanación de la documentación, será excluida del procedimiento de adjudicación.

(...)

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que la persona licitadora ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP, de conformidad con lo previsto en el artículo 150.2 del citado texto legal».

Respecto a la posibilidad de exigir a la entidad licitadora una penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, "*por no haber cumplimentado adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado*", basta remitirse a lo dispuesto en la Resolución 1121/2019, de 7 de octubre de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para concretar la improcedencia de exigirla en este supuesto:

«La doctrina de este Tribunal, como también los más recientes pronunciamientos judiciales al respecto, ha venido interpretando el incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP (antes 151.2 del 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) de forma no formalista y rigorista. Así, resumíamos en nuestra Resolución 582/2019, de 30 de mayo, que

> *"Acerca de la interpretación del artículo 150.2 de la LCSP hemos de traer a colación la importante evolución que ha experimentado la doctrina de este Tribunal –en particular pronunciándose respecto del correlativo precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 151.2), si bien poniéndolo en relación con el nuevo artículo 150.2 de la LCSP-, plasmada en las recientes Resoluciones 747/2018, 749/2018, 816/2018, 1184/2018 o 173/2019. Así, hemos pasado de una interpretación literal y rigorista de su contenido que, según hemos señalado, ha llevado a resultados ciertamente "extensivos, formalistas e injustos" acerca de la posibilidad o no de la subsanación de defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento (posibilidad que se ha negado por el hecho de que el precepto no dijera nada al respecto), a una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que "resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado". Este cambio de criterio se ha reflejado*

también a nivel jurisprudencial (así, hace referencia al mismo la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional de 20 de febrero de 2019).

En este sentido, hemos venido a distinguir de acuerdo con nuestra doctrina más reciente los supuestos de "incumplimiento total y grave" de la obligación de aportación de documentación al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, que comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de "cumplimiento defectuoso o imperfecto" de esta obligación, y a tales efectos hemos acotado lo que se debe entender por "cumplimentar", llegando a la conclusión de que la interpretación de la "retirada injustificada de la oferta" se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada. Así, en el caso de la constitución de la garantía definitiva, hemos considerado subsanable el defecto consistente en la constitución de una garantía por importe insuficiente, concediendo al efecto un plazo de tres días para la complementación de la garantía inicialmente constituida."

Es decir, la activación de la doble consecuencia jurídica derivada del incumplimiento del requerimiento (retirada de la oferta y penalidad) debe hacerse de manera atemperada, reservada únicamente a supuestos donde el incumplimiento haya sido "total y grave", de forma que resulte difícil atisbar una voluntad de cumplimiento por parte del licitador mejor clasificado».

En la misma linea argumental, la Resolución 604/2018, de 31 de julio de 2018, del también Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales establece que « *1.El artículo 151.2 prevé una conducta a la que asocia una determinada consideración, conducta que es "No cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado...".*

Cumplimentar significa, según el DRAE, rellenar un impreso o poner en ejecución una orden superior. No significa cumplir perfectamente algo, en este caso lo requerido, sino simplemente poner en ejecución lo requerido, supuesto en el que existirá cumplimentación de lo ordenado, aunque no se haga perfectamente.

El sentido anterior del texto citado deriva del hecho de que el precepto asocia una consideración determinada a la no cumplimentación, pero no a la cumplimentación aunque sea defectuosa o imperfecta. Y esa consideración no es que se rechace la oferta o se la excluya por no cumplimentar lo requerido el interesado, sino que se considera que el interesado ha retirado su oferta, efecto éste que no es el propio del cumplimiento defectuoso de trámites o, mejor dicho, de su cumplimentación defectuosa o imperfecta, ni en la Ley 39/2015, de PAC., ni en el TRLCSP, sino que la propia normativa de contratación pública lo vincula a la retirada expresa de la oferta, o a conductas de incumplimiento grave, que la ley equipara a aquélla».

De los antecedentes de hecho expuestos se desprende la clara voluntad de la licitadora de atender a los requerimientos remitidos por esta Agencia, no así su intención de retirar su oferta, por tanto, no se entiende procedente aplicar esta penalidad a la entidad SAP ESPAÑA- SISTEMAS, APLICACIONES Y PRODUCTOS EN LA INFORMÁTICA, S.A.

Cuarto.- El Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, contempla como funciones de las Mesas de contratación en su artículo 7, entre otras, las siguientes:

"b) Determinar las empresas o profesionales licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

g) (...).

En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas, proponer que se declare desierta la licitación".

Quinto.- De conformidad con el artículo 150.3 de la Ley 9/2017 *"No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego"*

Se desprende por tanto de este precepto, a contrario sensu, que el órgano de contratación podrá declarar desierta una licitación cuando las ofertas no sean admisibles conforme a los pliegos, circunstancia que se ha producido en el presente supuesto.

Sexto.- El artículo 15 x) del Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía establece que el órgano de contratación de la misma es la Dirección-Gerencia.

De acuerdo con todo lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 323.2 de la citada normativa, y en uso de las facultades que me confiere el artículo 43.2 de los Estatutos de la referida Agencia, aprobados mediante Decreto 101/2011, de 19 de abril,

RESUELVO

Primero.- Ratificar el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación en su sesión celebrada el día 02 de diciembre de 2019, relativo a la exclusión de la proposición presentada por la entidad licitadora SAP ESPAÑA- SISTEMAS, APLICACIONES Y PRODUCTOS EN LA INFORMÁTICA, S.A., del procedimiento de contratación por no haber acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en concreto:

- Personas trabajadoras con discapacidad (apartado 10.5.2 h)).
- Documentos acreditativos de la representación.

Segundo.- No reclamar a la entidad licitadora SAP ESPAÑA- SISTEMAS, APLICACIONES Y PRODUCTOS EN LA INFORMÁTICA, S.A. una penalidad equivalente al 3% del presupuesto base de licitación, por los motivos expuestos en el fundamento de derecho tercero.

Tercero.- Declarar desierto el procedimiento de contratación habida cuenta de la exclusión de la única entidad licitadora como consecuencia del acuerdo adoptado por la mesa de contratación en su sesión celebrada el día 02 de diciembre de 2019.

Cuarto.- La cancelación de la garantía constituida por aval y depositada por la entidad SAP ESPAÑA- SISTEMAS, APLICACIONES Y PRODUCTOS EN LA INFORMÁTICA, S.A. el 15 de noviembre de 2019 en la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, Delegación de Sevilla, CAJAVAL EH4101 2019 2708, EXP 803 2 500561224, por importe de DOS MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS (2.724, 16 €).

Quinto.- Notificar la presente resolución a la entidad licitadora.

Sexto.- Publicar la presente resolución en el Perfil de Contratante de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia, en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

Séptimo.- Proceder a la preparación e inicio de un nuevo expediente de contratación.

Contra la presente resolución, que no agota la vía administrativa, cabe interponer recurso de alzada ante la persona titular de la Presidencia de la Agencia, en el plazo de un mes, contado desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46.1.b) de los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, aprobados por el Decreto 101/2011, de 19 de abril, en relación con los artículos 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

LA DIRECTORA GERENTE