Recurso 275/2021
Resolución 579/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 23 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A.** contra la resolución, de 21 de mayo de 2021, del órgano de contratación por la que se rechaza su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Mantenimiento y evolución de la plataforma tecnológica de la Inspección General de Servicios de la Junta de Andalucía" (Expte. CONTR 2020 0000419427), convocado por la actual Agencia Digital de Andalucía, ente adscrito a la Consejería de Presidencia, Administración Pública e Interior, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de noviembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 760.147,97 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 21 de mayo de 2021, el órgano de contratación rechaza la oferta de la entidad AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A. (en adelante la recurrente).

SEGUNDO. El 11 de junio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, a través del registro electrónico general de la Junta de Andalucía, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la citada entidad recurrente contra la mencionada resolución, de 21 de mayo de 2021, del órgano de contratación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por resolución de este Tribunal de 1 de julio de 2021 se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles al resto de entidades licitadoras, que habían presentado oferta para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad HIBERUS IT DEVELOPMENT SERVICES, S.L. y la UTE FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS, S.A.U. – EMERGYA, INGENIERÍA S.L..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la entidad ahora recurrente, en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, respecto a la resolución del órgano de contratación de 21 de mayo de 2021, aun computando desde la fecha de su dictado, el recurso presentado el 11 de junio de 2021 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Sobre la inexistencia de causa legal para excluir la oferta de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 21 de mayo de 2021, en la que se contiene la exclusión de su oferta, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, *«Se acuerde la anulación de la resolución de exclusión de 21 de mayo de 2021 del órgano de contratación de la Agencia Digital de Andalucía. Se retrotraiga el procedimiento, procediéndose a valorar la oferta de (…) [la entidad ahora recurrente] conforme a los criterios establecidos en el Pliego.»*.

Aun cuando la recurrente, por este orden, afirma que su oferta cumple estrictamente con el convenio colectivo de aplicación y que la misma no está incursa en causa legal de exclusión, por razones metodológicas se van a analizar en orden inverso, toda vez que la estimación del segundo motivo de recurso supondría la innecesariedad de examinar el primero.

Según consta en la resolución de 21 de mayo de 2021, la oferta de la ahora recurrente fue rechazada por los siguientes motivos:

«En relación con el procedimiento de contratación (...), la Mesa de Contratación, en su sesión celebrada el 5 de abril de 2021, consideró que la empresa (…) [ahora recurrente] debía justificar su oferta conforme a lo establecido en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a la vista del número de horas adicionales ofertadas y el coste que las mismas suponían.

De este modo, con fecha 7 de abril de 2021, se solicitó a la empresa (…) [ahora recurrente] la justificación razonada y detallada de la oferta respecto del número de horas adicionales del equipo de trabajo y los costes que ello supone.

La empresa (…) [ahora recurrente] presentó a través de SIREC-Portal de Licitación electrónica la justificación en el plazo concedido para ello.

Con fecha 29 de abril de 2021 se trasladó al Servicio proponente del contrato de referencia, el Servicio de Coordinación de Administración Electrónica, la documentación presentada por la empresa (…) [ahora recurrente].

El citado Servicio emitió finalmente el informe con fecha 18 de mayo de 2021, en el que concluye lo siguiente: "Por tanto, el Servicio de Coordinación de Administración Electrónica, en calidad de servicio proponente del contrato, constata que los costes salariales, por sí solos y sin considerar gastos generales y/o beneficio industrial son exorbitados ya que exceden el importe de la oferta económica realizada.".

A la vista de la conclusión del informe, la Mesa de Contratación, en la sesión celebrada el 18 de mayo de 2021, considera que el número tan elevado de horas ofertadas como mejoras para los perfiles de "Analista programador" (3.260) y de "Programador" (4.500) afectaría, sin duda, al precio del contrato, dado que la suma de estas horas y de las horas mínimas requeridas en el pliego arroja unos costes salariales que quedan muy por encima de la oferta económica realizada por la empresa (…) [ahora recurrente].

En consecuencia, la Mesa de Contratación acordó proponer al órgano de contratación la exclusión de la empresa (…) [ahora recurrente], dado que su oferta económica resulta desproporcionada en relación con los costes salariales que supondría el número tan elevado de horas, no pudiéndose cumplir con las obligaciones salariales del personal que se emplearía en la ejecución del contrato.».

1. Alegaciones de la recurrente.

Afirma la recurrente que en el supuesto que se examina, los criterios establecidos por el anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), relativo a los parámetros objetivos que permiten apreciar que una oferta se encuentra en presunción de anormalidad, están exclusivamente referidos a la proposición económica, de tal forma que en él se hace una remisión expresa a los criterios establecidos en el artículo 85 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Esto es, pudiendo el órgano de contratación haber tenido en cuenta el otro criterio evaluable mediante

aplicación de fórmula (la dedicación adicional del equipo de trabajo) a la hora de determinar el parámetro objetivo de presunción de anormalidad, optó por dejarlo al margen, tomando en consideración exclusivamente la oferta económica.

Indica que aplicando estrictamente el criterio establecido en el citado anexo XI del PCAP su oferta no estaba incursa en baja anormal. En este sentido, señala que de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP y en la cláusula 10.5 del PCAP, se debe dar audiencia exclusivamente a aquellas licitadoras cuya oferta se encuentre en presunción de anormalidad 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. Así las cosas, a su juicio, a sensu contrario, el procedimiento de audiencia que se regula en el artículo 149 de la LCSP no resulta aplicable a las ofertas no incursas en presunción de anormalidad. *(poner en cursiva si lo dice la recurrente porque se entiende regular)*

Señala que a pesar de ello, una de las entidades licitadoras presentó escrito el 10 de marzo de 2021, solicitando a la mesa que le requiriera a ella (a la ahora recurrente) respecto a un *"posible caso de presunción de anormalidad"*. Atendiendo al citado requerimiento la mesa le solicitó que justificara su oferta conforme a lo establecido en el artículo 149 LCSP, actuando la mesa a su juicio de modo sorpresivo, ya que los pliegos determinan clara e inequívocamente cuáles son los parámetros objetivos que deben aplicarse para considerar a una oferta anormalmente baja, y como se ha destacado anteriormente, su proposición económica no se encontraba incursa en ellos tras la apertura económica. Esta advertencia ya fue puesta de manifiesto en la contestación que se remitió a la mesa donde se decía que "*tras la apertura del Sobre nº3, atendiendo al criterio precio, único a tener en cuenta a los efectos de incursión de valores anormales o desproporcionados, la oferta de (…) [ahora recurrente] no se hallaba incursa en presunción de anormalidad de acuerdo a los criterios establecidos en el PCAP, en la LCSP o en el RGLCAP (…) [ahora recurrente] no ha incurrido ni siquiera en presunción de temeridad conforme a los criterios establecidos en pliegos, y su importe ofertado se encuentra dentro de los umbrales admitidos por los Pliegos en relación con las otras ofertas presentadas por los licitantes".*

Concluye la recurrente, afirmando que en resumidas cuentas, apartándose del criterio legalmente establecido para el cual está diseñado la justificación de la oferta, reservada exclusivamente a empresas que efectivamente estuvieran incursas en presunción de anormalidad de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos, la mesa de contratación le requirió para que justificara su oferta.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En lo que aquí interesa el órgano de contratación en su informe al recurso indica que *«pese a que en el anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares, sobre los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, solo se disponía que se aplicarían al precio y que, en los criterios distintos al precio, no se considera que los valores o parámetros sean relevantes para la consideración de una oferta anormalmente baja (pensando siempre en un número de horas proporcionado y razonable), la Comisión de Contratación considera que el coste de tan elevado número de horas ofertadas por (…) [la ahora recurrente] redundaría sin duda alguna en el precio del contrato, y como tal en el criterio precio, por lo que acuerda iniciar el procedimiento contradictorio para identificar si la oferta de (…) [la ahora recurrente] es viable. Y ello es así porque, aunque para el órgano de contratación la dedicación adicional del equipo de trabajo no suponga un mayor coste, sí lo supone para la empresa que la oferta y más aún si ofrece tal número elevado de horas.*

Es cierto que el pliego de cláusulas administrativas particulares no dispuso un límite máximo que jugara como tope a la hora de ofertar y valorar la dedicación adicional del equipo de trabajo sobre los mínimos requeridos, pero, tal como se ha dicho en varias resoluciones de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, no resultaba obligatorio. Sin embargo, la falta de prudencia a la hora de ofertar horas por parte de las empresas licitadoras (valga la redundancia) puede dar lugar a que se presenten ofertas desproporcionadas, ofertas irreales, ofertas en fraude de ley que buscan la obtención de la máxima puntuación en el criterio de adjudicación y que lo desnaturalizan totalmente, impidiendo su aplicación razonable, con claro perjuicio a aquellas otras empresas cuyas ofertas se ajustan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto de lo pretendido como adicional en relación con el objeto propio del contrato.».

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

Ambas se oponen a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en sus escritos de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidas.

4. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha expuesto, considera la recurrente que su oferta no está incursa en causa legal de exclusión, dado que la misma no estaba inicialmente en baja anormal o desproporcionada, pues el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP y en la cláusula 10.5 del PCAP, solo le es aplicable a aquellas licitadoras cuya oferta se encuentre en presunción de anormalidad, circunstancia que no concurre en la suya.

Pues bien, para el análisis de la controversia ha de tenerse en cuenta lo manifestado por este Tribunal en diversas ocasiones en el sentido de que *«(...) no es posible determinar la inviabilidad de una oferta o si está inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, si no se acredita que incumple con los parámetros objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento de licitación, como acontece en el recurso examinado»* (v.g. Resoluciones 241/2018, de 16 de agosto, 339/2019, de 18 de octubre, 349/2020, de 22 de octubre y 232/2021, de 10 de junio, entre otras).

En este sentido, este Tribunal en su Resolución 139/2019, de 3 de mayo, dispone que *«(...) no debe olvidarse que, en el actual marco legal, el eventual rechazo de una oferta económica durante la licitación debe responder a alguna de las causas previstas en el artículo 84 del RGLCAP, (…) o ser consecuencia de una falta de viabilidad tras su previa identificación como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP (véase el artículo 149 de la LCSP).*

Asimismo, como señala la Resolución 373/2018, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), «la justificación de la oferta y su eventual rechazo solo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP. Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros. Solo en caso afirmativo resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas en el recurso: si la oferta de (...) está por debajo del convenio colectivo sectorial y si la norma de aplicación sobre el acto de adjudicación impugnado debe ser la LCSP».

Y en parecidos términos se pronuncia la reciente Resolución del mismo Tribunal 353/2019, de 15 de marzo, al abordar si la organización del personal propuesto por la adjudicataria se ajustaba a la realidad y esta podía cumplir con la obligación de mantenimiento de condiciones laborales durante la vigencia del contrato, extremos negados por la entidad recurrente. La citada resolución señala que «En el presente caso, el órgano de contratación

ha efectuado la propuesta de adjudicación a favor de (...), por ser la oferta económica con la mejor relación calidad-precio (de acuerdo con la puntuación obtenida), y no estar incursa en baja anormal o desproporcionada, de acuerdo con el criterio fijado en el PCAP.

(...) los datos ofrecidos por la recurrente no son suficientes per se para deducir que la empresa adjudicataria incumple la normativa laboral y de Seguridad Social, sin perjuicio, claro está, de las medidas que pueda adoptar el órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LCSP, para garantizar el respeto de tal normativa por parte del adjudicatario».

En el supuesto aquí analizado, ni el órgano de contratación ni las entidades interesadas discuten que la oferta económica presentada por la entidad ahora recurrente no estaba incursa en presunción de anormalidad de acuerdo con los parámetros objetivos previstos en el anexo XI del PCAP, razón por la cual no es posible presuponer sin más que va a incumplir sus obligaciones laborales en base a los motivos alegados, primero por la mesa y después por el órgano de contratación y finalmente por las entidades interesadas, ya que de acuerdo con lo expuesto, en el supuesto que se examina, solo procedería la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente cuando estando incursa inicialmente en anormalidad -circunstancia que no concurre-, y tras la tramitación del correspondiente procedimiento contradictorio, no hubiera justificado la viabilidad de la misma. De lo anterior, este Tribunal concluye que no se aprecia la infracción alegada por la mesa y el órgano de contratación. En este mismo sentido, se ha pronunciado este Tribunal en sus recientes Resoluciones 197/2021, de 20 de mayo y 515/2021, de 3 de diciembre.

En definitiva, no es posible determinar la inviabilidad de una oferta o si está inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, si no se acredita que incumple con los parámetros objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento de licitación, como acontece en el recurso examinado en el que la oferta de la ahora recurrente fue rechazada por inviabilidad de la misma, a pesar de no estar incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que e cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso los parámetros objetivos que definió para apreciar la anormalidad de las ofertas-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras, sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se 4 hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)»*.

Al respecto, la jurisprudencia europea viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus proposiciones como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea

de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya los pliegos actos firmes y consentidos al no constar impugnación de los mismos en los extremos particulares que se analizan, tanto las entidades licitadoras como la mesa y el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el presente motivos del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en el presente fundamento de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución del órgano de contratación de 21 de mayo de 2021 de rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a admitirla a la licitación, con continuación del procedimiento de adjudicación en su caso.

La estimación del presente motivo del recurso hace innecesario el análisis de la pretensión de la recurrente en la que afirma que su oferta cumple estrictamente con el convenio colectivo de aplicación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación por la entidad **AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A.** contra la resolución, de 21 de mayo de 2021, del órgano de contratación por la que se rechaza su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Mantenimiento y evolución de la plataforma tecnológica de la Inspección General de Servicios de la Junta de Andalucía” (Expte. CONTR 2020 0000419427), convocado por la actual Agencia Digital de Andalucía, ente adscrito a la Consejería de Presidencia, Administración Pública e Interior y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal en su Resolución de 1 de junio de 2021.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.