



Recurso nº 273/2011

Resolución nº 314/2011

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 7 de diciembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por D. R. C. A. en representación de CONSULTIA IT, S.L. contra la resolución de la Dirección General del Patrimonio del Estado por la que se acordaba la adjudicación del acuerdo marco de servicios de desarrollo de sistemas de información al amparo del artículo 190.3, b) de la Ley de Contratos del Sector Público, y la inadmisión de la oferta presentada por la recurrente en UTE con Ingeniería de Integración de Sistemas de Información, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Subdirección General de Compras de la Dirección General del Patrimonio del Estado convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, respectivamente los días 3, 5 y 7 de mayo de 2011, licitación para adjudicar por procedimiento abierto, acuerdo marco para la contratación de servicios de desarrollo de sistemas de la información por el procedimiento especial de adopción de tipo, distinguiendo entre aquellos contratos que no hubieran de estar sujetos a regulación armonizada (Tipo 1) y aquellos otros que por razón de su importe sí debieran estarlo (Tipo 2). A la citada licitación presentó oferta Consultia IT, S.L en UTE con Ingeniería de Integración de Sistemas de Información.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, siendo así que en sesión celebrada el 12 de julio de 2011 la Mesa de Contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada

acordó elevar a la Dirección General del Patrimonio propuesta de adjudicación para el Tipo I y para el Tipo II, en la que se decidía la no admisión de las ofertas presentadas por diversas licitadoras, entre las que figuraba la Unión Temporal de Empresas de la que formaba parte la sociedad ahora recurrente.

Tercero. El 13 de octubre de 2011, la Dirección General del Patrimonio dictó resolución de adjudicación, en la que se hacía constar la no admisión de las meritadas ofertas, acordada por la Mesa de contratación, dando cuenta de las razones determinantes de tal decisión.

Cuarto. Contra dicha resolución la mercantil Consultia IT ha interpuesto recurso ante este Tribunal, previo anuncio al órgano de contratación, mediante escrito presentado el día 7 de noviembre, al amparo del artículo 314 de la Ley de Contratos del Sector Público antes citada, por el que solicitan la anulación tanto de su exclusión como de la adjudicación acordada por la Dirección General del Patrimonio del Estado, así como que se acuerde darle audiencia para justificar su propuesta y se le indemnice conforme a las previsiones del artículo 317.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. Con fecha 24 de noviembre de 2011 el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las empresas que habían presentado oferta a la licitación ahora impugnada, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya hecho uso de tal posibilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, se interpone contra la resolución de la Dirección General del Patrimonio por la que se adjudica la contratación, por el procedimiento abierto, de un acuerdo marco para la contratación de servicios de desarrollo de sistemas de información mediante el procedimiento especial de adopción de tipo establecido en el artículo 190.3, b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público correspondiendo

a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Segundo. Previamente a entrar en el análisis de los restantes requisitos del procedimiento corresponde pronunciarse sobre la legitimación de la reclamante. En efecto, CONSULTIA IT, S.L. ha interpuesto el recurso exclusivamente en su nombre, cuando en el procedimiento de licitación concurrió en unión temporal de empresas junto con Ingeniería de Integración de Sistemas de Información.

Como ya se indicaba en la resolución 105/2011, este Tribunal viene considerando reiteradamente que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación como parte integrante de una unión temporal de empresas. Y ello porque el sentido amplio que el artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer el recurso. Frente a ello no cabe esgrimir la existencia de alguna sentencia del Tribunal Supremo negando la legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo en tales casos pues, de una parte, dichas sentencias son contradictorias con la línea jurisprudencial opuesta, que sí admite la legitimación en estos supuestos, y, de otra, porque los fundamentos de la legitimación en la vía de reclamación contemplada en la Ley 30/2007, de 30 de octubre no coinciden necesariamente con los previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En consecuencia, procede considerar como legitimada activamente a la reclamante.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la afirmación de que ha sido interpuesto contra acto susceptible de impugnación por dicho cauce, atendido lo dispuesto en el artículo 310 del referido texto legal. Tanto la exclusión como la adjudicación están contempladas en dicho artículo. Asimismo el recurso ha de considerarse interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, al no haber transcurrido entre la notificación de la resolución recurrida y dicha interposición más de los quince días hábiles a que se alude en el artículo 314.2 letra a, de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. A fin de enmarcar debidamente la controversia, conviene hace expresa transcripción de la motivación que sobre la inadmisión o exclusión de la oferta de la recurrente se recoge en la resolución de adjudicación. En concreto, se indica:

“La Mesa de Contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada, en sesión celebrada el 12 de julio de 2011, estudió el informe de valoración emitido por la Subdirección General de Compras. Se comenzó analizando las proposiciones presentadas por los licitadores (...) UTE CONSULTIA IT REAL BUSINESS SOLUTIONS-INGENIERÍA DE INTEGRACIÓN DE SISTEMA DE INFORMACIÓN, puesto que las mismas presentaban importantes anomalías en relación con los precios ofertados a los distintos perfiles establecidos en el pliego, anomalías que permitían concluir que dichas proposiciones incurrían en error manifiesto en la determinación de los importes de su oferta.

Dichas ofertas adolecían del mismo error a la hora de ofertar el precio de los trece perfiles profesionales existentes al ofertar un precio de mercado en cuatro o cinco de esos perfiles y un precio irreal en el resto de perfiles.

La cláusula III, apartado 6 del pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que rige el acuerdo marco establece que en su oferta, las empresas licitadoras debían necesariamente indicar los precios máximos, IVA no incluido, para cada uno de los perfiles profesionales. Señala también que dichos precios ofertados serían los precios máximos que podrán utilizar en las ofertas realizadas en las licitaciones de los contratos basados en el acuerdo marco 26/2011, sin que pudieran considerarse ofertas que no incluyeran precio máximo de todos los perfiles descritos en el pliego.

Asimismo la cláusula VI del pliego establece que “la oferta incluirá precios máximos para cada perfil profesional susceptibles de participar en la prestación de los servicios a contratar. Dichos precios se indican en euros y comprenderán todos los gastos precisos, incluida, en su caso, la implantación del resultado del servicio en el lugar designado por la administración y su puesta en funcionamiento”.

Es decir, el órgano de contratación exige que se oferten todos los perfiles profesionales con objeto de cubrir las necesidades de la administración, en los contratos derivados del acuerdo marco con la finalidad de que las empresas adjudicatarias estén en condiciones de presentar ofertas a las distintas licitaciones que deriven del mismo, dado que la inclusión de ofertas solo con determinados perfiles limitaría la posible licitación y en el caso extremo de que todas las ofertas estuviesen en situación similar impediría dicha licitación, haciendo inviable la ejecución del acuerdo marco.

A la vista de estos datos las proposiciones en que se ofertan precios de 0,01 €, 0,1 € y 1 € por hora equivalen a no presentar oferta a esos perfiles, probablemente en la convicción de que los licitadores en cuestión no se presentarán a licitaciones que incluyan esas categorías profesionales. Dicho escenario conduce a considerar que las ofertas que presentan esos valores incumplen la cláusula VI del pliego, cláusula que exige que todos los licitadores presenten oferta a todas las categorías.

En cualquier caso, en el supuesto de que no fuera esa la circunstancia de los licitadores mencionados, es decir, que en su voluntad sí estaba el presentar oferta a todos los perfiles, de los datos que obran en el expediente cabe concluir que las ofertas cuestionadas adolecen de un error manifiesto que las hace inviables, por lo que deben ser excluidas conforme a lo dispuesto en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el que se establece que si alguna proposición comportase error manifiesto en su importe, la misma será desechada por la mesa.

Por lo anterior y dada la obligación del órgano de contratación de garantizar el interés público consustancial a la actividad que desarrolla, en aplicación de lo establecido en las cláusulas III y IV del pliego y en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Mesa de Contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada tomó los siguientes acuerdos:

En primer lugar, no admitir las ofertas presentadas por los licitadores (...) UTE CONSULTIA IT REAL BUSINESS SOLUTIONS-INGENIERÍA DE INTEGRACIÓN DE SISTEMA DE INFORMACIÓN (...).

Como puede comprobarse, la inadmisión se hace descansar en dos fundamentos articulados de forma subsidiaria.

Por un lado, se afirma, partiendo del hecho de que la oferta presentada por la UTE en la que se integraba la recurrente reflejaba, en buena parte de los perfiles recogidos en la cláusula III del pliego, lo que se califica como “un precio irreal” (en concreto, siendo trece los perfiles, en nueve de ellos reflejaba como precio el de 0,01 €, siendo así que el precio máximo recogido en el pliego oscilaba, en esos casos, entre los 100 y los 45 euros), que dicha conducta equivale a no presentar oferta para los tales perfiles y, por tanto, comporta el incumplimiento de lo previsto en la cláusula VI del mismo pliego, que establece, preceptivamente, que *“la oferta incluirá precios máximos para cada perfil profesional susceptibles de participar en la prestación de los servicios a contratar”,* añadiendo que *“dichos precios se indicarán en euros y comprenderán todos los gastos precisos, incluida, en su caso, la implantación del resultado del servicio en el lugar designado por la Administración y su puesta en funcionamiento”*.

En segundo lugar, se afirma que, incluso si se considerase que, realmente, existía la intención de presentar oferta a todos los perfiles, habría de concluirse que la oferta incurre en error manifiesto, lo que justificaría su exclusión al amparo del artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Quinto. La licitadora recurrente plantea en su recurso que no resulta aplicable al caso que nos ocupa el citado artículo 84 de la Ley de Contratos del Sector Público, pues no se puede deducir, de la proposición por ella presentada, la existencia de un error manifiesto, que la recurrente niega; asimismo plantea que, en cualquier caso, se han infringido los trámites previstos en el artículo 136 del mismo texto legal que regula el procedimiento que tiene que seguir la Administración en relación con las ofertas con valores anormales o desproporcionados y que exige dar audiencia al licitador que haya presentado tal oferta y que se solicite el oportuno asesoramiento técnico.

En rigor, este Tribunal entiende que cuando el órgano de contratación califica como “precio irreal” el ofertado por las recurrentes está afirmando, de forma oblicua, que dicha

oferta es, en los estrictos términos del artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público, desproporcionada o anormalmente baja.

Sin embargo, por muy racional que dicha inferencia pueda parecer, lo cierto es que, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 28/2005, de 29 de junio, para que en los contratos en cuya adjudicación, como es el caso, debe tenerse presente más de un criterio, puedan apreciarse “bajas temerarias” (expresión homologable a las “ofertas con valores anormales o desproporcionados” a que se refiere el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público) *“es necesario que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se prevea esta posibilidad y se fijen los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias y que si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base a la adjudicación se han de expresar en el mismo pliego los límites que permitan realizar la misma apreciación”*.

Esta necesidad de la expresa mención en los pliegos de los criterios que deban servir de base para determinar si una oferta es o no desproporcionada o anormalmente baja ha sido también afirmada en diversas resoluciones de este Tribunal, como la 24/2011, de 9 de febrero, o la 1/2011, de 19 de enero de 2011, en la que, en términos que cumple reproducir, se dice:

“En este sentido debe indicarse que por tratarse de un procedimiento de adjudicación en el que deben tenerse en cuenta para proceder a ésta diversos criterios de valoración, los elementos de juicio que deben llevar a considerar que una oferta es desproporcionada o anormalmente baja deben figurar expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, circunstancia ésta que se cumple para el expediente en cuestión y a la cual se refiere la recurrente en los términos antes citados. A estos efectos el artículo 136.2 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que “Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que

han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”.

De lo anterior deben extraerse dos conclusiones. En primer lugar que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración los que deban servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja o desproporcionada deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y en segundo 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.

Por lo que aquí interesa, la primera conclusión es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que es el pliego de cláusulas administrativas particulares el que debe de especificar los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, si la proposición no puede ser cumplida y que si uno de los criterios elegidos es el precio se han de expresar además los límites que permitan apreciar esa situación, aplicándose exclusivamente para determinar tal situación los criterios establecidos en el pliego.”

En el caso examinado, sin embargo, si bien el pliego que rige el acuerdo marco contiene, en su cláusula III, una expresa indicación de los precios máximos que pueden ofertarse para cada perfil profesional, no recoge previsión alguna sobre eventuales precios mínimos, como tampoco incorpora en su texto, pese a incluir en la cláusula IX como uno de los criterios de adjudicación aplicables el “criterio precio”, referencia a las bases objetivas que permitan apreciar el carácter desproporcionado o anormalmente bajo de las ofertas presentadas. Dicha omisión impide, conforme a lo antes expuesto, que el órgano de contratación pueda excluir o considerar inadmisibles una determinada oferta por mucho que, a su entender, en ella se refleje un “precio irreal”. En efecto, por muchas y muy argumentadas que sean las razones que al efecto se esgriman y por mucho que inspire al órgano de contratación el loable propósito de garantizar, como se dice, el interés público y de conseguir una contratación eficaz y eficiente en el ámbito de su competencia, no por ello cabe aceptar (dejando al margen las consideraciones puramente formales sobre la preceptiva necesidad, en tal caso, de agotar el trámite previsto en el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público) que se pueda determinar el carácter anormalmente

bajo de una determinada oferta (por mucho que se obvie el uso de esta expresión) y, consiguientemente, la imposibilidad de su cumplimiento sobre la base de criterios no establecidos previamente en los pliegos.

Sexto. A mayor abundamiento, cabe añadir, que, incluso si se intentase reconducir la fundamentación esgrimida por el órgano de contratación al concepto de fraude de ley (afirmando que la presentación de ofertas con un “precio irreal” para buena parte de los perfiles profesionales, pretende dar cumplimiento aparente a la exigencia de la cláusula VI, conculcando, sin embargo, su contenido sustancial), a fin de hacer valer la general consecuencia jurídica prevista en el artículo 6.4 del Código Civil, el recurso debería ser igualmente estimado.

En este sentido, cumple recordar (dejando al margen que, como ha declarado el Consejo de Estado en dictamen de 14 de julio de 1970 , como también los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 71/1999, de 11 de abril de 2000, y 22/2004, de 7 de junio, los pliegos, no obstante ser habitual su calificación como ley del contrato, carecen, sin embargo, de toda sustancia normativa en sentido propio, lo que hace conceptualmente difícil la entrada en juego del fraude de ley) que, como ha señalado reiterada jurisprudencia, el fraude de Ley no se presume ni puede descansar en meras conjeturas o sospechas, por racionales y bien fundadas que puedan resultar, sino que ha de ser acreditado por el que lo invoca, pues su existencia - como la del abuso de derecho- sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados, siendo un principio general de Derecho que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse.

Desde esta perspectiva, si bien es cierto que los precios ofertados por las recurrentes en buena parte de los perfiles profesionales recogidos en la cláusula III del pliego pueden hacer razonablemente previsible que, como indica el órgano de contratación, *“no se presentarán a licitaciones que incluyan esas categorías profesionales”*, ello no pasa de constituir más que una mera conjetura (por mucho que no esté exenta de fundamento racional), que no un hecho cierto sobre el que asentar, a los fines de tener por probado un eventual ánimo fraudulento, una presunción valorable en términos probatorios a tenor del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



Y es que, como señaló este Tribunal en la resolución 24/2011, antes referida, si bien es cierto que *“la forma normal de actuar en el mundo empresarial, no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación (...) es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable.”*

Séptimo Debe, por todo lo expuesto, anularse la resolución impugnada, en tanto determina tener por no admitida a oferta de la recurrente, ordenándose la retroacción de actuaciones a fin de que ésta sea debidamente valorada por el órgano de contratación.

Octavo. Por la recurrente se alega asimismo que la resolución impugnada no está suficientemente motivada. Este Tribunal entiende, por el contrario, que la resolución impugnada se encuentra suficientemente motivada por cumplir con los requerimientos que, a efectos de la motivación de la adjudicación, impone el artículo 135.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, y que se concretan en la información mínima, pero suficiente, que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación; a saber, en relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura; en relación con los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta, y, en todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

Pues bien, dicho contenido ha de estimarse incorporado a la Resolución recurrida ya que en ella se explican extensamente, otra cosa es que no se compartan, los motivos que han llevado al órgano de contratación a excluir a una serie de empresas, entre ellas a la recurrente. Por lo que no ha lugar a aceptar los argumentos de la recurrente en este punto.



Noveno. Reclama por último la recurrente que se le reconozca “la indemnización a que se refiere el artículo 317.3 LCSP”.

El citado artículo 317 relativo a la resolución del recurso especial en materia de contratación establece en su apartado 3 que “Asimismo, a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso”.

Entiende este Tribunal que no se puede resolver esta petición más que en sentido negativo toda vez que la recurrente no concreta los daños y perjuicios que se le han ocasionado ni los cuantifica. Procede, por tanto, desestimar el planteamiento de la recurrente en este punto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. R. C. A. en representación de CONSULTIA IT, S.L contra la resolución de la Dirección General del Patrimonio del Estado de 13 de octubre de 2011, por la que se adjudica el acuerdo marco para la contratación de servicios de desarrollo de sistemas de información al amparo del artículo 190.3, b) de la Ley de Contratos del Sector Público, en la que se comunica la inadmisión de la oferta presentada por la recurrente, procediendo a su anulación a fin de que dicha oferta sea valorada por el órgano de contratación.

En el cumplimiento de esta resolución, deberán tenerse en cuenta las resoluciones dictadas sobre los recursos 254, 255, 262, 265, 266, 267, 270 y 274/2011 referentes al mismo expediente de contratación

Segundo. Dejar sin efecto, en caso de que continuase, la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público.



Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.