



Recurso nº 296/2013

Resolución nº 249/2013

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

En Madrid, a 4 de julio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. O.V.M. y D. C.S.D. en representación de la empresa BALIDEA CONSULTING AND PROGRAMMING, S.L. (en adelante, BALIDEA) contra su exclusión en la licitación y consiguiente adjudicación a otra empresa del contrato de "*Servicio de gestión y atención al usuario del Instituto de Mayores y Servicios Sociales*" (expediente nº 1007/2012), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante IMSERSO o el órgano de contratación) convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado y en el BOE, los días 7 y 8 de diciembre de 2012, respectivamente, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de servicios de gestión y atención al usuario, con un valor estimado de 2.862.930 euros. A la licitación de referencia presentó oferta la sociedad recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCP en adelante), fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de dicha Ley y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. Inicialmente fueron excluidas varias propuestas, por no reunir las condiciones de solvencia técnica requeridas en los pliegos. BALIDEA había sido excluida por no



haber acreditado ni subsanado en plazo los requisitos de solvencia técnica exigidos. A la vista de la documentación inicialmente presentada la mesa de contratación otorgó a la recurrente la posibilidad de subsanar los siguientes aspectos, según consta en el acta de la mesa de contratación de 27 de diciembre de 2012: *“Certificado de Conformidad expedido por un receptor, referido a servicios mencionados ejecutados por el licitador a plena satisfacción y por importe igual o superior al indicado. Principales servicios ejecutados durante los tres últimos años con importe igual o superior a 817.980 €”*.

Recibida la subsanación, el 9 de enero de 2013, en el acto de apertura de las ofertas económicas, se puso de manifiesto que varias ofertas, entre ellas la de BALIDEA, quedaban excluidas, según consta en acta, por *“no aportar correctamente lo solicitado por la Mesa de Contratación”*. Esa falta de corrección se concretó en el acto público, de acuerdo con lo manifestado por la recurrente y por el IMSERSO con ocasión del recurso 028/2013, en que los certificados aportados no cumplían con las condiciones exigidas, por faltarles la indicación de que los servicios cuya ejecución se certificaba lo fueron *“a plena satisfacción”* del receptor de los mismos.

Contra los acuerdos de exclusión se presentaron sendos recursos, resueltos por este Tribunal mediante resoluciones estimatorias de 6 de febrero -números 060/2013 y 069/2013 (esta última, sobre el recurso 028/2013 interpuesto por BALIDEA)- que acordaron retrotraer las actuaciones al momento previo a la exclusión.

En la indicada Resolución 069/2013, el Tribunal consideró que el hecho de que *“en los certificados de ejecución de servicios realizados para entidades públicas no se incluyan las expresiones de «buena ejecución», «a plena satisfacción», o «de conformidad», no puede considerarse causa fundada para excluir a un licitador”*. El Tribunal tuvo en cuenta además *“que la admisión de la oferta de la recurrente no afecta a los principios rectores de la contratación. Su exclusión, en cambio, sí supondría una restricción de la competencia y,... el excesivo formalismo es contrario a los principios de libertad de concurrencia y eficiente utilización de los recursos públicos, los cuales exigen que, en los procedimientos de licitación, se logre la mayor asistencia posible de candidatos que cumplan los requisitos establecidos”*.



Cuarto. En cumplimiento de las resoluciones citadas, la mesa de contratación procedió, el 19 de febrero de 2013, en acto público, a la apertura de las ofertas económicas presentadas por los licitadores finalmente admitidos.

En la reunión de la mesa de contratación de 7 de marzo de 2013, una vez retirada una oferta desproporcionada, la mesa procedió a ordenar las restantes ofertas. Constata que la oferta económicamente más ventajosa, es la propuesta por BALIDEA, al ser la de precio más bajo, único criterio de valoración establecido en la cláusula 11 de los pliegos. El 13 de marzo, se le requiere para que constituya la garantía definitiva y presente la documentación a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP, cosa que hace en el plazo habilitado.

Quinto. Antes de acordar la adjudicación, el 8 de abril, por parte del Coordinador de Asuntos Económicos, de la Subdirección General de Análisis Presupuestario del IMSERSO, se requiere a BALIDEA para que acredite que reúne los requisitos de solvencia técnica exigidos por el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP). Se le advierte que la falta de acreditación en el plazo de tres días supondrá la inadmisibilidad de su oferta. En respuesta a este requerimiento, BALIDEA aporta documento resumen y certificados de buena ejecución, correspondientes a proyectos, servicios y clientes ya incluidos en la documentación administrativa aportada en su día.

El 22 de abril, el Coordinador de Asuntos Económicos vuelve a requerir a BALIDEA para que aporte nueva documentación en los términos siguientes:

“Debido a que la documentación aportada en respuesta al requerimiento indicado es similar a la aportada por ustedes en el Sobre A “Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”, que acompañaba a su oferta en el procedimiento de adjudicación, no acredita que posean la solvencia técnica exigida por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Por ello se le requiere para que, en el plazo máximo de 3 días hábiles, a contar desde el siguiente a la recepción del presente fax, aporten al menos UN CERTIFICADO EXPEDIDO POR UNA ENTIDAD RECEPTORA DE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR USTEDES CUYO OBJETO SEA “CENTRO DE LLAMADAS”, EJECUTADOS EN CUALQUIERA DE LOS TRES ÚLTIMOS AÑOS CUYO IMPORTE ANUAL SEA IGUAL O SUPERIOR A 817.980,00 EUROS SIN IVA”.



Por parte de la recurrente, tras referirse a los hechos relatados en el antecedente tercero, manifiesta que no cabe que, tras valorar positivamente su solvencia por parte de la mesa de contratación, se pretenda hacer una nueva interpretación de la solvencia técnica exigida y se haga vulnerando el procedimiento establecido en el TRLCSP y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC, en adelante). Solicita que, tal como impone el artículo 151.3 del TRLCSP, se acuerde la adjudicación en su favor.

El 26 de abril, por parte del Coordinador de Asuntos Económicos, se remite escrito a la mesa de contratación donde se indica que BALIDEA *“no ha presentado nuevos documentos de los que ya obraban en el expediente, por lo que no queda acreditada la solvencia técnica requerida,....por lo que no debería haber sido admitida a la licitación. A la vista de lo anterior se devuelve el expediente a la Mesa de Contratación, a efectos de que se emita nueva propuesta de adjudicación en la que se contemple la circunstancia planteada”*.

Sexto. En sesión de la mesa de contratación celebrada el 6 de mayo *“a fin de proceder al análisis de la situación planteada en el expediente de referencia”*, consta en acta que *“el 26 de abril de 2013, la Subdirección General de Análisis Presupuestario y Gestión Financiera devuelve a la Mesa de Contratación la propuesta de adjudicación en favor de BALIDEA por no haber acreditado que reúne los requisitos de solvencia técnica exigidos en el PCAP en los sucesivos trámites de subsanación otorgados al efecto”*. A la vista de ello, la mesa acuerda excluir a BALIDEA por no acreditar la solvencia técnica exigida y proponer la adjudicación en favor de SERVIFORM, S.A.

El 29 de mayo, el órgano de contratación acuerda la adjudicación del contrato a SERVIFORM. S.A. El anuncio de adjudicación se publica en la Plataforma de Contratación del Estado el 31 de mayo, -previa anulación por error del anuncio publicado apenas una hora antes, donde se anunciaba la adjudicación a BALIDEA-. En la misma fecha, se notifica a la recurrente y se publica el acuerdo de adjudicación.

Según el relato de hechos que se hace en el acuerdo de adjudicación, tras la presentación por BALIDEA de la documentación requerida de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, *“con carácter previo al trámite de fiscalización previa de la propuesta de adjudicación a su favor, la unidad de tramitación procede a la revisión de la*



documentación aportada por BALIDEA durante el procedimiento de adjudicación, detectándose en este momento que dicha empresa no ha acreditado suficientemente el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica exigidos por el pliego de cláusulas administrativas particulares” Tras referirse a los sucesivos requerimientos para que acredite la solvencia exigida, señala que *“el órgano de contratación devuelve el expediente a la Mesa de Contratación para que realice nueva propuesta de adjudicación”*. Continúa con la referencia al acuerdo de la mesa de 6 de mayo, ya reseñado antes y, a la vista de la propuesta de ésta, se acuerda la adjudicación.

Séptimo. El 14 de junio de 2013, previo anuncio al IMSERSO, la representación de BALIDEA presentó ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de su oferta y el consiguiente acuerdo de adjudicación a SERVIFORM. S.A.

El 18 de junio, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las restantes empresas licitadoras para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho la adjudicataria SERVIFORM S.A. en el plazo habilitado. El 19 de junio, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

El expediente administrativo se recibió en el Tribunal el 21 de junio, junto al correspondiente informe del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la exclusión en la licitación y la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 200.000 euros, actos susceptibles de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver el citado recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de dicho texto legal.



También se recurre la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación a favor de SERVIFORM. S.A. Como hemos declarado en múltiples resoluciones (como referencia, la número 22/2012, de 18 de enero) la propuesta de adjudicación, no es un acto susceptible de recurso especial; *“es un mero acto de trámite, no una resolución definitiva, pues no pone fin al procedimiento”*, no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, *“pues será con ocasión de la impugnación de la adjudicación realizada cuando puedan realizarse las alegaciones pertinentes sobre cualesquiera aspectos del procedimiento que hayan desembocado en ese resultado”*. En consecuencia, procede inadmitir el recurso frente a la propuesta de adjudicación por tratarse de un acto no susceptible de recurso especial.

Segundo La empresa BALIDEA concurrió a la licitación, por lo que está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 de esa norma.

Tercero. La recurrente fundamenta su pretensión de revocación del acuerdo de exclusión y de la consiguiente adjudicación a SERVIFORM S.A en que:

- La Administración no puede revocar libremente sus propios actos, *“máxime cuando no existen motivos que justifiquen la revocación del acuerdo adoptado al haber acreditado debidamente BALIDEA - en el momento procedimental oportuno – su solvencia técnica, lo que además ha sido corroborado por el Tribunal al que se dirige el presente recurso”*.
- La valoración de la solvencia y la propuesta de adjudicación son competencias de la mesa de contratación, que adoptó sendos acuerdos expresos de admisión de la oferta de BALIDEA y de propuesta de adjudicación en su favor. Las actuaciones que dejan sin efecto esos acuerdos se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y responden a una actuación arbitraria. La efectividad de esos acuerdos de la mesa de contratación *“no quedaba supeditada a su cotejo o «examen» por el órgano de contratación o por ninguna «unidad de tramitación»*. Su efectividad sólo quedaría sujeta a que en virtud de un recurso administrativo o de un procedimiento de revisión de oficio, se



hubiese declarado la nulidad de dichos actos, lo que no ha sucedido en el presente supuesto”.

Cuarto. El órgano de contratación expone que *“en la preparación del expediente para su fiscalización, constató que la empresa propuesta no reunía los requisitos de solvencia técnica, por lo que procedió a requerir la subsanación,... hasta en tres ocasiones”*, dado que la mayor parte de los servicios que había acreditado no son de «centros de llamadas», como exige el PCAP, sino de carácter informático.

Manifiesta que en los requerimientos previos a la primera exclusión, además de los certificados *“de buena ejecución”*, se les indicaba también que *“debían estar referidos a servicios de atención telefónica y por el importe señalado en los pliegos. Es decir, el motivo de la exclusión no fue única y exclusivamente que en los certificados de ejecución no figurasen las expresiones «de buena ejecución o a satisfacción», sino que los servicios que se certificaban no superaban el importe establecido o no tienen relación con el objeto del recurso. Debido a la interposición y resolución del recurso, no se tuvo en cuenta esta circunstancia y se admitió indebidamente a la licitación,... sin percatarse de que en el caso de BALIDEA, la exclusión inicial no sólo se producía por el formalismo de los certificados, sino porque los servicios relacionados y certificados como acreditación de la solvencia técnica no superaban el importe establecido en la cláusula 9.3.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas”*.

Por lo demás, el órgano de contratación resalta que, en la Resolución 69/2013, el Tribunal no se pronunció sobre la suficiencia de la documentación aportada, sino que *“se limita a señalar que la rigidez del formalismo en el certificado de ejecución de servicios no puede ser causa de exclusión del procedimiento,... De hecho, no ordena su admisión al procedimiento, sino la retroacción del procedimiento hasta el momento anterior a dictarse el acuerdo de exclusión”*.

Considera el IMSERSO que la mera propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto y que, a la vista de los requerimientos efectuados y de la documentación presentada, la mesa de contratación *“decidió excluir de la licitación la proposición de la empresa recurrente, al no reunir las condiciones de solvencia exigidas por el PCAP, emitiendo nueva propuesta a favor del siguiente licitador en el orden de prelación de las ofertas presentadas y admitidas”*.



Quinto. La adjudicataria, SERVIFORM S.A, en su escrito de alegaciones, considera también que BALIDEA no cumple con los requisitos de solvencia técnica establecidos en los pliegos porque, individualmente considerados, *“ninguno de los certificados aportados acreditan la ejecución de servicios por un importe anual igual o superior a 817.980 euros”*. Entiende además que, aunque se contemplara el importe total de los certificados de cada anualidad, buena parte de ellos corresponden a servicios de informática y servicios conexos (categoría 7 del anexo II del TRLCSP) distintos de los servicios de centros de llamadas (categoría 27; CPV 79512000-6).

En cuanto al procedimiento seguido, concluye también que los actos de la mesa de contratación, no han generado derecho alguno a favor de BALIDEA y su *“admisión inicial... no impide su posterior exclusión durante el proceso de licitación si se determina que la empresa no cumple con los requisitos de capacidad y solvencia establecidos en el PCAP”*. Y ello porque el cumplimiento de las previsiones del PCAP es un deber inexcusable también para la Administración contratante y está por encima de los errores en los que está haya podido incurrir e incluso de las expectativas que dichos errores hayan podido generar. Hasta que no finaliza el proceso de licitación, *“el órgano de contratación no sólo tiene la potestad, sino la obligación, de corregir aquellos errores o defectos de tramitación que puedan determinar la adjudicación a favor de una entidad que no cumple con los requisitos establecidos en los pliegos reguladores del contrato”*. Puesto que la mesa de contratación se configura como un órgano de asistencia y apoyo, *al órgano de contratación, éste “no se encuentra vinculado por el criterio adoptado por la Mesa de Contratación y, al mismo tiempo,... puede exigir a la Mesa que revise o compruebe nuevamente aspectos que no han sido suficientemente ponderados, a su juicio, en el primer examen de los documentos”*.

Sexto. Las cuestiones de fondo que se plantean en el recurso es si la exclusión de BALIDEA está justificada por no cumplir los requerimientos exigidos en el PCAP y si en el acuerdo de exclusión se han seguido los procedimientos prescritos en el TRLCSP y en la LRJ-PAC.

Sobre la primera cuestión, el PCAP establece que la solvencia técnica (apartado 9.3.7 de la cláusula 1 de elementos definitorios de la contratación) se acredita *“Mediante la relación de los principales servicios de centros de llamadas, efectuados durante los tres*



últimos años, cuyo importe anual sea igual o superior a 817.980 euros, IVA no incluido, indicándose su importe y fechas, a la que se incorporarán los correspondientes certificados de conformidad expedidos por las entidades receptoras de los servicios. Se considerará que los licitadores cumplen este requisito de solvencia técnica si aportan al menos un certificado de conformidad expedido por un receptor referido a los servicios mencionados ejecutados por el licitador a plena satisfacción y por importe igual o superior al indicado”.

Según se indica en el antecedente tercero, en su momento, la mesa de contratación aceptó las certificaciones aportadas en trámite de subsanación en cuanto a la relación de servicios e importe mínimo exigido. Si rechazó inicialmente su oferta se debió a que no constaba en las certificaciones el que los servicios se habían prestado “a plena satisfacción” del receptor. Sobre esta cuestión, la única planteada como causa de exclusión, se pronunció este Tribunal en la ya tantas veces mencionada Resolución 69/2013.

La relación de servicios presentada por BALIDEA, correspondientes a los tres últimos años, tiene un importe anual superior a 817.980 euros (un 80% del presupuesto de licitación). Los servicios acreditados o bien son servicios de “*información telefónica*”, o bien de soporte y mantenimiento de portales web, aplicaciones o entornos colaborativos. En este segundo caso se trata de servicios que, como se acreditó en la documentación presentada, incluyen entre sus prestaciones el “*tener habilitado un servicio de información telefónica*”.

Por tanto, se concluye que la interpretación implícita en los acuerdos iniciales de la mesa era que, en la “*relación de los principales servicios de centros de llamadas*” a que se refiere el PCAP, cabían tanto aquellos cuya finalidad era exclusivamente el servicio de gestión y atención al usuario mediante un centro de atención telefónica, como aquellos otros en que el soporte a usuarios incluye el disponer de un servicio de información telefónica.

Esa interpretación no restrictiva, no es contradictoria con lo dispuesto en el PCAP. Antes bien se orienta a lograr la mayor asistencia posible de candidatos que cumplan los requisitos establecidos.



Por tanto, como primera deducción hemos de concluir que la admisión de la oferta de BALIDEA, a la vista de las certificaciones aportadas, es conforme con los requisitos de solvencia técnica exigidos en el PCAP, puesto que presentó certificaciones por el importe anual requerido, relativas a servicios de centros de llamadas o servicios donde, entre sus prestaciones, estaban las de centros de llamadas.

Séptimo. Aun cuando la cuestión anterior se hubiera resuelto en sentido contrario, el nuevo acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación y el acuerdo de adjudicación consiguiente son nulos de pleno derecho, por cuanto, de acuerdo con el artículo 62.e) de la LRJ-PAC, *“se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*.

En efecto, el procedimiento seguido por el IMSERSO para adoptar esos acuerdos se ha hecho sin consideración alguna a las disposiciones del TRLCSP y de la LRJ-PAC:

- Una vez admitida la proposición de BALIDEA, para anular o dejar sin efecto ese acto, hay que seguir los procedimientos de revisión establecidos en el Título VII de la LRJ-PAC. Como alega la recurrente, la admisión de su proposición *“es un acto válido --por cuanto no carece de ninguno de los elementos esenciales para producir efectos-- y eficaz desde que se dictó. Salvo recurso administrativo o revisión de oficio --en ambos casos con sujeción al procedimiento administrativo legalmente previsto-- que lo deje sin efecto, ese acto no puede ser modificado, revocado o dejado sin efecto”*.
- Una vez propuesta por la mesa de contratación la adjudicación en favor de BALIDEA, constituida la garantía definitiva y presentada la documentación a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP, el órgano de contratación *“deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación”* (artículo 151.3 del TRLCSP). En este trámite no cabe que, tal como se relata en el antecedente quinto, se interfiera la *unidad de tramitación* (el *Coordinador de Asuntos Económicos*) para recabar nueva documentación y dictaminar, sin competencia alguna para ello, que no queda acreditada la solvencia técnica requerida. Es ese mismo Coordinador --y no el órgano de contratación como se dice en la Resolución de adjudicación-- quien devuelve el



expediente a la mesa de contratación, “a efectos de que se emita nueva propuesta de adjudicación”.

- El artículo 57.1 de la LRJ-PAC proclama el principio de que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo “se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”. De acuerdo con ello, la seguridad jurídica exige que para revisar, rectificar o revocar los actos dictados, se sigan los procedimientos legalmente establecidos. No se ha hecho así en el presente caso en el que, tras el dictamen sobre la no acreditación de la solvencia técnica adoptado por un órgano manifiestamente incompetente, la mesa de Contratación, sin que medie recurso alguno y sin seguir los procedimientos de la revisión de oficio, se ha limitado a adoptar un nuevo acuerdo de exclusión que contradice y deja sin efecto su anterior acuerdo de admisión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. O.V.M. y D. C.S.D. en representación de la empresa BALIDEA CONSULTING AND PROGRAMMING, S.L. contra la propuesta de adjudicación formulada por la mesa de contratación del IMSERSO en la licitación del contrato de “*Servicio de gestión y atención al usuario del Instituto de Mayores y Servicios Sociales*” por tratarse de un acto no susceptible de recurso especial.

Estimar el recurso interpuesto por los mismos contra el acuerdo de exclusión de la oferta de su representada y contra el consiguiente acuerdo de adjudicación a otra empresa y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a dictarse los acuerdos anulados.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo art. 45 del TRLCSP.



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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.