



Recurso nº 111 /2012

Resolución nº 139/2012

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

En Madrid, a 28 de junio de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.C.G. en representación de ROADMAP CONSULTING S.L. contra el acuerdo de exclusión dictado por la Mesa Única de Contratación de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo por la que se le excluía de la licitación convocada para adjudicar el contrato de servicios para el “Análisis, diseño, parametrización e implantación de las nuevas funcionalidades y mejoras identificadas por la AECID sobre el sistema SAP, así como para el mantenimiento del mismo”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 2 de abril de 2012, licitación por procedimiento abierto para adjudicar el contrato de servicios “Análisis, diseño, parametrización e implantación de las nuevas funcionalidades y mejoras identificadas por la AECID sobre el sistema SAP, así como para el mantenimiento del mismo”, cifrándose el precio base de licitación del contrato en 708.000,- euros, en la que, entre otras empresas, presentó oferta la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La Mesa única de Contratación de la AECID acordó en sesión del día 24 de mayo de 2012 la exclusión la recurrente del procedimiento de licitación por concurrir en ella la condición especial de incompatibilidad contemplada en el artículo 56.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, notificándola el 28 del mismo mes y año.

Tercero. Con fecha 12 de junio siguiente ROADMAP CONSULTING S.L. ha presentado recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución solicitando la anulación del acuerdo de exclusión y la consiguiente admisión a la licitación. Previamente presentó ante el órgano de contratación anuncio previo de interposición del recurso el día 30 de mayo de 2012.

Cuarto. El anterior escrito ha dado lugar a la instrucción del recurso número 111/2012 de este Tribunal en el que previa la recepción del expediente de contratación, la Secretaría del Tribunal ha dado traslado con fecha 20 de junio del escrito de recurso a los restantes licitadores dándoles un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que estimaran convenientes a su derecho, sin que ninguno de ellos lo haya hecho.

Octavo. Con fecha 20 de Junio el Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión automática producida por aplicación del artículo 45 del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por la recurrente como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Debe entenderse que ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, contra acto recurrible de conformidad con el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en la forma prevista en el artículo 44 apartados 3, 4 y 5 del citado texto.

Tercero. Asimismo, el recurso ha sido asimismo presentado en el plazo y forma establecidos en el artículo 44.

Cuarto. La cuestión de fondo se reduce a determinar si la resolución de exclusión debe ser mantenida o anulada en función de que entendamos que la aplicación del artículo 56, apartado 1, del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público es o no procedente.

La recurrente, en su escrito de interposición, considera que es inadecuada la aplicación de la condición especial de compatibilidad al caso presente pues la documentación preparatoria del contrato realizada por ella lo fue para servir de base a la adjudicación del contrato de implementación del SAP en la AECID, objeto de un contrato previo, y no para el que ahora se adjudica, cuyo objeto está constituido por el análisis, parametrización e implantación de nuevas funcionalidades y mejoras al mismo.

Por su parte, el órgano de contratación no ha emitido propiamente informe respecto del recurso, si bien junto con el resto del expediente de contratación ha enviado un informe complementario de la Intervención Delegada de la Agencia poniendo de manifiesto que la adjudicación a la recurrente, mediante procedimiento negociado sin publicidad, de la elaboración de la documentación contractual precisa para la implantación del SAP ya debió determinar su exclusión respecto de la licitación de este último contrato. Sólo la falta de fiscalización previa impidió a la Intervención Delegada conocer la existencia de identidad entre la empresa redactora de los documentos preparatorios del contrato (denominados Business Blueprints o BBP's) y la adjudicataria del contrato de implantación del SAP en el que éstos cumplieron su función. Por la misma razón considera que debe quedar excluida en la licitación a que se refiere el presente recurso, pues los documentos elaborados por la recurrente en su día siguen constituyendo elemento fundamental de las características técnicas de las nuevas funcionalidades y mejoras a introducir con el nuevo contrato.

Figuran, además en el expediente, como anexos al acta 15/12 del 24 de mayo pasado, las justificaciones del voto del Abogado del Estado y de la Interventora Delegada de la Agencia en la reunión de la Mesa única de Contratación de ese día en la que se acordó por mayoría la exclusión de la recurrente, así como el voto reservado del Presidente de la

Mesa contrario a la exclusión. Los dos primeros ponen de manifiesto razonamientos coincidentes con el expresado por la Interventora Delegada en su informe complementario al recurso, en ambos casos ampliamente detallados.

Por su parte, el presidente de la Mesa expone su criterio contrario a la exclusión basándose, fundamentalmente, en que los documentos preparatorios del contrato a que se refiere el presente recurso no han sido elaborados por la recurrente sino por los servicios de la AECID y en que no se produce la situación de restricción para la concurrencia o de trato privilegiado a que se refiere el artículo 56 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su apartado primero.

Quinto. La cuestión, así pues, se reduce a determinar si es de aplicación o no el artículo 56.1 del Texto refundido de la Ley a que nos hemos referido ya anteriormente. Ante todo, el citado artículo, en su apartado 1 dispone lo siguiente: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”*.

Por tanto y tal como expone en su voto reservado el Presidente de la mesa de contratación, son dos los requisitos que exige el artículo en cuestión: de una parte, la participación de la empresa en la redacción de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato y, de otra, que de tal participación se derive restricción para la concurrencia o trato privilegiado.

Sexto. De cuantos razonamientos se exponen en los apartados anteriores se desprende que debemos, en primer lugar, establecer si la participación de la recurrente en la elaboración de los documentos que sirvieron de base a la adjudicación del contrato de implantación de la aplicación informática (SAP) puede considerarse, al mismo tiempo, como participación en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato a que se refiere el presente recurso.

Ante todo, debe aclararse que, en contra de lo que parecen entender la recurrente y el presidente de la Mesa única de Contratación de la AECID, la incompatibilidad no deriva solamente de la participación directa en la redacción de los pliegos que deben regir la licitación, sino que al referirse el artículo 56.1 tanto a los pliegos como a los documentos preparatorios del contrato, debe entenderse incurso en la condición especial de incompatibilidad a todo aquél que participe de forma directa o indirecta en la determinación del contenido de los citados documentos.

Entendida de esta forma la participación, no cabe dudar de que la recurrente participó en la elaboración de los documentos contractuales de la licitación mediante la cual se adjudicó la implantación de la aplicación informática, pues el contenido de los denominados *Business Blueprints*, elaborados por ella, resultó determinante en la definición de las características técnicas de la prestación y, por tanto, en la adjudicación del contrato. Por ello debió haber sido excluida de él, aunque éste no sea momento adecuado para la revisión efectiva de aquél procedimiento. Al no haberlo sido y haber devenido firme aquella adjudicación, nada cabe decir respecto de ella que produzca efectos jurídicos, aunque sí cabe el análisis de aquellos documentos con objeto de poder concluir si, dado su contenido y el objeto de la adjudicación que ahora se ha de producir, la participación de la recurrente en la elaboración de los mismos debe producir ahora el efecto que debió producir y no produjo en la primera adjudicación.

Para ello será preciso analizar si los documentos en cuestión tienen en la presente licitación la misma influencia que, según lo dicho, tuvieron en la anterior.

En primer lugar, a efectos de su obligatoriedad debe manifestarse que tales documentos no son formalmente obligatorios, pues no se encuentran mencionados entre los que tienen carácter contractual, es decir entre aquellos que contienen las obligaciones derivadas del contrato, toda vez que en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se contiene una enumeración de los documentos a que se atribuye este carácter. Ni siquiera en la determinación del régimen jurídico que hace la cláusula 1.4 del pliego citado se contiene referencia a ellos, limitándose a mencionar, fuera de los textos legales y reglamentarios de aplicación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Sin embargo, tal como ya hemos tenido ocasión de indicar, la ausencia de mención entre los documentos que constituyen el régimen jurídico de la adjudicación del contrato no debe considerarse decisiva en relación con la influencia que tales documentos tienen en ella. La cuestión fundamental es determinar si su contenido ha sido recogido o no en los documentos contractuales que definen las especificaciones técnicas de la prestación.

A este respecto conviene tener en cuenta dos cuestiones, la primera de ellas que el contenido de los citados documentos ha sido recogido expresamente en otro denominado “Especificaciones Funcionales SAP” que ha sido publicado en la Plataforma de Contratación del Estado vinculándolo de forma expresa a la licitación objeto del presente recurso. Esta circunstancia se recoge en el propio pliego de prescripciones técnicas cuyo apartado 1 ya hace referencia al citado documento como guía u orientación de las especificaciones técnicas de lo que haya de implantarse.

Del análisis de los restantes apartados que definen el objeto de la prestación cabe deducir que ésta queda decisivamente condicionada por las características fijadas en su día para la configuración de la aplicación SAP, lo cual es de toda lógica, teniendo en cuenta que el nuevo contrato tiene por objeto ampliar o mejorar la aplicación implantada.

Significa ello que, aunque ni el documento de especificaciones funcionales publicado en la Plataforma de Contratación del Estado ni los BBP’s en que este tiene su base no figuren de forma expresa entre los documentos contractuales ni se mencionen como parte integrante de ninguno de ellos, es evidente que su contenido, en la medida que determinó la prestación del contrato anterior, determina ahora la del contrato a que se refiere el presente recurso. En tal sentido no cabe sino reconocer que de forma indirecta la recurrente participó en la elaboración de los pliegos y documentos preparatorios de este contrato.

Séptimo. El segundo requisito exigido para que resulte de aplicación la incompatibilidad especial que regula el artículo 56.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es que la participación en la elaboración de los documentos pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Afirma la recurrente que su participación en tales documentos no puede considerarse atentatoria a la libre concurrencia ni es determinante de trato privilegiado, sobre todo porque para mayor transparencia el órgano de contratación dio publicidad al documento de especificaciones funcionales.

Sin embargo, debemos entender que la redacción del precepto pone de manifiesto que su objeto no es sino prevenir un posible trato privilegiado que derive de la participación en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato, y precisamente por ello dice *“pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado”*, con lo cual se previene del hecho de que la tal participación pueda colocar a alguno de los licitadores en posición de ventaja respecto de los otros por conocer de forma previa o con mayor detalle los pormenores de la prestación. Se trata de evitar una situación que resulta difícilmente compatible con los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, y ello aún en el caso de que en el órgano de contratación no exista premeditación alguna en cuanto a la determinación de la persona del adjudicatario.

De los razonamientos anteriores debemos deducir que procede desestimar el presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar, por los razonamientos expuestos, el recurso interpuesto por D. M.C.G. en representación de ROADMAP CONSULTING S.L. contra el acuerdo de exclusión dictado por la Mesa Única de Contratación de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo por la que se le excluía de la licitación convocada para adjudicar el contrato de servicios para el “Análisis, diseño, parametrización e implantación de las nuevas funcionalidades y mejoras identificadas por la AECID sobre el sistema SAP, así como para el mantenimiento del mismo”, que se confirma en todos sus extremos.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley.

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.