



Recurso nº 548/2017 C.A. Asturias 33/2017

Resolución nº 683/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 27 de julio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. F. K. y D. E. H. G., en nombre y representación de INDRA SISTEMAS, S. A., así como D. P. M. R. en nombre y representación de IZERTIS, S. L. contra el Acuerdo 18 de mayo de 2017 de la mesa de contratación por la que se la excluye de la adjudicación del contrato de “servicios informáticos de mantenimiento integral de aplicaciones del Principado de Asturias” (Exp. 42/2016), Lote B; contrato licitado por la Consejería de Empleo, Industria y Turismo del Principado de Asturias, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 30 de diciembre de 2016, el Consejero de Empleo, Industria y Turismo del Gobierno del Principado de Asturias, acuerda aprobar el expediente de contratación de los servicios informáticos de mantenimiento integral de aplicaciones del Principado de Asturias, expediente número 42/2016, y disponer la apertura del procedimiento de adjudicación por procedimiento abierto, conforme a los Pliego de Cláusulas Administrativas particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) aprobados el 20 de octubre y el 28 de diciembre.

El 16 de enero de 2017 en Perfil del Contratante, el 11 de enero de 2017, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el 18 de enero, en el Boletín Oficial del Principado de Asturias (BOPA), y el 20 de enero, en el Boletín Oficial del Estado (BOE), se anuncia la licitación.



El contrato, calificado como de servicios, categoría 7, servicios de informática y servicios conexos, referencias de nomenclatura CPV 72260000-5, servicios de consultoría en software, tiene un valor estimado de 47.297.564,16 euros, siendo la licitación de tramitación ordinaria por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y estando el contrato dividido en 5 lotes.

En la cláusula 6, del PCAP, *“lugar de presentación de proposiciones, forma y contenido”*, apartado 6.5 *“sobre 1 Documentación administrativa”*, sub apartados 12º y 13º, se dispone.

“12º Compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales mínimos necesarios para la ejecución del mismo conforme al Anexo III de este pliego. A este compromiso se le atribuye el carácter de obligación esencial, a los efectos previstos en el artículo 223.f) y en el artículo 212, ambos del TRLCSP, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En relación con los medios personales, el citado compromiso implica la adscripción a la ejecución del contrato y de su garantía de un equipo mínimo de proyecto formado por personas que atiendan a los perfiles que se relacionan en los Anexos III.A, III.B, III.C, III. D y III.E., que los adjudicatarios podrán aumentar en la ejecución del contrato para el cumplimiento de los acuerdos de nivel de servicio establecidos. Cada persona componente del equipo de trabajo deberá disponer de la cualificación mínima expresada para el puesto para el que se presenta.

En relación con los medios materiales, el mencionado compromiso implica la adscripción a la ejecución del contrato de las dependencias del adjudicatario necesarias para prestar el servicio desde sus instalaciones, así como los equipos y licencias necesarios que se detallan a continuación. El responsable del contrato, o en su caso el director del proyecto tendrá la posibilidad de solicitar la presencia, para la realización de los trabajos, en las instalaciones de la DGTIC. La empresa adjudicataria deberá garantizar la disponibilidad de los miembros de equipo de trabajo, para presentarse en las dependencias de la Administración del Principado de Asturias en Oviedo, cuando sean requeridos, en un tiempo no superior a 2 horas, siendo por cuenta de la empresa todo tipo de gastos de desplazamiento, así como el tiempo utilizado en el traslado.



Para cada uno de los recursos humanos ofertados, la empresa deberá disponer de equipamiento con capacidad de uso de las herramientas necesarias para la ejecución del contrato.

En los casos a los que se refiere el apartado siguiente, el Principado de Asturias proporcionará local para albergar los puestos de trabajo para personal del equipo de proyecto del adjudicatario, dotados de mobiliario (mesa de trabajo y silla) y con conexión a red.

El adjudicatario deberá proporcionar para la ejecución los equipos informáticos y de toda índole suficientes para el desarrollo de los trabajos, así como las licencias necesarias de los productos y herramientas a emplear en el desarrollo del contrato, excepto las licencias específicas de SAP y las de aquellos productos cuyas condiciones de suministro del fabricante permitan su uso por proveedores de desarrollo del cliente, sin coste adicional para esta administración y las de aquellos productos que estén descatalogados.

La empresa adjudicataria deberá disponer de un acceso a Internet suficiente para la comunicación con el personal del Principado de Asturias y para el uso ágil de las herramientas de trabajo seleccionadas o, en su defecto, proponer un medio de acceso equivalente que costeará por completo.

Los medios deberán estar instalados y operativos el día de comienzo de la ejecución del contrato.

Igualmente el compromiso implica que para la prestación de la garantía, la empresa mantendrá dispuestas para la ejecución del contrato que sean necesarias.”

“13º Garantía provisional: Deberá aportarse el resguardo acreditativo de haber constituido una garantía provisional por el importe del 3% del presupuesto de licitación del Lote al que se presente oferta (IVA excluido). Su exigencia se justifica en el hecho de garantizar el mantenimiento de las ofertas, esencialmente en lo relativo al compromiso de adscripción de medios personales que posteriormente deberán ser acreditados.



-Si los medios personales presentados por el propuesto como adjudicatario no cumplen con los requisitos exigidos en el pliego, además de no poder resultar adjudicatarios del contrato, se incautarán los siguientes porcentajes de la garantía provisional:

- Incumplimiento de los medios humanos igual o inferior a un 5% respecto al número total de recursos exigidos: Se incautará un 5% de la garantía provisional exigida.*
- Incumplimiento de los medios humanos superior a un 5% e igual o inferior al 10% respecto al número total de recursos exigidos: Se incautará un 50% de la garantía provisional exigida.*
- Incumplimiento de los medios humanos superior al 10% e igual o inferior al 15% respecto al número total de recursos exigidos: Se incautará un 75 % de la garantía provisional exigida.*
- Incumplimiento de los medios humanos superior al 15% respecto al número total de recursos exigidos: Se incautará el 100 % de la garantía provisional exigida.*

La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiese sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación.

Respecto a la exigencia y régimen de la garantía provisional se estará a lo dispuesto en el artículo 103 del TRLCSP.”

En la cláusula 8 del PCAP, “adjudicación y formalización del contrato”, apartado 8.5 sub apartado B se dispone, por lo que aquí importa, lo siguiente.

“B) Se aportará la siguiente documentación: (...)

Documentación que avale la cualificación del equipo de trabajo y los medios materiales que adscribirán al proyecto.



La documentación que avale la cualificación del equipo de trabajo que los licitadores adscribirán al proyecto se presentará siguiendo el modelo que figura para cada Lote en los Anexos XIV.A, XIV.B, XIV.C, XIV.D y XIV.E.

Cada uno de los componentes del mencionado equipo deberá reunir los requisitos de titulación, certificaciones y experiencia. Se declarará la participación en proyectos realizados en los que se haya participado activamente, con una dedicación superior al 50% en las tareas objeto de la certificación. Esta documentación deberá presentarse firmada por el apoderado de la empresa, quien avalará su veracidad con su firma y, deberá contener la dedicación real al proyecto de la persona presentada, el tiempo planificado para el proyecto en su inicio, el plazo de ejecución real, las tareas desempeñadas por el técnico en el proyecto, el resultado positivo (consecución de los objetivos del proyecto), una breve descripción del proyecto con mención del alcance y el organismo o entidad para la que se realizó el trabajo.

La titulación, y certificaciones se acreditarán con la presentación del original o copia compulsada del título/certificado o documento que lo sustituya.

Si los adjudicatarios no acreditan la disponibilidad de todos los medios comprometidos se pasará al siguiente, por orden de puntuación.

La suma de las dedicaciones de cada recurso para todos los perfiles para los que se oferta no podrá superar en ningún caso el 100%. (...)"

Segundo. Concluido el plazo para presentación de ofertas, entre los licitadores se encuentra la UTE formada por INDRA SISTEMAS S. A. y IZERTIS S. L., que concurre al lote B.

El 9 de febrero de 2017 la mesa de contratación examina los sobres conteniendo la documentación acreditativa de la capacidad para contratar y la solvencia técnica, no observándose defectos subsanables en el lote B, por lo que la mesa admite a todos los licitadores y procede, en acto público, a la apertura de los sobres conteniendo las ofertas y a su lectura.



Toda vez que la oferta presentada por la UTE INDRA SISTEMAS S. A.–IZERTIS S. L. para el lote B está incurrida en presunción de temeridad, se acuerda solicitar a los licitadores justificación de la misma.

Examinada la justificación y emitido el informe por sobre la justificación, un primer informe es rechazado por la mesa el 9 de marzo, solicitando un informe complementario, que una vez emitido y el 13 de marzo solicita aclaraciones sobre su justificación a los licitadores.

Recibidas las aclaraciones y emitido nuevo informe, la mesa el 7 de abril acuerda asumir su contenido y considerar justificadas la oferta presentada, formulando propuesta de adjudicación en el lote B a favor de la UTE INDRA SISTEMAS S. A.–IZERTIS S. L.

El 10 de abril la UTE INDRA SISTEMAS S. A.–IZERTIS S. L. es requerida para que presente la documentación prevista en el artículo 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP)

Recibida la documentación requerida, en relación a la adscripción de medios personales, el 8 de mayo se emite informe por la Dirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones sobre el mismo señalando los componentes del equipo de trabajo que no cumplen con lo exigido en la cláusula 10.1.2 del PCAP que son los candidatos a los perfiles JPS.AAPP/EQ>15: M. V. L. B., por carecer de la experiencia exigida en el puesto de trabajo, de la experiencia funcional y de la experiencia tecnológica en relación con diversos proyectos acreditados que pormenorizadamente se detallan; APR EDU/F&R: R. G. F. por carecer de la experiencia funcional y tecnológica exigidas en relación con diversos proyectos acreditados que pormenorizadamente se detallan; APR EDU/F&R: Cristian Vallina Sánchez por carecer de la experiencia funcional y tecnológica exigidas en relación con diversos proyectos acreditados que pormenorizadamente se detallan; ANA.AGRO/F&R11g: H. G. B., por tener un título expedido en Argentina, y no aportar equivalencia con ninguna titulación española, además de carecer de la experiencia tecnológica exigida en relación con el proyecto acreditado que pormenorizadamente se detalla; APR/J2EE-FWK: A. Z. A., por carecer de la experiencia tecnológica exigida en relación con el proyecto acreditado que pormenorizadamente se detalla. También señalan



los componentes del equipo de trabajo para los que no se puede determinar por la documentación aportada el cumplimiento de algunos requisitos.

Concluye en cuanto a los medios personales.

“Los medios personales aportados por el licitador no forman un equipo de trabajo válido, ya que 5 de los miembros del equipo de trabajo aportado no cumplen con los requisitos exigidos (21,8%) y para otros 11 componentes del equipo de trabajo no se puede determinar el cumplimiento de requisitos (52,38%), con la información proporcionada por el licitador.

En cuanto a cuestiones de forma de la documentación presentada, se advierte que ninguno de los cuestionarios de personal aportados por el licitador están firmados por los apoderados de las empresas, avalando la veracidad de la documentación, tal como se exige en el PCAP clausula 8.5 apartado B.”

El 18 de mayo, se reúne la mesa de contratación que, a la vista de la documentación presentada respecto del equipo de trabajo y los medios materiales que se adscriben al contrato, y del informe emitido sobre ella por la Dirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, adopta los acuerdos que se transcriben a continuación del Acta.

“ (...)Una vez puestos en antecedentes los miembros de la Mesa de Contratación, los técnicos que han participado en la elaboración del informe emitido, que están presentes en la Mesa de Contratación como asesores especializados, explican el contenido del mismo y concluyen que los medios personales aportados por el licitador no forman un equipo de trabajo válido ya que cinco (5) de los miembros del mismo no cumplen con los requisitos exigidos.

Por los miembros de la mesa de contratación se formulan las preguntas y consultas que se estiman pertinentes sobre el informe a los técnicos que han participado en la elaboración del mismo, los cuales aclaran, respecto de uno de los medios del equipo de trabajo con perfil ANA.AGRO/F&R11g, cuya identificación consta en el expediente, que al no presentar convalidación en España del título de Ingeniero Informático expedido en Argentina, se le



aplica experiencia requerida en el puesto correspondiente al grupo «Otros o sin especificar» que requiere 48 meses en el puesto y solamente justifica 45 meses, y por tanto no cumple con lo exigido en la cláusula 10.1.2 del PCAP

Tras un detenido estudio del informe emitido, la Mesa de Contratación asume su contenido y, a la vista de las conclusiones resultantes del mismo, acuerda excluir de la licitación a la UTE INDRA SISTEMAS S. A.-IZERTIS S. L. y acuerda formular propuesta de adjudicación del LOTE B del contrato de «SERVICIOS INFORMÁTICOS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL DE APLICACIONES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (EXPTE. 4212016)» a favor de la empresa SERESCO S. A., que es el siguiente licitador clasificado, tal y como consta en el Anexo II del Acta de reunión de la Mesa de Contratación de fecha 7 de abril de 2017.»

El acta se publica en el perfil del contratante, y la UTE INDRA SISTEMAS S. A.-IZERTIS S. L. solicita el 19 de mayo, el informe técnico dónde se especifican los incumplimientos así como aclaración y detalle sobre los cinco incumplimientos que se indican en el acta.

El 24 de mayo el órgano de contratación remite a la UTE el informe sobre la adecuación de medios personales y materiales aportados, y el 5 de junio informe detallado sobre los incumplimientos, emitido por la Dirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Tercero. El 8 de junio de 2016 INDRA SISTEMAS S. A. e IZERTIS S. L. anuncian al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión.

El 8 de junio de 2017, a las 16:13:57 horas, interponen el recurso ante este Tribunal, con el siguiente *petitum* “[que] se estime el presente Recurso, declarando la nulidad del Acta de la Mesa referenciada y ordene al órgano de contratación adjudicar el contrato, tal y como había sido propuesto, a favor de la candidata con la oferta económicamente más ventajosa, siendo ésta la UTE INDRA SISTEMAS, S. A. - IZERTIS, S. L.”; subsidiariamente en primer otrosí digo “que se estime parcialmente el presente Recurso y se declare la nulidad del Acta de la Mesa de fecha 19/05/2017, retrotrayéndose las actuaciones al momento de valoración de la documentación presentada por la UTE INDRA



SISTEMAS, S. A. - IZERTIS, S. A., y se inste a la Mesa a la apertura de un trámite de aclaraciones a los efectos de poder valorar correctamente la documentación presentada”, así mismo en forma subsidiaria a esta última en último otrosí digo “solicitan que se estime parcialmente el presente Recurso y se declare la nulidad del Acta de la Mesa de fecha 19/05/2017, retrotrayéndose las actuaciones al momento de valoración de la documentación presentada por la UTE INDRA SISTEMAS, S.A. - IZERTIS, S.A., de forma que la Mesa emita una nueva ponderación de los incumplimientos, de conformidad con lo que resulte de la Resolución emitida por este Tribunal.”

No solicita la suspensión del procedimiento.

Cuarto. El órgano de contratación, el 13 de junio de 2017, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 15 de junio, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno presentaran las alegaciones que a su derecho convinieran, habiendo hecho uso de esa facultad SERESCO S. A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.4 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), en aplicación de la cláusula tercera, apartado 1, del Convenio de colaboración, suscrito el 3 de octubre de 2013, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 28 de octubre de 2013, al tratarse de órgano de la Comunidad Autónoma.

Existe no obstante un límite a nuestra actuación. Como hemos recordado reiteradamente este es un órgano revisor cuya competencia se contrae a declarar la validez o invalidez del acto recurrido, ordenando de ser invalido la retroacción de actuaciones, pero compitiendo al órgano de contratación dictar los nuevos actos que sustituyan a los declarados nulos de acuerdo con lo fijado por nuestra resolución, sin que pueda este Tribunal sustituirle, por lo que la pretensión de que ordenemos al órgano de contratación adjudicar el contrato a la recurrente no puede ser admitida, sin perjuicio de admitir las pretensiones en lo que se refieren a la invalidez del acto recurrido.

Segundo. El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente ha sido licitadora en el contrato e impugna la exclusión de su adjudicación, por lo que tiene la condición de interesada, estando legitimada para interponer el recurso conforme a los artículos 42 del TRLCSP y 22.1.2º del RPERMC.

Tercero. Se recurre el acto por el que se la excluye por no presentar la documentación exigida por el artículo 151.2 del TRLCSP de la adjudicación de un contrato calificado como de servicios, categoría 7, cuyo valor estimado excede de 209.000 euros.

De acuerdo con el artículo 16.1.b) del TRLCSP, son contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada los comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

El 26 de febrero de 2014 se aprobó la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva de contratos).

El plazo de transposición de la Directiva expiró el 18 de abril de este año.

Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien por diversas normas legales se ha introducido parte del contenido de dicha Directiva en el TRLCSP. Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciados con posterioridad al 18 de abril de 2016 –entendiendo por tales conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1, del TRLCSP, *sensu contrario*, aquellos procedimientos abiertos en que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, con posterioridad a dicha fecha y, en el caso de procedimientos negociados, se hubieran aprobado los pliegos

igualmente con posteridad a dicha fecha–, están sujetos al efecto directo de la Directiva de contratos.

A tal efecto ha de tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos.

La recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública, de 15 de marzo (R JCCA de 15 de marzo de 2016).

Los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, de 1 de marzo de 2016.

Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

Como consecuencia del efecto directo del artículo 2.9 de la Directiva de contratos, a partir del 18 de abril pueden ser objeto de los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, cualesquiera servicios y no solo los servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, distintos de aquéllos susceptibles de ser objeto de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, siempre y cuando no estén expresamente excluidos por la Directiva de contratos de su ámbito objetivo de aplicación, en virtud de sus artículos 7 a 17; entendiéndose por todo ello desplazado el artículo 16.1 del TRLCSP por la Directiva de contratos.

En cuanto a los umbrales, tiene efecto directo la distinción que hace la Directiva de contratos en su artículo 4, letras b), e) y d), entre, por una parte los contratos públicos que tienen por objeto los denominados “*servicios sociales y otros servicios específicos*” que son

los enumerados en su Anexo XIV de la Directiva, y por otra aquéllos contratos que tienen por objeto los demás prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

Respecto de los contratos de servicios del Anexo XIV de la Directiva de contratos el umbral es de 750.000 euros, de acuerdo con la letra d) del citado artículo 4 de la Directiva.

Respecto de los demás contratos de servicios el umbral es de 135.000 euros o 209.000 euros, según el caso, de acuerdo con las letras b) y e) del artículo 4 de la Directiva de contratos respectivamente; coincidiendo así con los umbrales actualmente vigentes en el TRLCSP, por aplicación del Reglamento (UE) 2015/2342 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2015, por el que se modifica la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.

Pues bien, se trata de un contrato armonizado sujeto al ámbito del recurso especial en materia de contratación, por aplicación tanto de la Directiva de contratos como del artículo 40.1.a) del TRLSCP.

Por otro lado se impugna el acto en virtud del cual, incumplido el deber de presentación en plazo de la documentación requerida en el artículo 151.2 del TRLCSP, se entiende retirada la oferta de la recurrente procediéndose a recabar la documentación del siguiente clasificado.

El acto en cuestión es un acto de trámite previo al de resolución del procedimiento o acto de adjudicación.

Aun siendo un acto de trámite el mismo puede calificarse de cualificado pues, conforme al artículo 40.2.b) del TRLCSP, decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para la recurrente, y puede produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, siendo por ello recurrible.

En consecuencia el acto es recurrible, conforme a los artículo 16.1.b), 40.1.a) y 2.b), y 22.1.3º y 4º del RPERMC.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y plazo, no habiéndosele notificado individualmente el acto, conforme al artículo 19.3 del RPERMC *sensu contrario*, la recurrente podía optar bien por recurrir el acto de trámite una vez tuvo conocimiento de él, bien por esperar al acto de adjudicación.

Habiendo optado por lo primero, y no habiéndole notificado individualmente el acto, conforme al artículo 40.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en conexión con los artículos 44.1 y 2, y 19.5 y 22.1.5º del RPERMC, debe estimarse interpuesto el recurso en tiempo y forma.

Quinto. La recurrente formula las siguientes alegaciones contra el acto recurrido.

Así por lo que se refiere a la no aceptación de un titulado extranjero cuyo título no estaba convalidado en España, señala que el trámite al que en realidad se refería la mesa no era una convalidación sino una homologación, ya que, a su juicio, la convalidación no guarda relación con el reconocimiento de un título universitario a efectos profesionales, conforme al Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado (RD 967/2014), siendo así que la homologación solo es exigible para el ejercicio de profesiones reguladas, entre las que no se encuentra la Ingeniera informática.

Afirma además que el PCAP no especifica que el título aportado no pueda estar expedido por una universidad extranjera, ni la normativa contractual contempla ningún requisito para la aportación de titulaciones extranjeras como medios para acreditar la solvencia profesional de los perfiles adscritos al procedimiento, ni ningún procedimiento especial en el sentido de validez o reconocimiento de estos medios.

En cuanto al incumplimiento de los requisitos exigidos en relación a la experiencia tecnológica de este perfil, señala que el entorno tecnológico ha sido la suite Fussion Middleware 11 g por lo que se debería computar toda la experiencia.

Así mismo considera que se debía de haber solicitado aclaraciones al currículum, en lugar de haber decretado un incumplimiento del pliego, concediendo un trámite de audiencia para presentar aclaraciones.

En cuanto al incumplimiento en otros perfiles referido a lo establecido en la cláusula 8.5, apartado B del PCAP en relación a la dedicación superior al 50% que deben tener en las tareas objeto de certificación, porque al producirse un solapamiento entre varios proyectos simultáneamente, es imposible acreditar que su dedicación ha sido superior al 50% en cada uno de ellos, afirma que se cumplió la literalidad del pliego, pues a su juicio el pliego explicita que la dedicación ha de corresponderse con las tareas a certificar, pero, en ningún caso especifica que esa dedicación deba ser contabilizada por proyecto individual, por lo que resulta compatible que una persona se certifique en dos o más proyectos, dónde colabora simultáneamente desempeñando el mismo rol y manteniendo una dedicación conjunta no superior al 100% de su tiempo laboral cumpliendo.

En fin, hace diversas consideraciones en relación singularizada en cada perfil en cuanto a si se cumplen los requisitos de experiencia en relación con los distintos proyectos acreditados que, por su carácter técnico y prolijo, se considera innecesario reproducir.

En último lugar, en relación a la ponderación de los incumplimientos efectuada por la mesa que lo cifra en un 74,18%, a su juicio un 52,38% resulta inmotivado por la propia mesa y el 21,8% restante debe considerarse inmotivado a tenor de lo señalado en su recurso, por lo que no debe ser incautada la garantía provisional por no haberse producido ningún incumplimiento.

De contrario el órgano de contratación aduce lo siguiente.

En cuanto a la titulación extranjera señala que, de acuerdo con lo exigido en el PCAP, no se admitió el título expedido en Argentina, toda vez, que no se presentó una equivalencia u homologación con un titulación Española, si bien no se excluyó a la persona presentada

por ese motivo, sino que se consideró al mismo como personal sin titulación (permitido por el pliego) y en lugar de exigirle 24 meses de experiencia se le exigieron los correspondiente al personal sin titulación, experiencia que no se cumplía.

En cuanto a la experiencia en proyectos con dedicación superior al 50%, la administración se ha ceñido a la literalidad del pliego, sin que quepa ninguna interpretación posible distinta a lo en él indicado, pues el PCAP en su cláusula 8.5 expresa claramente, que *“se declarará tal participación en proyectos realizados en los que se haya participado activamente, con una dedicación superior al 50% en las tareas objeto de la certificación”*, de modo que la última parte de la frase *“con una dedicación superior al 50% en las tareas objeto de la certificación”* aclara lo que se entiende por proyectos en los que se haya participado activamente, por tanto, para cada proyecto aportado, la persona debe haber participado activamente en él, es decir debe tener una dedicación al mismo superior al 50% en las tareas objeto de la certificación.

Además en el mismo párrafo, como punto y seguido, se indica expresamente *“esta documentación deberá presentarse firmada por el apoderado de la empresa, quien avalará su veracidad con su firma y, deberá contener la dedicación real al proyecto de la persona presentada, el tiempo planificado para el proyecto en su inicio, el plazo de ejecución real, las tareas desempeñadas por el técnico en el proyecto, el resultado positivo (consecución de los objetivos del proyecto), una breve descripción del proyecto con mención del alcance y el organismo o entidad para la que se realizó el trabajo”*, es decir, en todo caso, se está hablando de la dedicación al proyecto de forma singular, sin que quepa ninguna interpretación en contra. Además, el modelo de cuestionario de personal facilitado a los licitadores, que es la declaración a la que se refiere la cláusula 8.5 del PCAP, separa los proyectos de forma individual, debiendo rellenarse cada proyecto en su respectiva línea, indicando además claramente que se han de añadir tantas filas como se requieran y aclarando que la fecha de inicio y de fin se refieren a la participación del trabajador en el proyecto.

Seguidamente hace un análisis pormenorizado en cuanto a la apreciación de la experiencia exigida en cada proyecto presentado respecto de cada perfil, con abundantes argumentos técnicos.

Sexto. El artículo 64.2 del TRLCSP dispone.

“Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”

El artículo artículo 151.2 del TRLCSP, dispone.

“El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

En relación con ambos preceptos hemos elaborado nuestra doctrina sobre la adscripción de medios personales, que resumimos en nuestra Resolución número 409/2014, de 23 de mayo, que reproducimos.

“Señalamos en nuestra Resolución número 274/2014, de 28 de marzo, en relación con la acreditación de la solvencia y de la adscripción de medios, que el artículo 64.2 TRLCSP permite que los órganos de contratación puedan exigir a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello. En definitiva, como señalamos en la Resolución 615/2013, de 13 de diciembre, lo que se exige es una obligación adicional de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios, materiales o personales, concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al empresario apto para contratar con la Administración.

Por su parte las Resoluciones números 11/2012, 174/2012, 61/2013, 189/2013, y 201/2014, entre otras, señalan que lo que dispone el artículo 64.2 no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica contemplada en el artículo 62 del TRLCSP, pues a diferencia de éste, el artículo 64 del TRLCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato.

Así señalamos en nuestra Resolución número 281/2011, de 16 de noviembre, que «el artículo 53.2 [de la LCSP hoy 64.2 del TRLCSP], incardinado en la Subsección de la Ley dedicada a la solvencia, se refiere a la posibilidad que tienen los órganos de contratación de <exigir a los candidatos licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello>.

En fin, como puede apreciarse, lo que se puede exigir a los licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, es un compromiso de dedicar o adscribir determinados medios a la ejecución del contrato, pero no que acrediten disponer de tales medios mientras dura el proceso de contratación. Y si se hubiera incluido en el pliego de cláusulas administrativas, como medida adicional de solvencia, podría exigirse, al amparo del artículo 135.2 LCSP [hoy 151.2 del TRLCSP], al licitador cuya oferta hubiera resultado la más ventajosa que justificase, en el plazo de 10 días, que disponía efectivamente de los medios comprometidos»

Es por tanto en este momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.

En efecto, partiendo de que todas las empresas licitadoras deben presentar el compromiso de adscripción de medios a que se refiere el artículo 64 del TRLCSP, cuando los pliegos así lo exigen, es, una vez seleccionada la empresa cuya proposición sea la más ventajosa económicamente, cuando debe procederse a exigir, y solamente a dicha empresa, la acreditación de la disponibilidad efectiva de los medios comprometidos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP.

Con ello, se da la oportunidad al órgano de contratación de comprobar, previamente a la adjudicación y formalización del contrato, que la empresa que va a ser adjudicataria dispone, realmente, de los medios que se ha comprometido a adscribir para acometer la ejecución del contrato, y si se aprecia que no se dispone de los mismos, se ordena la exclusión de la proposición en cuestión teniéndola por retirada.

Por ello, como dijimos en la ya citada Resolución número 615/2013, de 13 de diciembre, la efectividad del compromiso de dedicar o adscribir determinados medios a la ejecución del contrato al que se refiere el artículo 64.2 del TRLCSP, que puede establecerse como medida adicional de solvencia, ha de acreditarse por el licitador cuya oferta hubiera resultado la más ventajosa, en el plazo de diez días, al amparo del artículo 151.2 del TRLCSP, sin que pueda imponerse de presente que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de contratación, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación.

Igualmente el órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 151.4 TRLCSP, ha de comprobar que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa dispone efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir al contrato de acuerdo con el PCAP, procediendo en caso contrario a recabar del licitador siguiente, por el orden en que han quedado las oferta, la documentación requerida por dicho precepto.

Esta comprobación es cualitativamente distinta de la de la fase de solvencia, así en fase de solvencia basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el trámite previsto en el artículo 151.2 TRLCSP la documentación exigida al contratista propuesto como adjudicatario que este debe aportar ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de medios, no bastando con manifestaciones que no justifican tal cumplimiento, pues, como señala la Resolución número 11/2012, «corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente usar los medios de todo tipo invocados».

Por último, en las Resoluciones números 153/2011, de 1 de junio y 61/2013, de 6 de febrero, examinamos la posibilidad de ampliación de plazo y la de subsanación de la documentación requerida en el trámite previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP.

El citado precepto regula un trámite previo a la adjudicación del contrato, según el cual el órgano de contratación requerirá al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, en el plazo de diez días hábiles, aporte determinada documentación, de manera que si no se presenta la documentación exigida, se considerará que el licitador retira su oferta, debiéndose requerir al licitador siguiente, atendiendo al orden de clasificación de las ofertas.

El citado plazo de diez días hábiles que establece el artículo 151.2 del TRLCSP para aportar la documentación exigida en el mismo no puede ser rebasado, pues como ya señalamos de no ser así ello supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores, con la consiguiente vulneración de los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 139 TRLCSP.”

Igualmente señalamos que no cabe la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, hoy Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), pues de acuerdo con la disposición final tercera del TRLCSP, el régimen jurídico aplicable a los procedimientos de contratación pública lo conforman, en primer término, los preceptos del mismo TRLCSP y los de sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, los de la LPAC, y normas complementarias.

Por lo que estando expresamente regulado el trámite con sus consecuencias jurídicas en el TRLCSP, que configura el plazo como preclusivo, no cabe la prórroga del mismo al amparo del artículo 32 de la LPAC, y la subsanación solo es posible si con ella no se rebasa el plazo total de diez días.

En fin hemos de señalar ahora que la labor de examen de la documentación acreditativa de la adscripción de medios corresponde al órgano de contratación en su condición de garante del interés general a cuya satisfacción se dirige el objeto del contrato, operación que tiene un componente técnico y no solo jurídico, en el examen de ese componente técnico hay una discrecionalidad a la que es aplicable el criterio que respecto de ella hemos manifestado innumerablemente en cuanto a la apreciación de las ofertas en los aspectos en que son evaluables mediante juicio de valor, la de que la revisión de este Tribunal sobre el informe técnico ha de contraerse exclusivamente a si se ha producido error manifiesto, arbitrariedad y discriminación, sin entrar por tanto en polémicas técnicas entre la recurrente y el órgano técnico para la que nuestro análisis jurídico no está capacitado.

Séptimo. En primer lugar hemos de considerar la pretensión formal de la recurrente de que debió abrirse una fase de audiencia para aclaraciones sobre el informe técnico relativo a la documentación presentada.

Tal pretensión carece de todo fundamento, pues el artículo 151.2 del TRLCSP no prevé tal cosa.

El licitador primer clasificado al que se le requiere la documentación exigida conforme al pliego tiene que presentarla de forma correcta dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que haya recibido el requerimiento, siendo la consecuencia de que aquella no se presente o la presentada no sea correcta, la exclusión

de su proposición conforme al referido precepto sin que el órgano de contratación venga obligado a solicitar aclaraciones sobre la documentación presentada, ni, paralelamente, pueda el licitador aducir un derecho o facultad en tal sentido.

Entrando ya en la concretas cuestiones planteadas hemos de examinar en primer lugar aquellas cuyo componente es eminentemente jurídico y no de valoración técnica, que se ciñen a la valoración de un título académico extranjero no reconocido en España y a la interpretación de la cláusula 8.5 del PCAP.

En cuanto a la titulación extranjera extracomunitaria aportada, señalar que no es necesario que la normativa contractual española, ni los pliegos cuando se refieren a una titulación académica exigible, precisen que aquella titulación sea homologable a la titulación española.

Las normas de derecho público, y por tanto las que se refieren a la contratación administrativa, están sujetas al principio de territorialidad conforme al artículo 8 del Código civil. Del mismo modo lo están las normas que se refieren a la titulación académica, incluida la de homologación y declaración de equivalencia de la titulación extranjera.

No es preciso pues que, tratándose de contratos cuya ejecución se prevé en Español con sujeción a la legislación española, cuando un pliego se refiere a un título académico se señale expresamente que aquel, de no ser expedido por una autoridad académica española, ha de estar reconocido como equivalente conforme a las normas españolas, pues es implícito tanto a que el sujeto contratante es una administración pública española o un ente público de ella dependiente, así como que del lugar en que ha de cumplirse y de la normativa que le es aplicable.

En fin, la exigencia de titulación que hace el pliego es indiferente a que la profesión sea o no regulada, pues lo que se pide no es la capacidad para ejercer una profesión si no la titulación del medio personal aportado por su conexión a la experiencia exigible, que es mayor en el caso de carecer de titulación, dado que en este último caso el conocimiento técnico se liga en mayor medida a la adquirida por el desempeño de un trabajo por un periodo de tiempo, que cuando existe un conocimiento académico previo.

Así lo determinante no es que la titulación sea precisa para el ejercicio de la profesión sino que exista o no un título académico bien sea oficial español, o de ser extranjero sea equivalente al título universitario oficial español exigido por el PCAP, de acuerdo con la normativa española, pues de ello devendrá la experiencia exigible para completar la evaluación de conocimientos precisos para la ejecución de contrato.

Pues bien, tratándose como es el caso de un título extranjero de un Estado que no es miembro de la Unión Europea, que se refiere a una profesión no regulada, el licitador está obligado a acreditar la equivalencia del título con el español conforme al RD 967/2014, aportando bien la certificación de equivalencia de titulación a la que se refiere su artículo 5.2 de dicho Real Decreto, bien la convalidación de dicho título a que se refiere el apartado 3 del citado artículo, documentación que la recurrente en su recurso no afirma que tenga.

Toda vez que tal documentación no se ha aportado junto el título extranjero, la calificación de la mesa fue correcta al considerar que la persona carecía de título oficial y por tanto debía exigírsele la experiencia requerida a aquel que no lo poseyera, por lo que la consideración de que el personal aportado no lo cumplía los requerimientos del PCAP al no tener el tiempo de experiencia exigible es conforme a derecho.

En cuanto a la interpretación de la cláusula 8.5 del PCAP, la certificación de los proyectos debe contener la dedicación real al proyecto de la persona presentada, el tiempo planificado para el proyecto en su inicio, el plazo de ejecución real, las tareas desempeñadas por el técnico en el proyecto, por lo que la dedicación superior al 50% en las tareas objeto de la certificación se refiere a cada proyecto y no al conjunto de ellos, por lo que la interpretación de la recurrente no es admisible, debiendo confirmar una vez más el criterio de la mesa.

En fin, en cuanto a la apreciación de la experiencia en cada uno de los perfiles y en cada uno de los proyectos que realiza el informe en que se basa la decisión de la mesa y que, por su carácter técnico y no jurídico, resulta sujeta a la doctrina de la discrecionalidad técnica, hemos de señalar que aquella aparece suficientemente fundada y motivada, sin que se aprecie patente error y, menos aún, discriminación o arbitrariedad, por lo que se ratifica tanto el informe como la decisión de la mesa que en el mismo se funda.

Toda vez que la decisión de la mesa es correcta lo es también la procedencia de la incautación de la garantía provisional y la evaluación de su importe conforme al PCAP.

Por todo ello debemos desestimar el recurso y confirmar el acto recurrido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A. F. K. y Don E. H. G., en nombre y representación de INDRA SISTEMAS, S. A., así como Don P. M. R. en nombre y representación de IZERTIS, S. L. contra el Acuerdo 18 de mayo de 2017 de la mesa de contratación por la que se la excluye de la adjudicación del contrato de “servicios informáticos de mantenimiento integral de aplicaciones del Principado de Asturias” (Exp. 42/2016), Lote B; contrato licitado por la Consejería de Empleo, Industria y Turismo del Principado de Asturias.

Segundo. Levantar suspensión del procedimiento producida de conformidad con los artículos 47.4 del TRLCSP y 31.3 del RPERMC.

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 contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.