



EB 2014/35

Resolución 50/2014, de 21 de mayo de 2014, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Axpe Consulting, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio de asistencia técnica profesional para los sistemas de información sectoriales 1”, tramitado por EJIE, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de abril de 2014, la empresa Axpe Consulting, S.L. interpuso ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco/Euskal Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) recurso especial contra el acuerdo de adjudicación del contrato de EJIE que tiene por objeto el “Servicio de asistencia técnica profesional para los sistemas de información sectoriales 1”.

SEGUNDO: Con fecha 22 de abril se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose en plazo las de la empresa Bilbomática, S.A. Consta asimismo el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

El contrato objeto de recurso es clasificado por el poder adjudicador en la categoría nº 7 (Servicios de informática y servicios conexos) del Anexo II del TRLCSP y su valor estimado asciende a 4.991.000, siendo pues un contrato sujeto a regulación armonizada.



TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación que contiene la exclusión de la propuesta contractual del recurrente del procedimiento de adjudicación (artículo 40.2 b) TRLCSP).

CUARTO: El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la sociedad pública EJIE, S.A. tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública (artículos 3.1 d) y 3.3 b) del TRLCSP) debiéndose ajustar sus contratos sujetos a regulación armonizada a lo dispuesto en el art. 190 del TRLCSP.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) El apartado 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) exige el cumplimiento de la siguiente solvencia mínima:

«A) Solvencia mínima exigida

Solvencia técnica y/o profesional:

Al menos el 30% del personal propuesto en el equipo de trabajo deberá estar certificado en alguna de las siguientes certificaciones:

PLATEA-Tramitación. Analista

PLATEA- Tramitación. Desarrollador

PLATEA- Internet. Analista

PLATEA- Internet. Desarrollador

Geremua. Analista

Geremua. Desarrollador

UDA. Analista

UDA. Desarrollador

Dokusi. Desarrollador.

SQA / Calidad y pruebas. Analista

SQA / Calidad y pruebas. Desarrollador

Certificaciones: según lo recogido en el punto 4.8 del Pliego de Bases Técnicas.»



El punto 3.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas regula los requisitos de solvencia técnica y/o profesional en los mismos términos que el artículo 6 PCAP mencionado. Por su parte, el punto 4.8 del PPT añade lo siguiente:

«En el caso de que alguna de las personas componentes del equipo de trabajo propuesto por la empresa licitadora no pertenezca a la plantilla laboral de dicha empresa, se deberá acreditar la autorización expresa de la empresa subcontratada para la dedicación de dicho perfil a las tareas para las que se proponga.

La no inclusión del currículum de todos o de la mayor parte de los participantes, supondrá la descalificación automática del licitador.

Es responsabilidad del adjudicatario verificar que el personal del equipo de trabajo asignado, posea las titulaciones y certificaciones que pueda acreditar así como el verificar con referencias la capacitación técnica de dicho personal.

La falta de veracidad en los mismos podrá implicar la resolución del contrato.»

El punto 4 del PPT señala que los licitadores deberán aportar con su oferta lo siguiente:

«Persona o personas propuestas en cada perfil (relación nominal) aportando la documentación oportuna que acredite la capacitación de dicha persona en el perfil propuesto (currículum) así como las garantías pertinentes de relación laboral – profesional de la persona propuesta con la empresa licitadora».

Los pliegos no explicitan el formato de dichas «garantías», siendo el único requisito de solvencia exigido que, al menos el 30% del personal propuesto en el equipo de trabajo esté certificado; asimismo, los pliegos prevén expresamente la posibilidad de que se oferte personal propio o ajeno, debiendo aportarse, en este último caso, una «autorización expresa» del subcontratista que garantice la relación «laboral – profesional» con el licitador.

b) De no haber sido excluida, la oferta de AXPE es la que recibiría mayor puntuación.

c) EJIE requirió a la recurrente para que presentara documentación acreditativa de su relación con los profesionales propuestos en la oferta a fecha de presentación de la misma (28 de noviembre de 2013). En respuesta, AXPE aportó 37 compromisos firmados por el personal propuesto con el siguiente contenido:

«Yo, (.....), confirmo haber recibido una oferta de trabajo por parte de AXPE CONSULTING para trabajar en el proyecto: contratación de servicios de Asistencia Técnica profesional para los sistemas de información sectoriales 1, mostrando por la presente mi conformidad a aceptar la oferta de trabajo sin perjuicio de la negociación de sus condiciones específicas en el caso de que la citada empresa resulte adjudataria de la mencionada licitación.»

Esta documentación acredita la autorización expresa del personal que no formaba parte de la plantilla de AXPE, según exigían los Pliegos.

Por otro lado, 16 de las 37 personas estaban certificadas, lo que supone un porcentaje del 43,2% del personal, superándose así la solvencia mínima exigida.



d) Dictada la adjudicación, en la que se excluye a AXPE “por incumplimiento de las condiciones mínimas de solvencia técnica y / o profesional” y tras la interposición por esta empresa del correspondiente recurso especial, el OARC/KEAO lo anuló y ordenó dictar una nueva adjudicación que incluyera una motivación suficiente que permitiera a AXPE interponer un recurso fundado frente a su exclusión.

e) El 21 de marzo de 2014 EJIE dicta un nuevo acuerdo de adjudicación, que vuelve a adjudicar el contrato a BILBOMÁTICA y a excluir la oferta de AXPE por incumplir las condiciones mínimas de solvencia técnica y /o profesional; las concretas razones alegadas para la exclusión en el Acuerdo impugnado y los informes que la apoyan son las siguientes:

- 6 de las personas propuestas por AXPE no pertenecía a la plantilla de dicha empresa a la fecha de presentación de la oferta y estaban a dicha fecha en activo para otras empresas.
- Los documentos aportados firmados por las personas propuestas en la oferta no es suficiente garantía porque no consta qué sucede si no se alcanza un acuerdo sobre las condiciones específicas.

AXPE entiende que tales argumentos no se pueden sostener, por las razones que se exponen a continuación.

f) Es erróneo suponer, como hace EJIE, que la pertenencia a la plantilla de la empresa es un requisito de solvencia inexcusable, pues no lo exige ningún apartado de los Pliegos; al contrario, prevé expresamente la subcontratación (apartado 4.8 del PPT), sin que quepa distinguir entre personas físicas o empresas, lo cual es coherente con el artículo 63 TRLCSP, que permite la integración de su solvencia con medios ajenos, siempre que prueben que para la ejecución del contrato dispone efectivamente de tales medios. Además, la permanencia de una persona en una empresa depende también de la voluntad del trabajador, que puede cesar libremente en su relación en cualquier momento. Por otro lado, incluso con la eliminación de las 6 personas citadas, se seguiría cumpliendo el requisito del 30% de personal certificado.

g) El argumento de la insuficiencia del documento aportado no es aceptable porque los Pliegos y el TRLCSP no establecen ningún tipo de modelo, sólo requieren una «autorización expresa», que consta, existiendo un compromiso firme, absoluto e irrevocable. La mención a las condiciones específicas afecta a la relación entre AXPE (que asume la responsabilidad ante EJIE) y sus colaboradores, no a la ejecución del contrato. En cualquier caso, EJIE debió solicitar una aclaración a AXPE, lo que no hizo.

h) Subsidiariamente a los argumentos citados, AXPE entiende que la exclusión no es conforme a los principios de proporcionalidad, antiformalismo y libre competencia, que hubieran aconsejado requerir una aclaración sobre la suficiencia de la garantía debatida. Asimismo, se recuerda que no puede expulsarse del procedimiento a quien se ha ajustado a una interpretación razonable de una cláusula confusa.



i) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación a BILBOMÁTICA y de la exclusión de AXPE y la retroacción del procedimiento hasta el momento anterior a la exclusión y al momento de la valoración de las ofertas, efectuándose una nueva que incluya la proposición del recurrente.

SÉPTIMO: BILBOMÁTICA se opone al recurso por las siguientes razones:

a) El acuerdo impugnado contiene una motivación expresa que permite al licitador excluido interponer un recurso fundado contra ella y que se residencia en el incumplimiento de las condiciones mínimas de solvencia técnica y / o profesional.

b) La documentación aportada por AXPE era insuficiente para acreditar el requisito de solvencia técnica y / o profesional exigido en la cláusula 6 del PCAP, ya que el poder adjudicador ha verificado fehacientemente que al menos 6 de los profesionales presentados no pertenecían a la plantilla de AXPE a la fecha de presentación de la oferta, sino que estaban en activo en otras empresas. Por otro lado, no se ha cumplido con el expreso requerimiento de la cláusula 4 del PCT de aportar las correspondientes garantías de existencia de una relación laboral – profesional entre las personas propuestas y la empresa o, subsidiariamente, la autorización expresa de la empresa subcontratada, y ello a pesar del requerimiento de la Mesa de Contratación. Esta carencia de solvencia no puede suplirse por acreditaciones posteriores y supone la exclusión del procedimiento.

c) BILBOMÁTICA solicita, al amparo del artículo 46.4 TRLCSP, la imposición de una multa de 15.000 euros por entender que existe mala fe que se refleja en una actitud obstruccionista contra cualquier contratación del sector público de la CAE en la que la recurrente no haya resultado adjudicataria.

d) Finalmente, solicita la desestimación del recurso, la confirmación del acto impugnado y la apertura de un periodo de prueba que incluya que se le traslade el expediente completo y que se requiera a AXPE para que acredite la adecuación del personal propuesto en el equipo a los requisitos y perfiles contenidos en la cláusula 6 A del PCAP.

OCTAVO: El poder adjudicador señala lo siguiente:

a) La oferta de AXPE comprende un equipo de trabajo de 37 profesionales que se presentan como equipo perteneciente a su plantilla y no se incluye autorización expresa alguna de la empresa subcontratada para la dedicación de ninguno de dichos profesionales, tal y como establece el apartado 4.8 del pliego de bases técnicas para el caso de que alguna de las personas componentes del equipo no pertenezca a la plantilla de la empresa. En la documentación aclaratoria queda claro que ninguno de los miembros del equipo pertenecen a su plantilla, como se desprende del documento firmado por cada uno de ellos en fecha anterior a la de presentación de la oferta (ver apartado c) del fundamento jurídico sexto). En relación con dicho documento, BILBOMÁTICA remitió a EJIE el 14 de abril tres cartas de tres personas de la plantilla de esta empresa que figuran en el equipo de AXPE, en las que indican lo siguiente:



«a finales de diciembre de 2013, la empresa AXPE CONSULTING se puso en contacto conmigo proponiéndome participar en un contrato para EJIE para los próximos años según unas condiciones establecidas. Participación que acepté. Sin embargo, transcurridos varios meses desde entonces renuncio al compromiso alcanzado con AXPE CONSULTING.»

Estas cartas acreditan que los compromisos para acreditar la relación laboral – profesional fueron obtenidos con posterioridad a la presentación de la oferta. Por otro lado, el apartado 4.8 del PCT establece claramente que la autorización debe ser de una empresa, no de una persona física. La última cifra de certificaciones aportada por AXPE es de 16 sobre un total de 37 profesionales componentes del equipo. EJIE ha verificado que “mediante el procedimiento de coordinación de la actividad preventiva con empresas proveedoras”, que al menos seis de los profesionales estaban en activo en otras empresas y alguno de ellos formaba parte de los equipos presentados a esta licitación (se adjuntan copias de los TC2 de estas personas correspondientes al mes de noviembre de 2013); por ello, y según los Pliegos, no pueden ser tenidas en cuenta para acreditar el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica y / o profesional. Ello supone que el número total de certificaciones aportadas es de 10 sobre 37, porcentaje inferior al 30% exigido en los Pliegos. Ése es el motivo por el que la oferta del recurrente ha sido excluida, sin perjuicio de la más que dudosa validez jurídica de la documentación aportada para acreditar las garantías pertinentes de relación laboral – profesional del equipo de trabajo.

b) AXPE señala en la documentación aclaratoria que «en caso de que EJIE solicite recursos adicionales de estos tres perfiles (Analista programador, Programador y Técnico de Mantenimiento e Instalaciones) a los que identificados en nuestra oferta, los precios aplicables no serán en ningún caso superiores al 90% de la tarifa máxima establecida por EJIE en el pliego para cada categoría». De los perfiles mencionados AXPE presentaba únicamente tres integrantes y unas tarifas / hora de 0,01 euros la hora. Dada la necesidad de disponer de más de los tres recursos de tarifa 0,01 euros / hora, se considera que la oferta no es coherente, pues genera incertidumbre sobre el precio real del servicio, lo que deriva en su consideración como anormal o desproporcionada.

c) Se considera que, por todo ello, el recurrente ha incurrido en actuaciones que demuestran su mala fe, por lo que procede imponerle la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP.

NOVENO: Con carácter previo, debe recordarse que el acto impugnado es el resultado de la Resolución 17/2014 de este Órgano, que ordenaba «retrotraer las actuaciones a fin de que pueda dictarse una nueva resolución de adjudicación en la que se informe motivadamente a la recurrente las causas de su exclusión», por lo que es oportuno algún comentario sobre su efectivo cumplimiento. La recurrente alega que los informes no se acompañan a la Resolución impugnada y que se han denegado a pesar de haberse solicitado. Por su parte, el poder adjudicador reitera que tales informes están a disposición de la empresa en sus oficinas. En este sentido, debe recordarse que el artículo 89.5 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, establece que «la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma». Esta norma es aplicable al caso de acuerdo con la Disposición Final Tercera, párrafo 1 del TRLCSP, y supone que es insuficiente, a efectos de motivación, la



mera referencia a los informes obrantes en el expediente como motivación de un acto, tal y como hace el primer apartado del acto recurrido. Por ello, la actitud de EJIE no es jurídicamente aceptable, pues AXPE tiene derecho a que el acto y su notificación se acompañen de los informes que los sustentan, sin que tenga base alguna la carga que se le impone de acudir a las oficinas del poder adjudicador; no se debe confundir el derecho de acceso al expediente, que sí debe ejercerse en los locales del gestor de dicho expediente o donde éste razonablemente designe, con los requisitos legales de la motivación. No obstante, la citada actitud no ha producido indefensión al recurrente, pues él mismo reconoce que ha tenido acceso a la documentación tras su solicitud al OARC/KEAO, por lo que no cabe la anulación del acto recurrido por este motivo (artículo 63.2 de la Ley 30/1992).

DÉCIMO: La principal cuestión que se debate en el recurso y que debe ser analizada por esta Resolución es la suficiencia de la acreditación de la solvencia. El acto impugnado establece que «dado que se ha podido verificar de forma fehaciente que al menos seis de los profesionales presentados en la acreditación para el cumplimiento de la solvencia mínima exigida, apartado 6º del pliego de cláusulas administrativas, y apartado 3.2 del pliego de bases técnicas, no sólo no pertenecían a la plantilla de Axpe Consulting S.L., a la fecha de presentación de la oferta, sino que estaban a dicha fecha en activo en otras empresas, se procede a excluir la oferta de dicha empresa.»

El artículo 63 TRLCSP establece que «Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.» En el mismo sentido, el artículo 78 b) TRLCSP, en la redacción aplicable al contrato, de acuerdo con la Disposición Transitoria cuarta TRLCSP, señala que la solvencia técnica o profesional podrá acreditarse, entre otros medios, por la indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, «integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad.» Ambos preceptos hacen referencia a la llamada “integración de la solvencia” (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) de 2/12/1999, asunto C-176/98, y 18/3/2004, asunto C-314/01, y las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 117/2011, 531/2013 y 112/2014). De ellos se deduce que es factible que, para acreditar la solvencia técnica y profesional, un licitador se remita a recursos humanos que no están integrados en su organización (por ejemplo, trabajadores que no pertenecen a su plantilla) siempre que pueda acreditar su disposición efectiva sobre ellos “para la ejecución del contrato”. Por lo tanto, es irrelevante que el personal aportado para acreditar la solvencia mínima tenga o no un vínculo con la recurrente, laboral o de cualquier otro tipo, vigente en el momento de presentar la documentación acreditativa, lo importante es que el licitador pueda demostrar que dispone efectivamente de ellos precisamente para la ejecución del contrato, momento necesariamente posterior al de acreditación de la solvencia. A juicio de este Órgano, el documento presentado por las personas que compondrían el equipo de trabajo, aceptando expresamente la oferta de trabajo de la empresa en el caso de resulte adjudicataria, es suficiente para acreditar la disponibilidad, sin que la mención a la negociación de las condiciones específicas de trabajo desmienta el compromiso, pues no afecta a su seriedad, que es lo que debe valorar el poder adjudicador, sino al concreto contenido de la futura relación laboral, que compete sólo a trabajador y empresario.



Por otro lado, como bien señala el recurrente, los pliegos que rigen la licitación no exigen que los miembros del equipo de trabajo presentados para acreditar la solvencia estén necesariamente incluidos en la plantilla de la empresa licitadora (lo que es coherente con lo señalado en el párrafo anterior). Tampoco prohíben que se aporten personas vinculadas laboralmente con otras empresas en el momento de acreditar la solvencia, ni condicionan la validez de esta aportación a que conste la autorización de dichas empresas. En este sentido, el apartado 4.8 del Pliego de Bases Técnicas no ha sido correctamente aplicado por el poder adjudicador. Este apartado señala que «en el caso de que alguna de las personas componentes del equipo de trabajo propuesto por la empresa licitadora no pertenezca a la plantilla laboral de dicha empresa, se deberá acreditar la autorización expresa de la empresa subcontratada para la dedicación de dicho perfil a las tareas para las que se proponga.» Se trata de un precepto que se refiere al caso en el que la solvencia se integra mediante la subcontratación con otra empresa. En ese caso, es razonable que, como prueba de la efectiva disposición de los recursos humanos alegados se acompañe la conformidad de la empresa subcontratada en cuya plantilla se incluyen los miembros del equipo. Es un precepto coherente con el artículo 63 TRLCSP antes citado. El problema es que el poder adjudicador lo ha aplicado al caso del recurrente, que no integra su solvencia mediante la subcontratación con otra empresa, sino con personas físicas concretas con las que mantendrá un vínculo como trabajadores por cuenta ajena que en un futuro incluirá en su plantilla (o como autónomos). Consecuentemente, exigir a la recurrente que cuente con el permiso expreso de la empresa de origen es una interpretación errónea de los pliegos, pues no se deduce de su literalidad ni es una aplicación coherente de los mismos. Por otro lado, tal interpretación, al condicionar el contenido de las ofertas de los licitadores a la autorización de empresas competidoras, puede ser una actuación contraria a la salvaguarda de la libre competencia (artículo 1 TRLCSP) y a los derechos de los trabajadores (ver, por ejemplo, el artículo 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores). Por todo ello, la exclusión no es correcta, lo que conlleva la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que se incluya al recurrente en una nueva valoración de las ofertas, de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en los Pliegos. En este sentido, debe señalarse que el informe técnico de valoración definitivo, de 27 de enero de 2014 señala, en las notas de las valoraciones del equipo de trabajo dispuesto, que algunos licitadores no acreditan la pertenencia a su plantilla de algunas personas o que se presentan personas pertenecientes a la plantilla de otras empresas, aspectos ya comentados en este fundamento jurídico a propósito de su importancia para la acreditación de la solvencia y que tampoco pueden ser considerados para aplicar los criterios de adjudicación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la empresa Axpe Consulting, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato que tiene por objeto el servicio de asistencia técnica profesional para los sistemas de información sectoriales 1, tramitado por EJIE, S.A., acordándose anular su exclusión y retrotraer las actuaciones a fin de que se realice una nueva valoración que incluya su oferta.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2014ko maiatzaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de mayo de 2014