

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 13 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.L.S., en nombre y representación de ABS Informática S.L.U., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getafe, de fecha 17 de abril de 2019, por la que se adjudica el contrato “suministro, soporte y mantenimiento de una aplicación informática para la gestión de la contratación y licitación electrónica para el Ayuntamiento de Getafe”, Expediente: 28/18, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de noviembre de 2018, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 174.700 euros.

Segundo.- A la licitación se presentaron 2 empresas, una de ellas la recurrente.

La Mesa de contratación se reunió el 4 de febrero de 2019, tras la apertura de

las ofertas económicas y de acuerdo con el informe emitido por los servicios técnicos, considera que la oferta T- Systems ITC Ibérica S.A.U (en adelante T-Systems) ha incurrido en el supuesto de baja desproporcionada en dos de los conceptos contemplados en el Pliego, precio del suministro y precio del mantenimiento, por lo que se le requiere para que presente la oportuna justificación de la viabilidad de su oferta.

T-Systems, presentó la oportuna justificación el 19 de febrero de 2019. Se emitió informe técnico del servicio de informática en el que se ha justificado debidamente las bajas ofertadas.

La Mesa de contratación en su reunión de 4 de marzo de 2019, acordó aceptar la justificación de la viabilidad de la oferta, aprobar la clasificación de las ofertas y proponer la adjudicación del contrato a T-Systems.

El 17 de abril de 2019, por la Junta de Gobierno Local se acuerda la adjudicación del contrato a la empresa T-Systems. El Acuerdo fue notificado el 26 de abril de 2019.

Tercero.- El 15 de Mayo de 2019, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de ABS Informática S.L.U (en adelante ABS), en el que alega que en la justificación de viabilidad de la oferta anormalmente baja, presentada por la adjudicataria atiende a criterios subjetivos no cuantificados y no comprende una justificación precisa y concreta de las condiciones de la oferta.

Por todo ello, solicita que se anule el Acuerdo de adjudicación, *“con retroacción de las actuaciones al momento previo a su aprobación, y, en su caso, acuerde la exclusión de la empresa T-SYSTEMS ITC IBERIA SAU, todo ello, por los motivos expuestos en cuerpo del presente escrito”*.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En el informe se solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Ha presentado alegaciones la empresa T- Systems de las que se dará cuenta al analizar el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de ABS para interponer recurso especial de conformidad en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica: *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que la estimación del recurso la colocaría en situación de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el acto es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el acto impugnado fue adoptado el 17 de abril de 2019, notificado el 26 de abril e interpuesto el recurso el 15 de mayo, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- Respecto al fondo del asunto, se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria.

El artículo 149 de la LCSP, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta, de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como establece el artículo 149 de la LCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo

nivel de los precios o costes propuestos.

Por ello, se prevé en dicho artículo que: *“La petición de información que la Mesa de contratación o, en su defecto, el Órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta”*. Y la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los Pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios Pliegos que rigen la licitación.

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo: *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla.*

La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo

y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro”* estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

Alega la recurrente que la adjudicataria alude en su justificación *“a una presunta*

preexistencia de software y de otros programas de licencia de T-SYSTEMS que permiten abaratar el precio y garantizar la ejecución del contrato; sin embargo, no se realiza un análisis económico ni numérico de las circunstancias aducidas por T-SYSTEMS. Dicho en otras palabras, la adjudicataria se limita a ofrecer un totum revolutum de motivos carentes del más mínimo soporte numérico o económico. ¿Qué tipo de beneficios o ahorro supone los hechos aducidos? ¿Cuál es el precio de licencias? ¿Qué sinergias existen con el software preexistente?”.

Comprueba el Tribunal que el escrito de justificación de la viabilidad presentado por la adjudicataria, contiene las siguientes consideraciones:

“En el caso que nos ocupa, el módulo de contratación y licitación electrónica, nos hallamos ante un producto ya implementado mucho antes de la presente licitación y con una política de precios acorde a los Ayuntamientos en los que vamos a implantarlo (número, tamaño, complejidad). Esta circunstancia afecta tanto al precio del proyecto en sí mismo como a las posteriores anualidades de mantenimiento.

Al tratarse de un producto novedoso que resuelve necesidades recientes, entendemos que los pliegos de esta licitación se dimensionaron en base a la posibilidad de que otras compañías o incluso la nuestra propia tuviéramos que desarrollarlo o bien asumir más costes de consultoría de implantación por no contar con activos reutilizables, siendo este el principal capítulo dentro de los costes reales de suministro y mantenimiento de cualquier solución de Administración Electrónica. Como se puede ver en los videos que nos requirieron en fase de licitación, todo lo que presentamos está grabado desde nuestra aplicación, que ya está totalmente implementada.

Por otro lado, T-Systems dispone de varios desarrollos ya implantados en el Ayuntamiento de Getafe, que están directamente relacionados con la puesta en marcha de este Módulo de Contratación:

- ePAC: Gestor de Expedientes*
- Registro presencial y electrónico*
- Notificación Electrónica en Sede*
- Documentum: Gestor Documental*

- *Firma Electrónica ERP*
- *Actuate: Gestor de Informes*

Estos componentes de la generación TAO 2.0 que ya tiene instalado el Ayuntamiento de Getafe en sus infraestructuras evita tener que desplegar desde cero nuestra plataforma, lo que permite reutilizar configuraciones y facilitar la tarea de la primera fase del proyecto (implantación del equipo de sistemas), circunstancia que ha quedado reflejada en nuestra oferta ofreciendo un mayor descuento.

(...)

En lo tocante al mantenimiento de la aplicación, dicha profusión de clientes implica un coste marginal más ajustado a repercutir a clientes nuevos, debido a que el producto (y por tanto sus cambios, evolutivos, correcciones, etc.) es el mismo para todos. Esta línea de actuación la seguimos sin excepción, no hay clientes bajo la misma plataforma de TAO que tengan versiones diferentes de producto, mantenemos una sola versión del software que es parametrizable según la instalación, pero solamente una rama de código fuente, con todas las eficiencias que esto supone”.

Como sostuvo el Tribunal en su Resolución 2/2017 de 11 de enero, “El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego”.

En este caso el informe técnico confirma que el software ofertado está basado en su mayor parte en el que ya está instalado en el Ayuntamiento y no es necesario adquirir nuevas licencias, lo que constituye un ahorro. Además hace constar que el contrato actual de mantenimiento que tiene suscrito con T-Systems, contempla también los componentes que dan soporte al software en el que basa su propuesta.

El informe del órgano de contratación reitera lo expresado en el informe técnico y añade que *“no existe subjetividad en la justificación esgrimida por la adjudicataria al quedar claramente expuestas y constatadas, por el Director del Servicio de Informática, las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone la misma para la gestión del contrato que nos ocupa, siendo este informe el que sirvió al órgano de contratación para adjudicar el contrato a T-SYSTEMS IBERIA SAU al considerar su oferta viable”*.

La adjudicataria por su parte en el trámite de alegaciones argumenta *“que el Ayuntamiento de Getafe es actualmente usuario de nuestra representada en referencia a otros módulos de la misma plataforma tecnológica, como así se indicaba en el Pliego de Prescripciones Técnicas que regían la contratación. Así las cosas, siendo el objeto de la licitación la implantación del módulo de contratación y licitación electrónica para el Ayuntamiento de Getafe, existen claras eficiencias al tratarse de un software modular que comparte una misma plataforma tecnológica común. En el caso del módulo ofertado, mi representada puede realizar los pasos iniciales para su implantación realmente con muy poco coste, bastará con emitir el fichero de licencia del módulo a implantar, para lo que se precisan no más de 5 minutos, y enviar los paquetes del módulo para que se puedan actualizar los servidores, junto con la activación de la licencia. Al desplegar el nuevo software en el sistema actual, sin ningún tipo de trabajo adicional, el módulo de expedientes de contratación ofertado se nutre de la configuración de toda la plataforma actual en términos de organización (usuarios), seguridad (permisos actuales para realizar cierta operativa), escritorio de tramitación al que acceden los usuarios finales, enlace con la configuración del Registro electrónico de Entrada/Salida y algunos componentes para la interoperabilidad. Otros expedientes de distinta tipología en el Ayuntamiento de Getafe ya se están gestionando con la plataforma sobre la que se activarán los nuevos procedimientos de contratación y licitación electrónica.*

Por lo tanto, no es necesario ningún tipo de despliegue de servidores nuevos, configuración de sistemas, configuración inicial de temas básicos, etc. A partir de aquí,

el grueso del proyecto es la actividad de consultoría y parametrización del módulo (recabar los requerimientos de los usuarios clave y trasladarlos vía configuración), la formación de los usuarios futuros, así como el mantenimiento posterior, por lo que no parecería lógico aumentar “artificialmente” el precio ofertado ignorando estas eficiencias”.

A la vista de los datos obrantes en el expediente, el Tribunal considera que en este caso tiene trascendencia la circunstancia de que el software que se licita esté ya implementado y esté basado en los ya instalados, suponiendo un claro ahorro.

En cuanto a la justificación de la viabilidad de la oferta respecto al mantenimiento, debe reconocerse que el contar con otro contrato de características similares puede conllevar igualmente una considerable reducción de costes. Ambas circunstancias en todo caso se consideran excepcionalmente favorables para ejecutar las prestaciones, en el sentido expresado en el artículo 149.4 de la LCSP.

En definitiva, debemos concluir que en este caso por el órgano de contratación se ha seguido el procedimiento previsto y se concedió al licitador que presentó oferta incurso en presunción de ser desproporcionada o temeraria trámite para justificar la viabilidad de su oferta. La empresa licitadora ha presentado una justificación de su oferta. Asimismo, se ha procedido a solicitar informe técnico sobre la viabilidad de la misma, que a la vista de las justificaciones presentadas, considera aceptables sus argumentos de la empresa, estando debidamente motivada la decisión finalmente adoptada por la Mesa.

Por todo ello, teniendo en cuenta las argumentaciones realizadas, el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de

diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.L.S., en nombre y representación de ABS INFORMÁTICA S.L.U., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getafe, de fecha, 17 de abril de 2019, por la que se adjudica el contrato “suministro, soporte y mantenimiento de una aplicación informática para la gestión de la contratación y licitación electrónica para el Ayuntamiento de Getafe”, Expediente: 28/18.

Segundo.- 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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática producida en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 del LCSP.