

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

En Madrid, a 10 de enero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.S.A., en nombre y representación de AXPE Consulting, S.L., contra la Resolución del Director Gerente, de 20 de noviembre de 2012, por la que se adjudica el contrato, "Servicio de oficina técnica del Hospital Universitario de Fuenlabrada", exp.: P.A. S 12/003, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 30 de mayo de 2012, se publicó en el BOCM y en el Perfil del contratante el anuncio del contrato de Servicio de oficina técnica del Hospital Universitario de Fuenlabrada, con un valor estimado de 600.000 euros, IVA excluido y un plazo de duración de un año, con posibilidad de prórrogas. El anuncio se publicó asimismo en el DOUE de 2 de junio, en el BOE de 12 de junio.

A la licitación convocada se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente, realizándose propuesta de adjudicación por parte de la Mesa de contratación, tal y como consta en el Acta del día 18 de julio de 2012, a favor de la

empresa AXPE Consulting, S.L., por importe de 184.000 euros, requiriéndose a la adjudicataria que aportara la documentación el mismo día.

Segundo.- Con fecha 27 de julio se dicta Resolución por la que se acuerda *“la anulabilidad de los Pliegos de Prescripciones Técnicas en los términos en que se encuentran redactados y en consecuencia hacer público un nuevo Pliego que, con idéntica redacción, adicione un nuevo apartado con los elementos y requisitos que literalmente se citan en el resultando cuarto de la presente resolución y reconocer un nuevo periodo para que los licitadores puedan presentar nueva documentación que resulte suficiente para acreditar que los medios personales y materiales de que disponen y el curriculum de los profesionales que han adjuntado a su oferta les van a permitir cumplir con el objeto del contrato en los términos exigidos en el PPT”*.

La fundamentación de tal Resolución es la siguiente: *“Que revisado el detalle curricular aportado en relación con lo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas se ha objetivado que el citado Pliego no detalla elementos que son imprescindibles para que los licitadores pudieran conocer el alcance correcto de los trabajos que es preciso realizar en la Oficina Técnica y adecuar su plan de trabajo y equipo de personas. Los detalles no contemplados son los que se reproducen a continuación:*

- No se indica la necesidad de certificación en estándar HL 7, estándar de interoperabilidad utilizado extensivamente en los Sistemas de Información.

- No se hace referencia a la necesidad de aportar conocimiento y experiencia demostrable en el manejo de motores de integración (Openlink, Mirth, etc...).

- No se hace referencia a las tecnologías utilizadas en la intranet corporativa (Java, OpenCMS, MS Sharepoint, NET, ASP, NET) y la necesidad de aportar experiencia probada en estos entornos.

- No se hace referencia a la necesidad de experiencia previa en el soporte de PeopleNet 7 en entornos sanitarios de carácter público, dada la enorme diferencia entre sector público y privado en esta aplicación y en general en la gestión de

RRHH.

- *No se hace referencia explícita a la necesidad de conocer el modelo de datos de SELENE con el fin de dar un soporte de tercer nivel sobre la aplicación por parte del consultor de integraciones.*

- *No se hace referencia explícita, dentro del apartado de análisis de datos, al necesario conocimiento de las extracciones de datos que son obligatorias para los centros sanitarios de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.*

La indefinición descrita vacía de contenido la exigencia de la declaración de medios personales o materiales exigida en los pliegos como obligación esencial e impide verificar si el detalle curricular presentado por los licitadores tiene el alcance necesario para cumplir con el objeto del contrato. Con ello se aboca al licitador seleccionado a cumplimientos defectuosos o incluso, a una resolución del contrato por incumplimiento”.

La indicada Resolución se comunicó a la adjudicataria, hoy recurrente el día 3 de agosto.

Tercero.- Únicamente dos de las tres empresas que licitaron con anterioridad, presentaron documentación a efectos de acreditar el cumplimiento de los nuevos requisitos adicionados al PPT original por la Resolución de 27 de julio, entre ellas de nuevo la recurrente.

Presentada la correspondiente documentación se realiza un nuevo informe de valoración en el que se hace constar que la recurrente “*no cumple los requisitos mínimos exigidos en el PPT al no demostrar con la suficiencia exigida los conocimientos y experiencia requeridos para cumplir con éxito el objeto del contrato*”, tras especificar en relación con cada nueva exigencia, si la recurrente había o no acreditado su cumplimiento.

Con fecha 8 de noviembre se reúne la Mesa de contratación realizando una

nueva propuesta de adjudicación, a la vista del informe de valoración efectuado, esta vez a favor de T Systems ITC Ibérica SAU, por importe de 206.000 euros. Consta en el acta de dicha reunión que el representante de la Intervención General de la Comunidad de Madrid manifiesta que el acuerdo de anulabilidad del PPT de fecha 27 de julio y la redacción de unos nuevos pliegos una vez iniciado el procedimiento de licitación, incumple lo establecido en el artículo 117 del TRLCSP en el que se establece que la aprobación de los pliegos debe ser previa a la licitación del contrato y que con tal resolución se está procediendo a modificar condiciones esenciales de la contratación que se pretende una vez conocido el importe de las proposiciones económicas de los licitadores.

Con esta misma fecha se resuelve adjudicar el contrato a T Systems ITC Ibérica SAU, requiriéndose la aportación de la documentación pertinente.

El día 22 de noviembre se remitió a la recurrente el Acuerdo de adjudicación, en el que asimismo se indica que se excluye a la recurrente por “*No cumplir el pliego de Prescripciones Técnicas*” (sic), sin que se adjuntara el indicado informe de valoración o se hiciera referencia alguna al mismo.

Cuarto.- Frente a dicho Acuerdo la empresa AXPE Consulting SAU, interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal con fecha 12 de diciembre de 2012, previa la presentación del anuncio previsto en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Requerido el órgano de contratación el día 13 de diciembre para que remitiera el expediente y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, atendió tal requerimiento el día 19 de diciembre.

El recurso interpuesto solicita la nulidad de la resolución de adjudicación por considerar que la misma carece de toda motivación, considerando que en la valoración técnica de las ofertas se produce una falta de razonabilidad y

arbitrariedad, afirmando que *“la valoración realizada de la documentación técnica presentada por AXPE para cuya evaluación se emplearon criterios que variaron durante el procedimiento de licitación, no debería considerarse como válida ni admisible, habiendo incurrido en muestras evidentes de falta de rigor”*.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, el día 18 de diciembre de 2012, se limita a realizar un relato de los hechos del procedimiento de licitación.

Quinto.- Con fecha 18 de diciembre de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento, trámite de audiencia, sin que se haya presentado ningún escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación del firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*.

Habiéndose remitido la notificación de la Resolución de adjudicación del contrato, el día 22 de noviembre y siendo interpuesto el recurso el día 12 de diciembre, el mismo se presentó en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de adjudicación de un contrato de servicios, de la categoría 7 del anexo II del TRLCSP, “Servicios de

informática y servicios conexos”, con un valor estimado de 600.000 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.b) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El Hospital Universitario de Fuenlabrada, de acuerdo con el informe 6/2008, de 10 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, está incluido en la categoría de Administración Pública a los efectos de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.

Quinto.- Como más arriba indicábamos, el recurso se fundamenta en la falta de motivación de la resolución de adjudicación, y por ende en la arbitrariedad y falta de razonabilidad de la misma.

La motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, como valiosísimo elemento para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

El artículo 41 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y

servicios, establece la obligación de los poderes adjudicadores de informar a los candidatos y licitadores sobre las decisiones tomadas en relación con la adjudicación de los contratos: *“Los poderes adjudicadores informarán cuanto antes a los candidatos y licitadores sobre las decisiones tomadas en relación con la celebración de un contrato marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido renunciar a celebrar un acuerdo marco, a adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación y volver a iniciar el procedimiento, o a aplicar un sistema dinámico de adquisición; esta información se facilitará por escrito en caso de que así se solicite a los poderes adjudicadores”.*

2. A petición de la parte interesada, el poder adjudicador comunicará cuanto antes:

- a todos los candidatos descartados, las razones por las que se haya desestimado su candidatura;

- a todos los licitadores descartados, las razones por las que se haya desestimado su oferta, incluidos, en los casos contemplados en los apartados 4 y 5 del artículo 23, los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las obras, suministros o servicios no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas;

- a todo licitador que haya hecho una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco.

El plazo para llevar a cabo esta comunicación no podrá en ningún caso sobrepasar los quince días a partir de la recepción de una solicitud escrita.”

Respecto de la motivación de la adjudicación, el TRLCSL recoge la necesidad de motivación de la adjudicación definitiva de los contratos en su artículo 151.4, que al regular la notificación de la adjudicación obliga a que contenga la información

necesaria que permita al licitador descartado interponer el recurso especial en materia de contratación cuando establece que *“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:

En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153.”

Así la motivación de la adjudicación es una exigencia del TRLCSP, debiendo expresarse la puntuación asignada conforme a los criterios estrictos del pliego a fin de evitar la indefensión del interesado y al mismo tiempo permitir a los licitadores y a la jurisdicción después, controlar la legalidad de los actos administrativos conforme al artículo 103 de la Constitución Española (STS de 10-10-06 RJ 2796/03).

En cuanto al contenido de la motivación debe destacarse que la misma exige la expresión clara de los fundamentos de hecho en que se sustenta la justificación jurídica de la decisión que ha de guardar la necesaria coherencia con las bases del concurso, la información, deberá ser suficiente para que se puedan comparar las ofertas y evaluarlas, a fin de determinar inicialmente la procedencia o no del recurso y, en segundo lugar para permitir, en su momento, la evaluación al órgano que deba conocer los recursos en vía administrativa o jurisdiccional. En caso contrario carecería de sentido la información y atentaría contra el principio que la sustenta que es el de transparencia del procedimiento de adjudicación y la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 28 de enero de 2010, (As C406/08 Uniplex). “30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato.”

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

Debe señalarse que también cabe la motivación *in aliunde*, esto es por remisión a informes incorporados al expediente. A este respecto cabe citar la doctrina sobre la motivación *in aliunde* que contempla el artículo 89.5 LRJ-PAC en tanto en cuanto el interesado puede conocer los motivos de la resolución si no mediante la lectura del acto administrativo, sí mediante el examen del expediente lo que evita su indefensión.

La jurisprudencia, entre otras Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008, recurso de casación 679/2006, ha interpretado en sentido amplio aquella norma al no exigir que la *"incorporación"* consista en la reproducción de los informes o dictámenes sino sólo en su aceptación. Dicha sentencia recoge en su fundamento de derecho primero; *"en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 enero 1983 (RJ 1983, 379) dice: este requisito de "incorporación" no ha de entenderse en su sentido material como de explícita transcripción literal sino más bien como referencia a los que en el expediente constan y que por hallarse a disposición de los interesados estos tienen la posibilidad de conocer en cualquier momento"*.

En el caso que ahora nos ocupa la resolución notificada a la recurrente se presenta ayuna de toda motivación respecto de la exclusión de la recurrente, limitándose a señalar que la oferta no cumple la prescripciones del PPT, pero sin indicar en relación con qué características de las exigidas a los licitadores. Ello hurta a la recurrente la posibilidad de interponer recurso fundado en derecho sobre su exclusión, -de hecho el recurso no contiene reproches contra el acto concreto de valoración,- originándole indefensión, por lo que de acuerdo con lo anterior procede estimar este recurso.

Sexto.- Sentado lo anterior una vez apreciada la falta de motivación de la Resolución de adjudicación, lo que procedería sería la retroacción del expediente para que el órgano de contratación realizara una nueva notificación, motivada esta

vez, de forma que permitiera a la recurrente conocer las causas reales de la exclusión de su oferta y, en su caso, la interposición fundada del correspondiente recurso. Sin embargo, no podemos obviar que en este caso concurre una circunstancia singular puesta de relieve por la recurrente, cuando afirma que *“la valoración realizada de la documentación técnica presentada por AXPE para cuya evaluación se emplearon criterios que variaron durante el procedimiento de licitación, no debería considerarse como válida ni admisible, habiendo incurrido en muestras evidentes de falta de rigor”*.

Procede por tanto examinar la adecuación a derecho de la variación de las exigencias efectuada durante la tramitación del expediente de contratación en virtud de la Resolución de 27 de julio de 2012.

Como es sabido los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas constituyen la Ley del contrato, de manera que tanto los licitadores y contratistas como los órganos de contratación deben atenerse a sus cláusulas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 115 y 116 del TRLCSP y constante jurisprudencia.

Por otro lado los pliegos son inalterables, de manera que una vez que estos han sido definitivamente aprobados y publicados deben ser observados por los licitadores y no pueden ser modificados por los órganos de contratación ni durante la licitación, ni mucho menos, como en este caso, una vez adjudicado el contrato y por lo tanto conocidas las proposiciones de los licitadores. En caso contrario se atentaría contra el principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación administrativa, así como el de transparencia, vulnerando además del procedimiento de contratación, el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los actos administrativos.

Así el artículo 116 del TRLCP establece que los pliegos de prescripciones técnicas se aprobarán con anterioridad a la licitación del contrato, de manera que las

condiciones que se exigirán a los licitadores para delimitar los términos de la ejecución del contrato, deberán estar establecidas en los términos del artículo 117 con carácter previo, como es obvio, a la realización de las ofertas.

Cabe traer a colación la jurisprudencia de la Unión Europea recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, que tiene por objeto una cuestión prejudicial en el Asunto EVN AG/ Wienstrom GmbH, que si bien se refiere a la inalterabilidad de los criterios de adjudicación en los procedimientos de licitación, puede tenerse en cuenta por lo que se refiere al respeto de los principios de igualdad y concurrencia, cuando señala: *“Se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido, la sentencia Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 9) (...). “Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación”, conclusión que este Tribunal considera extrapolable en el presente caso a las exigencias relativas a las prescripciones técnicas del contrato, cuyo establecimiento debe igualmente estar determinado por los principios antes enunciados.*

Cualquier alteración de los requisitos, exigencias u obligaciones previstas en los documentos por los que debe regirse la contratación, tanto durante el procedimiento de licitación, como una vez concluido este, debe producirse en los términos legalmente establecidos. Así la ley prevé el procedimiento y los casos en que es posible la modificación de los contratos, una vez adjudicados los mismos, como indica el artículo 219 de TRLCSP; que a su vez remite al título V del Libro primero, en concreto a los casos del artículo 107 para el caso de modificaciones no previstas en los pliegos, mientras que en el caso de que antes de adjudicarse el contrato se detecte una infracción no subsanable de las normas de preparación del

contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, singularmente en los pliegos, el artículo 155.4 del TRLCSP permite al órgano de contratación desistir del procedimiento de licitación iniciado, siempre que el desistimiento esté fundado, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. Todo ello en aras al principio de transparencia e igualdad de trato a los licitadores que debe regir en los procedimientos de licitación, de acuerdo con los artículos 1 y 139 del TRLCSP: *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*.

El cumplimiento de tales exigencias no puede entenderse verificado por el hecho de que en la Resolución de 27 de julio, se acuerde la publicación de la modificación de los pliegos teniendo en cuenta que dicha publicación no supuso una nueva convocatoria abierta a cualquier posible licitador, sino que solo se dirigió a los licitadores presentes en el procedimiento, para que complementaran la oferta efectuada con la documentación acreditativa de los requisitos indicados, vulnerando lo dispuesto en cuanto a publicidad de las convocatorias en el artículo 142 del TRLCSP.

Por lo tanto resulta claro que en este caso la modificación de los pliegos se ha realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, lo que determina la nulidad de tal modificación, ex artículo 32 del TRLCSP en relación con el artículo 62.1. e) de la LRJ-PAC, y en consecuencia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 64 del mismo texto legal, también resultaría nula la Resolución de 27 de julio de 2012, en cuanto deja sin efecto la adjudicación efectuada a favor de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y el artículo 3 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.S.A., en nombre y representación de AXPE Consulting, S.L., contra la Resolución del Director Gerente de 20 de noviembre de 2012, por la que se adjudica el contrato, "Servicio de oficina técnica del Hospital Universitario de Fuenlabrada".

Segundo.- Declarar nula de pleno derecho la Resolución de 27 de julio de 2012 por la que se modifica el PPT del contrato de referencia y la propuesta de adjudicación efectuada a favor de la recurrente.

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.

Cuarto.- Levantar la suspensión del expediente, prevista en el artículo 45 del TRLCSP y mantenida por este Tribunal en sesión del pleno del día 5 de diciembre.

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 49 TRLCSP.