



Erref / Ref: Recurso Especial interpuesto por SPHERA contra su exclusión del procedimiento abierto para la contratación del mantenimiento de las licencias de software correspondientes a la plataforma de virtualización de la DFA (fabricante WMWARE) (expte. 22/22)

Esp Zenb / N° exp: 2022/1

RESOLUCION N° 5/2022

En Vitoria-Gasteiz, a 2 de marzo de 2022.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil SPHERA, DESARROLLO E INNOVACIÓN EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.A. contra su exclusión del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de mantenimiento de las licencias de software correspondientes a la plataforma de virtualización de la DFA (fabricante WMWARE) (expte. 22/22).

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE la empresa SPHERA, DESARROLLO E INNOVACIÓN EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.A.; y como RECURRIDA la DIPUTACION FORAL DE ÁLAVA, siendo el Órgano de contratación el Departamento de Fomento del Empleo, Comercio y Turismo y de Administración Foral.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN.

La Orden Foral 358/2021, de 17 de septiembre, de la Diputada Foral de Fomento del Empleo, Comercio y Turismo y de Administración Foral, determinó la necesidad de contratar el servicio de mantenimiento de las licencias de software correspondientes a la plataforma de virtualización de la DFA (fabricante WMWARE), con duración desde el día 1 de enero de 2022 (o fecha de formalización, si fuera posterior) hasta el 31 de diciembre de 2023, con posibilidad de dos prórrogas anuales y un presupuesto base de licitación de 70.000 euros, desglosado en 57.851,24 euros más 12.148,76 euros de IVA.

La misma resolución indicada en el párrafo anterior aprobó el expediente de contratación y acordó el procedimiento abierto simplificado como forma de adjudicación. Aprobó igualmente el cuadro de características con sus anexos, el pliego de prescripciones técnicas y el pliego de cláusulas administrativas particulares que habían de regir la contratación.



Según el cuadro de características el precio se formula a tanto alzado con un presupuesto base de licitación de 70.000 euros y un tipo de licitación de 28.925,62 euros/año.

El valor estimado del contrato es de 115.702,48 euros.

SEGUNDO.- PROPOSICIONES ECONÓMICAS.

El día 15 de octubre de 2021 la Mesa de Contratación procedió a la apertura de los sobres «A» correspondientes a las proposiciones económicas presentadas en el curso del procedimiento, que fueron las siguientes:

Empresa	Tipo de licitación (anual sin IVA)	Oferta sin IVA
Sphera, Desarrollo e innovación en Tecnologías de la Información, SA.	28.925,62	47.615,12
Asistencia Distribución y Ventas Informáticas, SL (ADV)	28.925,62	26.167,00
Versia Infraestructuras TI, SL	28.925,62	49.593,26
Deusto Seidor SA	28.925,62	51.353,51

El acta de la sesión de la Mesa de Contratación da cuenta de que «todas las licitadoras, a excepción de ASISTENCIA DISTRIBUCIÓN Y VENTAS INFORMÁTICAS, S.L. han presentado propuestas que superan el tipo de licitación».

TERCERO.- ADJUDICACIÓN.

De acuerdo con el Informe propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación, de 22 de octubre de 2021, la Orden Foral 440/2021, de 23 de noviembre, de la Diputada Foral de Fomento del Empleo, Comercio y Turismo y de Administración Foral, adjudicó el contrato a la empresa ASISTENCIA, DISTRIBUCIÓN Y VENTAS INFORMÁTICAS, S.L. (ADV), declarando excluidas de la licitación a las restantes empresas por superar sus ofertas el tipo de licitación.

La Orden Foral 440/2021 fue notificada a las empresas licitadoras el día 23 de noviembre de 2021.

CUARTO.- FORMALIZACIÓN.

El contrato fue formalizado el día 24 de noviembre de 2021.

QUINTO.- RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.



El día 3 de diciembre de 2021, D. Ramiro Gutiérrez González, en representación de la mercantil SPHERA, DESARROLLO E INNOVACIÓN EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.A., presenta escrito de «alegaciones a recurso especial en materia de contratación» en relación con la exclusión de la proposición económica de esta empresa por superar el tipo de licitación, con el contenido que más adelante se examinará.

SEXTO.- INFORME DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN.

Obra en el expediente el Informe de la Secretaría Técnica de servicios Generales, de 26 de enero de 2022, cumplimentando el trámite establecido en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

SÉPTIMO.- AUDIENCIA DE LOS RESTANTES INTERESADOS.

El día 27 de enero de 2022 se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso especial a los restantes interesados, emplazándoles por cinco días hábiles para formular alegaciones, conforme a lo establecido en el artículo 56.3 LCSP.

Ninguno de los restantes licitadores ha formulado alegaciones.

OCTAVO.- SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN.

La interposición del recurso especial produce la suspensión automática de la tramitación del procedimiento de contratación cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, como es el caso, conforme al artículo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ACTO RECURRIDO.

Aunque el escrito de interposición del recurso especial no identifica con su número y fecha el acto recurrido, es inequívoco, a la vista del contenido de aquel —que sí identifica el expediente administrativo y la fecha de notificación de la decisión administrativa que excluye a la recurrente de la licitación— que el acto impugnado se concreta en la Orden Foral 440/2021, de 23 de noviembre, en el punto en que ha excluido a la recurrente de la licitación y en el punto en que adjudica el contrato, pues la adjudicación tiene como antecedente necesario la exclusión de la oferta presentada por la misma recurrente.

El acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación, pues los son, tanto la exclusión de un licitador —acto de trámite cualificado— como el acuerdo de adjudicación (artículo 44.2.b) y c) LCSP), comoquiera que estamos ante un contrato de servicios que tiene un valor estimado superior a cien mil euros (art. 44.1.a) LCSP).

SEGUNDO.- COMPETENCIA.



La competencia para resolver el presente recurso especial corresponde a este Órgano conforme a lo establecido —en relación con el artículo 46.5 LCSP— en el artículo 2.1 del Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, del Consejo de Gobierno Foral, que aprueba la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales, según el cual:

Corresponde al Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control.

TERCERO.- LEGITIMACIÓN.

La tiene la empresa recurrente de acuerdo con el artículo 48 LCSP.

CUARTO.- MOTIVOS DEL RECURSO.

El escrito de interposición del recurso especial, ciertamente lacónico, se limita a expresar que la oferta de la empresa recurrente, por importe de 47.615,17 euros, no ha superado el tipo de licitación, pues el valor estimado del contrato, según el cuadro de características, asciende a 57.851,24 euros y la duración del contrato, según el pliego de prescripciones técnicas es de dos años. Hace referencia también al contenido del epígrafe relativo a la financiación del contrato contenido en el cuadro de características.

QUINTO.- ALEGACIONES DEL ORGANO DE CONTRATACIÓN.

La Secretaría Técnica de Servicios Generales propone la desestimación del recurso. En su informe de 26 de enero de 2022 define los conceptos relativos al precio del contrato involucrados en la cuestión planteada (valor estimado del contrato, presupuesto de licitación, presupuesto base de licitación y tipo de licitación) e indica los lugares del cuadro de características que los cuantifican. Comoquiera que, según el informe, el tipo de licitación es el importe que se fija como referencia para la presentación de ofertas y que éste viene expresado en el cuadro de características en euros/año, concluye que, de acuerdo con los pliegos, las ofertas de los licitadores debían referirse al importe anual del contrato.

Finalmente, el informe de la Secretaría Técnica de Servicios Generales propone la inadmisión del escrito de alegaciones presentado por la empresa pues el mismo no permite deducir la pretensión deducida, dado el tenor de su contenido y la omisión en el mismo de suplico o petitum.

SEXTO.- SOBRE LA INADMISIÓN DEL RECURSO.

Comenzando por lo último, es cierto, como indica la Secretaría Técnica de Servicios Generales, que el escrito presentado por la empresa no contiene petición expresa alguna, como sería exigible, no ya al escrito de interposición del recurso especial, sino a cualquier solicitud que se formule



ante una Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Ahora bien, sin negar lo anterior, la referencia que en el escrito de la empresa recurrente se hace al recurso especial en materia de contratación y la identificación (indirecta) de la decisión administrativa que se impugna, examinada en el anterior fundamento de derecho primero, permite deducir que, inequívocamente, el escrito de interposición del recurso especial contiene una solicitud de revocación del acto administrativo que le excluye de la licitación y que, sobre la base de su exclusión, adjudica el contrato.

De manera que, por aplicación del principio pro actione, implícito en el derecho a la tutela de los derechos e intereses legítimos garantizado por el artículo 24 CE, y que excluye una interpretación excesivamente rigorista de los requisitos formales, entendemos que no procede inadmitir el recurso especial objeto de la presente resolución.

SÉPTIMO.- FONDO DEL ASUNTO.

1. Examen de los pliegos del contrato en relación con la cuestión planteada.

1. Además del valor estimado del contrato, el cuadro de características especifica el presupuesto base de liquidación y el tipo de licitación.

El presupuesto base de licitación se fija en la cantidad de 70.000,00 euros (57.851,24 euros IVA excluido) y viene referido a los dos años de duración inicial del contrato.

El tipo de licitación se fija en la cantidad de 28.925,62 euros/año (IVA excluido).

Es decir, la diferencia entre uno y otro concepto, al margen del IVA, está en que mientras que el presupuesto base de licitación viene referido a los dos años de duración inicial del contrato, el tipo de licitación viene referido a una sola anualidad.

El presupuesto base de licitación es definido legalmente en el artículo 101 LCSP como «límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido» (artículo 101 LCSP), y es un concepto de continuada referencia en la LCSP en relación con la licitación de los contratos: a los efectos de asegurar la adecuación del precio al efectivo cumplimiento del contrato (artículo 102), de la determinación del importe de la garantía provisional (artículo 106.2), de exigir su difusión a través del perfil del contratante (artículo 63.3.b), etcétera.

En contraste, la LCSP contiene una sola referencia puntual al tipo de licitación, en relación con la nueva licitación de una concesión de obras cuando la anterior haya sido resuelta por causa no imputable a la Administración, para la cual se establece el sistema de subasta (artículos 181 y 182 LCSP). Y comoquiera que la subasta no figura ya, como tal, entre los procedimientos o formas



de adjudicación, ni la vigente LCSP ni el Reglamento que la desarrolla definen el tipo de licitación ni contienen un precepto semejante al artículo 74 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD Leg. 2/2000, de 16 de junio), que disponía que «La subasta versará sobre un *tipo* expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo».

Por su parte, los pliegos del contrato objeto de la presente resolución tampoco indican directamente que las ofertas han de venir referidas al tipo de licitación. Sí lo hacen, pero de manera indirecta, a través del punto 7.3, sobre calificación de las proposiciones, del pliego de cláusulas administrativas particulares, que establece que

Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del *tipo de licitación*, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición o existiese reconocimiento por parte de la empresa licitadora de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa de contratación en resolución motivada (artículo 84 RGLCAP).

Pero con la observación de que el artículo 84 RGLCAP, al que remite el transcrito punto 7.3 del PCAP, contiene un precepto del mismo tenor literal con la excepción de que se refiere, no al tipo de licitación, sino al presupuesto base de licitación («Si alguna proposición [...] excediese del *presupuesto base de licitación*, [...] será desechada por la Mesa de contratación»).

Los pliegos tampoco especifican directamente que las ofertas habían de cuantificarse con referencia a una anualidad, sino que lo hacen también de manera indirecta, pues esta información debe deducirse del hecho de que el tipo de licitación en el cuadro de características está expresado en euros/año.

En definitiva, en relación con lo que se dirá seguidamente, interesa retener que, en la medida en que el PCAP establece la exclusión de las ofertas que excedan del tipo de licitación, los licitadores debían deducir que las ofertas habían de formularse a la baja respecto del tipo de licitación (y no respecto del presupuesto base de licitación). Y, en la medida en que el tipo de licitación viene expresado en euros/año, los licitadores debían deducir que las ofertas habían de formularse expresadas igualmente en euros/año.

2. Por otra parte, el «modelo de proposición» contenido en el anexo I del cuadro de características, y al que las empresas licitadoras debieron ajustar la redacción de sus ofertas, omite referir éstas a ningún concreto lapso temporal: ni a los dos años de duración del contrato, ni a un año, ni a cualquier otro, de manera que todas las ofertas presentadas, incluida la única admitida, se han concretado en una cifra absoluta, sin ninguna indicación de unidades. Y si bien podemos suponer que las ofertas se han formulado en euros (artículo 102.2 LCSP), estrictamente hablando, al menos en principio, nada autoriza a presuponer el concreto período temporal al que han venido referidas las ofertas.

Pero es que, además, el «modelo de proposición» está redactado en los siguientes términos:



QUINTO.- [La empresa] se compromete a llevar a cabo la ejecución total de los servicios con la oferta económica siguiente:

Oferta excluido IVA	IVA	Precio total

Términos que inducen a pensar que la oferta debía venir referida a los dos años de duración del contrato.

Ello hasta el punto de que, en atención a su importe, podemos suponer verosímilmente que, de las cuatro ofertas presentadas, tres de ellas vinieron referidas, no al tipo de licitación, sino al presupuesto de licitación.

En relación con el modo en que deben redactarse los pliegos del contrato el TJUE deduce determinadas exigencias del principio de transparencia: según la Sentencia de 6 de noviembre de 2014 (C-42/2013), este principio «44 [...] *Implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma [...]*»

Lo dicho hasta aquí permite concluir que los pliegos del contrato, conjuntamente considerados (cláusulas administrativas, cuadro de características y modelo de proposición), no pueden considerarse lo suficientemente precisos e inequívocos acerca del período temporal al que debían venir referidas las proposiciones como para atribuir a la propia falta de diligencia el error del licitador que formuló una oferta expresada con referencia a los dos años de duración prevista para el contrato, es decir, al presupuesto de licitación.

2. Sobre la oferta de la recurrente.

Los principios de libre concurrencia en la contratación pública y de eficiente utilización de los recursos públicos abogan por el empleo de un criterio antiformalista en el examen de las proposiciones de los licitadores y restrictivo en cuanto a la aplicación de las causas de exclusión, siempre que la decisión de no exclusión de un licitador no sea contraria al principio de igualdad de trato de los candidatos y al de transparencia en el procedimiento. En este sentido, el Acuerdo 41/2019, de 30 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y la Resolución 237/2012, de 31 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La posibilidad de aclaración del contenido de las proposiciones por parte del órgano de contratación, es también congruente con los principios de buena administración y proporcionalidad, pero tiene como límite infranqueable la modificación de la oferta a posteriori



por parte del licitador. En este sentido el Acuerdo 48/2018, de 5 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

En similares términos, y sintetizando lo anterior, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución del 9/2017, de 3 de febrero, cuyo fundamento de derecho noveno dice así: *“Conforme a lo hasta ahora expuesto parece razonable pensar que es posible que el licitador que ha cometido un error en la formulación de su oferta pueda ser admitido a la licitación si el error cometido es vencible sin alterar aquella, de modo que el órgano de contratación pueda realmente ejecutar el contrato conforme a lo establecido en los pliegos. La cuestión que lógicamente sigue a esta posibilidad es si es posible modificar la lectura que pueda hacer el órgano de contratación de alguno de los parámetros literales de la oferta sin que ello afecte al resto de los licitadores. Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de su Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010 (LA LEY 27790/2012)) alude concretamente a la posibilidad de que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. Señala el Tribunal Comunitario que "en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron. (...) Esa petición de aclaraciones debe formularse de manera equivalente para todas las empresas que se encuentren en la misma situación, si no existe un motivo objetivamente verificable que pueda justificar un trato diferenciado de los candidatos a este respecto, en particular, cuando la oferta deba rechazarse en cualquier caso por otras razones. Además, la petición de aclaraciones debe referirse a todos los puntos de la oferta que sean imprecisos o no se ajusten a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, sin que el poder adjudicador pueda rechazar una oferta por la falta de claridad de un aspecto de ésta que no haya sido mencionado en esa petición.”*

En el presente supuesto, el escrito presentado por el recurrente viene a aclarar de modo convincente que su oferta económica, por importe de 47.615,12 euros, vino referida al presupuesto de licitación, es decir, a los dos años de duración prevista para el contrato, siendo, en consecuencia, equivalente a una oferta de 23.807,56 euros/año, que no supera el tipo de licitación.

En el contexto de la relativa imprecisión de la redacción de los pliegos en cuanto al modo en que debían formularse las ofertas, examinada en el epígrafe anterior, entendemos que tal aclaración de la oferta de la empresa recurrente no supone la modificación de la oferta presentada ni es lesiva del principio de igualdad de trato con el resto de los licitadores.

3. Conclusión.

Lo anterior conduce a la conclusión de que la Orden Foral 440/2021 es contraria a derecho determinante de anulabilidad (artículo 40 LCSP) en el punto en que excluye a la empresa recurrente y en el punto en que adjudica el contrato, pues el acto de adjudicación tiene como antecedente necesario la exclusión de la recurrente.



La invalidez se comunica también y por el mismo motivo (artículo 49.1 LPAC, a contrario sensu) al acto de formalización del contrato, pues el mismo no es independiente de la adjudicación. Adicionalmente, el artículo 39 LCSP establece la nulidad de pleno derecho de los contratos formalizados sin respetar la suspensión automática del procedimiento de contratación establecida en el artículo 53 LCSP cuando el acto impugnado mediante recurso especial sea el de adjudicación, como es el caso, en relación con lo establecido en el artículo 153.3 LCSP.

La exclusión de los demás licitadores distintos del recurrente dispuesta en la misma Orden Foral 440/2021 ha de mantener sus efectos jurídicos en la medida en que, al no haber sido impugnada, queda fuera del ámbito de conocimiento y de decisión del presente recurso.

RESOLUCIÓN

PRIMERO.- Estimar el recurso interpuesto por D. Ramiro Gutiérrez González, en representación de la mercantil SPHERA, DESARROLLO E INNOVACIÓN EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.A. y, en consecuencia:

- a) Revocar y anular la Orden Foral 440/2021, de 23 de noviembre, de la Diputada Foral de Fomento del Empleo, Comercio y Turismo y de Administración Foral, excepto en lo que se refiere a la exclusión de las licitadoras distintas de la recurrente (Versia Infraestructuras TI, SL y Deusto Seidor, SA).
- b) Declarar la nulidad del contrato formalizado con la empresa adjudicataria.

Como consecuencia de la estimación del recurso, el procedimiento se retrotraerá al momento inmediatamente anterior a la elaboración de la propuesta de adjudicación del contrato por parte de la Mesa de Contratación, de manera que, admitida la oferta de la empresa recurrente en los términos expresados en el fundamento de derecho séptimo anterior, proceda la Mesa de nuevo a la evaluación y clasificación de las ofertas admitidas y a la elevación al órgano de contratación de una nueva propuesta de adjudicación a los efectos consiguientes.

SEGUNDO.- No se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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 País Vasco, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.