

Recurso 372/2023
Resolución 419/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 8 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MAIN MEMORY, S.A.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 2 de agosto de 2023, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación denominado “Contrato mixto de suministro e instalación de hardware, software, elementos de comunicación y licencias, y el servicio de configuración de servidores y sistemas de virtualización y entrenamiento para el uso, para la actualización de la plataforma de virtualización de escritorios ubicada en el Centro de Procesamiento de Datos del Ayuntamiento de Úbeda, en el marco de la EDUSI UB/BZ 2020, cofinanciada en un 80% mediante el Programa Operativo Plurirregional de España (POPE) 2014-2020 de FEDER ESPAÑA” (Expte. C2023/028), promovido por citado Ayuntamiento de Úbeda (Jaén), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de mayo de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado de la presente licitación asciende a la cantidad de 210.943,60 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

El 2 de agosto de 2023, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda la exclusión de la oferta presentada por la entidad MAIN MEMORY, S.A. El acta de la citada sesión se publicó en el perfil de contratante el 3 de agosto de 2023.

SEGUNDO. El 4 de agosto de 2023, tuvo entrada en el órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MAIN MEMORY, S.A. (en adelante MAINMEMORY o la recurrente), contra el citado acuerdo de exclusión. Dicho escrito se recibió en este Tribunal el 9 de agosto de 2023.

La Secretaría de este Tribunal solicitó al órgano de contratación el informe sobre el recurso interpuesto, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente, lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles al resto licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Úbeda (Jaén) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación de la oferta de la recurrente, adoptado en un contrato mixto de suministros y servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento.

Con carácter previo al análisis del fondo de la cuestión procede reproducir aquellas actuaciones realizadas en el procedimiento relevantes para centrar el objeto de la controversia.

En este sentido, en la cláusula 9 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) se establece la forma de presentación y contenido de las proposiciones. Respecto del contenido del sobre B se recoge la siguiente advertencia: *«En ningún caso los licitadores podrán introducir en este archivo ninguno de los criterios evaluables automáticamente (documentos propios del ARCHIVO ELECTRÓNICO C), o cualquier información o documentación que permita concluir o deducir la puntuación obtenida en los criterios evaluables mediante fórmulas distintas de la oferta económica, ya que en caso contrario la Mesa de Contratación no admitirá la proposición presentada, quedando excluidos del procedimiento de licitación».*

En esta misma cláusula queda recogida la documentación que debe figurar en el sobre C, la correspondiente a los criterios evaluables de mediante fórmulas, en la que se establece que se deberán consignar los datos de



acuerdo con el modelo contenido en el anexo II. En el citado anexo se establece como mejora la siguiente: «b) 3. *Mejora del nivel de soporte técnico en garantía 8 horas x 5 días exigido en el PPT*» en el supuesto en el que el licitador incluya en su oferta: «*Soporte técnico 24 horas x 7 días*».

Pues bien, en la sesión de la mesa de contratación de 2 de agosto de 2023, en la que se procede a valorar las ofertas respecto del sobre B y a la apertura del sobre C, se manifiesta respecto de la oferta de la recurrente que en la página 27 de su memoria técnica se realiza la siguiente mención: «*Mejoras de valoración respecto de estos requisitos, tal como se contempla para mejorar el servicio de asistencia técnica, se realizará un Focal Point a través de nuestro Centro de Soporte al Usuario para la apertura de tickets vía mail o telefónicas, dicho CSU tiene un soporte de 24x7 para la apertura de incidentes y dar soporte a los mismos y se podrán escalar las incidencias graves a los diferentes fabricantes para la resolución de incidencias*».

En este sentido, la mesa de contratación al considerar que en el sobre B de la oferta de la recurrente se adelanta una cuestión que es objeto de valoración en el sobre C, el «*soporte técnico 24 horas x 7 días*» acuerda excluir su oferta del procedimiento de contratación en aplicación de lo dispuesto en la cláusula 9 del PCAP.

Este acuerdo es el impugnado por la recurrente.

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente combate el acuerdo de exclusión argumentando, en síntesis, que su exclusión deriva de una interpretación rápida de su oferta y asevera que no adelanta en el sobre B de su oferta ningún aspecto valorable en el sobre C.

En este sentido indica refiriéndose al contenido de su oferta que: «*estamos declarando claramente que nuestra oferta básica es 8x5 a 3 años que es lo mínimo requerido cuidándonos de no desvelar la información del sobre C. En relación al punto que uds. advierten en cuanto al servicio de atención de las incidencias, MEJORA NO PUNTUABLE como tal, es que tenemos un CALL CENTER que dispondremos al cliente para recoger los tickets y en el mismo describe el funcionamiento que puede ser 24x7 pero esto NO significa que estemos declarando oferta 24x7, de hecho nuestro Call Center funciona 24x7 a los clientes que lo tienen contratado que no son la mayoría. Estamos informando simplemente de la operativa de una mejora NO puntuable como es nuestro CSU o CALL CENTER que se describe más ampliamente en el punto 2 de la nuestra MEMORIA TECNICA como podrán comprobar*».

En definitiva, alega que ha habido un error en la interpretación rápida por los redactores del informe técnico de valoración de su oferta y por tanto de la mesa de contratación y solicita que se estime el recurso y que se readmita su proposición y se valore.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación solicita la desestimación del recurso en su informe. En este sentido, se reafirma sobre las actuaciones realizadas por el órgano de contratación. Manifiesta lo siguiente: «*A la vista de cuanto antecede, me reafirmo en mi informe de fecha 31/07/2023 sobre Valoración de Memorias técnicas, al entender que en la Memoria Técnica, Archivo electrónico B, presentada por la recurrente, se ha revelado uno de los criterios de valoración evaluables automáticamente mediante la aplicación de fórmulas, que debía de haberse ofertado en el Archivo Electrónico C Oferta económica, lo que implica una vulneración del secreto de las proposiciones, y de los*



principios de imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de ofertas, tal y como señala la propia Mesa, motivo de la exclusión».

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora analizar el fondo de la controversia que versa sobre si fue correcta la actuación de la mesa de contratación al excluir la oferta de la recurrente por conculcar su oferta los artículos 139 y el 146.2.b) de la LCSP, con relación a la revelación de información que debía ser objeto de valoración respecto de los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas -sobre C-, en el momento de la apertura del sobre B de las proposiciones.

En primer lugar, se ha de recordar el contenido del artículo 139 de la LCSP que dispone “1. *Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (...)*”. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos que rigen el contrato son “*lex inter-partes*” o “*lex contractus*” y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, y al propio órgano de contratación.

Así lo hemos sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio: “*En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.*”

Asimismo, este Tribunal, ha puesto de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, y 200/2017, de 6 de octubre y 14/2021, de 21 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*”, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

Pues bien, en primer lugar, el artículo 139.2 LCSP, establece que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las mismas¹. Aplicando lo anterior al presente supuesto, se ha de tener en cuenta, como anteriormente se ha reproducido, que la cláusula 9 del PCAP advierte sobre esta cuestión al establecer que: «*En ningún caso los licitadores podrán introducir en este archivo ninguno de los criterios evaluables automáticamente (documentos propios del ARCHIVO ELECTRÓNICO C), o cualquier información o documentación que permita concluir o deducir la puntuación obtenida en los criterios evaluables mediante fórmulas distintas de la oferta económica, ya que en caso contrario la Mesa de Contratación no admitirá la proposición presentada, quedando excluidos del procedimiento de licitación*».

Este Tribunal tras analizar la oferta de la recurrente no aprecia infracción en la actuación de la mesa de contratación, dado que se deduce con suficiente claridad que en la proposición de la recurrente incluida en el sobre B se incluye la mejora correspondiente a la ampliación del servicio de soporte técnico «*call center*» que se

¹ En el mismo sentido el art. 26 del R.D. 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público



valora en el sobre C. Incluso en la oferta de la recurrente esta cuestión se denomina como «*mejoras de valoración respecto de estos requisitos*» se indica que se oferta para «*mejorar el servicio de asistencia técnica*» tras la reproducción en el mismo apartado de los requisitos mínimos cuya mejora es objeto de valoración en el sobre C. Por tanto, como indicamos este Tribunal considera que fue correcta la apreciación de la mesa de contratación.

Pues bien, sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de valor, tiene este Tribunal una doctrina consolidada. Así cabe destacar entre las primeras su Resolución 137/2014, de 10 de junio. En ella, se reproduce parte del artículo 150.2 de la normativa contractual anterior, con una redacción idéntica al antepenúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP, así como los artículos 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009. Asimismo, con apoyo en la normativa contractual anterior, este Órgano se ha pronunciado al respecto entre otras en su Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 204/2018, de 29 de junio, 275/2019, de 6 de septiembre y 315/2020, de 24 de septiembre. También ha sido profusa la doctrina de este Tribunal ya con la nueva LCSP, entre las que cabe destacar entre las más recientes las Resoluciones 180/2021, de 6 de mayo, 398/2021, de 21 de octubre y 277/2022, de 20 de mayo.

Siguiendo la citada doctrina, ha de partirse del antepenúltimo y penúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP que disponen que «*En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.*

La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.».

Asimismo, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009 establece que «*La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.*» y el artículo 30.2 del citado Real Decreto prevé que «*En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.*».

La finalidad perseguida por la regulación expuesta no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad de los órganos técnicos de la Administración en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, evitando que esta valoración pueda resultar influenciada por un conocimiento anticipado de determinados aspectos de la oferta que deben evaluarse en una fase posterior de la licitación mediante la aplicación de fórmulas.

Así las cosas, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación, en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de alguna licitadora, pueden implicar desigualdad en el trato de las mismas.

Así pues, el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras a hacer efectivo el principio de igualdad de trato



consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública. En este sentido, lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 146.2 de la LCSP.

En definitiva, en el presente caso, la inclusión en el sobre B de información que revela la puntuación a obtener en la valoración de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, a incluir en el sobre C, vulnera el carácter secreto de la oferta, y las garantías de imparcialidad y objetividad en la valoración de las proposiciones que preservan los preceptos legales y reglamentarios antes invocados, teniendo en cuenta que la apertura del sobre C ha de tener lugar tras conocer la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor, y en acto público, en el que se hacen efectivos, entre otros, los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, igualdad de trato de las licitadoras e integridad, a los que ha de ajustarse la contratación del sector público.

Procede, pues, desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MAIN MEMORY, S.A.**, contra la el acuerdo de la mesa de contratación, de 2 de agosto de 2023, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación denominado “Contrato mixto de suministro e instalación de hardware, software, elementos de comunicación y licencias, y el servicio de configuración de servidores y sistemas de virtualización y entrenamiento para el uso, para la actualización de la plataforma de virtualización de escritorios ubicada en el Centro de Procesamiento de Datos del Ayuntamiento de Úbeda, en el marco de la EDUSI UB/BZ 2020, cofinanciada en un 80% mediante el Programa Operativo Plurirregional de España (POPE) 2014-2020 de FEDER ESPAÑA” (Expte. C2023/028), promovido por citado Ayuntamiento de Úbeda (Jaén).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

