

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

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.M.L., en nombre y representación de Algoritmos, Procesos y Diseños, S.A. (en adelante APD) contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 21 de febrero de 2018 por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Adquisición y mantenimiento del Sistema de Tratamiento de Emergencias de la Dirección General de la Policía Municipal de Madrid”, número de expediente: 300/2017/01137, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de diciembre de 2017 se publicó en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, previa publicación en el DOUE el día 15 de diciembre, que fue corregida en el DOUE de 30 diciembre, y el 23 de diciembre en el BOE, el anuncio de licitación, correspondiente al contrato “Adquisición y mantenimiento del Sistema de Tratamiento de Emergencias de la Dirección General de la Policía Municipal de Madrid”, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es 2.884.200 euros y la duración treinta y seis meses, dividida en dos fases, una la de implantación para la que contempla una duración de

12 meses y otra la de soporte y mantenimiento para la que prevé 24 meses, esta última prorrogable por otro periodo igual.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato que respecto de los criterios de adjudicación en el apartado 20 del Anexo I se distinguen *“criterios no valorables en cifras o porcentajes a los que se asigna un 25% del total y criterios valorables en cifras o porcentajes, a los que se asigna el 75% restante”*.

En el apartado A relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, en la descripción del criterio A.15 “Plan de soporte y mantenimiento” se establece:

“Se valorará con un máximo de 5 puntos el plan de soporte y mantenimiento teniendo en cuenta:

- Mejoras cubiertas sobre los requisitos de soporte y mantenimiento expuestos en el PPT (2,5 puntos).*
- Mejoras al nivel de servicio planteado en el PPT (2,5 puntos)”*.

Por otra parte en este apartado 20, punto B, -criterios valorables en cifras o porcentajes-, en concreto en el *“B3. Valoración de mejora ofertada sobre Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS)”*, dispone que *“Se valorará con un máximo de 10 puntos la mejora aplicada en los valores de los umbrales del Acuerdo de Nivel de Servicio correspondiente al indicador ITM de “Tiempos máximos de Respuesta y Resolución” definidos en el apartado “11.1. Acuerdo de Nivel de Servicio” del PPT.*

Esta mejora será en porcentaje sobre el umbral de alerta (Ua) y sobre el umbral máximo de cumplimiento (Um), entre el 0% y el 100%” que se valorará aplicando una fórmula que recoge.

El PPT en el apartado 11.1 define pormenorizadamente en qué consisten los Acuerdos de Nivel de Servicio (ANS) descritos en este apartado, sus parámetros (niveles de criticidad y tiempos para el tratamiento de incidencias, tanto en la respuesta como en la resolución), horarios, penalidades e incluye un tabla que especifica los tiempos de respuesta y resolución requeridos para el servicio en función del nivel de criticidad de la incidencia:

Nivel de criticidad	Tiempo máximo de respuesta en horas laborables	Tiempo máximo de resolución en horas laborables
Alta	15 minutos	3 horas
Media	1 hora	12 horas
Baja	4 horas	49 horas

Así como los Acuerdos de nivel de servicio mínimos

	Periodo de medición	Tiempos establecidos acordados a la criticidad	Umbral de alerta parcial (número de requerimiento de soporte no atendidos en el periodo)	Peso	Umbral de alerta (Ua)	Umbral máximo de cumplimiento (Um)
Tiempo de respuesta	Mensual	Alta < 15 min.	1	4	14	42
		Media < 1 h.	2	1		
		Baja < 4 h.	4	0,25		
Tiempo de resolución	Mensual	Alta < 3 h.	1	4		
		Media < 12 h.	2	1		
		Baja < 48 h.	4	0,25		

Como Acuerdos de nivel de servicios requeridos (ANS), se consideran como umbral de alerta y umbral máximo de incumplimiento medio mensual del período facturado los siguientes:

Umbral de alerta(Ua)	Umbral máximo de incumplimiento(Um)
14	42

Dónde:

“- Ua es el Umbral de alerta medido en el número ponderado de requerimientos de servicio no atendidos en plazo. Por debajo de este umbral el servicio es completamente satisfactorio y no se aplica ningún descuento. A partir de que se supera este umbral se dispara la alerta en cuanto a que el servicio empieza a dejar de ser satisfactorio y se empiezan a aplicar descuentos proporcionales a las distancias a dicho umbral.

- *Um el Umbral máximo de cumplimiento, medido en número de requerimientos de servicio no atendidos en plazo. Cuando el valor del indicador se sitúa en este umbral se aplica el descuento máximo”.*

Se ofrece asimismo el método de cálculo de cada uno de los valores y para mayor claridad el apartado 11.2 incluye una tabla de ejemplo de cálculo de indicadores de nivel de servicio (ANS).

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 8 ofertas entre ellas la de la recurrente.

Con fecha 21 de febrero de 2018 la Mesa de contratación acordó excluir a cinco licitadoras por varios motivos, en concreto la exclusión de la oferta de APD se justifica porque en el subcriterio A15 *“Incluye datos que deberían estar solo en el sobre 3 relativos al criterio valorable en cifras o porcentajes: Mejora en ANS”*. El Acuerdo de exclusión se notificó mediante fax el 28 de febrero de 2018, publicándose en la misma fecha en el Perfil de contratante.

Tercero.- Con fecha 20 de marzo de 2018, previa la presentación del anuncio a que se refiere 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), se presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que lo remitió al Ayuntamiento de Madrid ese mismo día requiriéndole para que remitiera el expediente y el informe a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP, lo que verificó el día 23 de marzo.

En el recurso se solicita que se deje sin efecto el acto de exclusión y se retrotraigan las actuaciones al momento de la exclusión procediéndose en consecuencia a la apertura de su sobre C, continuando el procedimiento por sus propios trámites. Se solicita asimismo la suspensión de la tramitación del procedimiento hasta la resolución del recurso.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya presentado ninguna.

Quinto.- Con fecha 11 de abril de 2018 el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado se notificó el 28 de febrero de 2018 y el recurso se interpuso el 20 del mes de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al haber sido excluida de la licitación, (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso se solicita que se anule el acto de exclusión puesto que la mejora ofertada por APD en su sobre B, y consistente en disminuir los tiempos de respuesta a las incidencias que pudieran darse en el servicio, en nada afectaba, determinaba o daba indicio de las posibles mejoras que APD pudiera incluir en su sobre C relativas a los umbrales de alerta o cumplimiento, que eran los parámetros señalados expresamente tanto en el PCAP como en el PPT. Sostiene que para que opere la exclusión de un oferente por violentar el secreto de las ofertas al incluir información susceptible de valoración objetiva o automática dentro del sobre destinado a la información susceptible de juicio de valor, debe probarse que efectivamente la información revelada tenía efecto en el resultado final de la valoración, citando para fundamentar dicha conclusión, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2011, el Dictamen del Consejo de Estado 630/2013, de 11 de julio y el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 30/2011, de 15 de diciembre, o el Acuerdo del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón 16/2011.

Añade que o bien se debe considerar su criterio correcto, -y como prueba de ello alega que al menos otros 3 licitadores lo han entendido y aplicado en el mismo sentido, motivo por el que han sido igualmente excluidos-, o por el contrario solo cabe concluir que el PCAP adolece de ambigüedad y oscuridad lo que indujo a la mitad de los licitadores a interpretarlo de forma errónea. En ambos casos la conclusión lógica sería la aceptación de las ofertas que fueron rechazadas.

Por el contrario, opone el órgano de contratación que debido a la relación de los indicadores Umbral de alerta (Ua) y Umbral máximo de cumplimiento (Um) con los correspondientes (ITM) Indicadores de Tiempos Máximos (Respuesta o Resolución), a la vista de la mejora ofertada en la página 58 de la memoria técnica de APD, se está desvelando los ITM, sobre los que el PCAP ha establecido su pertenencia exclusiva al sobre C, por lo que ratifica el criterio de la Mesa de contratación y considera su actuación conforme con el criterio del TACRC manifestado entre otras en las resoluciones 8/2016; 67/2012 y 62/2013.

Manifiesta en su informe que el Pliego es claro y entendible por todos los licitadores sin que sea un argumento de peso el que hayan sido excluidos “la mitad de ellos” ya que con el mismo fundamento se podría argumentar lo contrario.

Para la resolución de este motivo de recurso, debemos partir de la consideración del contenido de los pliegos como ley del contrato que vincula tanto a la Administración como a los licitadores. Es preciso recordar asimismo, que los Pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos por ninguno de los ofertantes ni corregidos por el órgano de contratación, por lo tanto, los han aceptado en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Comprueba el Tribunal que APD realiza una mejora, sobre los ANS incluyendo una tabla comparativa, en concreto:

Tiempo máximo de respuesta	Tiempo máximo de resolución en horas laborables
3 min	1,5 horas
3 min	2 horas
3 min	3 horas

Es necesario recordar que el TRLCSP señala en su artículo 150 que “2. (...) *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 concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada*”. En el mismo sentido el artículo 26 del Real Decreto 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, 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 aquellos”. La finalidad no es otra que garantizar el principio de igualdad en materia de contratación que implica que todos los licitadores han de encontrarse en pie de igualdad de trato tanto en el momento de presentar sus proposiciones como en el momento posterior, de ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE, de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así lo dispone el vigente artículo 139 del TRLCSP “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y se ajustarán al principio de transparencia”.

Ahora bien, como señalaba este Tribunal en su Resolución 112/2017, de 5 de abril, *“esta doctrina ha sido matizada al caso concreto desde parámetros de proporcionalidad, teniendo en cuenta las circunstancias de la licitación (en este caso han sido excluidas dos licitadoras por este motivo) y realizando una ponderación adecuada entre los principios de igualdad y concurrencia. Cabe por tanto acoger las conclusiones del Informe 12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en cuanto la consideración de que “la inclusión de información sujeta a valoración automática en el sobre de la oferta técnica que no era objeto de valoración no supuso merma material alguna en las garantías de la contratación, pues no se vieron afectados los principios de igualdad de trato y no discriminación”*”.

Plantea APD en su recurso que los umbrales definidos en el PPT como umbrales de alerta (Ua y Um) y el cumplimiento del indicador de tiempo máximos ITM, respectivamente, estaban determinados por dos cifras, 14 y 42 que no eran producto de ninguna operación o combinación de factores, sino que son valores estables en el tiempo, a pesar de lo que a primera vista pudiera parecer por las tablas incluidas en el apartado 11.1 del PPT.

Entiende que lo que determina el Pliego para valorar el servicio ofrecido, es si el ITM (tiempos máximos de resolución) que resulta del sumatorio del producto de

las veces que se ha incumplido el tiempo de atención de incidencias, por el peso o criticidad asignado a cada una de ellas, es mayor o menor a los valores dados para U_a y U_m , siendo siempre el valor de 14 (U_a) el que el órgano de contratación considera como límite para determinar si el servicio se considera aceptable o deben empezar a aplicar descuentos, y 42 (U_m) el valor a partir del cual se considera ya incumplimiento y debe aplicarse el descuento máximo previsto. Pero el hecho de que APD ofrezca un tiempo de respuesta menor al indicado en los Pliegos, no incide en U_a y U_m , como mucho lo que se consigue es que se llegue antes a esos límites, que es exactamente la mejora que se oferta, pero en ningún caso los modifica.

El órgano de contratación reitera que si bien en el criterio objetivo B-3 solo se tiene en cuenta el porcentaje de mejora aplicada en los valores de los umbrales del Acuerdo de Nivel de Servicio, en dicho criterio se indica “correspondiente al indicador ITM de “Tiempos máximos de Respuesta y Resolución” definidos en el apartado “11.1. Acuerdo de Nivel de Servicio” del PPT”. De ahí la dependencia de los Indicadores U_a y U_m con los ITM y por tanto, la correcta exclusión de APD que expresamente señala en su Proyecto los tiempos máximos de respuesta en horas (3 minutos para cada nivel de criticidad) y los tiempos máximos de resolución en 1,5 horas, 2 horas y 3 horas respectivamente para los niveles alto, medio y bajo, respectivamente.

Es evidente que un valor que se obtiene de la suma ponderada de varios indicadores, variaría su resultado si se modifica el valor de los indicadores considerados o/y su peso. Claro que con los tiempos ofertados no puede modificarse el valor mínimo de prestación satisfactoria del servicios ($U_a = 14$) ni el de valor a partir del cual se aplicarían los descuentos ($U_m = 42$) por ser valores objetivos dados para el seguimiento del contrato pero al mejorar esos tiempos no solo está asegurando que no los alcanzará nunca sino sobre todo está mejorando los ANS correspondientes al ITM de “Tiempos Máximos de Respuesta y Resolución”. Esta conclusión es compatible además con las propias explicaciones de la recurrente cuando afirma que la oferta de un tiempo de respuesta menor al indicado en los Pliegos, no incide en U_a y U_m , sino que lo que se consigue es que se llegue antes a

esos límites, que es exactamente la mejora que se oferta, pero en ningún caso los modifica.

De lo anterior resulta que los ANS se refieren no solo a los niveles de criticidad sino también a los tiempos máximos de respuesta y resolución, fijados como mínimos en el PPT. Constatado que APD ha incluido unos tiempos máximos de respuesta y de resolución de las incidencias en el Plan de soporte y mantenimiento presentado, inferiores a aquellos, y por tanto mejorándolos como sigue:

Nivel de criticidad	Tiempo máximo de respuesta en horas laborables		Tiempo máximo de resolución en horas laborables	
	PPT	APD	PPT	APD
Alta	15 minutos	3 minutos	3 horas	1,5 horas
Media	1 hora	3 minutos	12 horas	2 horas
Baja	4 horas	3 minutos	49 horas	3 horas

La cuestión determinante no es si tal información permite conocer el contenido exacto de la oferta incluida en el modelo de su proposición económica, sino que está referida a unos valores muy sensibles y relevantes por lo que su valoración ha de ser objetiva, motivo por lo que se ha reservado su valoración y preservado su contenido a los criterios de valoración sujetos a fórmula.

Asimismo se debe tener en cuenta que en el apartado 22 del Anexo I del PCAP expresamente se prevé *“22.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación Se hace constar expresamente que, en aquellos casos en que se incluyan en el sobre A o B documentos relativos al sobre C denominado “criterios valorables en cifras o porcentajes”, o en el sobre A documentos correspondientes al sobre B de “criterios no valorables el cifras o porcentajes”, la mesa podrá determinar la exclusión del licitador si se vulnera carácter secreto de la proposición de conformidad con el artículo 145.2 TRLCSP y los artículos 80 y siguientes del RGLCAP”.*

Siendo esta una mejora valorable como criterio objetivo en el apartado 20.B3 del Anexo I del PCAP y teniendo en cuenta no solo la necesidad de promover la concurrencia que a la postre implica mayor eficiencia en la contratación, sino también la igualdad de trato de todos los licitadores, solo cabe desestimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 F.M.L., en nombre y representación de Algoritmos, Procesos y Diseños, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 21 de febrero de 2018 por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Adquisición y mantenimiento del Sistema de Tratamiento de Emergencias de la Dirección General de la Policía Municipal de Madrid”, número de expediente: 300/2017/01137.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 del TRLCSP.