

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

En Madrid, a 24 de febrero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa NTT DATA SPAIN, S.L.U. (en adelante, “NTT DATA”) contra la resolución 661/2021, de 29 de diciembre, dictada en la licitación del contrato de “Servicios de transformación digital del canal web de la Comunidad de Madrid. 3 lotes, que podrá ser cofinanciado por fondos europeos de la iniciativa Next Generation EU”, con número de expediente ECON/000123/2021, por cuya virtud se admite la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación en relación con la clasificación de las proposiciones presentadas al Lote 3 “Transformación Digital de la Plataforma Digital del Canal Web”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE de 12 de noviembre de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y con división en tres lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 13.374.720 euros.

El órgano de contratación manifiesta que finalmente, el contrato no va a ser cofinanciado por Fondos Europeos de la Iniciativa Next Generation EU.

Segundo.- A la presente licitación para el lote 3 se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

En fecha 18 de octubre de 2021, se reunió la Mesa de Contratación de la Agencia comenzando el acto con la comprobación de las ofertas electrónicas presentadas. En dicho acto, se procedió a calificar la documentación administrativa a la que hace referencia el Artículo 140 de la LCSP, resultando que algunas de las empresas debían proceder a la subsanación de los errores u omisiones subsanables advertidos.

El 22 de octubre de 2021, se reunió la Mesa de Contratación de la Agencia para proceder, en virtud de lo establecido en la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a la calificación de la documentación aportada para la subsanación de los defectos y omisiones en la documentación administrativa presentada por los empresarios, y a la apertura, en acto público, del sobre que contiene la documentación técnica relativa a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor (Sobre N° 2).

El día 12 de noviembre de 2021, se reunió la Mesa de Contratación de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid para proceder, en virtud de lo establecido en la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a la apertura del Sobre nº 3 que contiene las proposiciones económicas y la documentación correspondiente a los criterios evaluables por aplicación de fórmulas, presentada por los empresarios admitidos a la licitación.

En reunión de 23 de diciembre de 2021, la Mesa de contratación procedió a la clasificación de las ofertas, por orden decreciente, para cada uno de los lotes, para su elevación al órgano de contratación. Para el lote 3 quedó clasificada en primer lugar la empresa UTE: OPENTRENDS SOLUCIONES I SISTEMES, S.L- YMBRA SOLUCIONES SL y en segundo lugar la recurrente.

Mediante Resolución nº 661/2021, de 29 de diciembre, el órgano de contratación acordó la admisión de la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación en relación con la clasificación de las proposiciones presentadas a la licitación del contrato referenciado. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la CM en fecha 14 de enero de 2022, y se notificó a la recurrente ese mismo día.

Con fecha 4 de febrero de 2022 la empresa NTT DATA presentó recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución.

Tercero.- El 9 de febrero de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 17 de febrero de 2022 tiene entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones efectuadas por la interesada, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho Quinto de esta Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 14 de enero de 2022 e interpuesto el recurso el 4 de febrero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo del órgano de contratación de clasificación de las ofertas para el lote 3 de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Respecto a la consideración del acuerdo de clasificación de las ofertas por el órgano de contratación como acto susceptible de recurso especial procede traer a colación la Resolución del TACRC 421/2021, de 16 de abril, lo siguiente:

«La resolución recurrida de 30 de septiembre de 2020 es un acto del órgano de contratación que clasifica las ofertas y al emanar del propio órgano de contratación, consideramos que sí decide indirectamente sobre la adjudicación, en concreto, sobre a favor de qué licitador ha de efectuarse, previo cumplimiento de lo determinado en el artículo 150.2, determinación que se la hace a sí mismo dicho órgano, lo que excluye, en principio, la posibilidad de que el órgano de contratación se separe de su propia declaración de voluntad, que es lo que determina que esa misma clasificación realizada por la mesa no se considere acto de trámite cualificado.

A partir de la resolución del recurso 1077/2020 (resolución 174/2021), este Tribunal considera que la clasificación realizada por el órgano de contratación decide indirectamente la adjudicación, por lo que, en base al artículo 44.2.b) LCSP, se trata de un acto de trámite cualificado, susceptible de recurso especial en materia de contratación.»

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto conviene destacar que en lo que se refiere al lote 3 objeto del presente recurso, el apartado 8 de la cláusula 1 PCAP establece los criterios de adjudicación del mismo atendiendo tanto a criterios relacionados con los costes (hasta 50 puntos) como a criterios de carácter técnico (hasta 50 puntos).

En cuanto a los criterios técnicos, se establece 1 criterio evaluable de forma automática mediante la aplicación de fórmulas (hasta 20 puntos) y 2 criterios evaluables mediante un juicio de valor (hasta 30 puntos), de conformidad con la siguiente tabla:

CRITERIOS	TIPO	PUNTOS
Contribuciones a la Comunidad Drupal	Automático	20
Experiencia desarrollo de web en tecnología Drupal	Juicio de valor	15
Puesta a punto de un portal Drupal en producción	Juicio de valor	15
TOTAL		50

En lo que se refiere a la descripción concreta del criterio “*Contribuciones a la Comunidad Drupal*”, el PCAP establece lo siguiente:

«Al tratarse Drupal de una tecnología con licencia software libre la Comunidad Drupal cumple un papel equivalente al fabricante, en el caso de tecnologías con licencia privada. Por ello, este criterio mide el grado de compromiso, y aportación a la Comunidad Drupal de la empresa adjudicataria, para lo se tendrán en cuenta las medidas ofrecidas por la página oficial de la Comunidad Drupal en cuanto a sus organizaciones colaboradoras en España <https://www.drupal.org/organizations/spa>»

Asimismo, se establece que la puntuación para este criterio será la suma de los puntos obtenidos en cada uno de los subcriterios descritos en la siguiente tabla:

SUBCRITERIOS	
CONTRIBUCIONES A LA COMUNIDAD DRUPAL	PUNTOS
La empresa es un Drupal Service Provider España	4
La empresa ha obtenido más de 5 “issue credits” en los últimos 90 días	4
La empresa ha obtenido más de 15 “issue credits” en los últimos 90 días	4
La empresa tiene 15 o más “Project supported”	4

La empresa tiene 30 o más “Project supported”	4
MÁXIMA PUNTUACIÓN	20

En este sentido, un “issue credit” indica que la empresa ha resuelto en la Comunidad Drupal una problemática del software que ha sido reportada en la Comunidad, mientras que un “Project supported” es un nuevo módulo que incorpora un conjunto de funcionalidades que extienden las capacidades de un software.

Finalmente, el apartado 8 de la cláusula 1 PCAP establece para este criterio de valoración que *“la evaluación de este criterio se realizará sobre los valores de la siguiente tabla, aportada por la empresa, que tomará los valores de la página <https://www.drupal.org/organizations/spain>, dentro del plazo de presentación de ofertas de este expediente y que será comprobado posteriormente a la apertura del sobre 3 con la declaración del licitante por el Departamento Técnico de Madrid Digital”*.

Entrando al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en que la oferta de la adjudicataria acredita, presuntamente, 30 “Projects supported” y 15 “issue credits” en los últimos 90 días. En concreto, de los miembros que componen la UTE, la mercantil que realmente los acredita es Ymbra Soluciones, S.L.

Sin embargo, se puede comprobar que Ymbra habría falseado la información presentada con el objeto de obtener una mejor valoración en el expediente que nos ocupa.

Sobre los **30 “Projects supported”**, señala que si accedemos al perfil de YMBRA en Drupal (<https://www.drupal.org/ymbra#org-page-issue-credit>), puede verse que la contribución anual de YMBRA a la Comunidad es de máximo 4 proyectos en los últimos 11 años, salvo excepción de 2021 con 11. Sin embargo, de los 11 proyectos creados en 2021, 8 se crearon entre el día 13 de octubre y el día 14 de octubre de 2021, esto es, a dos días de finalizar el plazo para la presentación de

ofertas (15 de octubre de 2021, a las 23:59 horas). Dicho de otro modo, un 25% de la contribución de YMBRA a la Comunidad en los últimos doce años se concentra en los dos días previos a la entrega de la oferta. Los 8 proyectos a los que nos referimos han sido creados y resueltos por la misma persona de YMBRA, esto es, su CEO y propietario D. Ramón Vilar Gavaldá.

Añade que el objetivo de un proyecto es que la comunidad pueda acceder al código del mismo para utilizarlo. Para ello se crean lo que se denominan “versiones” o “releases” del código, que favorecen la evolución del mismo y su aplicación por parte de terceros. De los 8 proyectos creados entre el día 13 y día 4 ninguno tiene “releases”. Asimismo, en 3 de los proyectos ni siquiera hay código, es decir, se ha dado de alta el proyecto, pero está vacío, con lo que no sirve para nada a la Comunidad, es decir, es un proyecto “sin ningún tipo de contenido”. Son creados al efecto con el único objeto de llegar a los 30 “Projects supported”, todo ello, parece ser con la finalidad de obtener 4 puntos extra en el criterio “Contribuciones a la Comunidad Drupal, hecho que ha resultado decisivo para la adjudicación del contrato a favor de la UTE.

Con relación a **15 “issue credits”**, señala que en su oferta, Ymbra indica que tiene 15 “issue credits” en los últimos 90 días. Como resulta obvio, efectúa esta manifestación para así obtener los 4 puntos correspondientes al subcriterio “La empresa ha obtenido más de 15 “issue credits” en los últimos 90 días” del criterio “Contribuciones a la Comunidad Drupal”. No obstante, de los 15 “issue credits” que dice tener, 12 de ellos se generan entre los días 14 y 15 de octubre de 2021, esto es, el día de antes y el mismo día del plazo concedido para formular ofertas, por lo que entiende el recurrente, que no es que no debieran tener derecho a los 4 puntos del subcriterio “La empresa ha obtenido más de 15 “issue credits” en los últimos 90 días”, sino que, incluso, no deberían tener derecho ni a los puntos del subcriterio “La empresa ha obtenido más de 5 “issue credits” en los últimos 90 días”. Todas las incidencias se abren y cierran por la misma persona de YMBRA (D. Ramón Vilar Gavaldá) en el día previo y el mismo de finalización del plazo para presentar oferta,

es decir, como puede comprobarse parece ser que el objetivo no es resolver una problemática a un tercero o colaborar con la Comunidad, sino aparentar que se ha resuelto un problema.

Añade que, como puede comprobarse, todas las incidencias se corresponden a los proyectos creados entre los días 13 y 14 de octubre anteriormente reseñadas, es decir, la misma persona de YMBRA que crea el proyecto, reporta una incidencia y la resuelve el mismo día, todo ello entiende el recurrente que con el objetivo de maximizar los criterios de puntuación y hacer ver al órgano de contratación que su aportación a la Comunidad es mayor que la realmente producida.

Concluye su alegato señalando que como puede comprobarse, para el criterio “Contribuciones a la Comunidad Drupal”, la adjudicataria ha obtenido 20 puntos de 20 posibles, lo cual quiere decir que ha obtenido los 4 puntos correspondientes al subcriterio “La empresa tiene 30 o más Project supported”, los 4 correspondientes al subcriterio “La empresa ha obtenido más de 5 issue credits en los últimos 90 días” y los 4 correspondientes al subcriterio “La empresa ha obtenido más de 15 issue credits en los últimos 90 días”. De no haberse emitido lo que entienden es una declaración falsa al rellenar el anexo IX PCAP, la UTE no habría obtenido estos 12 puntos adicionales, con lo que, en suma, NTT DATA habría resultado adjudicataria del Lote 3 del contrato que nos ocupa.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que la adjudicataria recogió en la declaración responsable presentada, comprobada en la página web de la Comunidad, los siguientes datos:

- 30 “Projects supported” en los últimos 90 días
- 16 “issue credits” en los últimos 90 días

En cuanto a las alegaciones formuladas en el escrito de recurso sobre estos datos, señala que se ha comprobado que todos los datos aportados en dicho escrito

por la recurrente son ciertos y se pueden comprobar en la página web de la Comunidad.

Sobre los 30 “Projects supported”, señala que, efectivamente 8 de ellos se crearon entre el día 13 de octubre y el día 14 de octubre de 2021. Este es un hecho cierto. Se ha podido analizar por el contenido de estos proyectos, que no suponen una aportación a la Comunidad Drupal, y no deberían por tanto contabilizarse como tales (Acompaña tabla que se muestra el detalle para cada uno de esos 8 proyectos). Por tanto, se ha de considerar que la UTE tendría: 22 “Project supported”, correspondiéndole por este concepto 4 puntos, en lugar de los 8 puntos asignados.

Sobre los 16 “Issue Credits” manifiesta que 12 de ellos se generan entre los días 14 y 15 de octubre de 2021. Este es un hecho cierto. Se ha podido analizar que los distintos argumentos indicados en el recurso en contra de la validez de estos “issue credits” son ciertos y, por tanto, no deberían ser contabilizados. Acompaña tabla que muestra el detalle para cada uno de esos 12 “issue credits” considerados no válidos.

Por tanto se ha de considerar que la UTE clasificada en primer lugar tendría: 4 “Issue Credit”, correspondiéndole por este concepto 0 puntos, en lugar de los 8 puntos asignados.

Concluye manifestando que, a la vista del análisis realizado, la puntuación correspondiente al criterio controvertido, para la UTE: OPENTRENDS SOLUCIONES I SISTEMES, S.L.- YMBRA SOLUCIONES SL sería 8 puntos, y el total 76 puntos, quedando por tanto en segunda posición en la clasificación de ofertas. Por ello, se aprecian circunstancias que justifican, en relación con el Lote 3, la anulación del acto impugnado, la retroacción de los trámites al momento anterior a la valoración de las ofertas y la suspensión de la tramitación del expediente.

Por su parte, la UTE alega que el criterio de valoración se configura como un criterio objetivo y de valoración automática. Esto es, que no hay un juicio de valor

propiamente ejercitado por parte de Madrid Digital, sino que, si se cumple lo indicado en los pliegos se obtiene la puntuación correspondiente.

Considera que los Pliegos exigen en relación con los “issue credits” y los “projects supported” que se acredite haber obtenido un número determinado de casos, cuya puntuación se ve incrementada al obtener 5 o 15 “issue credits” y 15 o 30 “projects supported”. La única exigencia que se determina en los Pliegos es, para el supuesto de los “issue credits”, haberse obtenido en los últimos 90 días, sin que en ningún caso resulte relevante que se hayan obtenido, dentro de ese intervalo de tiempo, en el primer o en el último día, ni cualquier requisito temporal adicional. Por ello, los Pliegos se refieren a un criterio evaluable de manera automática. Esto es, o se han obtenido 15 “issues credits” en 90 días (y obtienes 4 puntos) o no. O se tienen 30 “projects supported” (y obtienes 4 puntos) o no.

Respecto a los 30 “Projects supported” señala que para la acreditación de los “projects supported” se han seguido las prescripciones de los Pliegos, los cuales solo exigen que se hayan obtenidos los mismos según los criterios de la Página establecida en los Pliegos al efecto. En este sentido, y siguiendo la práctica llevada a cabo por la Comunidad, los “projects” se fueron creando para en base a un código fuente que existe para varios proyectos de clientes en producción. Además, tan solo se incluyen aquellos “projects” que, siguiendo las recomendaciones de la Comunidad, estén suficientemente probados y acreditados. Por tanto, el hecho de que no se establezcan “releases” o “versiones” del código es como consecuencia de que, en términos de calidad y práctica habitual, solo se establezcan aquellas “versiones” de códigos que queden acreditados. Resulta cierto que tres de los projects acreditados en la página, no disponían de código por cuanto es necesario una aprobación expresa por parte de nuestros clientes para poder acordar su inclusión. Sin embargo, es necesario señalar que no hay ninguna obligación, por parte de la Comunidad, estableciendo que sea necesario introducir desde el primer momento un código por parte del usuario.

Sobre los 15 “issue credits” señala que su obtención se ha realizado según la costumbre habitual de la Comunidad. En este sentido que no existen reglas específicas para reportar este tipo de incidencias. Destaca el hecho de que en la Comunidad se puedan llevar a cabo modificaciones de aquellos “issues” creados, siendo una práctica habitual que, recordemos, no está prohibida ni establecida de contrario por la Comunidad, al no disponer la misma de reglas o directrices vinculantes. A su juicio, no puede comprenderse que una de las cuestiones que son objeto del presente recurso por parte de la recurrente, es considerar que no es ajustado la acreditación de aquellos “issue credits” en los días 14 y 15 de octubre de 2021, es decir, durante los dos últimos días permitidos dentro de los 90 exigidos.

Vistas las alegaciones de las partes, procede destacar que el órgano de contratación considera que hay que estimar el recurso, toda vez que, tras el análisis y comprobación de la oferta de la empresa clasificada en primer lugar, se comprobó que las alegaciones del recurrente eran ciertas y la valoración realizada del criterio controvertido fue erróneo ya que se basó únicamente en los datos aportados en la declaración responsable del licitador, sin haber realizado una comprobación de sus datos.

Como manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015 de 11 de marzo de 2015 y más recientemente la Resolución nº 28/2021, de 21 de enero: *“El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP (actual 57.2 LCSP) establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa)”. Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de*

contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante, a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión.

En el presente supuesto, el allanamiento del órgano de contratación a la pretensión del recurrente no solo no constituye infracción alguna del ordenamiento jurídico, sino que promueve el correcto cumplimiento de las normas de contratación. Tras realizar la comprobación alegaciones presentadas por la recurrente determinó, en el ámbito de su pericia técnica, que la propuesta realizada respecto al criterio de valoración “Aportación a la comunidad Drupal” no cumplía los requisitos exigidos, rectificando la valoración inicialmente concedida.

Por todo ello, procede la estimación del recurso, anulándose la resolución del órgano de contratación por la se acepta la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación en relación con la clasificación de las proposiciones presentadas al Lote 3, con retroacción de actuaciones al momento anterior a efectuarse la valoración de la ofertas, procediendo a una nueva valoración y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la NTT DATA SPAIN, S.L.U. contra la resolución 661/2021, de 29 de diciembre, dictada en la licitación del contrato de “Servicios de transformación digital del canal web de la Comunidad de Madrid. 3 lotes, que podrá ser cofinanciado por fondos europeos de la iniciativa Next Generation EU”, con número de expediente

ECON/000123/2021, por cuya virtud se admite la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación en relación con la clasificación de las proposiciones presentadas al Lote 3 “Transformación Digital de la Plataforma Digital del Canal Web”, con retroacción de actuaciones en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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

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