

**Reclamación nº 135/2023**

**Resolución nº 157/2023**

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

En Madrid, a 20 de abril de 2023

**VISTA** la reclamación interpuesta por la representación legal de Disinfor S.L., contra el acuerdo de Metro de Madrid de fecha 14 de marzo de 2023, por el que se excluye la propuesta del recurrente de la licitación del acuerdo marco de “suministro de hardware y software de la plataforma servidor”, número de expediente 6012200290, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios publicados en el DOUE, Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid los días 13 y 14 de octubre de 2023 respectivamente, se convocó licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterio de valoración y sin división en lotes.

El valor estimado del contrato es de 1.500.000 euros y el plazo de duración de tres años iniciales y dos prórrogas de seis meses cada una.

A la presente licitación se presentaron 14 licitadores, entre ellos la recurrente.

**Segundo.-** Admitidas inicialmente todas las ofertas, en la fase de valoración técnica, se produjo la exclusión de las ofertas de CIBERNOS CONSULTING S.A. y EVOLUTIO CLOUD ENABLER S.A.U., al no cumplir sus ofertas técnicas con el contenido mínimo establecido en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP.

Asimismo, en la fase de valoración técnica, se procedió a excluir a los licitadores CGI INFORMATION SYSTEMS AND MANAGEMENT CONSULTANTS ESPAÑA, S.A.U., DISINFOR, S.L., SPHERA DESARROLLO E INNOVACION EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.A. y TAISA SYVALUE, S.L., por introducir en su oferta técnica -contenida en la Carpeta 2 de su oferta, y cuyo contenido objeto de valoración y puntuación debe ser, única y exclusivamente, el correspondiente a la valoración mediante juicios de valor-, información relativa a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas -que debe figurar únicamente en la Carpeta 3 de su oferta-, provocando dicha información deducir o conocer la puntuación de los criterios de fórmulas.

**Tercero.-** El 2 de abril de 2023 la representación legal de DISINFOR presentó ante este Tribunal reclamación en materia de contratación contra la exclusión de su oferta, argumentando que la información suministrada en el archivo dos no condicionaba la calificación de la memoria técnica y en consecuencia no contaminaba la decisión de la mesa de contratación.

El 11 de abril de 2023 el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y su informe tal como dispone 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 (en adelante, LCSP).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La empresa Metro de Madrid es una empresa pública cuya titularidad pertenece a la Comunidad de Madrid por lo que en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la LCSP, forma parte del sector público y tiene la consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su Consejo de Administración por una Administración Pública que es poder adjudicador como la Comunidad de Madrid.

Los contratos de Metro de Madrid tendrán carácter privado, rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en el RDLCSE y la LCSP, siendo susceptibles de reclamación y/o recurso especial en materia de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

En consecuencia, la tramitación de la Reclamación le será de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse iniciado la licitación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

El artículo 121.1 del RDLCSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial

en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

**Segundo.-** La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación, “*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 de la reclamación

**Tercero.-** La reclamación se plantea en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de marzo de 2023 y notificado el mismo día e interpuesta la reclamación el 2 de abril de 2023, en este Tribunal, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 121 del RDLCSE.

**Cuarto.-** La reclamación se interpuso contra un acto de tramite cualificado dentro de un acuerdo marco de suministros cuyo valor estimado es superior a 428.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 1 y 119 del RDLCSE.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, se limita a discernir si la oferta técnica presentada por la recurrente incluía datos que pudieran revelar sus mejoras relativas a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática.

Merece estudiar los distintos criterios de adjudicación que establece el PACP:

El apartado 27 de los pliegos de condiciones distingue entre los criterios de adjudicación que serán valorados mediante la emisión de un juicio de valor y aquellos otros que serán evaluados mediante la aplicación de fórmulas, de la siguiente forma:

Criterios cualitativos evaluables mediante juicios de valor:

**1. Memoria técnica (Máximo 8 puntos)**

Descripción del sistema interno de Gestión de incidencias	4 puntos
Descripción del sistema de gestión de trámites e incidencias entre Metro y la empresa fabricante o distribuidora de los productos del alcance.	4 puntos

Para los criterios mencionados anteriormente, la puntuación se asignará de acuerdo con el siguiente cuadro:

Valoración de cada criterio	Puntuación
La información es coherente, completa y con un nivel de detalle alto	100% puntos
La información es coherente, completa y con un nivel de detalle medio	50% puntos
La información es incoherente, incompleta y/o con un nivel de detalle bajo	0 puntos

Nota: esta documentación se presentará conforme a lo indicado en el apartado 42 del cuadro resumen de este PCP.

Criterios cualitativos evaluables mediante la aplicación de fórmulas:

**2. Servicio postventa (Máximo 4 puntos): comunicación de actualizaciones.**

- Se compromete a poner a disposición del contrato un sistema de envío de información comercial y técnica relativa a los productos a través de e-mail, informando de nuevas versiones, parches y actualizaciones: 4 puntos
- No se compromete a poner a disposición del contrato un sistema de envío de información comercial y técnica relativa a los productos a través de e-mail, informando de nuevas versiones, parches y actualizaciones: 0 puntos

La valoración técnica para este criterio se realizará exclusivamente con la información contenida en la declaración del Anexo XII.

**3. Asistencia técnica (Máximo 8 puntos)**

**3.1.- Prueba de funcionalidades: número de laboratorios donde Metro de Madrid pueda realizar pruebas de funcionalidades (Máximo 4 puntos).**

- Ninguno: 0 puntos
- 1 laboratorio: 2 puntos
- Más de 1 laboratorio: 4 puntos

**3.2.- Asesoría técnica (Máximo 4 puntos)**

- No se compromete a facilitar asesoría técnica sobre los productos del alcance: 0 puntos
- Se compromete a facilitar asesoría técnica sobre los productos del alcance: 4 puntos

La valoración técnica para este criterio se realizará exclusivamente con la información contenida en la declaración del Anexo XII.

Nota: esta documentación se presentará conforme a lo indicado en el apartado 43 del cuadro resumen de este PCP.

El recurrente considera que haber incluido en el sobre dos, que acoge la memoria técnica una referencia al servicio postventa y a la asistencia técnica no produce contaminación ninguna en los autores del informe técnico

Motiva su aseveración en que en anteriores licitaciones sobre el mismo objeto no existía dicha separación de criterios e invoca numerosas resoluciones y sentencias sobre la contaminación del criterio técnico por el conocimiento de parte de los criterios evaluables mediante fórmula.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta e informa al Tribunal que tanto las referencias al servicio postventa se incluyen en la página 12 de la oferta técnica, así como la asesoría técnica se incluye en la página 13 del mismo documento.

Considerando en consecuencia que se ha producido una disfunción que quedaba claramente recogida en el apartado 43 del pliego de condiciones, donde se establecía con todo detalle que información debería contener cada sobre.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la

relación contractual. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Es manifiesto y admitido por ambas partes que la oferta técnica valorable mediante juicio de valor incluye la información necesaria para calificar criterios sujetos a fórmula.

El artículo 139.2 de la LCSP establece que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, (...)”*, y el artículo 146.2.b) dispone 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 concurra 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 apartado 2 del artículo 157 de la LCSP, prevé que *“Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”*.

Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones, desde la Resolución 24/2014, de 5 de febrero, en que se examinan los supuestos que implican revelación del secreto de las ofertas o alteración del orden de apertura de las ofertas, y se sienta la doctrina del Tribunal al respecto, que la normativa (apartado 2 del artículo 150 TRLCSP y artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo) establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de

forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, todo ello con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio subjetivo.

El hecho de que la legislación de contratación pública establezca que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del órgano de contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor *“mediatizado”*, o, si se prefiere, *“contaminado”* por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes. Por lo tanto, de vulnerarse el secreto o el orden de apertura de ofertas no cabría otra alternativa que anular el procedimiento de licitación.

No obstante lo cual, tal y como ha venido manteniendo este Tribunal en numerosas resoluciones, valga por todas la 6/2021, de 13 de enero, en sintonía con la postura mantenida por el resto de Tribunales Administrativos de Contratación, debe considerarse que, el criterio establecido por el legislador, no tiene un carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la evaluación de criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas.

En este sentido interesa citar la Resolución 91/2018, de 2 de enero del

TACRC *“En esta misma línea de razonamiento, en nuestra Resolución nº 1063/2017, citando lo resuelto en la antes citada sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señalábamos que el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, se establece para evitar que el conocimiento de la oferta económica pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Por ello lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores. Todo ello exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas”.*

Más recientemente el Informe de Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid en su informe 2/2019, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, establece que *“el conocimiento de las ofertas en el momento de valoración de la documentación administrativa resulta irrelevante desde el punto de vista de los principios rectores de la contratación pública, de modo que estaríamos ante una irregularidad no invalidante del procedimiento”.*

Así descartado el automatismo en la sanción de exclusión, como alega la recurrente, debe valorarse en cada caso la trascendencia de la inclusión de la información en cuanto al objetivo último que la norma pretende conseguir, valorando que no se produzca un menoscabo de la objetividad de la valoración y el tratamiento

igualitario de los licitadores como principios a preservar con el secreto de las proposiciones.

En el caso que nos ocupa, si podemos admitir que se produce un menoscabo, ya que la puntuación del servicio postventa y asistencia técnica suman 12 puntos, calificación por encima de la propia memoria técnica, lo que sin duda, puede influir en el informe técnico de valoración de la oferta económica.

Por todo ello se desestima el motivo de recurso.

No procede por este Tribunal pronunciarse sobre la adopción de medidas cautelares solicitadas por la recurrente.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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.-** Desestimar la reclamación interpuesta por la representación legal de Disinfor S.L., contra el acuerdo de Metro de Madrid de fecha 14 de marzo de 2023, por el que se excluye la propuesta del recurrente de la licitación del acuerdo marco de “suministro de hardware y software de la plataforma servidor”, número de expediente 6012200290.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la multa 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 122 del RDLCSE.