

Reclamación nº 413/2024
Resolución nº 422/2024

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

En Madrid, a 7 de noviembre de 2024

VISTO la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación legal de TUYÚ TECHNOLOGY contra el Acuerdo del órgano de asistencia de METRO DE MADRID, S.A., por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento del software IBM instalado en Centro de operaciones de mantenimiento y monitorización de instalaciones y telecomunicaciones (COMMIT)” (LICITACIÓN 6012400297), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - El 7 de agosto de 2024 METRO DE MADRID, S.A. (en adelante METRO) remite requerimiento de solicitud de ofertas a través de la aplicación electrónica COMUNÍCATE para la contratación del servicio de referencia, a adjudicar por procedimiento negociado sin publicidad con promoción de concurrencia y pluralidad de criterios de adjudicación.

La solicitud se envió a siete empresas, de ellas solo se presentaron la

recurrente y otra.

El valor estimado del contrato es de 651.319,24 euros y su plazo de duración será de 48 meses, con posibilidad de prórroga.

Segundo. - Analizada la documentación administrativa, se procede a valorar la oferta técnica que se corresponde con la documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor (carpeta 2).

En la valoración se detecta por el órgano de asistencia que la empresa TUYÚ TECHNOLOGY, S.L., en la documentación técnica que incluye en la carpeta 2 de la aplicación SRM, se recoge información relativa a criterios evaluable mediante fórmulas, concretamente en los apartados 3.4 “Actividad 4 – Mantenimiento Preventivo” y 4.1 “Equipos de Trabajo” de su oferta.

En consecuencia, y tras valorarse esta situación, se acuerda la exclusión de dicha licitadora del proceso de licitación, procediendo a su notificación el día 24 de septiembre de 2024 a través de la aplicación de notificaciones electrónicas COMUNÍCATE.

No consta la adjudicación del contrato.

Tercero. - El 8 de octubre de 2024 tuvo entrada en este Tribunal la reclamación en materia de contratación, formulada por la representación de TUYÚ TECHNOLOGY (en adelante TUYÚ) en la que solicita que se admita su oferta al procedimiento de licitación.

El 18 de octubre de 2024 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) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la 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 46.1 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.

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 del procedimiento de 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 del recurso.

Tercero. - La reclamación se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 24 de septiembre de 2024 e interpuesto el recurso el 8 de octubre de 2024 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 121 del RDLCSE.

Cuarto. - La reclamación se interpuso contra un acto de trámite cualificado dentro de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 443.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 1 y 119 del RDLCSE.

Quinto. - A los efectos de la resolución del presente recurso interesa exponer los criterios de adjudicación establecido en el pliego de condiciones particulares:

- Criterio precio: 70 puntos.

- Criterios cualitativos evaluables mediante juicio de valor (15 puntos):

1.Organización del equipo de trabajo: 5 puntos, que a su vez se divide en varios subcriterios

2.Metodología del trabajo:10 puntos, que a su vez se divide en varios subcriterios.

-Criterios cualitativos evaluables mediante la aplicación de fórmulas (15 puntos):

1. Revisiones periódicas de mantenimiento preventivo: 5 puntos.

La periodicidad de las revisiones de mantenimiento preventivo de la plataforma de software se valorará como sigue:

PERIODICIDAD	PUNTUACIÓN
Mensual	5 puntos
Trimestral	2,5 puntos
Semestral	1,25 puntos
Anual	0 puntos

2.- Experiencia en mantenimiento de software IBM del Analista funcional: 5 puntos.

Los criterios de asignación de puntos son los siguientes:

EXPERIENCIA	PUNTUACIÓN
<u>Analista funcional</u> en el desempeño del Mantenimiento de software IBM, NETCOOL OPERATION INSIGHT	2,5 PUNTOS
<u>Analista funcional</u> en el desempeño del Mantenimiento de software IBM TIVOLI BUSINESS SERVICE MANAGER	2,25 PUNTOS

3. Experiencia en mantenimiento de software IBM del Analista programador: 5 puntos

Los criterios de asignación de puntos son los siguientes:

EXPERIENCIA	PUNTUACIÓN
Analista programador en el desempeño del Mantenimiento de software IBM NETCOOL OPERATION INSIGHT	2,5 PUNTOS
Analista programador en el desempeño del Mantenimiento de software IBM TIVOLI BUSINESS SERVICE MANAGER	2,5 PUNTOS

Considera la recurrente que para poder ejecutar correctamente el proyecto es necesario ofertar personal técnico con más de 7 años de experiencia, ya no solo por los conocimientos técnicos sino por la madurez necesaria para enfrentarse a un escenario técnico muy complejo. En base a este razonamiento todas las ofertas técnicas que se hayan presentado necesariamente cumplen con este requisito y por lo tanto todas deberían ser excluidas.

A continuación, refiere que el pliego técnico especifica que tiene que haber reuniones periódicas e informes técnicos según planificación. En la planificación de un proyecto siempre se deben citar todas las tareas duración, periodicidad y relaciones de dependencia. Además, hay unos niveles de servicio, tiempos de resolución y penalizaciones por incumplimiento. La periodicidad de las revisiones de la oferta técnica, necesariamente, siguiendo estándares de calidad y exigencias del proyecto son mensuales. Cualquier otro parámetro significa déficit de atención técnica desde la dirección de proyecto, imprecisión o datos no completos en la oferta técnica.

Entiende que al citar los dos puntos anteriores como excluyentes, se está cuestionando el contenido y la calidad de las ofertas técnicas de este concurso. Y que cualquier empresa que se presente tiene técnicos con más de 7 años de experiencia o informes de servicios con temporalidad mensual. De hecho, las empresas que concursan en este difícil pliego cumplen con técnicos de más de 7 años de experiencia y temporalidad mensual.

Por su parte el órgano de contratación refiere que según consta en el PCP en la carpeta 2 hay que incluir la documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor y que la inclusión en este carpeta de información relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas o de cualquier documento que permita deducir o conocer la puntuación de estos criterios y/o la introducción de la oferta económica o de cualquier otro tipo de documento que permita deducir o conocer su importe, conllevará la exclusión del licitador.

En la valoración de la oferta técnica de la empresa TUYÚ se detecta que en la documentación técnica que incluye en la carpeta 2, recoge información relativa a criterios evaluables mediante fórmulas en relación con el mantenimiento preventivo y el equipo de trabajo por lo que se acuerda su exclusión.

Tal y como quedó reflejado en el informe de valoración técnica:

En el apartado 3.4, subapartado b) de la documentación presentada se incluye información de la periodicidad específica (revisiones mensuales) en la que se van a realizar las revisiones de mantenimiento preventivo.

Por otro lado, en el apartado 4.1 “Equipo de Trabajo” de la oferta técnica presentada, el adjudicatario incluye información de la experiencia de los perfiles del personal técnico que formaran parte del equipo de trabajo (más de 7 años de experiencia).

Así la licitadora adelanta información de dos de los tres criterios valorables mediante fórmulas: Revisiones periódicas de mantenimiento preventivo y experiencia en mantenimiento de software IBM del Analista funcional.

Por tanto, de los 15 puntos que como máximo se podría obtener en la valoración de los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, ya se podía conocer en

la fase anterior del procedimiento que obtendría 10 puntos, por lo que no cabe en ningún caso restarle la transcendencia que pretende ahora el recurrente.

La recurrente considera que las empresas que concursan cumplen el requisito de contar con técnicos de más de 7 años de experiencia y temporalidad en las revisiones con carácter mensual a lo que el órgano de contratación opone que son argumentos débiles y carentes de fundamento pues desconoce el licitador la ponderación que se atribuye a dichos criterios de adjudicación.

Pues bien, ante dicha circunstancia, el órgano de asistencia no tuvo otra opción que adoptar la decisión de excluir a este licitador, no solo por tener que cumplir con las expresas previsiones del apartado 43 del cuadro resumen del PCP sino por garantizar la transparencia y objetividad en las valoración de las ofertas de los licitadores de modo que la valoración de criterios sometidos a juicio de valor no pudiera quedar condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios sujetos a fórmulas que, como no puede ser otra manera, es la razón de haber incluido dicha previsión en el PCP.

Vistas las posiciones de las partes, significar que no es una cuestión controvertida que el licitador TUYÚ incluyó información en la carpeta 2 que debería incluir en la carpeta 3. Lo que se discute es si este adelanto de información debe llevar a la exclusión de la oferta, por ello procede analizar si efectivamente ha habido una vulneración del principio de secreto de las ofertas.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 157 de la LCSP establece “*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*”.

Así mismo, el artículo 139.2 señala que “*Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación*”.

Como señalábamos en nuestra Resolución 511/2024, de 4 de noviembre: “*En este sentido, 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 valoración 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.*

La resolución del TACRC número 916/2016, de 11 de noviembre resume adecuadamente el criterio mantenido por la jurisprudencia y por el propio TACRC “En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente Resolución 1108/2015: “Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquéllos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011). Esto, no obstante, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda

vez que no cualquier vicio procedural genera la nulidad del acto de adjudicación, siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal' (Resolución 233/2011). En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas. Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: "Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la

hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobre abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

La conclusión definitiva es que, aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores.”.

En el presente supuesto no podemos concluir que el desvelo de la información sea intrascendente, toda vez que los técnicos que han de informar las oferta han tenido conocimiento anticipado de 2 de los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas, de un total de 3, sabiendo que obtienen la máxima puntuación en los mismos.

Como se ha expuesto anteriormente, la finalidad de que la documentación relativa a los criterios que se valoran mediante juicio se analice previamente y se incluya en sobre aparte, es que los técnicos no puedan verse influidos por el conocimiento de otra parte de la oferta que se valora mediante fórmulas de manera que se conoce la puntuación que se va a obtener en estos últimos criterios.

No tiene ningún fundamento presumir, como lo hace la recurrente, que todas las ofertas presentarán esa experiencia de 7 años del analista y unas revisiones con periodicidad mensual. Aquí no se le excluye por ofertar lo máximo, como parece

entrever en su recurso, sino por adelantar esa información en la carpeta que no corresponde.

Los pliegos son claros en cuanto a la documentación a incorporar en cada carpeta y las consecuencias también, esto es, la excluir del licitador por anticipar información.

En consecuencia, se desestima el recurso al ser la actuación del órgano de contratación conforme a derecho.

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. - Desestimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación legal de TUYÚ TECHNOLOGY contra el Acuerdo del órgano de asistencia de METRO DE MADRID, S.A., por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento del software IBM instalado en Centro de operaciones de mantenimiento y monitorización de instalaciones y telecomunicaciones (COMMIT)” (LICITACIÓN 6012400297).

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 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 59 de la LCSP.