

Reclamación nº 118/2015

Resolución nº 136/2015

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2015.

VISTA la reclamación interpuesta por doña L.P.U., en nombre y representación de IBM Global Services España, S.A. (IBM GSE), contra el Acuerdo de exclusión al procedimiento de contratación de los “Servicios de mantenimiento de aplicaciones de las plataformas Sap Corporativas de Canal de Isabel II Gestión, S.A.”, número de expediente: 64/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de licitación del citado procedimiento de licitación fue publicada en fecha 15 de abril de 2015 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 21 de abril de 2015 en el Boletín Oficial del Estado, el 24 de abril de 2015 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y el 10 de abril en la página web de Canal de Isabel II Gestión, S.A. El presupuesto de licitación asciende a 8.601.374,47 euros.

Segundo.- Con fecha 29 de junio se requirió a la recurrente subsanar determinados aspectos de los currículos aportados para acreditar la adscripción de medios personales.

El 2 de julio IBM Global Services España, S.A. (IBM GSE) presentó documentación de subsanación.

El 10 de julio de 2015 se procedió a la apertura pública de proposiciones económicas. En el referido acto se notificó a los asistentes que la oferta presentada por IBM GSE no era tomada en consideración debido a que, una vez revisada la documentación administrativa y técnica no había acreditado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos de solvencia técnica o profesional exigidos en el apartado 5 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), ni los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT).

Canal de Isabel II Gestión, S.A. el 20 de julio de 2015 a petición de la recurrente le notifica por correo electrónico a IBM GSE las concretas causas de la exclusión de su oferta en cumplimiento de lo establecido en el artículo 84.3 de Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE).

Tercero.- El 3 de agosto de 2015 tuvo entrada en Tribunal el escrito de reclamación, formulado por la representación de IBM GSE.

El recurso alega nulidad o anulabilidad del acuerdo de exclusión por infracción de los artículos 32 y 33 del TRLCSP en relación con los artículos 62.1 y 63.1 de la Ley 30/1992, por los motivos que se tendrán en cuenta al analizar el fondo de la reclamación.

Cuarto.- El 20 de agosto el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe en el que rebate los motivos de la reclamación y solicita que sea desestimada.

Quinto.- Con fecha 7 de septiembre de 2015, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105.3 de la LCSE.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Ibermática, S.A. oponiéndose al recurso por las razones siguientes, que serán tenidas en cuenta al analizar el fondo del asunto:

1. Los Pliegos de contratación, administrativos y técnicos, eran claros en su redacción, no era necesario precisar los requerimientos expresados.

2. No existe falta de motivación en la respuesta dada por el órgano de contratación en relación con los motivos de la exclusión de IBM GSE.

3. El órgano de contratación está asistido de la discrecionalidad técnica reconocida reiteradamente por el TACRC, siempre que la valoración realizada no derive del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental, lo cual no sucede, pues los requerimientos son claros y la explicación ofrecida por el órgano de contratación es clara y apoyada en los Pliegos.

4. En concreto IBM GSE, presentó su oferta, fue requerida para subsanar y así lo hizo. Son dos momentos distintos en los que presentó la documentación requerida y en los que pudo aplicar la diligencia que se exige de los contratistas de la administración pública, como así reconoce el TACRC en sus resoluciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato el PCAP señala que:

“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación (...).”

La competencia del Tribunal para conocer de la reclamación viene establecida en los artículos 101 y siguientes de la LCSE, en los que se dispone lo siguiente:

“Los órganos indicados en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, [actual artículo 40 del TRLCSP] serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de esta Ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan:

a. Resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen por infracción de las normas contenidas en esta Ley”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y el artículo 3.2 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 esta reclamación.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuestas por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de adjudicación “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación*”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE.

Asimismo se acredita la representación de la firmante de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se plantea en tiempo, pues el acuerdo de exclusión impugnado fue adoptado por la Mesa de contratación el 10 de julio de 2015 y habiendo solicitado la recurrente información sobre los motivos de la misma la notificación fue practicada el 20 de julio de 2015, e interpuesta la reclamación el 3 de agosto 2015, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 104.2 de la LCSE.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 104.1 de la LCSE con fecha 31 de julio de 2015, IBM GSE remite un escrito a Canal de Isabel II Gestión, S.A. por el que se anuncia la interposición de reclamación.

Cuarto.- El acto de exclusión, objeto de la reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto a la LCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 16.a) y estar incluido en la categoría 7 “servicios de informática y servicios conexos” del Anexo II A de la misma.

Quinto.- Como cuestión previa en el informe al recurso que remite Canal de Isabel II Gestión se pone de manifiesto que:

“1º.- No se dieron por subsanados los defectos de dos medios personales que, comprobada la documentación aportada por el licitador en fase de subsanación, sí se habían subsanado (don J.C.V. y don J.V.).

2º.- No se comunicó a IBM un defecto subsanable adicional que sufría su oferta, y por tanto no ha tenido ocasión de subsanar ese defecto (Gowrinadh Challagundia no pertenece a la empresa licitadora, por lo que dicho defecto no puede constituir causa de exclusión).

3º.- En la comunicación que el órgano de contratación hizo a IBM el 20 de julio de 2015 (comunicación no relativa a la subsanación sino realizada en cumplimiento del artículo 84.3 de la Ley 31/2007, sobre los motivos de exclusión de su oferta), se omitió que dos de los medios personales aportados en fase de subsanación no cumplían con lo exigido, y las razones de dicho incumplimiento (doña M.A.P. y don C.G.M.).

4º.- En la referida comunicación de 20 de julio de 2015, realizada por el órgano de contratación a IBM con los motivos de exclusión de su oferta, en cumplimiento del artículo 84.3 de la Ley 31/2007, no se ha hecho referencia al incumplimiento adicional del PCAP relacionado en el apartado 5 de este informe”.

Se reconoce, por tanto, la subsanación parcial de dos de los perfiles referentes a los medios personales a adscribir a la ejecución del contrato, debiendo analizarse en la resolución de la reclamación los restantes perfiles que se hicieron constar como no ajustados a los requerimientos del pliego, que fueron puestos de manifiesto en la notificación de exclusión. Asimismo se añaden a los incumplimientos que le fueron puestos de manifiesto, otros referidos a la adscripción de medios personales que no figuran en la notificación que fue remitida, que al no haber podido ser tenidos en cuenta a la hora de fundar la reclamación tampoco serán tenidos en cuenta como posibles incumplimientos.

Por otra parte, en el citado informe da cuenta de un incumplimiento adicional observado con motivo de la interposición de la reclamación. El Mantenimiento Básico S1 se facturará con carácter mensual por un importe fijo, de conformidad con

el apartado 3.3 del Anexo I al PCAP. En este sentido, el modelo de proposición económica previsto en el Anexo II al PCAP incluye el mantenimiento correctivo dentro del concepto de Mantenimiento Básico S1. La oferta de IBM es contraria al PCAP, toda vez que éste, al establecer un precio fijo para el mantenimiento correctivo, determina una tarifa plana con independencia del volumen de tickets o incidencias. En consecuencia es contrario al PCAP establecer la posible ampliación de dicha tarifa en función de un aumento del volumen de incidencias.

Por las mismas razones expuestas anteriormente, es decir por no haberse hecho constar en la notificación remitida a la reclamante y no haber permitido interponer la presentación de reclamación fundada, dicho incumplimiento no puede ser tenido en cuenta para la resolución de la reclamación presentada.

Sexto.- La cláusula 12 del PCAP relativa a calificación de la documentación presentada, valoración de los criterios de selección y apertura de proposiciones, establece que *“Se calificará la documentación administrativa (sobre 1), correspondiente a los licitadores presentados y se remitirá a los licitadores cuyas propuestas presenten defectos subsanables una comunicación, mediante la dirección de correo electrónico referida en el apartado 12 de la letra A de la cláusula 11 del presente Pliego, en la que: (i) se informará de los defectos encontrados y de la forma de subsanarlos, (ii) se requerirá a los licitadores para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios, en un plazo no superior a tres días hábiles a contar desde la recepción de la comunicación, (iii) se indicará que, si los defectos no fueran subsanados, no se tendrán en consideración las ofertas presentadas en el presente procedimiento de licitación. De igual forma se procederá en el caso de los medios que deban adscribirse a la ejecución del contrato en los términos previstos en el apartado 5 del Anexo I.*

Una vez calificada la documentación y realizadas, si así procede, las actuaciones indicadas, se procederá a determinar las empresas que cumplen los criterios de selección que se establecen en el apartado 5 del Anexo I con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a licitación, los rechazados y sobre las

causas de su rechazo. Estas circunstancias podrán publicarse, si así se determina en el apartado 10.5 del Anexo I en el tablón de anuncios electrónicos que en él se indica. Canal de Isabel II Gestión, S.A. se reserva el derecho a solicitar las aclaraciones, documentación y a realizar las actuaciones que considere necesarias para verificar el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos para la presentación de ofertas.

En el acto público de apertura de proposiciones económicas, la Mesa de contratación pondrá en conocimiento de los interesados el resultado de la calificación de la documentación administrativa, y, en su caso, del cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos, y abrirá a continuación el sobre nº 3 “proposición económica” de las empresas admitidas, dando lectura a las ofertas.”

Como causa de la exclusión consta en la notificación remitida el 20 de julio que *“La documentación aportada en subsanación, no ha subsanado todas las carencias detectadas para la acreditación de la solvencia, por tanto, NO cumple con los requisitos de solvencia técnica”.*

IBM GSE argumenta en su reclamación que el órgano de contratación debió tener en cuenta la documentación aportada en el periodo de subsanación, que no cabe excluir a licitadores por meros defectos formales, e invoca la posibilidad de subsanar defectos formales de la oferta técnica y económica. Al efecto invoca la aplicación de los artículos 124.3 y 310 del TRLCSP.

En el escrito de alegaciones Ibermática, S.A. mantiene que la decisión de exclusión basada en la falta de acreditación de los requisitos de solvencia técnica del equipo de trabajo, está razonada, no incurre en error manifiesto o arbitrariedad, sin perjuicio de la revisión que el Tribunal pudiera hacer en este sentido, quedando amparada la decisión de este aspecto en la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación, tal y como en la jurisprudencia se contempla.

Los artículos 124.3 y 310 del TRLCSP no resultan de aplicación pues se

refieren, el primero, incluido en las actuaciones preparatorias del contrato de obras, a la presentación del proyecto por el empresario, y el segundo, correspondiente a la subsanación de errores y corrección de deficiencias en el contrato de elaboración de proyectos de obras, el contrato analizado es un contrato de servicios que se rige por la LCSE.

El apartado 5.A).4.a) del Anexo I del PCAP, relativo a los criterios de selección cualitativa de los operadores económicos, establece los medios que deben adscribirse a la ejecución del contrato y que los licitadores deberán contar como mínimo con el personal en plantilla del licitador con dedicación a los servicios objeto del contrato, un director de servicio, un coordinador de servicio, un coordinador de servicio de recursos humanos, dos jefes de proyecto, 12 consultores sénior/analistas funcionales sénior, 9 consultores/analistas programadores, y dos consultores junior/programador/documentalista.

En relación a los consultores sénior/analistas se requiere una experiencia de 4 años en implantaciones o servicios de mantenimiento de productos Sap. Asimismo se requiere formación de, al menos, 60 horas en módulos o productos Sap.

Como motivos de exclusión constan en la notificación remitida a la recurrente el 20 de julio que los consultores sénior/analistas funcionales sénior:

1- *“Don J.C.V. (SR 15) no cumple experiencia ni formación específica”.*

En la consideración preliminar del informe que hace el órgano de contratación al recurso se da por subsanado el defecto que indebidamente se hizo constar en la notificación de comunicación de las causas de exclusión.

2- *“Don J.P.S. (SR 19). NO indica el nº de horas de la formación específica. No cuenta con experiencia en PCM”.*

Inicialmente se presentó el curriculum de don J.P.R. y en fase de subsanación se sustituyó por el de doña M.D.M., donde se observa que su experiencia en implantaciones o servicios de mantenimiento de productos Sap (Sap PCM y BPC) no llega a los 4 años solicitados, ya que no todas las referencias que figuran en el apartado de experiencia de su currículum vitae se corresponden a productos Sap.

3- “Gowrinnadh Challagundia (SR20). NO indica el nº de horas de formación específica. No cuenta con experiencia en Basis”.

Tal como se hace constar en la consideración preliminar del informe que hace Canal de Isabel II Gestión a la reclamación no se comunicó un defecto subsanable adicional (no pertenece a la empresa licitadora) y por ello no ha tenido oportunidad de subsanar, por lo que no puede considerarse motivo de exclusión.

Asimismo se hizo constar como motivo de exclusión que respecto de la categoría consultores/analistas programadores, don J.L. (C3) no cuenta con experiencia en Basis.

También en este caso reconoce el órgano de contratación que se procedió a la subsanación de lo requerido.

En consecuencia, solo subsiste un incumplimiento en uno de los perfiles requeridos como compromiso de adscripción de medios, sin que puedan tenerse en cuenta los nuevos incumplimientos señalados en el informe al recurso, referentes a doña M.A.P. y don C.G.H., dado que los mismos no fueron notificados al reclamante.

De lo expuesto se puede concluir que Canal de Isabel II Gestión, S.A. ha actuado, siguiendo el procedimiento establecido en la cláusula 12 del PCAP:

- Procedió a notificar el día 29 de junio de 2015 a IBM GSE mediante correo electrónico los defectos hallados en la documentación administrativa y de solvencia

del sobre nº 1 y se concedió un plazo de tres días hábiles para la subsanación de los referidos defectos.

- Procedió al análisis de la documentación aportada por IBM GSE en el periodo de subsanación. Del resultado del análisis de la documentación aportada, resultó que IBM GSE seguía sin cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos en el apartado 5 del Anexo I al PCAP. Aún considerando los errores en la valoración de la documentación aportada que reconocen la subsanación de la mayoría de los miembros del equipo propuesto, resulta que subsisten defectos que no han sido corregidos no procediendo la concesión de nuevo plazo de subsanación.

Séptimo.- El segundo motivo de recurso es la disconformidad con la exclusión porque, según la notificación remitida, la oferta no se ajusta a las condiciones del PCAP ni cumple las condiciones técnicas fijadas en el PPT.

Consta en la notificación de exclusión que la oferta técnica de IBM GSE contiene contradicciones y limitaciones a las obligaciones y términos establecidos en los pliegos del procedimiento, motivo por el que no puede tenerse en cuenta esta oferta, de conformidad con el artículo 145 del TRLCSP y con la cláusula 9 del PCAP.

Se alega por la reclamante que se somete incondicionalmente a los pliegos y a la Ley de contratos y, con carácter subsidiario, en lo que no sea de aplicación imperativa, “solicita” la aplicación de su oferta técnica de 10 de abril de 2015. Asimismo, alega que el régimen jurídico del contrato es de orden público y que la inclusión de la oferta técnica no puede ni pretende alterar el mismo.

Debemos partir de la vinculación de ambos pliegos tanto para el órgano de contratación como para los licitadores. Al efecto el propio PCAP establece, en la cláusula 9, que *“La presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este Pliego y del Pliego de prescripciones técnicas que rigen el presente Contrato, sin salvedad alguna”*.

La doctrina elaborada por los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación sobre los supuestos en que cabe la exclusión de los licitadores por incumplir los requisitos técnicos exigidos en los pliegos, distingue los supuestos en que no cabe la exclusión porque afectan exclusivamente a la fase de ejecución del contrato y deben ser verificadas en dicho momento no pudiendo presuponer que dicho incumplimiento se vaya a producir, y aquellos otros casos en que la propia descripción de la prescripción técnica que se realiza en la oferta no se ajusta a lo requerido en el PPT, supuesto este que sí determina la exclusión del licitador.

El principio de igualdad de trato impide que el órgano de contratación pueda tomar en consideración una oferta que no respeta las condiciones jurídicas o técnicas que fueron fijadas por el mismo pues impide compararla en las mismas condiciones al no contener las mismas prestaciones.

Tampoco se puede aplicar de forma imperativa lo dispuesto en los pliegos como pretende la reclamante, pues sería una manera de modificar la oferta y sustituir la voluntad de la licitadora expresamente manifestada en la redacción de la misma.

Por tanto, para la resolución de esta reclamación debemos partir del contenido de ambos pliegos y comprobar si la documentación aportada por la recurrente cumple de conformidad lo allí exigido. Se trata por tanto de una labor de comparación, sin perjuicio de que al apreciar cuestiones estrictamente técnicas se pueda otorgar cierta discrecionalidad al órgano de contratación, sin perjuicio de que la misma pueda quedar desvirtuada en función de los elementos de control que corresponden al Tribunal en su función de enjuiciamiento.

Los incumplimientos que constan en la notificación de exclusión se pueden agrupar en dos apartados: (a) Salvedades y condiciones de tipo jurídico halladas en la oferta técnica que contradicen lo dispuesto en el PCAP y en el PPT; y (b)

Salvedades y condiciones de tipo técnico halladas en la oferta técnica que contradicen lo dispuesto en el PPT.

(a) Salvedades y condiciones de tipo jurídico de la oferta técnica que contradicen lo dispuesto en el PCAP y en el PPT:

1. El apartado 9.2, del Anexo I del PCAP, relativo a las penalizaciones, establece una relación de posibles causas para imponerlas y señala que:

“Las penalizaciones se detraerán de las cantidades pendientes de pago. En caso de que no existan cantidades pendientes de pago, las penalizaciones se harán efectivas con cargo a la garantía referida en la cláusula 15 del presente Pliego. En el supuesto de que las penalizaciones se hayan hecho efectivas con cargo a la referida garantía, el adjudicatario estará obligado a ampliar la garantía en la cantidad que corresponda hasta que esta alcance el valor del 5% del importe de adjudicación del Contrato.”

La oferta técnica de IBM GSE: *“Las limitaciones a las penalizaciones aceptadas por parte de IBM para este contrato son del 5%”*.

En la notificación se hace constar como motivo de la exclusión que *“No puede admitirse que el adjudicatario imponga limitaciones a las penalizaciones establecidas en el apartado 9 del Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cuando las mismas no se prevén en dicho apartado; esto entra en contradicción con dicho Pliego”*.

Alega la reclamante que al presentarse IBM GSE a esta licitación se asumen todas y cada una de las condiciones del PPT con la prevalencia de documentos establecida PPT- Propuesta Proveedor, por lo tanto, cualquier condición establecida por IBM GSE en ningún caso podría modificar las condiciones del PPT. Seguidamente argumenta que el pliego está poniendo un límite al importe de las penalizaciones (5%) que IBM GSE simplemente manifiesta en su propuesta

proveedor, pudiendo concluir que ambas son coincidentes y en nada se contradice al pliego.

Es evidente que el apartado de la oferta técnica de IBM GSE mencionado contradice lo indicado en el PCAP, no pudiendo ser aceptada dicha condición en ningún caso, pues alteraría el régimen de penalizaciones establecido en el PCAP. Una cosa es que la garantía se reequilibre manteniendo un importe del 5% del importe de adjudicación y otra que el importe de las penalizaciones no puede superar el 5%, como pretende la recurrente.

2. El apartado 9 del Anexo 1 del PCAP establece las siguientes penalizaciones:

“Se establece una penalización de los Servicios basada en criterios cualitativos según la percepción que de los mismos tengan los usuarios (clientes finales) y los responsables de Canal de Isabel II Gestión, S.A. que gestionan el Servicio, y que será la suma de:

(...)”.

El apartado 7.4 del PPT indica lo siguiente:

“Con carácter TRIMESTRAL, se llevarán a cabo encuestas de satisfacción tanto a los usuarios finales del servicio, como a los responsables del servicio. En función del resultado de dichas encuestas podrán aplicarse diferentes penalizaciones, de acuerdo al apartado 9 del Anexo 1 del PCAP.”

La oferta de IBM GSE afirma que: *“IBM GSE no acepta que pueda ser penalizado por criterios subjetivos, como por ejemplo las encuestas de satisfacción a usuarios”.*

La reclamante esgrime subjetividad del criterio, pero independientemente de que los criterios para aplicar la penalización figuran en el anexo I del PCAP, el objeto del recurso no puede centrarse, en este momento, en la disconformidad con el

contenido de unos pliegos que como se ha indicado fueron aceptados mediante la presentación de la oferta.

Puede entenderse que existe un componente subjetivo desde el momento en el que se le está haciendo una consulta a una persona, pero invalidar las encuestas de satisfacción por el hecho de que puedan incluir preguntas subjetivas no invalida el sistema de penalización cualitativa empleado en los pliegos, de tal forma que no podría penalizarse al adjudicatario en el caso de que la calidad de los trabajos por él realizados no sea satisfactoria. La acotación de las penalidades señalada por IBM GSE choca con lo establecido en el PPT y el PCAP.

(b) Salvedades y condiciones de tipo técnico de la oferta que contradicen el PPT:

1. El “Anexo 4. Puntos Tarea” del PPT establece que la tarea de generación de roles y su mantenimiento es una tarea a acometer por el equipo de mantenimiento ofertado dentro del servicio de mantenimiento evolutivo.

De conformidad con lo anterior, es responsabilidad del adjudicatario llevar a cabo tareas de generación y mantenimiento de usuarios y roles con cargo a la bolsa de puntos tarea para mantenimiento evolutivo. Según explica el informe del órgano de contratación esto es así debido a que el equipo de Administración de Canal de Isabel II Gestión, S.A., no cuenta con el conocimiento funcional suficiente para llevar a cabo dichos trabajos, por lo que únicamente puede llevar a cabo la “asignación de roles”, esto es, la nomenclatura de los roles, debiendo ser realizados el resto de trabajos por el equipo de mantenimiento del adjudicatario tal y como exige el PPT.

En la oferta de la reclamante se hace constar que *“Canal Gestión será responsable de la instalación (...) de igual manera todas las tareas de administración de los sistemas no serán asumidas por IBM (transportes, gestión de usuarios, autorizaciones, perfiles de autorización, roles, etc.)”*.

Por lo referido anteriormente, al contradecir la oferta técnica de IBM el PPT en la forma expresada, la oferta no puede ser tenida en consideración.

2. En el apartado 1 del PPT “Introducción”, se establece *“Como herramienta de soporte y gestión de peticiones e incidencias se utilizará CA Service Desk cuyas licencias de uso deben ser aportadas por el adjudicatario”*.

Es decir, el adjudicatario debe asumir el pago de las licencias (de software) de los entornos productivos que precisen sus consultores para prestar el soporte a Canal de Isabel II Gestión, S.A., mediante el uso de la herramienta CA Service Desk de ticketing (*tickets* son las incidencias y las solicitudes -o evolutivos- de usuario pidiendo un cambio en el sistema de SAP).

La oferta técnica indica que será competencia de Canal Isabel II Gestión *“proveer todo el software necesario para el desarrollo del proyecto”*. Y sigue:

“[...] dentro de lo cual se incluyen los entornos no productivos de pruebas, integración o similares así como los productivos que se necesiten para la prestación del servicio. Solo estando incluido un entorno de desarrollo de SAP en IBM en el caso de ser necesario para la prestación del servicio”.

En su reclamación se viene a señalar que *“El software CA Ticketing no está explícitamente excluido [...]”*. Pero la oferta técnica establece que es Canal de Isabel II Gestión, S.A. la responsable de proveer *“todo el software necesario para [...] los entornos productivos que se necesiten para la prestación del servicio”*, por lo que IBM GSE propuso no aportar ningún software necesario para la prestación del servicio, contrariando lo establecido en el PPT.

3. Sobre la integración de herramientas de peticiones de Canal de Isabel II Gestión, S.A. con la del adjudicatario, el apartado 3.2 del PPT indica: *“El Proveedor se compromete a utilizar los procedimientos y sistemas de reporte y control de solicitudes de mejora implantadas en Canal Gestión”*.

IBM GSE indica en su oferta que *“Se ha supuesto la integración del sistema de gestión de peticiones de IBM con el de Canal de Isabel II Gestión, para la gestión de las peticiones del servicio y niveles de servicio”*. Y en el escrito de reclamación reitera lo siguiente: *“En el apartado 3. 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas no se explicita que no se pueda integrar el sistema de peticiones de CANAL DE ISABEL II con otro sistema externo. En la propuesta de IBM GSE se indica que se producirá esta integración ya que la herramienta de gestión de peticiones utilizado en las factorías de IBM GSE es propiedad de IBM GSE. No obstante IBM GSE no dejará de utilizar el sistema de Canal de Isabel II Gestión para los procedimientos y sistemas de reporte y control de solicitudes de mejora.*

[...].

La herramienta de IBM GSE estará integrada con la del órgano de contratación y se utilizarán ambas. La de IBM GSE internamente en las factorías de IBM GSE y la de CANAL DE ISABEL II GESTIÓN para la gestión del Servicio en Canal de Isabel II Gestión”.

Esto es, de aceptarse la oferta de IBM, Canal de Isabel II Gestión, S.A., en contra de lo dispuesto en el PPT, estaría obligada a participar con el adjudicatario en la integración de los dos sistemas. Esta imposición de IBM conllevaría un aumento de trabajo y, además, si la integración es automática, conllevaría un coste de modificación del sistema de Canal de Isabel II Gestión, S.A. para dar servicio a dicha integración.

En consecuencia, al obligar IBM a que la entidad contratante participe en la integración de los sistemas (con los costes a que ello diera lugar), la oferta de IBM no puede ser tomada en consideración.

4. Respecto a la alegación formulada por IBM sobre la valoración de evolutivos en puntos función y en puntos tarea, el apartado 3.3.2 “Valoración de solicitudes” del PPT establece:

“[...] evolutivos de alcance con cargo a la bolsa de Puntos Función, se requerirá un análisis específico partiendo de los requerimientos de usuario, a partir del cual el adjudicatario presentará una estimación del esfuerzo necesario para llevarlo a cabo en Puntos Tarea. En el caso de que no sea posible realizar la estimación en Puntos Tarea, se presentará una estimación en Puntos Función”.

La oferta técnica de IBM recoge lo siguiente:

- *“La valoración de los evolutivos se cerrará mediante negociación por ambas partes teniendo como base los puntos función.*
- *La valoración de los evolutivos y proyectos se cerrará mediante negociación de buena fe por ambas partes teniendo como base la definición de puntos función y puntos tarea.”*

Tal como explica el informe del órgano de contratación la propuesta de IBM GSE es contraria al PPT por las siguientes razones: (i) que no existe negociación de ningún aspecto del objeto del contrato, ni por supuesto de término económico alguno, sino que lo que prevé el PPT es que el adjudicatario solicite la medición de los trabajos evolutivos en las unidades de puntos función o, en su caso, puntos tarea (ambos son unidades de medida con un precio unitario asociado), y Canal de Isabel II Gestión, S.A. apruebe o rechace dicha estimación con anterioridad a proceder a la realización del mantenimiento; (ii) que la valoración de evolutivos debe poder realizarse tanto en base a puntos función como en base a puntos tarea; y (iii) que no existe valoración de evolutivos y valoración de proyectos por separado, únicamente existe valoración de evolutivos, ya que los proyectos es como también se denomina en los pliegos a un tipo de evolutivos, los evolutivos de alcance (hay evolutivos de alcance o proyectos, y evolutivos no de alcance).

Por lo referido anteriormente, al contradecir la oferta técnica el PPT en la forma expresada, no puede ser tenida en consideración.

5. Sobre la metodología de gestión de evolutivos, el apartado 3.3.1.4 “Gestión de evolutivos de alcance” del PPT, dispone que la metodología será la de Canal de Isabel II Gestión, S.A.: *“Si Canal Gestión lo requiere, preparación y gestión del proyecto conforme a la metodología de gestión de proyectos de la Oficina de Proyectos de Canal Gestión”.*

En cuanto a la gestión de evolutivos no de alcance, el apartado 3.3 del PPT establece para éstos la siguiente metodología:

“El Proveedor se compromete a utilizar los procedimientos y sistemas de reporte y control de solicitudes de mejora implantadas en Canal Gestión, así como adaptarse a los cambios futuros que Canal Gestión pueda implantar en estos procedimientos y sistemas. El Proveedor deberá aportar sus propias licencias de estos productos para el uso por su equipo de trabajo. Como herramienta de soporte y gestión de peticiones e incidencias se utilizará CA Service Desk.”

El informe del órgano de contratación pone de manifiesto que dicha metodología propia de Canal de Isabel II Gestión, S.A. para la gestión de evolutivos de alcance (proyectos), ha estado disponible para consulta durante la propia licitación.

La Oferta técnica de IBM señala que *“La gestión de los evolutivos se realizará bajo nuestra metodología que es estándar de SAP”.*

La reclamación formulada por IBM indica por su parte: *“IBM GSE en ningún caso invalida esta afirmación puesto que en la propuesta de IBM GSE se especifica: “Para la estimación de evolutivos será de aplicación la metodología de puntos [...] proporcionada por Canal Gestión [...]”.*

Argumenta el informe del órgano de contratación que, como IBM conoce con toda seguridad como importante empresa del sector TIC, no es lo mismo estimación de evolutivos que gestión de los mismos. IBM trata de salvar la contradicción en que

incurre su oferta -cuando respecto de la metodología para la gestión de evolutivos IBM señala que se seguirá la suya en contra del PPT-, haciendo también referencia en su escrito de reclamación a otro aspecto del contrato que nada tiene que ver con la metodología de la gestión de evolutivos, cual es el “desarrollo de evolutivos”, respecto del que efectivamente Canal de Isabel II Gestión, S.A. no ha establecido ninguna metodología.

Por lo referido anteriormente, al contradecir la oferta técnica de IBM el PPT en la forma expresada, la oferta de IBM no puede ser tenida en consideración.

6. Sobre soporte a auditoría, el apartado 3 “Alcance” del PPT, que contiene el objeto del contrato y al que se refiere también el apartado 1 del PCAP, recoge expresamente el “soporte a usuarios”, así como todos los tipos de mantenimiento incluidos en el contrato sobre los módulos Sap que se enumeran, entre otros, los de económico-financiero y los de gestión de riesgos y control de procesos corporativos, en los que por su propia naturaleza pueden surgir auditorías. El soporte a usuarios comprende cualquier soporte que el adjudicatario del contrato deba prestar a los usuarios con independencia del origen o la causa que motive dicho soporte de indicadores de gestión, preparación de reuniones, de consejos de administración, etc.

En este sentido, el adjudicatario del contrato debe prestar el soporte necesario a los usuarios de Canal de Isabel II Gestión, S.A. derivado de problemas surgidos como consecuencia, por ejemplo, de la necesidad de recabar datos solicitados en una auditoría, interna o externa, que requiera la utilización o recuperación de datos existentes en SAP.

IBM GSE ha establecido en su oferta que *“En el caso de que sea necesario dar soporte a auditorías promovidas por parte de CYII, nuestra dedicación se facturará aparte”*.

Como se desprende de lo anteriormente señalado, IBM GSE limita las prestaciones objeto del contrato, pretendiendo que se facturen aparte trabajos de soporte a usuarios que tengan por origen una auditoría, y que están comprendidos en dicho objeto del contrato.

IBM en su escrito de reclamación manifiesta que *“La afirmación de IBM GSE se refiere al trabajo de SOPORTE a auditorías, que por su tipología no es de índole funcional. Trabajo de soporte se refiere a cualquier actividad que no haya sido definida dentro del catálogo de servicios y que venga generada por el desarrollo de una auditoría del sistema”*.

Afirma el órgano de contratación, en su informe a la reclamación, que además de que están incluidos en el objeto del contrato los trabajos de soporte a usuarios derivados de las contingencias surgidas como consecuencia de la necesidad de recabar datos solicitados en una auditoría, es inviable de todo punto que IBM pretenda facturar dichos trabajos fuera del propio contrato.

Por lo referido anteriormente, al contradecir la oferta técnica de IBM el PPT en la forma expresada, la oferta de IBM no puede ser tomada en consideración.

7. Sobre las responsabilidades en migración de datos, en el “Anexo 4. Puntos Tarea” del PPT, se especifican las tareas de extracción de datos mediante la exportación de los mismos a fichero.

IBM ha señalado en su oferta: “En aquellos trabajos que se lleven a cabo que impliquen migraciones de datos, IBM no será responsable de la extracción, depuración y calidad de datos, siendo ésta responsabilidad de Canal”.

En su reclamación señala que en su oferta se refería únicamente a los sistemas no mantenidos cuando en su oferta excluye de su responsabilidad toda extracción de datos sin distinguir entre entornos no mantenidos y sí mantenidos.

Por lo referido anteriormente, al contradecir la oferta técnica de IBM el PPT en la forma expresada, la oferta de IBM no puede ser tomada en consideración.

Analizados los incumplimientos de las condiciones previstas en los pliegos cabe concluir que existe pues una incongruencia entre la declaración genérica que realiza IBM GSE respecto de que los contenidos del PCAP *“forman parte integrante de esta propuesta, haciendo constar expresamente la aceptación y acatamiento de todas y cada una de las cláusulas y normativas de dicho pliego”* y el contenido explicitado en la documentación de la oferta, de manera que se constata que la aceptación se hace, como se ha puesto de manifiesto en el precedente análisis de los concretos incumplimientos que le fueron puestos de manifiesto, con salvedades que suponen que realmente se está modificando el condicionado técnico y su oferta no se ajusta a las prescripciones exigibles.

La posibilidad de subsanación del contenido de la oferta técnica no es posible pues ello supondría una modificación contraria al principio de igualdad de todos los licitadores. Ello sin perjuicio de la posibilidad reconocida de solicitar aclaraciones no modificativas. En el caso que nos ocupa no se trata, como afirma la reclamante de defectos formales en la documentación, sino de una confrontación de lo ofertado con lo que el órgano de contratación ha considerado como prestaciones necesarias para satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir con el objeto del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE en relación al 41.3 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 la reclamación interpuesta por doña L.P.U., en nombre y representación de IBM Global Services España, S.A. (IBM GSE), contra el Acuerdo de exclusión al procedimiento de contratación los “Servicios de mantenimiento de aplicaciones de las plataformas Sap Corporativas de Canal de Isabel II Gestión, S.A.”, número de expediente: 64/2015.

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 106.5 de la LCSE.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 104.6 de la LCSE, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 7 de septiembre.

Cuarto.- 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 108 de la LCSE.