

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

En Madrid, a 17 de julio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.G.L., actuando en representación de Dinycon Sistemas, contra la Resolución de la Consejera Delegada de Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A. por la que se adjudica el contrato de “Suministro e Instalación, así como la gestión de su correcto funcionamiento, de un sistema de conteo y control de afluencia de personas para la sociedad mercantil municipal Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A., a adjudicar mediante procedimiento abierto”, expediente nº: SP17-1483, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 21 y 26 de diciembre de 2019, respectivamente se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y se pusieron los Pliegos a disposición de los interesados, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato mencionado. Se publicó en el DOUE, el 22 de diciembre de 2019. El valor estimado del contrato es de 223.140,50 euros.

Interesa destacar en relación con el motivo del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) en su Anexo I apartado 19, establece entre otros el siguiente criterio de adjudicación valorable en cifras o porcentajes:

“4. ACTUALIZACIÓN Y REFRESCO DE DATOS.....HASTA 10 PUNTOS

Se valorará la mejora del tiempo de refresco de datos señalado en el Apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares como máximo obligatorio, conforme a lo indicado a continuación.

Los licitadores ofertarán un tiempo de reducción que debe ser inferior a 30 segundos.

La proposición que oferte 30 segundos, tendrá una puntuación de 0 puntos.

El resto de proposiciones se valorará de conformidad con la siguiente fórmula progresiva:

$$Y = \frac{10 \times OMR}{\text{Tiempo ofertado que se valora}}$$

Siendo:

Y: Puntos de la oferta que se valora

OMR: Oferta que presenta el mayor tiempo de reducción de todas las presentadas.

La fórmula aplicada tiene en cuenta que se debe otorgar una puntuación superior a aquellas ofertas que oferten una mayor reducción del tiempo (mayor tiempo de reducción)”.

Segundo.- Al procedimiento concurren cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

Tras la tramitación oportuna, la Mesa de contratación, en su reunión de 1 de marzo de 2019, procede a la apertura de lo sobre c de proposiciones económicas y criterios valorados en cifras o porcentajes.

En el criterio nº4 antes citado, las ofertas fueron las siguientes:

ALGORITMOS PROCESOS Y DISEÑOS, S.A.

Tiempo de reducción: 30 segundos.

D1N1, S.L.

Tiempo de reducción: 0 segundos

DINYCON SISTEMAS, S.L.

Tiempo de reducción: 1 segundo.

ETRALUX, S.A.

Tiempo de reducción: 5 segundos.

La Mesa de contratación posteriormente solicitó aclaración de las ofertas a las licitadoras en los siguientes términos:

“Documentación técnica que justifique el tiempo de actualización y refresco de datos, especificando con números enteros y decimales el tiempo en el soporte gráfico”.

Las licitadoras presentaron las siguientes aclaraciones:

ALGORITMOS PROCESOS Y DISEÑOS, S.A., indica que la actualización de datos disponibles en la aplicación a desarrollar será inferior a los 30 segundos que la mercantil incluyó en su propuesta.

D1N1, S.L., aclara que el tiempo que tarda en llegar la información, procesarla y realizar el pintado de pantalla, se puede ver que es de 4, 1 ms. Esto es igual a 0, 0,41 segundos.

Teniendo en cuenta estas dos medidas el tiempo de actualización de pantalla desde que se valida un conteo en el equipo local en condiciones normales, es de $37\text{ms}+4, 1\text{ms}=41, 1\text{ms}$.

DINYCON SISTEMAS, S.L., aclara que el tiempo de refresco de datos es de

0,7 segundos, de conformidad con los procesos desde que se genera el dato hasta su visualización....

ETRALUX, S.A., indica, al igual que consta en su Proposición, que los tiempos de refresco comprometidos son de 5 segundos.

Analizadas las aclaraciones el informe técnico asigna las siguientes puntuaciones:

ALGORITMOS PROCESOS Y DISEÑOS, S.A.

Tiempo de reducción propuesto: 30 segundos.

Puntuación: 0 puntos.

D1N1, S.L.

Tiempo de reducción propuesto: 0 segundos.

Puntuación: 10 puntos.

DINYCON SISTEMAS, S.L.

Tiempo de reducción propuesto: 1 segundo.

Puntuación: 0 puntos.

ETRALUX, S.A.

Tiempo de reducción propuesto: 5 segundos.

Puntuación: 0 puntos.

La Mesa en su reunión de 17 de mayo de 2019, acuerda continuar el procedimiento y tras otorgar las puntuaciones correspondientes, aprueba la clasificación y propone la adjudicación a favor de la empresa D1N1, S.L que obtiene 91,7 puntos. En segundo lugar está clasificada Dinycon Sistemas, S.L con 82,59 puntos.

Tercero.- Mediante Resolución de la Consejera Delegada de Madrid Destino Cultura Turismo y negocio, S.A., de 10 de junio 2019, se adjudica el contrato a favor de, D1N1, S.L.

La Resolución de adjudicación fue notificada en esa misma fecha.

El 20 de junio de 2019, la representación de Dinycon Sistemas, S.L., presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación del contrato.

El recurso argumenta que se ha producido *“una irregularidad en la puntuación otorgada en el criterio de valoración 4 (Actualización y refresco de datos). La mercantil adjudicataria (D1N1, S.L. presenta un valor de cero segundos, lo cual es materialmente imposible, otorgándole los 10 puntos de este criterio y cero puntos al resto de mercantiles”*. Añade que solicitada información sobre la aplicación del criterio constata que se ha producido *“una modificación del cálculo de tiempo que propone la mercantil D1N1 S.L., en la solicitud de aclaraciones de la Mesa de contratación, conoce ya los datos presentados por el resto de las mercantiles, lo que le sitúa en una ventaja determinante para reflejar su nuevo tiempo de refresco y con ello conseguir la puntuación en este criterio suficiente para obtener la puntuación total más alta. Según ese razonamiento, una mercantil podría presentar una oferta económica anómalamente baja y, ante una solicitud de aclaraciones, ajustar su valor conociendo ya los datos de las otras empresas, empeorando su oferta inicial (aumenta su oferta económica) pero la puede ajustar al valor que le interese para obtener una puntuación favorable.”*

En consecuencia solicita que *“se suprima la puntuación de este criterio a la mercantil D1NI S.L., que ha indicado un tiempo de refresco de datos cero segundos, materialmente imposible, y se recalcule con el resto de las mercantiles la puntuación de este criterio”*.

Cuarto.- Del recurso se dio traslado al órgano de contratación que remitió copia del expediente administrativo y el informe a que hace referencia el artículo 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 transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (en adelante, LCSP), el día 28 de junio de 2019.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de D1N1, S.L en el que expone que *“D1N1, S.L., no propone ninguna modificación del cálculo de tiempo, simplemente refleja en la proposición presentada el tiempo en el que su sistema actualiza y refresca los datos, y redondeando lo establece en CERO, puesto que la cifra 0,041 está más cerca de ésta, que de UNO. Con ello no quiere ni pretende alterar las reglas establecidas, la parte contraria podía haber reflejado libremente 0,7 segundos y redondeó a 1 segundo en su oferta presentada. Es decir, pretende imputar a un tercero (D1N1) de buena fe, una acción presuntamente premeditada y maliciosa cuando fue la propia parte contraria la que con sus actos se perjudico a sí misma...”* Añade que *“a diferencia de la parte contraria, la mercantil D1N1, S.L en ningún caso mejoró la cifra de tiempo, mientras que la parte contraria lo que hace, y así lo hace ver la responsable del área legal, es mejorar su proposición leída públicamente, que fue de 1 segundo por otra de 0,7 centésimas. Y lo más significativo, y que lo deja meridianamente claro la responsable, es que en el supuesto de tener en cuenta las aclaraciones realizadas, la mercantil adjudicataria sería igualmente la mercantil D1N1, S.L.”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Madrid Destino es una empresa municipal 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 el Ayuntamiento de Madrid.

Los contratos de Madrid Destino tendrán carácter privado, rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en los artículos 316 y siguientes de la LCSP, siendo susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Dinycon Sistemas S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica *“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”*, puesto que la estimación del recurso la colocaría en posición de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acto de adjudicación 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.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso la resolución impugnada fue dictada y practicada la notificación el día 10 de junio de 2019 e interpuesto el recurso el 20 de junio, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar si se ha aplicado correctamente el criterio de adjudicación de actualización y refresco de datos puesto

que se argumenta en el recurso que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato y no discriminación.

Alega la recurrente que remitió un correo electrónico solicitando aclaración sobre aplicación del criterio la puntuación otorgada y que la respuesta recibida es la siguiente:

“En su día se solicitó a las mercantiles licitadoras una serie de aclaraciones a las proposiciones presentadas, con carácter previo a su valoración.

Entre ellas se solicitó la justificación del tiempo de actualización y refresco de datos. En respuesta a las aclaraciones presentadas, la mercantil D1N1, S.L. indicó que dicho tiempo es de 0,041 segundos (en la proposición económica que se leyó públicamente se señala 0 segundos).

La mercantil Dinycon Sistemas, S.L., indicó que dicho tiempo es de 0,7 segundos (en la proposición económica que se leyó públicamente se señala 1 segundo, luego en este caso se mejora la proposición leída públicamente, que fue de 1 segundo).

Si a efectos de cálculo se hubiera tenido en consideración los valores de la aclaración, la mercantil adjudicataria sería igualmente la mercantil D1N1, S.L.

Dado que en trámite de alegaciones no se puede tener en consideración una mejora a la proposición leída públicamente, la Mesa de contratación no pudo aceptar el valor mejorado por la mercantil Dinycon Sistemas, S.L. y, apelando al principio de transparencia y de igualdad entre los licitadores, mantuvo en todo caso y a los efectos de valoración de las ofertas, las proposiciones que se leyeron en el Acto pública de apertura de los criterios valorables en cifras o porcentajes, máxime cuando se ha indicado no se modifica ni altera en ningún caso el sentido de la adjudicación a favor de la mercantil D1N1, S.L.”.

Considera la recurrente que *“en el criterio de Actualización y refresco de datos, la mercantil D1N1, S.L. presenta el valor 0, que es imposible de que se cumpla; es decir, desde que se produce el suceso (detección y conteo de una persona) hasta que se refresca el dato, es necesario enviar el dato a través de la red de comunicaciones, lo que inevitablemente consume un tiempo, nunca puede ser 0; en nuestro caso tuvimos en cuenta esa situación e hicimos el cálculo de todos los tiempos del proceso desde*

que se origina el dato, el envío a través de la red, su procesamiento en el servidor y su visualización, que es el momento en que se refresca el dato.

Ese valor 0 nos penaliza al resto de mercantiles que participamos en la licitación; además, en la fórmula para el cálculo de puntos en este apartado, se incurre en una división por 0 que matemáticamente es incongruente”.

El órgano de contratación en su informe argumenta que “en contra de lo que la Recurrente señala en su alegación Tercera, ni la unidad técnica que valoró las ofertas, ni la Mesa de contratación en su propuesta de adjudicación, ni el órgano de contratación en su decisión de adjudicar el contrato a favor de la mercantil D1 N1, S.L., consideraron que dicha mercantil modificara su oferta en la fase de contestación a las aclaraciones solicitadas. Y ello porque como se ha expuesto, la mercantil D1N1, S.L. aclara el cálculo de tiempo que propone, al haber especificado con números enteros y decimales el tiempo en el soporte gráfico, es decir, que la aclaración se produjo en los términos solicitados por Madrid Destino.

Dicha aclaración se sustenta a través de la aportación documental por parte de la mercantil D1 N1 , S.L., del resultado del cálculo matemático que lleva a cabo el software del que se sirve la solución técnica que propone (Documento nº 38).

Por su parte la Recurrente y tal y como se recoge en el Acta de propuesta de adjudicación, indica en su escrito de aclaraciones que el tiempo de refresco de datos es de 0,7 segundos, si bien señala que los tiempos correspondientes a los procesos del sistema de actualización y refresco de datos, son estimados, no justificando de manera objetiva este dato. Lo anterior llevó a la Mesa de contratación a considerar que el valor de 0,7 segundos en vez de 1 segundo, supuso una mejora de la proposición inicialmente presentada.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que en el presente procedimiento existe una mejor oferta, la presentada por la mercantil D1 N1, S.L., y que no hay razones que justifiquen que dicho resultado no deba ser respetado, toda vez que la solución propuesta cumple con los requerimientos técnicos mínimos establecidos en el PPTP y que la mercantil aporta la documentación que justifica los valores indicados en su

proposición y, lo que es esencial, que la Recurrente no aporta prueba alguna que pueda contrarrestar dicha justificación”.

Debe señalarse en primer lugar, como recoge el Tribunal en su Resolución 29/2014 de 12 de febrero, que la jurisprudencia se ha mostrado favorable a la posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 65 de febrero de 2007 (recurso de casación 5294/2004, RJ/2007/1595), la sentencia del TJUE 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10 SAG ELV Eslovensko a.s.), la sentencia TGUE de fecha 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08 Antwerse Bowwerken NV) y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, dictada en el asunto T-211/02 que en su apartado 37 ha señalado que aun cuando los comités de evaluación no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, siendo contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta de que se trate sin ejercitar la facultad de solicitar aclaraciones.

Además, el principio de proporcionalidad aplicado a un procedimiento de adjudicación, exige que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga a que al enfrentarse a una oferta que es ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de la misma podría garantizar la seguridad jurídica, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta (en este sentido la sentencia de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal General de la Unión Europea, dictada en el asunto T-195/08, apartado 57). Una interpretación estricta de los requisitos formales llevaría a la desestimación por errores materiales manifiestos e insignificantes de ofertas económicamente ventajosas

lo cual no puede conciliarse con el principio de eficiente utilización de los fondos públicos.

Evidentemente procede la no valoración de toda proposición que no cumple los requisitos exigidos, pero no cuando en la oferta se han producido errores materiales u omisiones que serían susceptibles de aclaración. La oferta de un tiempo de refresco de datos, en este caso, que suscite dudas sobre su viabilidad no puede ser considerado un error esencial que impida la subsanación, y su aclaración puede aceptarse siempre que no suponga corrección, modificación, mejora, ni siquiera de carácter leve, del contenido de la oferta, puesto que versa sobre un elemento valorable en la misma.

La admisión de la aclaración sin alterar lo ofertado no supone merma alguna en las garantías de la contratación pues no habría supuesto un trato privilegiado ni vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia recogidos en el artículo 132 del de la LCSP. Al respecto hay que tener en cuenta que nos encontramos en la fase de valoración de criterios valorables en cifras y porcentajes, y que en dicha fase, la valoración suele ser más automática, no requiriendo normalmente aclaraciones.

Ahora bien, si el órgano de contratación o los servicios técnicos consideraron que la alteración de las cifras en el tiempo de refresco de datos, realizadas en el escrito de aclaración por la recurrente y por la adjudicataria, no suponían modificación de la oferta, por las características del criterio, sino una mera aclaración o matización de la misma, debieron aplicar esas cifras en los dos casos, independientemente de que pudiera suponer una mejora o no en la puntuación.

Lo contrario supondría asumir que efectivamente que se ha producido una modificación de la oferta y que solo se admite en tanto en cuanto se haya mejorado la misma, cuando ya se he expuesto que las aclaraciones no pueden permitir modificaciones, ni a mejor ni a peor.

El Tribunal ha comprobado que las en la aplicación del criterio se ha tenido en cuenta respecto de D1N1 el tiempo de 0 segundos, aun cuando la propia empresa reconoce que son 0,041 segundos, realmente.

Por tanto en la aplicación de la fórmula de puntuación del criterio se debió considerar esa cifra y no 0, sobre todo teniendo en cuenta que multiplicar por 0 supone privar de puntuación en el criterio al resto de licitadores y además la cifra no coincide con la realidad de la oferta, como reconoce la empresa y como alega la recurrente.

De manera que D1N1, S.L, ofertando 0,041 segundos, obtendría 10 puntos al ser la oferta que más reduce el tiempo. Sin embargo Dynicon Sistemas, S.L., ofertando 0,7 segundos habría obtenido 0,6 puntos en el criterio y no 0 como se le ha asignado.

En todo caso, la clasificación no sufre variación puesto que con las puntuaciones corregidas la adjudicataria obtiene los mismos puntos 91,71 y la recurrente 83,19.

En consecuencia el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.G.L., actuando en representación de Dinycon Sistemas, contra la Resolución de la Consejera Delegada de Madrid Destino Cultura Turismo y negocio, S.A por la que se adjudica el contrato de Suministro e Instalación, así como la gestión de su correcto funcionamiento, de un sistema de conteo y control de afluencia de personas para la sociedad mercantil municipal Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A., a

adjudicar mediante procedimiento abierto, expediente nº: SP17-1483.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática producida en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.