

**Reclamación nº 548/2019**

**Resolución nº 434/2019**

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

En Madrid, a 10 de octubre de 2019.

**VISTA** la reclamación interpuesta por don F.M.B., actuando en nombre y representación de Atos It Solutions & Services Iberia, S.L. contra acto de exclusión en fase de valoración técnica del procedimiento “servicio de migración de los productos bmc instalados en el centro de operaciones de mantenimiento y de monitorización de instalaciones y telecomunicaciones (commit)” de Metro de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 18 de marzo de 2019, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Perfil del contratante) la licitación por parte de, Empresa Pública de Metro de Madrid, S.A. del Pliego correspondiente al “servicio de migración de los productos bmc instalados en el centro de operaciones de mantenimiento y de monitorización de instalaciones y telecomunicaciones (commit)”, por un valor estimado de 1.400.000 euros.

**Segundo.-** Con fecha 12 de septiembre de 2019, la recurrente recibe la comunicación de Metro de Madrid, de exclusión en fase de valoración técnica.

**Tercero.-** Con fecha 23 de septiembre de 2019, presenta recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal. Requerida para ello, en fecha 3 de octubre de 2019, presenta subsanación de la representación, sustituyendo al representante.

**Cuarto.-** Metro de Madrid remitió el informe a que se refiere el artículo 105.2 de 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 (en adelante LCSE) el día 2 de octubre de 2019, junto con el expediente administrativo, oponiéndose a la estimación del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 46 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) 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 la presente reclamación.

**Segundo.-** La reclamación se interpone contra la exclusión de un contrato de servicios, de la categoría 5 (servicios de telecomunicaciones) del Anexo II A de la LCSE, cuyo valor estimado supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma, por lo que es susceptible de reclamación.

**Tercero.-** La recurrente se encuentra legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*, al haber sido excluida de la licitación.

Se acredita asimismo la representación con que actúa el firmante de la segunda reclamación.

**Cuarto.-** Respecto del plazo de interposición de la reclamación, ésta se dirige contra la exclusión del contrato notificada en fecha 12 de septiembre, se encuentra dentro del plazo establecido en el artículo 104.2 de la LCSE.

Al calificarse el escrito como recurso especial en materia de contratación y no reclamación, se entiende de aplicación supletoria el artículo 115.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que el error en la calificación del recurso no obsta a su tramitación como reclamación.

No obstante, este error lleva aparejado que no se haya dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 104.1 de la referida LCSE, en cuya virtud Atos It Solutions & Services Iberia, S.L. (en adelante Atos) venía obligada a anunciar previamente su intención de impugnar el acto por el que se le excluye de la licitación.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, el reclamante impugna su exclusión por incumplimiento del Pliego de Condiciones Particulares (PCP), y en concreto del contenido mínimo del apartado 25, cuadro resumen de la Oferta Técnica estableciendo la cláusula 6.4 del PCP que ese incumplimiento da lugar a la exclusión.

En la comunicación dirigida a la reclamante constan los siguientes incumplimientos:

*“En la documentación aportada como Oferta Técnica no se incluye todos los requerimientos del apartado 25 del Pliego de Condiciones Particulares por no aportar los documentos que le detallamos a continuación:*

- *Enumeración de las restricciones aplicables por parte del fabricante.*
- *Condiciones completas de licenciamiento por parte del fabricante.*

*En consecuencia, y de conformidad con lo previsto en la condición 6.4 del Pliego de Condiciones Particulares, la oferta presentada no es apta técnicamente, por lo que queda excluida del procedimiento”.*

En su reclamación Atos manifiesta que ambos elementos se localizan en diversos apartados de su oferta técnica. Y en concreto, la *“enumeración de las restricciones aplicables por parte del fabricante”* se incluye en 3 ítems del apartado 2.1., otros 3 del 2.3.1, 2 del 2.3.2. y 1 del 2.3.3.

Y las *“condiciones completas de licenciamiento por parte del fabricante”* se incluyen en diversos ítems del apartado 2.1., en 9 ítems del apartado 2.3., y en 2 del apartado 2.3.2.

Según el órgano de contratación, basta examinar tales apartados para comprobar que no consisten, ni en *“restricciones del fabricante”*, ni en *“condiciones de licenciamiento”*, sino que aluden a un tercer requisito de los nueve que se exigen en el listado: *“niveles de servicio para el soporte contratado”*, requisito que, habiendo sido satisfactoriamente cumplido por Atos, nada ha tenido que ver con su exclusión, exponiendo por extenso porqué las referencias concretas de cada uno de los ítems citados son a ese apartado y no a los omitidos.

Se comprueba por parte de este Tribunal que el epígrafe 25 del PCP, comprende expresamente los dos epígrafes que se dicen omitidos:

*“25. Oferta técnica.*

*¿Es necesaria oferta técnica? Sí.*

*¿Se exige contenido mínimo de la oferta técnica? Sí.*

*La oferta técnica deberá tener el contenido mínimo siguiente:*

- *Información de las licencias incluidas (en castellano):*

*Nombre de las licencias.*

*Descripción de las licencias.*

*Tipo de ítem o entidad licenciable en cada caso.*

*Códigos de licencias.*

*Tipo de licencia.*

*Número de cada tipo de licencias.*

*Enumeración de las restricciones aplicables por parte del fabricante.*

*Niveles de servicio para el soporte contratado.*

*Condiciones completas de licenciamiento por parte del fabricante.*

- *Memoria descriptiva de la solución.*
- *Curriculums de los medios humanos requeridos para la prestación del servicio, cómo mínimo deberán aportarse los curriculums de los medios especificados en el punto 5.1 del PPT”.*

También se comprueba que la cláusula 6.4 del PCP establece la obligatoriedad de su cumplimiento y conforme a los epígrafes que figuran en el mismo:

*“6.4. Oferta técnica.*

*Cuando así se exija en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP, los licitadores deberán incluir su oferta técnica adecuada a los requisitos que, en su caso, se especifiquen en el PPT.*

*Dicha oferta deberá incluir todos los documentos establecidos en dicho apartado del cuadro resumen del PCP. Dichos documentos, presentados por separado, habrán de encabezarse en letras mayúsculas con idéntico título a aquel con el que se denominan en el cuadro resumen (...)”.*

También se comprueba que la oferta técnica de Atos no comprende esos dos elementos, y que los epígrafes a que se refiere ninguno tiene esa descripción. En concreto el epígrafe 2, donde incluye todos los ítems citados se indexa así:

2. Información de Licencias.....	9
2.1. Licencias BMC.....	9
2.2. Otras licencias.....	11
2.3. Información Soporte y Servicio BMC.....	11
2.3.1. Soporte Premier Advance de BMC.....	11
2.3.2. Soporte Continuo de BMC.....	13
2.3.3. Descripción de Criticidad de Soporte BMC.....	13

Examinado todo el índice de la Memoria de Atos en ningún epígrafe figuran los elementos omitidos, “enumeración de las restricciones aplicables por parte del fabricante” y “condiciones completas de licenciamiento por parte del fabricante”.

Supuesto lo que antecede, Atos ni siquiera da cumplimiento al requisito de la cláusula 6.4 de epigrafiar la oferta técnica conforme a los requerimientos del cuadro resumen, con la misma denominación del mismo (“con idéntico título”), y extrae el cumplimiento de los elementos omitidos, otros epígrafes con distinta denominación, incumpliendo ya de entrada el PCP.

Si existen o no, además, los desarrollos pertinentes a esos epígrafes es materia que entra dentro de la “discrecionalidad técnica” en la valoración del órgano de contratación.

Tratándose de un criterio técnico, el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, procede por todo ello, la desestimación de la reclamación en materia de contratación, que

*este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurrida en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012. Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

En el mismo sentido la Resolución 1036/2018 del TACRC donde se señala “(...) Sin que en el contenido del informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación”.

Así mismo la Resolución 915/2018 del mismo Tribunal “Al respecto, debemos establecer una premisa fundamental, como es la de que las valoraciones de las ofertas realizadas por la mesa de contratación, con base en los dictámenes o informes técnicos elaborados ‘ad hoc’ por órganos especializados no pueden ser sustituidas por las valoraciones que pueda hacer este Tribunal. Es decir, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Sin embargo, ello no significa, como

*ya hemos apuntado anteriormente, que este Tribunal no pueda entrar a analizar el resultado de estas valoraciones, sino que este análisis debe limitarse de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

En el caso presente los servicios técnicos desarrollan extensamente que los contenidos citados por el recurrente no se corresponden con lo requerido por el PCP, sino que refieren a otro elemento distinto, *“niveles de servicio para el soporte contratado”.*

Y por este Tribunal se comprueba que ni siquiera figuran los epígrafes omitidos en el índice de la memoria técnica del recurrente, no existiendo elemento de juicio alguno que sirva a desvirtuar la evaluación del órgano de contratación.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 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 interpuesta por don F.M.B., actuando en nombre y representación de Atos It Solutions & Services Iberia, S.L. contra acto de exclusión en fase de valoración técnica del procedimiento “servicio de migración de



los productos bmc instalados en el centro de operaciones de mantenimiento y de monitorización de instalaciones y telecomunicaciones (commit)” de Metro de Madrid.

**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 sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

**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 108 de la LCSE.