

Recurso 29/2015**Resolución 270/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 31 de julio de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IMPRONTA SOLUCIONES, S.L.** contra la Resolución de adjudicación de la Directora del Patronato de la Alhambra y Generalife, de 16 de diciembre de 2014, respecto al contrato denominado “*Gestión integral de la reserva y venta de entradas para el Patronato de la Alhambra y Generalife*” (Expte. 2014/4), promovido por el Patronato de la Alhambra y Generalife (en adelante el Patronato), adscrito a la Consejería de Cultura, este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 17 de julio de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 18 de julio de 2014 en en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio de licitación mediante procedimiento abierto del contrato citado en el encabezamiento.



SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron oferta en el procedimiento figuraba la recurrente.

En virtud de Resolución de la Directora del Patronato de la Alhambra y Generalife, de 16 de diciembre de 2014 se adjudica el contrato a la UTE EL CORTE INGLES S.A.- EXPERTUS TECHNOLOGY SOFTWARE S.A.

TERCERO. El 23 de enero de 2015, tuvo entrada en el Registro del Patronato escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad IMPRONTA SOLUCIONES, S.L. (en adelante IMPRONTA) contra la resolución de adjudicación del contrato anteriormente mencionado. Dicho recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal 30 de enero de 2015.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 3 de febrero de 2015, se solicitó al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, así como el listado de licitadores, teniendo entrada la citada documentación en el Registro de este Tribunal el 10 de febrero de 2015.

QUINTO. Mediante resolución de 12 de febrero de 2015 este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de adjudicación en cuestión.



SEXTO. El 17 de febrero de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores a efectos de alegaciones por un plazo de cinco días hábiles, resultando que se han recibido alegaciones, en el plazo concedido para efectuarlas, por parte de la UTE EL CORTE INGLES S.A.- EXPERTUS TECHNOLOGY SOFTWARE S.A.”.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales, salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

En cuanto al procedimiento de contratación, la cuestión que ha de dilucidarse es la de la naturaleza jurídica del contrato.



Efectivamente, el artículo 40.1 TRLCSP establece: “1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros y

c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.”

Según la cláusula 1 del PCAP, el contrato se configura como un contrato administrativo especial “por tener por objeto servicios vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante” remitiéndose al artículo 19.1 b) del TRLCSP.

Según dicho precepto, serán contratos administrativos especiales “Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.”



Por el contrario, el recurrente considera que no se dan en este caso las características propias de los contratos administrativos especiales, sino que el objeto de la prestación se enmarca dentro de los supuestos recogidos en el artículo 10 TRLCSP, por lo que cabe considerar que se trata de un contrato de servicios y por lo tanto susceptible de recurso especial, de conformidad con el artículo 40.1 b) del TRLCSP.

La cuestión de la naturaleza del contrato no es baladí en la medida en que es determinante de la competencia de este Tribunal para conocer o no del recurso especial interpuesto y ello ha sido tratado en diferentes resoluciones de este Tribunal (entre otras la Resolución 176/2014 de 25 de septiembre), que parten de la premisa de que las cosas son lo que son, al margen de la denominación utilizada por las partes o, dicho de otro modo, la denominación que a un contrato le dé el pliego no vincula al Tribunal, sino que la calificación del contrato podrá hacerse por éste al amparo del TRLCSP a efectos de determinar su competencia.

De esta manera, se consideran contratos administrativos especiales por no tener cabida en ninguna de las delimitaciones de los contratos típicos pero *«estar vinculados estos contratos al giro o tráfico específico de la Administración contratante»*

Sin embargo, la delimitación conceptual de los contratos administrativos de servicios –incorporada con posterioridad al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio– ha variado sustancialmente con la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público. Y precisamente la categoría de los contratos administrativos especiales ha quedado enormemente restringida, incorporándose gran parte de los ámbitos antes cubiertos por esos contratos, a



la categoría actual de los contratos de servicios, delimitada hoy en términos muy amplios.

En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, en su informe 29/2008, según el cual: *«una primera observación de carácter sustantivo es que de la actual regulación se desprende el carácter residual de la categoría de contrato administrativo especial, primando la tipificación, al margen del régimen jurídico, que contiene la Directiva 2004/18 de contratos públicos. Esto supone un evidente cambio frente a la regulación anterior donde esas prestaciones sí merecían la consideración de contrato administrativo especial. Sin embargo la LCSP opta por una definición de contrato de servicios ajustada a la normativa comunitaria. De acuerdo con el artículo 10 LCSP son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro. A efectos de aplicación de esta ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II»*.

El apartado 2 del PCAP señala que el objeto del contrato es *“la adjudicación y explotación del sistema de gestión y reserva de entradas del Conjunto Monumental de la Alhambra y del Generalife a una empresa especializada que ya venga prestando servicios de semejantes características y complejidad en el mercado y que actúe en colaboración con una entidad financiera para la gestión de los fondos públicos que obtenga el Patronato vía de venta de entradas”*.

El recurrente alega que la delimitación del objeto del contrato en el PCAP en los términos expuestos, unido a la prestaciones que recoge el Pliego de prescripciones técnicas, ponen de relieve que se trata de un contrato de servicios y no administrativo especial.



En este sentido la cláusula 2 del PPT recoge que la prestación objeto del contrato consistirá en *“ofertar un sistema informático de gestión integral de reserva y venta de entradas y la prestación del servicio se realizará a través de una Plataforma WEB, diseñada y desarrollada específicamente para el Patronato de la Alhambra y del Generalife y que será puesta en producción propiedad del Patronato.”*

El objeto del contrato tiene encaje dentro de la categoría 7 del Anexo II del TRLCSP “servicios de informática y servicios anexos”, ya que su objeto no es otro que la elaboración de un programa informático para la adquisición y gestión de las entradas mediante la creación y diseño de una página web específica para ello.

En cuanto el valor estimado del contrato, la cláusula 3 del PCAP dispone que no origina gastos a la Administración, al ser abonados directamente por los usuarios, cobrando la empresa adjudicataria una comisión que se añade al precio de entrada que en ningún caso excederá del 10% del precio fijado para cada tipo de entrada y con un mínimo de 0,80 € y un máximo de 1,80 €.

Al respecto alega el recurrente que, siguiendo la doctrina asentada por el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales (TACRC) en su resolución 394/2014, de 19 de mayo, basada a su vez en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 25/2012, de 20 de noviembre, el cálculo del valor estimado en este tipo de contratos en que la contraprestación que obtiene el contratista procede directamente de los usuarios, ha de hacerse teniendo en cuenta la estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos, por el tiempo que dure el contrato. Así en la citada resolución del TACRC 394/2014 se indicaba:



<<<1. Consideraciones generales sobre el concepto de valor estimado

i) Valor estimado del contrato

De conformidad con el artículo 88.1 del TRLCSP, referido al “cálculo del valor estimado de los contratos”, el valor estimado de los contratos viene determinado por el “importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación” (importe que debe incluir cualquier forma de opción eventual, las posibles prórrogas del contrato y las modificaciones previstas), debiendo efectuarse la estimación, según el apartado 2º del mismo precepto, “teniendo en cuenta los precios habituales del mercado”, en el momento previo al envío del anuncio de licitación.

Cabe destacar la importancia que tiene la determinación del valor estimado de un contrato, por los distintos efectos que del mismo se derivan de acuerdo con la legislación de contratos, entre los que cabe destacar la calificación del mismo como contrato sujeto a regulación armonizada –lo que depende fundamentalmente de que su valor estimado supere, o no, determinados umbrales, artículos 13 y siguientes del TRLCSP-, con efectos respecto al régimen de publicidad de los mismos, o la posibilidad de impugnación a través de recurso especial en materia de contratación.

ii) Valor estimado del contrato en supuestos en que la retribución del contratista no procede de la Administración contratante

En determinados supuestos en que, como sucede en el caso examinado, la retribución del contratista no procede de la Administración contratante, sino de un “tercero”, ajeno –en principio- a la relación entre la Administración contratante y la empresa que resulte adjudicataria en el procedimiento de licitación, puede plantear dudas la determinación del valor estimado del contrato.

En este punto cabe traer a colación la doctrina de la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa contenida en su Informe 25/2012, de 20 de noviembre**, en el que se analizaba cuál debía ser el método de cálculo del valor estimado del contrato en un contrato cuyo objeto era la explotación del servicio de cafetería en un inmueble de titularidad pública (concretamente, un Centro Sociocultural), partiendo de la base del peculiar sistema de retribución previsto para ese contrato, consistente, no en un pago por parte de la Administración contratante, sino en la asignación de un derecho de explotación de la cafetería, obteniendo el contratista los ingresos de los usuarios del servicio. Analizada la cuestión planteada, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa llega a la conclusión de que “para el cálculo del valor, deberá computarse el **valor total del negocio** de cafetería objeto de explotación de acuerdo con el contrato (para lo cual puede utilizarse la **estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos**), por el período de tiempo de que es objeto, incluyendo las aportaciones que pueda hacer la



Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua y luz) e incluyendo las modificaciones previstas de acuerdo con el pliego”.

Aplicando dicho criterio en el supuesto examinado, llegaríamos a la conclusión de que, en un servicio como el que es objeto del contrato correspondiente a la presente licitación, en que la retribución del contratista consiste en el pago de determinada comisión –“corretaje”- por parte de las entidades aseguradoras que contraten con el Ministerio de Defensa (Cláusula 3 del PCAP: *“El presente contrato no generará gasto alguno a cargo del Ministerio de Defensa [...] sin perjuicio del corretaje derivado de las pólizas intermediadas respecto a los contratos en vigor formalizados en el ramo de vida y accidentes y de su derecho al cobro por el adjudicatario, de acuerdo con los porcentajes ofertados y la normativa reguladora de la actividad aseguradora privada y de mediación de seguros”*), no cabría mantener que el valor estimado es de 0 euros -con base en el hecho de que el Ministerio de Defensa no vaya a tener que abonar a la entidad adjudicataria cantidad alguna por la prestación de sus servicios-, sino que habría que efectuar una estimación del “valor total” que podría revestir el contrato, basado en una previsión de ingresos a obtener por la entidad que resulte adjudicataria como consecuencia del contrato.>>>

Y en base a ello el recurrente concluye que la remuneración anual al adjudicatario puede ascender, atendiendo al volumen de venta de entradas a 2.400.000 € y en el período de 4 años que dura el contrato a un total de 9.600.000€, por lo que el contrato estaría sujeto a regulación armonizada.

Por tanto, atendiendo al criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe 25/2012 citado por el recurrente y partiendo de la premisa de que el contrato objeto del presente recurso es un contrato de servicios y no un contrato administrativo especial, el valor estimado del mismo según la estimación de ingresos del adjudicatario, incluso aún aplicando la comisión mínima de 0,80 € por entrada que recibiría y teniendo en cuenta que en el año 2014 el número de visitantes a dicho monumento fue de 2.402.473, los ingresos previsibles para el período de duración del contrato supera el umbral comunitario de los 207.000 €, por lo que estaría sujeto a regulación armonizada y en consecuencia es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1.a) del TRLCSP , siendo el acto recurrido la resolución de adjudicación al amparo del artículo 40.2.c) del



TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación recurrida se remitió a la recurrente el 7 de enero de 2015, por lo que habiendo tenido entrada el recurso en el registro del órgano de contratación el 23 de enero de 2015, el mismo se interpuso dentro del plazo legal establecido.

QUINTO. Procede, pues, analizar la cuestión de fondo suscitada, donde en síntesis lo que pretende el recurrente es la nulidad del procedimiento de adjudicación, al haberse aplicado criterios y subcriterios de valoración de las ofertas no definidos en el Pliego, lo que quiebra el principio de igualdad de trato y transparencia que debe presidir toda licitación pública.

Por su parte el órgano de contratación no hace ninguna alegación en relación al objeto del recurso en cuestión.

Para abordar la cuestión planteada hay que partir de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor que recoge el PCAP y el contenido del informe técnico de valoración de las ofertas.

El Anexo VII del PCAP recoge:

<<I. Criterios de baremación mediante juicios de valor

La ponderación de los criterios técnicos es del 50%. Los puntos a asignar por tanto son 50, con los siguientes criterios:



A. Mapa Web de la aplicación de Gestión y Reserva de entrada para Agentes Autorizados.

Se valorará bien sobre URL operativa, cada una de las funcionalidades explicitadas en el pliego de prescripciones técnicas o sobre documentación aportada por los licitadores, siendo de especial relevancia el acceso autenticados a la plataforma Web mediante certificado digital y/o DNI electrónico.

Este apartado ponderará un 36%. La puntuación máxima será de 36 puntos que corresponderán a la oferta que presente todas las funcionalidades indicadas en el pliego.

- La carencia del acceso autenticado restará 10 puntos.
- La plataforma Web tendrá que estar implantada con un gestor de contenidos (CMS) de código abierto que permita al personal del Patronato de la Alhambra y Generalife la administración de los contenidos. La ausencia de este gestor restará 10 puntos a la oferta.
- La ausencia de integración con otras plataformas que permitan la gestión de compra y/o reserva de entradas con otras instituciones y/o actividades culturales restará 10 puntos.
- Los 6 puntos restantes se adjudicarán atendiendo proporcionalmente al cumplimiento del resto de funcionalidades expuestas en el pliego de prescripciones técnicas.

B. Trazabilidad completa de las operaciones.

Este apartado ponderará un 10%.

La máxima puntuación, 10 puntos, corresponderá a aquella oferta que explicita satisfactoriamente el procedimiento a seguir para aportar los datos requeridos por el Patronato de la Alhambra y Generalife y explicitados en el pliego de prescripciones técnicas. La ausencia de este procedimiento supondrá obtener una valoración de 0 puntos en este apartado.

C. MEJORA relativa a la implantación en las instalaciones y servidores del Patronato de la Alhambra y Generalife un sistema de Gestión de Relaciones con el Cliente (CRM) y un sistema de Inteligencia de Negocio (BI),



propiedad o licenciado a favor del Patronato de la Alhambra y Generalife, que permita la explotación por parte del Patronato de los datos personales de las operaciones de reserva y compra de entradas La oferta de estos sistemas puntuará 4 puntos.>>

El recurrente alega que para la valoración de estos criterios el órgano de contratación ha utilizado unos parámetros y subcriterios con valoraciones parciales en cada uno de ellos, que no estaban fijados en el pliego y que de haberlos conocido habría podido hacer su oferta teniendo en cuenta los mismos.

Y a ello añade que además la valoración de su oferta se ha realizado de forma arbitraria.

Dichos subcriterios se recogen en el informe técnico de valoración de las ofertas de 29 de octubre de 2014, en el que se realizan una serie de comentarios iniciales donde se especifica cómo se van a valorar las ofertas con arreglo a dichos criterios, en los siguientes términos:

<<COMENTARIOS INICIALES

Antes de exponer el resultado de la evaluación hecha a cada empresa es necesario hacer las siguientes apreciaciones, respecto a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor:

Dentro del apartado **Mapa Web de la aplicación de Gestión y Reservas de entrada para Agentes Autorizados**, se ha dado la máxima puntuación a los subapartados de:

- Acceso autenticado (CNI/ certificado electrónico), a la solución que evite mejor la suplantación de identidad del Agente Autorizado.
- Integración con otras plataformas que permitan la gestión de compra. Se ha dado la máxima puntuación a aquella plataforma que permita la integración en ambas direcciones del sistema propuesto pro la empresa a otros sistemas y de otros sistemas al sistema propuesto por la empresa.



En el subapartado del **Resto de funcionalidades** del apartado **Mapa Web de la aplicación de Gestión y Reservas de entrada para Agentes Autorizados**, se ha desglosado la puntuación en los siguientes puntos que son requisitos expuestos en el pliego de prescripciones técnicas:

- CPD, con 1,5 punto, la puntuación máxima se ha dado a la propuesta que aparte de presentar un cpd, data center de alta disponibilidad, presente otro CPD de respaldo.
- Base de datos, con 1 punto.
- Servicio de venta telefónica, con 1 punto, la puntuación máxima se ha dado a la propuesta que actualmente tiene una atención directa personas de 24x7. Y 0,25 puntos a los que se comprometan en un futuro a tener por lo menos un servicio de 24x7.
- Chat on line, con 1 punto, la puntuación máxima se ha dado a la propuesta que actualmente lo tiene instalado. Y 0,25 puntos a los que se comprometan en un futuro.
- Instalaciones similares, con 1 punto.
- Esquema Nacional de Seguridad, con 0,5 punto.

En el apartado de **Trazabilidad completa de las operaciones** se ha subdividido en los siguientes subapartados con la subsiguiente puntuación máxima asignada:

- Acceder y disponer de todos los datos generados pro la venta y reserva, con 0,2 puntos. Se le ha dado esta puntuación debido a que esta característica es inherente a cualquier sistema de reserva y venta de entradas.
- N° de tarjeta de pago, con 0,5 puntos.
- Datos personales y de contacto del comprador, con 0,5 puntos.
- Datos de las cuentas origen de transferencias, con 8 puntos, se le ha dado una puntuación más alta que a las otras funcionalidades en las que se desglosa este apartado, dad la importancia que tiene para el Patronato de la Alhambra y Generalife como un medio claro de evita posibles traspasos de entradas entre agentes y/o acaparación de entradas con el perjuicio que ello conlleva en el uso de las mismas. Además, se ha tenido en cuenta la complejidad de obtener dicha información, por lo que la máxima puntuación se ha dado a la empresa que ha



presentado la solución más completa, explícita y coherente.

- Registro de las incidencias, tipificadas para los distintos módulos que componen la aplicación, con 0,8 puntos.

El apartado **de Mejora relativa a la implantación en las instalaciones y servidores del Patronato de la Alhambra y Generalife** se ha subdividido en los siguientes subapartados con las siguientes puntuaciones:

- Gestión de relaciones con el Cliente (CRM) con 2 puntos.
- Inteligencia de Negocio (BI) con 2 puntos.>>

Y a ello añade la recurrente que además la valoración de su oferta se ha realizado de forma arbitraria y así en el apartado “Mapa Web de la aplicación de Gestión y Reserva de entrada para Agentes Autorizados” donde según el PCAP es de especial relevancia el acceso autenticado a la plataforma Web mediante certificado digital y/o DNI electrónico, a su oferta se le dan “8 puntos y no la máxima puntuación debido a que aunque sí utiliza certificado digital para autenticarse, ha habido otra empresa que permite realizar la autenticación en el momento de realizar el pago”, sin que en el PCAP conste que quien realice la autenticación de esa forma recibirá la máxima puntuación. Y lo mismo alega respecto a la valoración del criterio relativo a la Integración, respecto al que se restan 8 puntos a su oferta admitiendo que está integrada “con muchos otros sistemas” pero “solo se ve un canal de comunicación de los terceros al sistema que proponen pero no al contrario”, cuestión respecto de la que nada dice el PCAP.

Y finalmente respecto a la valoración del criterio de “Trazabilidad completa de las operaciones”, se han aplicado subcriterios no previstos en el PCAP que de haberse establecido en éste lo habría impugnado el recurrente puesto que, según el mismo, los criterios de trazabilidad de ciertos datos que resultan los más valorados exigiría por parte del Patronato disponer y reclamar a los suministradores, la presentación del correspondiente certificado de



cumplimiento de la normativa internacional de tarjetas de crédito, exigida por Master Card y Visa Internacional, PCI Level II, que garantiza la solvencia técnica necesaria para la manipulación de las tarjetas de crédito.

Y añade que el acceso a las cuentas desde las que se realiza una transferencia, que se establece en el informe técnico como un subcriterio valorable en 8 puntos, no es en ningún caso una capacidad del software, sino de la entidad financiera que dispone de la información para hacerlo y esta capacidad puede estar disponible para cualquier cliente de la entidad que, cumpliendo con los requisitos administrativos que se soliciten, puede obtener dicha información sin que la exigencia de declarar un dato, que el pliego ya da por básico, pueda ser valorado en 8 puntos de los 10 en que se puntúa dicho apartado.

Como ya hemos reiterado en muchas de nuestras resoluciones, valga por todas la 232/2015 de 17 de junio, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 Sentencia del TJUE y la de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

La situación descrita respecto de la fijación y valoración de subcriterios no fijados en el PCAP es equivalente a la que fue enjuiciada por el TJUE en el citado asunto C 532/06 (Alexandroupolis). En efecto, en aquel asunto tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a



posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios. El tribunal concluyó:

“El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.”

Ello no obstante, la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone:

“32 En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*



– no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”

Este criterio es también recogido en diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citando, entre otras, las resoluciones 284/2011, de 23 de noviembre, y 301/2011, de 7 de diciembre.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero y en relación a las mejoras considera que: *“es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista.*

Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras se extienden a los demás criterios de adjudicación y derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cual es la económicamente más ventajosa.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de contratos públicos de Aragón en el Acuerdo 20/2012 de 14 de junio, se pronunció en el mismo sentido señalando:



“Pues bien, como argumenta la recurrente, del tenor literal de dicha cláusula se desprende la carencia de cualquier tipo de motivación o delimitación de las mejoras permitidas, puesto que en ningún momento se hace referencia a los límites admitidos, ni al procedimiento a seguir para la valoración de las mismas. La posibilidad de ofrecer descuentos directos sobre el precio resulta consustancial a la propia formulación de una proposición económica, pero la entrega de productos sin cargo «de igual o similar naturaleza» o «no incluidos en este Acuerdo marco», no determina los requisitos que deben reunir para ser admisibles, ni la valoración que debe atribuirse en función de las cualidades de los mismos. Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas en este punto por los licitadores y la determinación del valor atribuible a las mismas queda al arbitrio del órgano de contratación, sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las entregas de otros productos se realicen sin cargo.”

Y concluía el citado acuerdo que *“la indebida configuración y posterior valoración del criterio de las mejoras, al alterar el principio inherente a toda licitación pública de igualdad de trato, implica un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).”*

En este caso, en la valoración de la ofertas tal y como queda plasmado en el informe técnico, se han seguido unos parámetros y valorado subcriterios que no estaban fijados en el PCAP y alteran la puntuación prevista en el PCAP para cada criterio y además, si hubieran sido conocidos por los licitadores, su oferta habría sido otra o incluso, como señala el recurrente, habría impugnado el PCAP de haber recogido los mismos, lo que no es admisible según lo indicado en la STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio) puesto que atenta claramente contra el principio de igualdad de trato y



transparencia del procedimiento de contratación.

En dicha sentencia de 24 de noviembre de 2005 el TJUE admite que, estando el criterio definido y ponderado en el pliego, puedan establecerse en el mismo subcriterios sin ponderar, permitiendo que sea a posteriori cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y la ponderación se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio. Así, señala la citada sentencia que *“el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.”*

En el presente caso, el informe técnico de valoración en los “comentarios iniciales” incorporados al mismo no se limita a recoger el peso específico de elementos secundarios de un criterio de adjudicación, sino que establece nuevos criterios de valoración. Así por ejemplo, respecto al apartado “Mapa Web de la aplicación de Gestión y Reservas de entrada para Agentes Autorizados”, en relación al criterio de valoración relativo al acceso autenticado, el PCAP se limita a fijar como criterio de baremación que *“la carencia del acceso autenticado restará 10 puntos”* y sin embargo el informe técnico indica que este criterio se va a valorar dando la máxima puntuación *“a la solución que*



evite mejor la suplantación de identidad del Agente Autorizado”, por tanto se introduce un elemento nuevo de valoración no recogido en el PCAP y que de haber sido conocido por los licitadores su oferta podría haber sido otra.

Igual cabe decir respecto al criterio de integración con otras plataformas, en el que según el PCAP se valora *“la ausencia de integración con otras plataformas que permitan la gestión de compra y/o reserva de entradas con otras instituciones y/o actividades culturales restará 10 puntos”* y en el informe técnico indica que *“se ha dado la máxima puntuación a aquella plataforma que permita la integración en ambas direcciones del sistema propuesto por la empresa a otros sistemas y de otros sistemas al sistema propuesto por la empresa”*

Lo mismo ocurre con en el criterio de *“Trazabilidad completa de las operaciones”* respecto al cual el PCAP indica que *“la máxima puntuación, 10 puntos corresponderá a aquella oferta que explicita satisfactoriamente el procedimiento a seguir para aportar los datos requeridos por el Patronato de la Alhambra y Generalife y explicitados en el pliego de prescripciones técnicas. La ausencia de este procedimiento supondrá obtener una valoración de 0 puntos en este apartado”* y sin embargo el informe técnico desglosa subcriterios que no establece el PCAP y con la valoración correspondiente a cada uno de ellos, así:

- CPD, con 1,5 punto, la puntuación máxima se ha dado a la propuesta que aparte de presentar un cpd, data center de alta disponibilidad, presente otro CPD de respaldo.
- Base de datos, con 1 punto.
- Servicio de venta telefónica, con 1 punto, la puntuación máxima se ha dado a la propuesta que actualmente tiene una atención directa personas de 24x7. Y 0,25 puntos a los que se comprometan en un futuro a tener por lo menos un servicio de 24x7.
- Chat on line, con 1 punto, la puntuación máxima se ha dado a la propuesta



que actualmente lo tiene instalado. Y 0,25 puntos a los que se comprometan en un futuro.

- Instalaciones similares, con 1 punto.
- Esquema Nacional de Seguridad, con 0,5 punto.

De todo ello resulta que no se ponderan elementos secundarios de un criterio de adjudicación como alude la citada STJUE ATI EAC y Viaggi di Maio sino que se trata, de un lado, de nuevos criterios de adjudicación y de otro, de baremación de los previstos en el pliego de forma diferente a la fijada en el PCAP, por lo que ha de estimarse la pretensión del recurrente y anular la resolución de adjudicación recurrida.

SEXTO. El recurrente solicita la nulidad del procedimiento de contratación y no solo de la resolución de adjudicación recurrida al entender que la valoración de criterios de adjudicación no fijados en los pliegos es un vicio de nulidad de pleno derecho que atenta contra el principio de igualdad y por tanto su estimación conlleva la nulidad de todo el procedimiento.

Este criterio ha sido sostenido por este Tribunal en reiteradas resoluciones como la Resolución 23/2014, de 12 de marzo entre otras muchas, en la que recogíamos el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución dictada el 20 de julio de 2011, por la que se resolvía el recurso 155/2011 y, más recientemente, en la de 21 de marzo de 2012, por la que se resuelve el recurso 44/2011, en la que ha señalado:

“Es decir que, en todo caso, la admisión de estas mejoras comporta la necesidad de identificarlas suficientemente así como el establecimiento de los criterios claros y precisos para valorarlas.

Aplicando esta doctrina al caso presente debemos destacar que en las cláusulas cuyo contenido se ha transcrito previamente queda manifiesta la insuficiente regulación de las mejoras habida cuenta de que ni figuran



detalladas, ni se expresan sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente quedando claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración, lo que ha obligado a fijar a posteriori reglas y subcriterios de valoración a la comisión designada para llevarla a cabo en franca contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia mencionada anteriormente.

Y de esta forma se concluye que incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho y “no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio.

En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley. Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta ».

La cuestión de si a través de la estimación de un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución de adjudicación es posible anular los pliegos y todo el procedimiento de licitación es una cuestión debatida que además alega la UTE EL CORTE INGLES S.A.- EXPERTUS TECHNOLOGY SOFTWARE S.A que resultó adjudicataria.



En relación a ello hay que indicar que, aunque los pliegos son la ley del contrato entre las partes, de modo que el recurrente no puede impugnar con motivo de la adjudicación el contenido de unos pliegos que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta. No obstante, esta regla general admite una serie de excepciones:

1. Que en la estipulación del pliego concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho, como sucede en el presente caso al atentar contra el principio de igualdad en la valoración de las ofertas realizadas.
2. Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP; esta congruencia se satisface, desde luego, si el recurso solicita expresamente (de modo principal o subsidiario) la nulidad de la estipulación, tal y como sucede en este caso.
3. Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria (no solo ilegal) del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de hacer una nueva valoración de las ofertas, al anular la resolución de adjudicación, se incurriría nuevamente en arbitrariedad en la valoración. En este sentido, la sentencia 4559/2012 de 5 de noviembre de 2012 de la Audiencia Nacional anula una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) porque aprecia incongruencia entre la petición del recurrente (la admisión de la oferta por entender acreditada la clasificación requerida) y la decisión adoptada por el Tribunal de recursos (la anulación de dos cláusulas del Pliego por ambigüedad y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos). Pero dicha sentencia tiene un voto particular en el que estima que tal incongruencia no existe porque el TACRC



determinó que, mientras la ambigüedad de las cláusulas anuladas no desapareciera, no era posible resolver sobre la pretensión de admisión de la oferta; de ahí que se articulara una estimación parcial, consistente en resolver la oscuridad de los pliegos para después resolver sobre la admisión.

En el presente caso, tal y como están fijados los criterios de valoración en el PCAP en los que se define de forma amplia cada criterio y se fija la puntuación global que se da a cada uno pero sin especificar los aspectos a valorar y la puntuación de cada uno de ellos, denota una ambigüedad que deja un amplio margen de discrecionalidad al órgano de contratación para su valoración, deviniendo ésta arbitraria al no establecerse parámetros para la valoración de dichos criterios.

Así a título de ejemplo el criterio de adjudicación relativo al “Mapa Web de la aplicación de Gestión y Reserva de entrada para Agentes Autorizados” se valora indicando el PCAP que “Los 6 puntos restantes se adjudicarán atendiendo proporcionalmente al cumplimiento del resto de funcionalidades expuestas en el pliego de prescripciones técnicas”, sin que se especifiquen qué funcionalidades concretas se van a valorar y como se va a hacer dicha valoración respecto a cada una de ellas, lo que lleva sin lugar a dudas a un margen de discrecionalidad en la valoración no admisible.

Asimismo el criterio relativo a la “Trazabilidad completa de las operaciones” se valora del siguiente modo según el PCAP “La máxima puntuación, 10 puntos, corresponderá a aquella oferta que explícite satisfactoriamente el procedimiento a seguir para aportar los datos requeridos por el Patronato de la Alhambra y Generalife y explicitados en el pliego de prescripciones técnicas”, lo que deja igualmente un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la determinación de lo que es “satisfactorio” a juicio del órgano de contratación que se traduce en



definitiva en una incertidumbre para los licitadores en cuanto a la formulación de sus ofertas y la valoración que se va a dar a las mismas, contraria al principio de igualdad de trato y transparencia del procedimiento de licitación, como ya se ha expuesto.

Precisamente por ello, el órgano de contratación pretendió en el informe de valoración concretar cada uno de los criterios de adjudicación y la ponderación de los mismos, pero no lo hizo en el PCAP que es donde debió fijarlos para garantizar la igualdad de los licitadores a la hora de formular sus ofertas.

Por ello, si solo se anulara la adjudicación y se mantuvieran los criterios de adjudicación y su baremación tal y como establecen los pliegos, la nueva valoración incurriría igualmente en arbitrariedad, de ahí que haya que anular todo el procedimiento de licitación y los pliegos a fin de que se concreten los criterios de valoración en los mismos.

Al respecto hay que tener en cuenta la reciente sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo en la que se declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que un licitador, razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y los pliegos de condiciones, siempre que se den las condiciones expuestas, aun cuando no fueran impugnados en tiempo y forma y la recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente.



Así los apartados 52 a 58 señalan:

“52 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo establecido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 de garantizar la existencia de recursos frente a las infracciones de las disposiciones en materia de adjudicación de los contratos públicos sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos comienzan a correr únicamente a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones [véanse las sentencias Uniplex (UK), EU:C:2010:45, apartado 32, e Idrodinamica Spurgo Velox y otros, C-161/13, EU:C:2014:307, apartado 37].

53 Procede declarar que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que el hecho de que tales criterios sean incomprensibles o carezcan de claridad puede constituir una infracción de la Directiva 2004/18.

54 En el apartado 42 de la sentencia SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), el Tribunal de Justicia declaró que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma.

55 De ello se desprende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el licitador de que se trata era efectivamente incapaz de comprender los criterios de adjudicación en cuestión o si debería haberlos comprendido desde la posición estándar de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente.



56 En el marco de dicho examen, debe tenerse en cuenta el hecho de que el licitador de que se trata y los demás licitadores fueron capaces de presentar las ofertas y que el licitador de que se trata, antes de presentar su oferta, no solicitó aclaraciones al poder adjudicador.

57 Si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.

58 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato.”

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IMPRONTA SOLUCIONES, S.L.** contra la Resolución de adjudicación de la Directora del Patronato de la Alhambra y Generalife, de 16 de diciembre de 2014, respecto al contrato denominado “*Gestión integral de la reserva y venta de entradas para el Patronato de la Alhambra y Generalife*” (Expte. 2014/4), promovido por el Patronato de la Alhambra y Generalife (en adelante el Patronato), adscrito a la Consejería de Cultura, y en consecuencia declarar la nulidad de la misma y de todo el procedimiento de licitación al haber incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo expuesto en la presente resolución, debiéndose aprobar unos nuevos pliegos y convocar otra vez la licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por Resolución de este Tribunal de 12 de febrero de 2015.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

