

**Recurso 455/2019**

**Resolución 9/2020**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA  
JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 23 de enero de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A.** contra la resolución, de 13 de noviembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Nuevos desarrollos, mantenimiento y soporte del Sistema Unificado de Recursos de la Junta de Andalucía (Sistema SUR), respecto del Lote 1: nuevos desarrollos, mantenimiento y soporte” (Expte. SGT042/19TIC), promovido por la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 8 de agosto de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2019/S 152-375106 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato, según consta en el anuncio de licitación, asciende a 11.354.112,00 euros. Asimismo, entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento respecto del Lote 1 se encontraba la entidad ahora recurrente, conforme a la documentación que obra en el expediente de contratación.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**TERCERO.** Mediante resolución, de 13 de noviembre de 2019, el órgano de contratación acuerda la adjudicación del contrato citado, respecto del Lote 1, a favor de la UTE FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS S.A.U. - SOLTEL IT SOLUTIONS S.L.U. - EMERGIA INGENIERÍA, S.L. (en adelante la UTE FUJITSU – SOLTEL - EMERGIA).

**CUARTO.** El 21 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A. (en adelante AYESA) contra la citada resolución de adjudicación, respecto del Lote 1.

**QUINTO.** Mediante comunicación de 22 de noviembre de 2019, la Secretaría de este Tribunal le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo así como la documentación necesaria para su resolución. La documentación solicitada fue aportada el 28 de noviembre de 2019.

**SEXTO.** Con fecha 5 de diciembre de 2019, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la UTE FUJITSU – SOLTEL - EMERGIA.



**SÉPTIMO.** Previa petición de levantamiento de la suspensión automática solicitada por el órgano de contratación, este Tribunal, mediante Resolución de 10 de diciembre de 2019, acuerda su mantenimiento.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del Lote 1, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación, según consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 15 de noviembre de 2019 sin que conste si la misma fue efectivamente remitida a la entidad ahora recurrente; no obstante, aun computando el plazo desde dicha fecha, el recurso presentado el 21 de noviembre de 2019 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.



**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 13 de noviembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo:

1. Se declare su nulidad por la incompatibilidad que afecta a la UTE adjudicataria y la consiguiente imposibilidad de que la misma resulte adjudicataria del Lote 1 de la presente licitación, con retroacción de las actuaciones y la consecuente adjudicación a su favor de dicho lote al no haber concurrido al mismo ninguna otra entidad licitadora.

2. Subsidiariamente, que se declare la nulidad de la adjudicación, con retroacción de las actuaciones para que los criterios de adjudicación «porcentaje ofertado para soporte» y «porcentaje dedicado a la migración» sean aplicados correctamente en los términos expuestos y acreditados en el cuerpo del recurso.

3. Subsidiariamente, que se anulen los criterios de adjudicación referidos por su carácter oscuro y ambiguo, con retroacción de las actuaciones para que, una vez anulado el PCAP, se redacte y apruebe un nuevo clausulado que sea conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la asociación recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la UTE FUJITSU – SOLTEL – EMERGYA, actual adjudicataria del Lote 1, como interesada en el procedimiento, se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

**SEXTO.** Como se ha expuesto, la recurrente como pretensión principal solicita que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación por la incompatibilidad que afecta a la UTE adjudicataria y la consiguiente imposibilidad de que la misma resulte adjudicataria del Lote 1 de la presente licitación, con retroacción de



las actuaciones y la consecuente adjudicación a su favor de dicho lote al no haber concurrido al mismo ninguna otra entidad licitadora.

Al respecto, señala que la UTE FUJITSU - EMERGYA -esto es, dos de las entidades que componen la UTE adjudicataria del presente contrato- era a la fecha de presentación de ofertas, la contratista del Lote 1 del Expediente SGT001/17TIC denominado «Sistemas Corporativos Económico-Financieros» (también llamado contrato PMO o contrato de oficina de proyectos) perteneciente al contrato global de «Servicios de apoyo y soporte para proyectos en materia de Sistemas Corporativos Económico-Financieros, de Administración Electrónica de Sistemas Horizontales», en virtud de la resolución de adjudicación, de 20 de julio de 2017, de la Secretaría General Técnica de la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública.

En este sentido, indica que dicho Lote 1 del contrato de oficina de proyectos, con una duración inicial de 24 meses, tenía por objeto la ejecución de trabajos relacionados con los proyectos de sistemas corporativos económico-financieros (GIRO, SUR, Júpiter y todos sus subsistemas y aplicaciones relacionadas), de manera que, a través de los mismos, la UTE contratista llevaría a cabo, entre otras cuestiones, la supervisión, control y vigilancia de las tareas de ejecución del contrato de «Servicios de nuevos desarrollos y soporte del sistema unificado de recursos de la Junta de Andalucía (Sistema SUR)», en adelante (proyecto SUR 2015), cuya contratista era AYESA.

Asimismo, indica la recurrente -AYESA- que además de esas labores de supervisión, control y vigilancia anteriormente reseñadas, se recogía un régimen de incompatibilidades en el Anexo I del PCAP del citado contrato de oficina de proyectos, que debía ser objeto de obligado cumplimiento por parte de la persona contratista, la UTE EMERGYA - FUJITSU, en los siguientes términos:

*«Dado que la ejecución de los contratos correspondientes a cada uno de los Lotes implica el desarrollo de tareas de asesoría técnica y funcional y de apoyo a la supervisión, coordinación y control de la correcta ejecución de determinados contratos adjudicados por la Dirección General de Política Digital, se relacionan a continuación, para cada Lote, los contratos cuya adjudicación resulta incompatible con la de cada uno de los Lotes antes indicados, por lo que las empresas adjudicatarias de los contratos relacionados por cada Lote no lo podrán ser del mismo Lote objeto de la presente licitación, tanto de forma individual como en Unión Temporal de Empresas.*

*Asimismo, esta incompatibilidad afectará también, en las condiciones expresadas, a la posible adjudicación futura de contratos de contenido similar a los que se relacionan, de forma que estas adjudicaciones serán incompatibles*



*con las adjudicaciones que se realicen de los Lotes como resultado de la presente licitación, en tanto que los contratos formalizados como consecuencia de estas adjudicaciones permanezcan vigentes».*

Al respecto, afirma AYESA que es innegable que el Lote 1 adjudicado a la UTE EMERGYA - FUJITSU para la ejecución del contrato de oficina de proyectos no sólo es incompatible con el proyecto Sur 2015 -adjudicado a AYESA-, sino que, además, aquélla no podía concurrir (individualmente o en UTE) a ningún procedimiento de licitación futuro, como el que se examina, que tuviera como objeto una prestación o servicio de contenido similar a ese contrato de oficina de proyectos que le había sido adjudicado.

En este sentido, afirma la recurrente que el contrato de oficina de proyectos se encuentra aún vigente al hallarse en período de garantía hasta el 31 de agosto de 2020, vigencia que puede constatarse también por la propia fuerza de los hechos, y es que, dado que AYESA se encuentra ejecutando actualmente el proyecto SUR 2015, ha recibido correos de personal técnico de la UTE FUJITSU - EMERGYA en labores de control.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que no existe incompatibilidad alguna entre la adjudicación correspondiente al Lote 1 del presente contrato, expediente SGT042/19TIC (proyecto SUR 2019) a la UTE FUJITSU – SOLTEL – EMERGYA y la ejecución del Lote 1 del contrato SGT001/17TIC (contrato de oficina de proyectos) adjudicado a la UTE FUJITSU - EMERGYA, ya que este último finalizó su vigencia el día 30 de septiembre de 2019, tras una prórroga del plazo de ejecución de un mes, y la adjudicación del contrato que se examina (SGT042/19TIC – proyecto SUR 2019) se adoptó el 13 de noviembre de 2019, no existiendo tampoco impedimento alguno para que las empresas citadas acudieran como licitadoras, solas o en unión temporal, a la licitación del nuevo contrato que se analiza. Y ello, añade, en base a los siguientes argumentos:

1. Del contenido literal del párrafo del PCAP del contrato de oficina de proyectos, relativo al régimen de incompatibilidades, transcrito por la recurrente, ha de concluirse que es incompatible su vigencia con la adjudicación de un nuevo contrato del mismo objeto, como es el caso del Lote 1 del contrato que ahora se licita (proyecto SUR 2019).



Sin embargo, es necesario precisar que esta incompatibilidad está configurada de forma que las empresas que ejecuten los diferentes lotes del contrato de oficina de proyectos (expediente SGT001/17TIC) no pueden ser adjudicatarias de nuevas licitaciones, pero nada impide ni prohíbe a dichas empresas contratistas presentarse a esas nuevas licitaciones, de tal suerte que la Administración debe examinar la existencia de una eventual incompatibilidad en el momento de producirse la adjudicación y no en un momento anterior, como puede ser el de la admisión al procedimiento de estas empresas, no existiendo por tanto ningún impedimento para que la UTE FUJITSU – SOLTEL – EMERGYA presentara su oferta en el procedimiento actual (proyecto SUR 2019), ni alguna que pudiera motivar su exclusión temprana por razones de incompatibilidad.

2. El 13 de noviembre de 2019, momento en el que se produce la adjudicación del actual contrato (proyecto SUR 2019), ninguna de las empresas que formaban la UTE ahora adjudicataria, incurrían en causa de incompatibilidad para dicha adjudicación, en tanto que el contrato de oficina de proyectos formalizado con la UTE FUJITSU – EMERGYA había extinguido su vigencia el 30 de septiembre de 2019.

3. Respecto a la afirmación de la recurrente, relativa a que el contrato de oficina de proyectos sigue vigente tras el 30 de septiembre de 2019 dado que su periodo de garantía finaliza el 30 de septiembre de 2020, basta recordar el contenido del artículo 210.3 de la LCSP, cuando señala que *«En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo en esta Ley o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista»*. Por tanto, queda claro, a juicio del informe al recurso, que un contrato de prestación de servicios continuados en el tiempo (como es el de oficina de proyectos) finaliza en la fecha señalada en los documentos contractuales, debiendo llevarse a cabo el preceptivo acto de recepción para comprobar que los trabajos se han realizado de conformidad hasta la fecha de finalización de aquellos, siendo a partir de ese momento cuando comienza el plazo de garantía, en el que el contrato no está vigente y la empresa no realiza servicio alguno, sino que únicamente debe responder cuando se compruebe un error, fallo o deficiencia en los servicios realizados hasta la fecha de finalización del contrato. Por tanto, a su entender, el plazo de garantía no puede ser tiempo de ejecución del contrato, como pretende la recurrente, sino únicamente un periodo de tiempo en que la empresa saliente responde de los defectos detectados en los trabajos realizados durante la ejecución del contrato.



4. En cuanto al correo electrónico de 7 de octubre de 2019, que la recurrente reproduce en su recurso, con el que trata de probar que la UTE FUJITSU – EMERGIA continuó prestando sus servicios en el contrato de oficina de proyectos después de la fecha en que este finalizó (30 de septiembre de 2019), debe entenderse que, con este correo, la citada UTE pretendía cerrar su trabajo a 30 de septiembre de 2019, cumpliendo con cualquier obligación dimanante del contrato que se hubiera originado hasta dicha fecha. De hecho, si se examina con detalle el mentado correo electrónico, se verá que, en el asunto, se señala “Informe Semana 20190930 Peticiones Propuestas”, haciéndose así referencia a deberes surgidos para la UTE contratista el día 30 de septiembre de 2019 (20190930), fecha en la que el contrato aún estaba vigente.

Por último, la UTE FUJITSU – SOLTEL – EMERGIA, como interesada, en su escrito de alegaciones al recurso se pronuncia en términos similares al órgano de contratación.

Vistas las alegaciones de las partes procede su examen. Al respecto, la controversia no se centra en la existencia de un régimen de incompatibilidad entre el contrato de oficina de proyectos y el proyecto SUR 2019 que todas las partes admiten, sino en la extensión de esa incompatibilidad, esto es, por un lado, si ha de extenderse no solo a la adjudicación del proyecto SUR 2019 sino a su previa licitación, y por otro lado, si comprende hasta la fecha de finalización del contrato (30 de septiembre de 2019) o ha de extenderse durante el plazo de garantía.

Con respecto a que la incompatibilidad afecta no solo a la adjudicación del nuevo contrato sino a la propia licitación, como pretende la recurrente, ha de partirse de los términos literales de la cláusula del contrato de oficina de proyectos (expediente SGT001/17TIC) antes transcrita que se refiere a “adjudicaciones”, así como del espíritu y finalidad del precepto relativo a la incompatibilidad que no es otra que impedir que una empresa o una unión temporal supervise y controle lo ejecutado por ella misma, situación que no es objeto de debate toda vez que como se ha expuesto el contrato de oficina de proyectos finalizó el 30 de septiembre de 2019 y el nuevo contrato (proyecto SUR 2019) se adjudicó el 13 de noviembre de 2019.

En este sentido las cláusulas limitativas de la capacidad de obrar, en cuanto suponen una excepción al principio de libre concurrencia, han de ser objeto de interpretación estricta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4.2 del Código Civil. Téngase en cuenta que el propio pliego del contrato de oficina de proyectos (expediente SGT001/17TIC) ha configurado dicha circunstancia como una causa de



incompatibilidad, causas que, en otros ámbitos, pero relacionados con la capacidad (como en el del ejercicio de funciones públicas) deben ser objeto de interpretación restrictiva en cuanto se trata de normas que restringen derechos, en virtud del principio general «*odiosa restringenda sunt*».

En definitiva, a juicio de este Tribunal, tal incompatibilidad no afectaba a la licitación del contrato, únicamente a su adjudicación y posterior ejecución del mismo.

En cuanto a si la incompatibilidad se extiende o no durante la vigencia del plazo de garantía, ha de estarse a lo señalado por el órgano de contratación y por la UTE adjudicataria. Así, la ejecución del contrato finaliza con la recepción o conformidad de la Administración, fecha a partir de la cual comienza el plazo de garantía, durante el que la persona contratista solo debe responder de los trabajos ya ejecutados, en el supuesto examinado los relativos al contrato proyecto SUR 2015.

Por último, respecto al correo electrónico alegado por la recurrente, ha de estarse, al menos en principio y salvo prueba en contrario, que no consta, a lo afirmado por el órgano de contratación en su informe al recurso, cuando manifiesta que el mismo se refiere a la circunstancia que con ese correo la UTE contratista pretendía cerrar su trabajo a 30 de septiembre de 2019, cumpliendo con cualquier obligación dimanante del contrato que se hubiera originado hasta dicha fecha.

En todo caso, consta en la documentación obrante en el expediente de recurso acta de recepción definitiva del contrato de oficina de proyectos de fecha 30 de septiembre de 2019, formalizada entre la Administración y el contratista, sin que el citado correo electrónico pueda desvirtuar la presunción de veracidad de dicha acta.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar la pretensión principal del recurso.

**SÉPTIMO.** La desestimación de la pretensión principal del recurso, como se ha analizado en el fundamento anterior, supone la necesidad de analizar la primera de las pretensiones subsidiarias en la que la recurrente solicita que se declare la nulidad de la adjudicación, con retroacción de las actuaciones para



que los criterios de adjudicación «porcentaje ofertado para soporte» y «porcentaje dedicado a la migración» sean aplicados correctamente en los términos expuestos y acreditados en el cuerpo del recurso.

Al respecto, en lo que aquí interesa, el anexo XI del PCAP, relativo a los criterios de adjudicación y baremos de valoración, dispone con respecto al Lote 1 y para los criterios de adjudicación ponderables de forma automática lo siguiente:

**«2) Porcentaje de soporte. De 0 a 8 puntos.**

*Se otorgará la puntuación proporcional al porcentaje ofertado de soporte (entre el 20 y el 30%) con un máximo de 8 puntos.*

*Se otorgará la puntuación resultante de la aplicación de la fórmula siguiente a las ofertas en función del porcentaje ofertado por el soporte. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta de menor porcentaje de la facturación dedicado al soporte siempre, superior al 20 % y cero al porcentaje máximo, 30%, según la fórmula:*

$$\text{Puntuación} = 7 [(p - \text{PMáx}\%) / (\text{PMin}\% - \text{PMáx}\%)]$$

*Donde:*

- *p = porcentaje de facturación dedicado al soporte.*
- *PMáx% = porcentaje máximo 30%.*
- *PMin% = porcentaje mínimo 20%.».*

**4) Porcentaje dedicado a la migración. De 0 a 7 puntos.**

*Se otorgará la puntuación proporcional al porcentaje ofertado para la migración (entre el 25 y el 30%) con un máximo de 7 puntos.*

*Se otorgará la puntuación resultante de la aplicación de la fórmula siguiente a las ofertas en función del porcentaje ofertado para la migración. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta de menor porcentaje de la facturación dedicado a la migración siempre, superior al 25 % y cero al porcentaje máximo, 30%, según la fórmula:*

$$\text{Puntuación} = 7 [(p - \text{PMáx}\%) / (\text{PMin}\% - \text{PMáx}\%)]$$

*Donde:*

- *p = porcentaje de facturación dedicado a la migración.*
- *PMáx% = porcentaje máximo 30%.*
- *PMin% = porcentaje mínimo 25%.».*

Con respecto a lo anterior, según consta en acta de la mesa de contratación -comisión de contratación de bienes y servicios informáticos en terminología de los pliegos-, de fecha 27 de septiembre de 2019, a



requerimiento de una de las entidades presentes en el acto publico sobre los criterios de adjudicación anteriores, aquella tras la conclusión del acto público y con objeto de proceder a la valoración de las ofertas conforme a los criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo: *«en cada uno de estos criterios el Pliego establece un rango que puede ofertarse (20-25%, según el criterio, y 30%), para después establecer unas específicas consecuencias jurídicas si se ofertan los extremos de dicho rango. En caso de ofrecerse el 30% la puntuación ha de ser cero. En caso de ofrecerse el 20% (en el criterio 2 de los Lotes 1 y 2) o el 25% (en el criterio 4 del Lote 1), la consecuencia jurídica ha de ser asimismo valorar la oferta con cero puntos, ya que la redacción de dichos criterios señala claramente que la oferta ha de ser siempre superior al 20% (en el criterio 2 de los Lotes 1 y 2) o al 25% (en el criterio 4 del Lote 1)»*. Dicha acta fue objeto de publicación en el perfil de contratante el 2 de octubre de 2019.

Por su parte, la recurrente en su escrito de impugnación, tras transcribir íntegramente los criterios de adjudicación «porcentaje ofertado para soporte» y «porcentaje dedicado a la migración» recogidos en el anexo XI del PCAP, afirma que, como se desprende de la fórmula, se trata de un criterio valorado de forma lineal, para el cual se otorga la máxima puntuación al mínimo porcentaje ofertado y cero puntos cuando se oferte el porcentaje máximo (30%), especificándose que, para ambos criterios, el porcentaje mínimo que podían ofertar los licitadores era del 20% para el porcentaje de soporte y del 25% para el porcentaje dedicado a la migración, debiendo considerarse ambos porcentajes mínimos incluidos dada la literalidad del PCAP.

Añade la recurrente que, en efecto, los anexos IX y XI del PCAP recogen en diversas ocasiones que en los porcentajes mínimos que podían ofertar los licitadores debían entenderse incluidos los del 20% y 25%, pese a que el citado anexo XI recoja una única vez que *«se otorgará la máxima puntuación a la oferta de menor porcentaje de la facturación dedicado al soporte siempre, superior al 20%»* y que *«se otorgará la máxima puntuación a la oferta de menor porcentaje de la facturación dedicado a la migración siempre, superior al 25%»*.

Es evidente, a su juicio, que esta única mención al término "siempre" no podía ser empleada por la Administración como "excusa" para otorgar cero puntos a las entidades licitadoras que ofertasen los porcentajes mínimos del 20% y 25% por cuanto el PCAP, respecto del Lote 1, permitía que los mismos pudieran ser ofertados para su valoración; máxime cuando las fórmulas aplicables a ambos criterios



recogen en la descripción del parámetro PMin% que éste debía ser considerado respectivamente como *«porcentaje mínimo 20%»* y *«porcentaje mínimo 25%»*, sin contemplar extremos adicionales sobre la necesidad de que se ofertase un porcentaje superior.

Es más, según su entender, la mesa de contratación ni siquiera respeta el tenor literal de la cláusula puesto que existe una coma entre las palabras "siempre" y "superior", lo que indica que el adverbio temporal "siempre" enfatiza la parte de la frase anterior a la coma y no al adjetivo "superior" que lo sigue.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala, tras transcribir parte de la citada acta de la mesa de contratación de 27 de septiembre de 2019, que si bien la coma parece estar incorrectamente colocada (debería estar antes de la palabra "siempre"), esto carece de importancia pues, tanto en un caso como en otro, el criterio siempre dice "superior al 20%" y "superior al 25%", por lo que las ofertas nunca podían alcanzarlas, como pasó con la proposición de la recurrente.

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia. Al respecto, dada la similitud en la redacción de los dos criterios de adjudicación discutidos -«porcentaje ofertado para soporte» y «porcentaje dedicado a la migración»- se examinará el primero de ellos del tal suerte que la conclusión que se adopte se extenderá a ambos criterios.

Así las cosas, una simple lectura del contenido del criterio «porcentaje ofertado para soporte» revela de forma clara e inequívoca una contradicción en cuanto al intervalo a partir del cual el criterio es objeto de puntuación. Si, a los meros efectos dialécticos, lo dividimos en tres partes, en la primera *«se otorgará la puntuación proporcional al porcentaje ofertado de soporte (entre el 20 y el 30%)»* y en la tercera donde se desarrolla la fórmula de valoración se dispone en lo que aquí interesa *«PMin% = porcentaje mínimo 20%»*, por lo que queda meridianamente claro que una oferta con el 20% estaría dentro del intervalo del criterio.

Sin embargo, en la segunda parte *«se otorgará la máxima puntuación a la oferta de menor porcentaje de la facturación dedicado al soporte siempre, superior al 20%»*, para poder ser objeto de valoración la propuesta ha de ser superior al 20%, por lo que la contradicción es manifiesta.



No obstante, si se atiende a la segunda parte de la redacción del criterio « *Se otorgará la puntuación resultante de la aplicación de la fórmula siguiente a las ofertas en función del porcentaje ofertado por el soporte. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta de menor porcentaje de la facturación dedicado al soporte siempre, superior al 20 % (...)*», se constata que en la misma es donde se dispone la forma en que efectivamente se va a valorar, de tal suerte que en ella el pliego no solo dispone que la oferta para poder evaluarse ha de ser superior al 20%, sino que se enfatiza con el adverbio «siempre», en una forma de asegurar que la propuesta para que se le pueda aplicar el criterio ha de ser superior al 20%.

Que duda cabe que el contenido del criterio ha sido redactado de manera no muy afortunada, pero la contradicción era tan clara y manifiesta que debió ser objeto de recurso contra los pliegos, o al menos se debió haber solicitado aclaración con carácter previo a la presentación de ofertas, circunstancias que no constan que se hayan realizado por ninguna de la entidades licitadoras, tras lo cual solo resta interpretar su contenido, como acertadamente hizo la mesa de contratación al considerar que solo sería objeto de valoración aquellas ofertas superiores al 20%.

Asimismo, ha de ponerse de manifiesto, en el sentido alegado por la recurrente y confirmado en el informe al recurso, lo desafortunado de la posición de la coma entre las palabras siempre y superior, lo que vuelve a incidir en la desafortunada redacción del criterio. Sin embargo, ya se entienda como propone la recurrente que la coma entre dichas palabras enfatiza a la frase anterior y no al adjetivo superior, ya se entienda como señala el informe al recurso-que debería estar antes de la palabra siempre, o en último caso como entiende este Tribunal que aquella está de más, el sentido de la frase no varía, incluso si se hace desaparecer la palabra siempre, la interpretación es la misma, esto es que solo serán objeto de valoración aquellas ofertas que sean superiores al 20%.

Respecto a que la mesa de contratación otorgó cero puntos a la proposición de la ahora recurrente que ofertó el 20%, como se denuncia en el recurso, este Tribunal no puede compartir dicha actuación pues como se ha expuesto anteriormente las ofertas que no sean superiores al 20% no cumplen uno de los requisitos del criterio y por tanto no han de ser valoradas pero no es posible asignarle cero puntos, aunque a efectos prácticos es lo mismo no asignarle puntos o hacerlo con cero.



También denuncia la recurrente que, de haberse seguido un criterio uniforme en el redondeo, la puntuación que se le debería haber otorgado a la UTE adjudicataria sería de 7,9999999999 puntos y no 8. En este sentido, el informe al recurso señala que obviamente dicha puntuación se redondea a dos decimales, ya que el tercero es superior a 5. Sin embargo, este Tribunal no puede asimismo estar de acuerdo con el órgano de contratación, como ha puesto de manifiesto en muchas de sus resoluciones en las que ha afirmado que salvo que los pliegos dispongan otra cosa o en los supuestos de cantidades en euros, se han de aplicar los decimales que efectivamente correspondan sin redondeos (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 284/16, de 11 de noviembre, 11/2017, de 27 de enero y 433/2019, de 27 de diciembre, y 167/2018, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En todo caso, como indica el órgano de contratación en su informe al recurso, la diferencia de puntuación entre ambas cifras es tan pequeña que no puede producir cambios en la clasificación de las ofertas.

Por último, no puede tampoco admitirse el alegato de la recurrente en el que manifiesta que los valores ofertados en su propuesta y en la de la UTE adjudicataria no tienen diferencia apreciable en el precio y arrojan una misma puntuación. Y ello, por cuanto como se ha expuesto, las ofertas que no sean superiores al 20%, como le ocurrió a la de la ahora recurrente, no cumplen uno de los requisitos del criterio y por tanto no han de ser valoradas, de tal suerte que no se les aplica la fórmula, aun cuando la diferencia práctica entre ambas ofertas sea insignificante.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar la primera pretensión subsidiaria del recurso.

**OCTAVO.** La desestimación de la primera pretensión subsidiaria del recurso, como se ha analizado en el fundamento anterior, supone la necesidad de analizar la segunda y última de las pretensiones subsidiarias en la que la recurrente solicita que se anulen los criterios de adjudicación referidos por su carácter oscuro y ambiguo, con retroacción de las actuaciones para que, una vez anulado el PCAP, se redacte y apruebe un nuevo clausulado que sea conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, como se ha puesto de manifiesto en el fundamento anterior, el contenido de los criterios controvertidos ni es oscuro ni ambiguo, es claramente contradictorio y debió de haber sido objeto de



denuncia con ocasión de la publicación de los pliegos o haber solicitado aclaración al órgano de contratación.

Al respecto, este Tribunal, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre y 25/2019, de 31 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día en el extremo cuestionado, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes.

La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los documentos contractuales no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación - normalmente en la fase de valoración de las proposiciones- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato (a *sensu contrario*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58).

En el supuesto enjuiciado, la recurrente esgrime que los criterios de adjudicación referidos y que son objeto de controversia han de ser anulados por su carácter oscuro y ambiguo, circunstancias éstas que debieron ponerse de manifiesto en el plazo legal de impugnación de las condiciones contractuales, pues eran apreciables desde el momento de la aprobación de los pliegos.

En este sentido, si se admitieran los alegatos expuestos en este fundamento de derecho y se anulara la adjudicación, se estaría dejando al albur de la recurrente tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de las condiciones contractuales, como el propio curso del procedimiento de licitación.



Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que la entidad licitadora consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicataria, impugne la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico, concluyendo el Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.

En igual sentido, la Sentencia 118/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2016, afirma que *«el sometimiento del recurso especial contra los pliegos a plazo es una condición de procedibilidad que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución»*.

*En consecuencia, una cláusula nula del PCAP o del PPT deberá ser recurrida dentro del plazo legalmente previsto, y si no se hace así, solo cabrá utilizar la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre] reclamando de la Administración autora del acto, contra el que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo, la declaración de nulidad, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere. (...) Si no es así, no cabe efectuar pronunciamiento alguno sobre dicha clase de nulidad, cuando no se ha interpuesto el recurso administrativo o especial en materia de contratación en plazo.*

*Dicha postura ha sido reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 23 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1993, 23 de Enero de 1996, 18 de Febrero y 9 y 23 de Octubre de 1997, 29 de junio del 2000 y 25 de septiembre de 2007 que sientan la doctrina que el ataque a los actos nulos de pleno derecho fuera del plazo establecido para su impugnación, tiene su camino perfectamente marcado en el ordenamiento jurídico, es decir, si existe una nulidad de pleno derecho la vía a seguir para invocarla en cualquier momento es la (...) revisión de oficio».*

Procede, pues, desestimar la segunda pretensión subsidiaria y con ella el recurso interpuesto.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A.** contra la resolución, de 13 de noviembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Nuevos desarrollos, mantenimiento y soporte del Sistema Unificado de Recursos de la Junta de Andalucía (Sistema SUR), respecto del Lote 1: nuevos desarrollos, mantenimiento y soporte” (Expte. SGT042/19TIC), promovido por la Consejería de Hacienda, Industria y Energía.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal mediante Resolución de 10 de diciembre de 2019.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

