

Recurso 141/2020

Resolución 329/2020

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

Sevilla, 8 de octubre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ITWISE TECHNOLOGY SERVICES, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación, de 2 de junio de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Asistencia técnica para el mantenimiento de los equipos servidores informáticos”, convocado por el Patronato de Recaudación de Málaga, ente adscrito a la Diputación Provincial de Málaga (Expte. 2/2019), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de mayo de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 256.000 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación 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 y 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 nueva LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 2 de junio de 2020, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a favor de la entidad SPHERA DESARROLLO E INNOVACIÓN EN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.A. (en adelante, SPHERA) y acordó la exclusión de la oferta de la entidad ITWISE TECHNOLOGY SERVICES, S.L. (en adelante, ITWISE).

La adjudicación se publicó en el perfil de contratante el 3 de junio de 2020 y el mismo día fue notificada a la ahora recurrente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

CUARTO. El 17 de junio de 2020, se presentó en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ITWISE contra la resolución de adjudicación citada en el antecedente previo.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 18 de junio de 2020, dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole el informe sobre el mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación fue remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal.

SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 14 de agosto de 2020, se dio traslado del recurso a la única entidad interesada en el procedimiento concediéndole un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiéndolas formulado SPHERA.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

El acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación convocado por un ente instrumental de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 17 de diciembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Málaga, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, 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.

Es objeto de impugnación la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es procedente al amparo del artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que «*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles.*

Dicho plazo se computará:

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.»



Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que «*Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.»

En el supuesto analizado, la resolución impugnada fue publicada en el perfil y notificada a la entidad recurrente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 3 de junio de 2020. Por tanto, el recurso presentado en el Registro electrónico de este Tribunal, el 17 de junio de 2020, se ha interpuesto en plazo.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar la cuestión de fondo suscitada en el mismo.

ITWISE impugna formalmente la adjudicación si bien, sustantivamente, ataca la exclusión de su oferta de la cual tuvo conocimiento a través de la notificación del acto de adjudicación. Su pretensión es que se anule tanto su exclusión como la adjudicación y que se le adjudique el contrato.

Alega, en síntesis, que estando su oferta incurso en presunción de anormalidad o desproporción con arreglo a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), se le requirió para que justificara la viabilidad de su proposición, cumplimentando todos y cada uno de los elementos que componían el precio ofertado -único extremo sobre el que se le solicitó justificación-.

Continúa señalando que el informe técnico sobre viabilidad de su proposición no valoró la justificación presentada, sino que, desentendiéndose de manera absoluta de que el objeto de justificación era el precio ofertado, concluyó que no se había acreditado dicha viabilidad porque no se disponía “*de la acreditación como Servicio Técnico Autorizado HPE, ni de la certificación de HPE Partner Ready for Services Deliver*”, certificaciones que, a juicio de la recurrente, no se exigen directa ni indirectamente en los pliegos para licitar ni para ser adjudicatario. En tal sentido, manifiesta que los citados certificados no se establecían como requisitos de solvencia, y que su posesión solo se valoraba con cinco puntos, como criterio de



adjudicación de evaluación automática, en el Anexo 8 del PCAP bajo el tenor siguiente: *“Soporte personalizado para atención in-situ realizando seguimiento periódico del servicio, incluyendo el acceso autorizado a HP Support Center.*

Se asignarán cinco puntos al licitador que acredite esta actividad y cero a quien no oferte este apartado”.

Concluye, pues, que, de una manera absolutamente irregular, una condición que no se establecía como requisito de solvencia, sino como criterio sometido a evaluación, se ha convertido en el motivo de exclusión de su oferta, contraviniendo el principio de invariabilidad de los pliegos. Insiste en que en ninguna parte del requerimiento efectuado *“se hacía mención a que el objeto de la justificación tuviera que ser la disponibilidad de medio material alguno concreto para prestar el servicio ni, mucho menos, que tuviera que poseer una certificación del fabricante de los equipos informáticos”* y que *“es llamativo que ni una sola de las líneas que el informe dedica a proponer la exclusión de mi mandante, se refiera ni a la propuesta económica, ni al precio ofertado, ni a la justificación profusamente fundamentada que presentó ITWISE”.*

Asimismo, añade que *“No está de más reseñar que el servicio objeto de contratación puede ser prestado de manera íntegra y con plena garantía por ITWISE, con o sin ese certificado, tal como lo demuestra, no solo que se introdujera como criterio puntuable (prescindible, por tanto), sino por el largo listado de servicios que en la actualidad se encuentra prestando la recurrente para empresas y entidades de gran envergadura y que quedó reflejado en el propio documento de justificación de la viabilidad económica de la oferta presentada.”*

Frente al motivo expuesto, se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo, en síntesis, lo siguiente:

1. Con el fin de determinar si la oferta presentada por ITWISE pudiera estar basada en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica, el 8 de octubre de 2019 se envió correo electrónico al representante comercial del fabricante de los equipos objeto de mantenimiento (HP Enterprise), con la siguiente transcripción literal:

“Siendo necesario para la tramitación del expediente de contratación de la asistencia técnica para el mantenimiento de los equipos servidores informáticos del Patronato, y a los efectos de acreditar la capacidad de uno de los licitadores de cumplir con los requisitos exigidos en el



pliego de prescripciones técnicas, te solicito que me informes si, en el caso de NO ser partner oficial de servicios de la compañía Hewlett Packard Servicios España, es posible cumplir con, al menos, los siguientes puntos del pliego:

- *Capacidad de subsanar o reparar incidencias o averías de toda índole, incluyendo el microcódigo, in situ.*
- *Proporcionar asistencia técnica con el fin de solucionar las averías hardware que se presenten en cualquiera de los equipos objeto del contrato, incluido el microcódigo.*
- *Capacidad de ofrecer piezas originales y de nueva facturación, en el caso de que éstas tengan que ser sustituidas.*
- *Posibilidad de utilizar el sistema de reporte directo a los fabricantes y suministradores de los equipos objeto de avería (...)*”.

2. En respuesta a la anterior petición, el 9 de octubre de 2019 se recibió escrito de la empresa fabricante de los equipos objeto de mantenimiento en el que se hace constar lo siguiente:

“Solo los Servicios Técnicos Autorizados HPE que cuenten con la citada acreditación con la certificación de ‘HPE Partner Ready for Services Delivery’ están facultados, en relación con el servicio que presten a sus clientes y de acuerdo con los términos de licencia de los productos y herramientas propietarias de HPE, a prestar los siguientes servicios:

- *Distribuir o facilitar actualizaciones de software (incluyendo microcódigo) para los productos de la marca HPE.*
- *Implementar y/o utilizar herramientas propietarias de HPE para el diagnóstico de incidencias o la monitorización remota por parte de HPE, así como la apertura automática de incidencias en el fabricante (también conocido como call home).*
- *Acceder a las bases de conocimiento y documentación técnica de servicio que no sean de acceso público,*
- *Escalar a HPE aquellas incidencias que por su complejidad puedan requerir de la asistencia o la intervención directa del fabricante”.*

3. ITWISE, en su informe de justificación de viabilidad de 25 de julio de 2019, no acredita ser servicio técnico autorizado HPE, por lo que se consideró que la oferta no podía ser viable como



consecuencia de la inclusión de valores anormales, ante la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas

Finalmente, SPHERA se opone al recurso en su escrito de alegaciones en términos parecidos a los del órgano de contratación y añade que, si bien los pliegos no recogen expresamente la condición de ser “autorizado oficial del fabricante”, la definición de los servicios mínimos requeridos lleva consigo de forma implícita cumplir una determinada condición, “*estar en posesión de la certificación HPE Partner Ready for Services Deliver (Silver o Gold)*”. En caso contrario, la adjudicación del contrato a favor de la recurrente sería a sabiendas de un posterior e irremediable incumplimiento.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Con carácter previo, hemos de partir de los siguientes datos de interés para la resolución de la controversia.

1. Solo se presentaron dos ofertas a la licitación, encontrándose la de ITWISE incurso en presunción de anormalidad con arreglo a los parámetros establecidos en el Anexo 8.2 del PCAP “*Se considerarán, anormales o desproporcionadas las ofertas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”.

2. A la vista de lo anterior, se le dio audiencia para que justificase la viabilidad de su proposición aportando aquellos documentos que considerase necesarios a tal fin; emitiéndose, tras el escrito presentado por la recurrente, informe técnico de 15 de octubre de 2019 en el que se hace constar que:

“El objeto de la presente licitación, según consta en el punto 2 de las prescripciones técnicas que rigen el mismo, es el de disponer de los servicios de mantenimiento, soporte y asistencia técnica que minimicen el impacto de las incidencias que pudiesen ocurrir a los servidores HP de la agencia Pública de Servicios Económicos – Patronato de Recaudación provincial de Málaga.

Las empresas que cuenten con la acreditación como Servicio Técnico Autorizado HPE y la certificación de ‘HPE Partner Ready for Services Deliver’ son los únicos facultados, en relación con el servicio que presten a sus clientes y de acuerdo con los términos de licencia de los productos y herramientas propietarias de HPE, a prestar los siguientes servicios:



- Distribuir o facilitar actualizaciones de software (incluyendo microcódigo) para los productos de la marca HPE.
- Implementar y/o utilizar herramientas propietarias de HPE para el diagnóstico de incidencias o la monitorización remota por parte de HPE así como la apertura automática de incidencias en el fabricante (también conocido como call home).
- Acceder a las bases de conocimiento y documentación técnica de servicio que no sean de acceso público,
- Escalar a HPE aquellas incidencias que por su complejidad puedan requerir de la asistencia o la intervención directa del fabricante.

ITWISE, en su informe de justificación de viabilidad de 25 de julio de 2019 no acredita ser Servicio Técnico Autorizado HPE (...)

CONCLUSIONES:

El licitador no justifica adecuadamente la viabilidad de su oferta económica, al no acreditar convenientemente la disposición de las certificaciones que le permitan cumplir con las exigencias de las prescripciones técnicas establecidas en los Pliegos que rigen la presente licitación”.

Con base en el citado informe técnico se propone al órgano de contratación la exclusión de la proposición de ITWISE que es acordada por dicho órgano en la resolución de adjudicación del contrato con el tenor siguiente: *“Excluir a la empresa ITWISE TECHNOLOGY SERVICES, S.L.(...) ante la posibilidad de baja temeraria en la oferta presentada por no justificar adecuadamente la viabilidad de su oferta económica, al no acreditar convenientemente la disposición de las certificaciones que le permitan cumplir con las exigencias de las prescripciones técnicas establecidas en los pliegos que rigen la licitación”.*

3. El PCAP no exige como requisito de solvencia técnica que los licitadores cuenten con la acreditación como “servicio técnico autorizado HPE” ni con la certificación de “HPE Partner Ready for Services Deliver”. Tampoco el pliego de prescripciones técnicas (PPT) establece estos requisitos. El Anexo 8.1 del PCAP solo prevé como criterio de adjudicación de evaluación automática, acreditar *“soporte personalizado para atención in-situ realizando seguimiento periódico del servicio, incluyendo el acceso autorizado a HP Support Center”*, otorgando cinco puntos a la oferta que lo acredite y cero a quien no.



Los datos expuestos permiten concluir que, conforme a los pliegos que rigen la licitación, la acreditación como servicio técnico autorizado HPE y la certificación de “HPE Partner Ready for Services Deliver” no constituyen requisitos de admisión de las ofertas ni condición de ejecución. Disponer de tales acreditaciones será, a lo sumo, objeto de valoración de las proposiciones con la asignación de cinco puntos según el criterio de adjudicación antes expuesto, todo ello sin perjuicio de que las ofertas sin tales acreditaciones puedan continuar en la licitación aunque sin recibir puntuación alguna en el mencionado criterio.

Así las cosas, sin entrar a examinar en el supuesto examinado la adecuación o no del motivo de exclusión que es esgrimido con ocasión del examen de viabilidad de una oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad, lo cierto es que la causa de exclusión de la oferta de ITWISE es en sí misma improcedente por cuanto se funda en el incumplimiento de un requisito que no se ha establecido en los pliegos y que solo opera como criterio de valoración.

Es conocida por reiterada la doctrina de este Tribunal acerca de que los pliegos, una vez aprobados por el órgano de contratación y aceptados por los licitadores al presentar sus ofertas, se convierten en “lex inter partes” y vinculan no solo a aquellos a la hora de presentar sus proposiciones, sino también al órgano de contratación redactor de sus cláusulas quien ya no puede apartarse de su contenido en beneficio o perjuicio de quienes hayan concurrido a la licitación (se citan, por todas, las recientes Resoluciones de este Tribunal 280/2020, de 6 de agosto y 250/2020, de 16 de julio).

Como señala el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), *“(…) cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores”*.

Procede, pues estimar el recurso y anular la adjudicación, así como la exclusión de la oferta de ITWISE.

Por último, la recurrente manifiesta que puede prestar el servicio objeto de contratación con plena garantía e íntegramente con o sin las certificaciones en liza y solicita que, una vez anulada la exclusión y admitida



su oferta, se le adjudique el contrato. No obstante, el carácter revisor de este Tribunal respecto a las decisiones impugnadas dictadas por los poderes adjudicadores solo le autoriza a declarar la validez de aquellas o a anularlas. Por tanto, en el supuesto enjuiciado, una vez anulada tanto la adjudicación como la exclusión de la proposición recurrente, es al órgano de contratación a quien corresponde acordar, en su caso, la continuación del procedimiento hasta el dictado de una nueva resolución de adjudicación o adoptar la decisión que proceda en orden a la finalización de la licitación.

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 **ITWISE TECHNOLOGY SERVICES, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación, de 2 de junio de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Asistencia técnica para el mantenimiento de los equipos servidores informáticos”, convocado por el Patronato de Recaudación de Málaga, ente adscrito a la Diputación Provincial de Málaga (Expte. 2/2019) y en consecuencia, anular el citado acto para que se proceda según lo expresado en el fundamento de derecho sexto.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.

