Recurso 465/2022
Resolución 615/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 16 de diciembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **NTT DATA SPAIN S.L.U.** e **ISOTROL S.A.** contra la resolución, de 2 de noviembre de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de factoría de software para el mantenimiento de los sistemas de información de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y la Historia Social Única Electrónica en Andalucía» (Expte. CONTR 2022 0000124807), tramitado por la actual Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de mayo de 2022, 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 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Su valor estimado asciende a 6.431.462,78 euros

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 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.

Mediante resolución, de 2 de noviembre de 2022, el órgano de contratación adjudica el contrato a las entidades INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN S.L.U. y AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES S.A., que licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas (en adelante la adjudicataria o la UTE adjudicataria).

SEGUNDO. El 24 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades NTT DATA SPAIN S.L.U. e ISOTROL S.A., que licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas (en adelante las recurrentes o la UTE recurrente), contra la citada resolución de 2 de noviembre de 2022 de adjudicación del contrato.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el mismo 24 de noviembre de 2022, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado, previa reiteración el 29 de noviembre de 2022, fue recibido en este Órgano dicho día 29 de noviembre.

Por último, el 1 de diciembre de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a la UTE adjudicataria, única entidad licitadora que había presentado oferta junto con la UTE recurrente, para que formulara las alegaciones al recurso interpuesto que considerase oportunas, habiéndose recibido las mismas en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la UTE recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, consta publicación en el perfil de contratante el 17 de noviembre de 2022 de la resolución de adjudicación, así como oficio de notificación de la misma a la UTE ahora recurrente, pero no figura si el mismo ha sido efectivamente remitido y notificado, por lo que aun computando desde la citada fecha de publicación en el perfil de contratante, el recurso presentado el 24 de noviembre de 2022 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 2 de noviembre de 2022 del órgano

de contratación, en la que se contiene la adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se acuerde:

«(i) La nulidad de la resolución recurrida y la exclusión de la oferta presentada por la UTE (…) [ahora adjudicataria] por haber modificado ilegalmente su oferta.
(ii) Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la anterior petición, la nulidad de la resolución recurrida y la retroacción del expediente al momento anterior a dictarse la misma, todo ello con el objeto de que las ofertas presentadas tanto por la UTE (…) [ahora recurrente], así como por la (…) [UTE ahora adjudicataria] sean debidamente valoradas conforme a los pliegos que rigen la presente licitación.».

1.1. Sobre la pretensión principal del recurso.

Como se ha expuesto, en su recurso la recurrente solicita la exclusión de la oferta de la UTE ahora adjudicataria por haber modificado ilegalmente su oferta. En síntesis afirma que la UTE adjudicataria ha modificado su oferta tras la apertura de los sobres, al corregir un aspecto de su propuesta que iba mucho más allá de una corrección de un simple error material, al alterar un porcentaje de dedicación de nada menos que 46 perfiles con la intención de maximizar su puntuación en el criterio de adjudicación 3 *«Certificaciones del equipo de trabajo»*. En este sentido, indica que dicha alteración de la oferta resultó vital para la citada UTE porque ello le permitió obtener los 15 puntos que actualmente ostenta en dicho criterio 3, hasta el punto de que, de no haberse producido esa modificación ilegal, nunca hubiera podido resultar adjudicataria del contrato.

Al respecto, concluye la UTE recurrente señalando que, según tienen declarado los órganos de revisión de decisiones en materia contractual, la consecuencia que procede no es otra que la exclusión de la oferta de la UTE adjudicataria. Para reforzar su alegato, trae a colación parte de la Resolución 820/2022, de 1 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

1.2. Sobre la pretensión subsidiaria del recurso.

Tal y como se ha reproducido anteriormente, la UTE recurrente solicita que su oferta y la formulada por la actual adjudicataria sean debidamente valoradas conforme a los pliegos que rigen la presente licitación. En síntesis, señala que se ha efectuado una valoración errónea de su oferta por parte de la mesa y, por ende, del órgano de contratación, al evaluar los perfiles ofertados en el criterio 2 *«Experiencia del equipo de trabajo»* aplicando exigencias previstas para el criterio 3 *«Certificaciones del equipo de trabajo»*. En este sentido, indica que es doctrina unánime de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual que los pliegos que rigen una licitación tienen fuerza de Ley, tanto para las entidades licitadoras como para el órgano de contratación, por lo que todos están vinculados por lo previsto en ellos y deben actuar conforme a lo dispuesto en los mismos. Con objeto de afianzar sus argumentos, reproduce parte de determinadas resoluciones de los mencionados órganos de revisión de decisiones en materia contractual.

Asimismo, señala que se ha producido un errónea valoración de la oferta de la UTE adjudicataria en los citados criterios de adjudicación 2 y 3.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Como informe al recurso, consta en el expediente remitido escrito suscrito por la persona titular de la Jefatura del Servicio de Contratación en el que se manifiesta lo siguiente: *«se ha considerado que para dar respuesta a los*

incumplimientos, irregularidades y/o errores que se contemplan y esgrimen por el recurrente en dichos "FUNDAMENTOS", es el Servicio de Sistemas de Información Sectoriales de Igualdad – ADA - (que ha elaborado los respectivos Informes de valoración) el que debe pronunciarse al respecto, independientemente de que tras su sometimiento, exposición y análisis, la Mesa de Contratación los consideró como propios, en orden de proponer un adjudicatario al Órgano de Contratación siempre sobre la base y garantía del carácter eminentemente técnico de los mismos y de su elaboración conforme a ley y a los Pliegos que rigen la contratación.».

Dicho informe es evacuado por el citado Servicio de Sistemas de Información Sectoriales de Igualdad tanto respecto de la pretensión principal como para la subsidiaria, con el contenido que se expone a continuación.

2.1. Sobre la pretensión principal del recurso.

Indica el informe al recurso que *«De la detallada revisión de la documentación del expediente puede deducirse claramente que no hay modificación ilegal de la oferta sino solo aclaración de los términos incluidos en ella dado que no se había considerado la trascendencia de los decimales en los cálculos de la imputación de horas y los porcentajes a que estos decimales dan lugar.».*

2.2. Sobre la pretensión subsidiaria del recurso.

Se señala en el informe al recurso, respecto de la valoración de la oferta de la recurrente, que no se produce una valoración errónea por parte de ninguna de las empresas ni, como se sostiene en el recurso, la aplicación de exigencias de un criterio a otro. En este sentido, señala el informe al recurso que: *«En todo caso tanto la valoración de este apartado como las sucesivas de solicitudes de aclaraciones pretendían discernir la correcta aplicación de las prescripciones recogidas en el PCAP en el sentido en que:*

• No cualquier participación en el proyecto puede ser considerada como parte del "equipo de trabajo" como recogen en su denominación tanto el criterio 2 como el criterio 3. Para que un recurso pueda ser considerado como integrante del "equipo de trabajo del proyecto" este debe tener una participación mínima, relevante y significativa, por ejemplo, superior al 80% como se especifica en el criterio 3, pero el que un criterio recoja explícitamente ese porcentaje no quiere decir que se puedan considerar "equipo de trabajo del proyecto" recursos cuya participación, según se recoge en el propio documento de aclaraciones ni siquiera está fijada ni prevista y sería, en el mejor de los casos, testimonial, con el solo propósito de maximizar la puntuación en ese criterio sin preocuparse lo más mínimo de la correcta, operativa y funcional configuración de un equipo de trabajo (como lo demuestra la asignación de 7 perfiles de Jefe de Proyecto para solo 8 Programadores y 1 solo Agente de Service Desk).
• También era necesario asegurarse de que, en ningún caso, se estaban ofertando horas cuyo valor excediera el presupuesto de licitación, lógicamente.».

En cuanto a la valoración de la oferta de la adjudicataria, el informe al recurso considera que respecto a la reclamación de incumplimiento de los requisitos de solvencia técnica expresados en el Anexo XV del PCAP, en todo caso las titulaciones aportadas cumplen con el requisito expresado al ser superiores a la titulación mínima exigida.

3. Alegaciones de la UTE adjudicataria.

La UTE adjudicataria se opone asimismo a la pretensión de la UTE recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión,

aquí se dan por reproducidos. En síntesis basa su oposición al recurso en los siguientes aspectos sin distinguir entre los que se refieren a la pretensión principal o a la subsidiaria del recurso: i) de la necesidad de valorar la experiencia y cualificación unicamente de las personas que sean parte del equipo de trabajo; ii) de la igualdad de trato y no modificación de la oferta; y iii) del cumplimiento en relación a las titulaciones requeridas por los pliegos para determinados perfiles.

En cuanto a las alegaciones en las que manifiesta que se ha producido una modificación de su oferta, afirma en lo que aquí interesa que: *«a diferencia de lo insinuado por la Parte Recurrente, en ningún momento fue advertido un error por parte de nuestra representada, ni se procedió a modificar elemento alguno, sino que se proporcionó la detallada explicación que fue requerida por el Órgano de Contratación, tal como también realizó () [la UTE recurrente] en su escrito de aclaración. Dicho detalle en la respuesta, y es lo cuestionado por la Parte Recurrente, tuvo como finalidad expresar el alcance más exacto posible de la oferta presentada, toda vez que en la oportunidad de la aclaración, pudo explicarse el "redondeo" realizado inicialmente en relación a la dedicación de los recursos que conforman el equipo de trabajo efectivamente propuesto»*.

Asimismo señala que *«resulta evidente que la actuación de detallar en la aclaración que el porcentaje incluido en la oferta que en términos exactos alcanza el 80,001%, en ningún caso modifica el sentido de la proposición efectuada inicialmente, salvo que se quiera adoptar una posición extremadamente formalista que choca frontalmente con los principios que rigen la contratación pública, en cuyo caso hipotético podría considerarse que la Parte Recurrente procedió a modificar su oferta.*

Si en la propuesta inicialmente presentada se hubiera establecido un porcentaje de dedicación para determinados recursos del 79% y con ocasión de la aclaración dichas dedicaciones hubieran pasado a ser del 80,001%, podría llegar a discutirse que de alguna manera se ha procedido a efectuar una modificación de los términos originales de la oferta, ya que es imposible sustentar que el 79% de dedicaciones pueda ser el "redondeo" de 80,001% de dedicaciones, toda vez que, con independencia del orden de magnitud que se pretenda redondear, escaparía de la realización de una simple operación aritmética. No obstante, en el presente caso es evidente que la forma de redondear el 80,001% de dedicaciones, a fin de simplificar el contenido de la oferta es reflejándolo con un 80%.

En cualquier caso, otra manera de verificar que no se trata en modo alguno de una modificación de la oferta, como pretende la Parte Recurrente, es que a partir de una simple operación aritmética, como la realizada en la aclaración presentada ante el Órgano de Contratación, se constata la inmutabilidad del precio final de la oferta o de las tarifas unitarias por cada una de las categorías de perfiles.

En definitiva, lo que realmente ha ocurrido en el presente caso es que, con mayor o menor acierto, se ha procedido a redondear un porcentaje de dedicaciones, y una vez que ha sido requerida una aclaración que explicase el alcance lógico de las ofertas, se procedió a explicitar el porcentaje exacto de las dedicaciones de los miembros del equipo de trabajo propuestos por la UTE (…) [ahora adjudicataria], pero en ningún caso ha sido modificada la oferta inicialmente presentada.».

SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre la pretensión principal del recurso.

Como ha quedado recogido en el fundamento anterior, denuncia la recurrente que la UTE ahora adjudicataria ha modificado ilegalmente su oferta, al corregir un aspecto de su propuesta en relación con el criterio de adjudicación 3 *«Certificaciones del equipo de trabajo»* que iba mucho más allá de una corrección de un simple error material y, por tanto, alterar un porcentaje de dedicación de 46 perfiles con la intención de maximizar su

puntuación en el criterio de adjudicación 3 *«Certificaciones del equipo de trabajo»*. Por su parte, el informe al recurso afirma claramente que no hay modificación ilegal de la oferta, sino solo aclaración de los términos incluidos en ella, dado que no se había considerado la trascendencia de los decimales en los cálculos de la imputación de horas y los porcentajes a que estos decimales dan lugar. En el mismo sentido que el informe al recurso se pronuncia la UTE adjudicataria en su escrito de alegaciones al recurso.

En este sentido, respecto al criterio de adjudicación 3 *«Certificaciones del equipo de trabajo»*, se indica en el apartado 3 de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de formulas contenido en el anexo X *«Criterios de adjudicación y baremos de valoración»* PCAP, en lo que aquí concierne lo siguiente:

«3. Certificaciones equipo de trabajo .(hasta un máximo de 18 puntos sobre 110)
Se valoraran las siguientes certificaciones del personal adscrito al proyecto, por encima de lo requerido al equipo de trabajo en las condiciones de solvencia técnica.
- Se valorara con 0,5 puntos por cada miembro del equipo técnico propuesto en los perfiles de Jefe de Proyecto, Consultor o Analista que acredite, mediante el correspondiente certificado original o copia compulsada, disponer de una certificación activa en dirección de Proyectos (PMP, Prince 2 o similar), hasta un máximo de 3 puntos.
- Se valorara con 0,5 puntos por cada miembro del equipo técnico propuesto que acredite, mediante el correspondiente certificado original o copia compulsada, disponer de una certificación activa de OCEB 2. Dentro del grupo de certificaciones de la OCEB 2, la de BPM Technical Intermediate, hasta un máximo de 3 puntos.
- (…)
Para este apartado se consideraran miembros del equipo aquellas personas que tengan una dedicación superior al 80%.».

Pues bien, para el análisis de la controversia de la pretensión principal, que se refiere exclusivamente a la posible modificación de la oferta al criterio de adjudicación 3 *«Certificaciones del equipo de trabajo»* de la UTE adjudicataria originada por la petición de aclaraciones efectuado por la mesa de contratación, ha de partirse necesariamente, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto, 113/2020, de 14 de mayo, 297/2020, de 8 de septiembre y 3/2021, de 14 de enero, entre otras muchas), de que los pliegos son la ley del contrato entre las partes que, una vez aprobados y aceptados por las licitadoras, vinculan tanto a éstas como al órgano de contratación redactor de sus cláusulas.

En este sentido, ha de tenerse asimismo en cuenta que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso las exigencias contenidas en el criterio de adjudicación *«Certificaciones del equipo de trabajo»* previsto en el apartado 3 de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de formulas del anexo X del PCAP-, 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 las entidades licitadoras, sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, 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 (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)».

Al respecto, la jurisprudencia europea viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus proposiciones como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya los pliegos actos firmes y consentidos, al no constar impugnación de los mismos en los extremos particulares que se analizan, tanto las entidades licitadoras como la mesa y el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido.

Por su parte, en el supuesto examinado, en la oferta de la UTE adjudicataria contenida en el sobre 3 en lo que aquí interesa, constan sendos documentos formalizados por las dos entidades que conforman la citada unión temporal de empresas denominados *«Declaración de veracidad de datos currículum equipo de trabajo»*, en el primero de ellos una de las dos entidades declara hasta un total de 26 personas miembros del equipo de trabajo, la primera de ellas con un porcentaje de dedicación del 100% y el resto (25) con un porcentaje de dedicación del 80%, asimismo, en el segundo de los citados documentos formalizados por la otra entidad miembro del la UTE, se declara hasta un total de 25 personas miembros del equipo de trabajo, las cuatro primeras con un porcentaje de dedicación del 100% y el resto (21) con un porcentaje de dedicación del 80%.

Al respecto, la mesa de contratación en su sesión de 21 de julio de 2022, según consta en acta al efecto, afirma lo siguiente:

«Citada en tiempo y forma por la Presidenta se declara constituida la Mesa y abierto el acto con la exposición por parte de la representante del Servicio de Sistemas de Información de la imposibilidad de valorar correctamente las mejoras ofrecidas por las dos entidades licitadoras (...), ya que faltan datos para poder realizar su valoración de forma precisa; a la vista de ello, los componentes de la Mesa de Contratación acuerdan solicitar las siguientes aclaraciones a ambas licitadoras:

• Tabla con los recursos / perfiles que realmente van a participar en el proyecto (solo aquellos con una dedicación mínima del 80% por recurso, tal y como se indica en el PCAP): nombre completo del técnico, perfil y el porcentaje de dedicación por técnico.
• Suma total del presupuesto de los perfiles, calculado como el número de horas de perfil ofertadas multiplicado por el número de recursos por perfil y por el precio por hora de cada perfil.

Y no habiendo más asuntos que tratar, tras la lectura y aprobación de la presente acta, la Presidenta levanta la sesión, todo lo cual, como Secretario certifico en la fecha señalada "ut supra".».

Consta en el expediente remitido la citada solicitud de aclaraciones a las dos licitadoras que habían presentado oferta.

Pues bien, tras lo expuesto, lo primero que este Tribunal tiene que poner de manifiesto es la claridad meridiana e inequívoca con la que se expresa el último párrafo del apartado 3 de los criterios de adjudicación valorados

mediante la aplicación de formulas contenido en el anexo X *«Criterios de adjudicación y baremos de valoración»* del PCAP, relativo al criterio de adjudicación *«Certificaciones del equipo de trabajo»*, cuando expresamente señala que «*Para este apartado se consideraran miembros del equipo aquellas personas que tengan una dedicación superior al 80%.»*. Esto es, a los efectos del mencionado criterio de adjudicación 3, se considerarán miembros del equipo aquellas personas que tengan una dedicación superior al 80%, no igual o inferior a dicho porcentaje, sino superior, es decir, mayor del 80%.

Sin embargo, según consta en el acta de la citada sesión de 21 de julio de 2022 de la mesa de contratación, ésta hace una interpretación contraria a la expuesto en el anexo X del PCAP, dado que afirma que tal y como se indica en el PCAP solo se tendrán en cuenta los recursos o perfiles con una dedicación mínima del 80%. En este sentido, para justificar la aclaración que solicita a ambas uniones temporales de empresa afirma expresamente *«la imposibilidad de valorar correctamente las mejoras ofrecidas por las dos entidades licitadoras (...), ya que faltan datos para poder realizar su valoración de forma precisa»*, y ello a pesar de que el criterio de adjudicación a valorar era de aplicación de fórmulas.

Al respecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 146 de la LCSP, los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas o de evaluación automática deben valorarse atendiendo a fórmulas o parámetros que determinen las puntuaciones de las ofertas del modo objetivo prefijado en el pliego y sin emisión de juicio técnico discrecional alguno. En este sentido, la ley ha querido darles preponderancia dado su carácter eminentemente objetivo y automático, en el que la puntuación se obtiene directamente de la fórmula fijada en el pliego y no de la realización de un juicio de valor que opera en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, de tal suerte que con los criterios de carácter automático, no cabe discrecionalidad técnica, ni el órgano encargado de su valoración tiene que adoptar ningún tipo de acuerdo o decisión sobre lo que ha de ser o no objeto de evaluación, pues basta con aplicar la fórmula o asignar los puntos en función de lo que se indique en el pliego. Y ello es así, por cuanto, de permitirse algún tipo de juicio subjetivo se estarían conculcando las garantías de imparcialidad y objetivad perseguidas por la normativa citada. En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en sus Resoluciones 251/2016, de 20 de octubre, 264/2018, de 24 de septiembre y 418/2019, de 13 de diciembre, entre otras.

En consonancia con lo manifestado anteriormente por este Órgano, se ha pronunciado asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 86/2019, de 1 de febrero, que en el párrafo segundo de su fundamento quinto dispone que *«los criterios evaluables mediante fórmulas requieren para su aplicación de la simple constatación de los términos de la oferta, sin que sea posible en dicha fase procedimental entrar a valorar cuestiones técnicas o subjetivas, pues en tal caso se estaría conculcando el orden procedimental establecido en el artículo 146 LCSP. Ello no significa, sin embargo, que en los pliegos no pueda establecerse la obligación de que se aporte con la oferta determinados documentos que permitan constatar los datos ofrecidos por el interesado, pero dicha constatación debe poder hacerse de forma objetiva y debe constar claramente en el pliego»*.

En definitiva, el órgano evaluador debe constatar los términos de la oferta y si cumple las exigencias establecidas en los pliegos para poder ser objeto de valoración, ha de proceder a su evaluación atendiendo a las fórmulas o parámetros que determinen las puntuaciones de las propuestas del modo objetivo prefijado en el pliego. En caso contrario, ésto es en el supuesto que alguna de las ofertas no acredite el cumplimiento de las exigencias establecidas o haya omitido datos necesarios para su evaluación, deberá proceder a su no valoración.

Asimismo, en el supuesto de que por mor de la redacción del criterio de adjudicación que se ha de valorar, se constate que para proceder a su aplicación y a la evaluación de las ofertas se produce una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación ha de desistirse en los términos dispuestos en el artículo 152 de la LCSP.

En el supuesto que se examina, la mesa -y posteriormente el órgano de contratación al aceptar su propuesta de adjudicación-, además de realizar respecto del criterio controvertido una interpretación incorrecta de los pliegos, ha solicitado una aclaración de las ofertas intervinientes bajo el pretexto de la imposibilidad de valorar correctamente las ofertas de las dos entidades licitadoras, al faltarles datos para poder realizar su valoración de forma precisa, cuando lo que debió haber hecho era valorar ambas propuestas con los datos contenidos en las mismas, aunque ello hubiese supuesto la imposibilidad de asignar puntuación por no acreditar el cumplimiento de las exigencias previstas en los pliegos, y todo ello sin perjuicio de que pueda solicitarse aclaración de la oferta en aquellos casos en los que en su contenido pueda apreciarse error material o de hecho o de carácter puramente formal o se requiera de aclaraciones suplementarias, siempre que su aclaración no suponga en modo alguno modificación total o parcial de la oferta.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que sobre la posibilidad de solicitar a las entidades licitadoras aclaraciones de sus ofertas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos órganos de revisión de decisiones en materia contractual, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre y más recientemente la 152/2021, de 22 de abril y la 521/2022, de 28 de octubre, entre otras muchas. Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

• Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
• Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.
• El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones a la entidad licitadora afectada en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de ésta, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.
• El principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas las licitadoras y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que *«excepcionalmente, los datos relativos*

a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren 6 una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.». Y concluye la sentencia citada que *«(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron.»*.

En definitiva, este Tribunal considera que es posible pedir aclaraciones a una entidad licitadora sobre su proposición siempre que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

En el presente supuesto, además de realizar respecto del criterio controvertido una interpretación incorrecta de los pliegos, la mesa de contratación al solicitar una aclaración de las ofertas intervinientes permitió a la UTE adjudicataria que pudiera modificar su oferta, en el criterio de adjudicación controvertido, pues ésta en su aclaración en su punto uno reproduce las tablas contenidas en su oferta (indicadas ut supra), agregando además de la columna de porcentaje de dedicación, las de tarifa, horas e importe. Asimismo, en lo que aquí interesa, en el punto dos apartado b) de la citada aclaración afirma que *«Es importante tener en cuenta el impacto de los decimales en los cálculos del escenario mostrado en el punto 1. En particular los decimales de las tarifas ofertadas y los decimales de los porcentajes de dedicación contemplados 100,000% y 80,001%.»*.

Queda pues claro que ha habido una modificación en cuanto al porcentaje de dedicación del equipo de trabajo, dado que de ofertar en determinados perfiles un porcentaje de dedicación del 80%, de forma clara, meridiana e inequívoca, pasa tras la aclaración a ofrecer un porcentaje de dedicación del 80,001%, diferencia que no es baladí pues el 80,001% le supone obtener determinada puntuación en el criterio de adjudicación controvertido, no así con el del 80%, que al no reunir los requisitos exigidos, no debió haber sido objeto de valoración por parte de la mesa de contratación.

Tal modificación de la oferta solo podría ser admitida si la misma trajese causa de un error material o de hecho o de carácter puramente formal. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre los requisitos que, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material o de hecho o de carácter puramente formal (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal números 5/2018, de 12 de enero, 95/2018, de 4 de abril, 55/2019, de 27 de febrero, 67/2019, de 14 de marzo y 144/2020, de 1 de junio y 455/2022, de 15 de septiembre).

En dichas resoluciones se cita la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, del Tribunal Constitucional que se refiere al error material como *«un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente»*.

Asimismo, se cita la Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), del Tribunal Supremo que establece que *«(…) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación»*. Debe tratarse de «*simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos*», debiendo apreciarse *«teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte el error»*.

Pues bien, tras lo expuesto y aplicando al caso los criterios doctrinales y jurisprudenciales referidos se concluye, sin ningún género de dudas, que no cabe apreciar error material o de hecho o de carácter puramente formal en la modificación del porcentaje de dedicación del equipo de trabajo del 80 al 80,001. En este sentido, la oferta contenida en el sobre 3, en relación con el criterio de adjudicación *«Certificaciones del equipo de trabajo»* de la UTE ahora adjudicataria era clara e inequívoca, en relación al porcentaje de dedicación del equipo de trabajo. Al respecto, la mesa de contratación no debió por tanto pedir aclaraciones a la UTE ahora adjudicataria en relación con el porcentaje de dedicación del equipo de trabajo.

Así las cosas, por lo expuesto, no es posible atender las alegaciones de la UTE adjudicataria en las que trata de argumentar como se ha reproducido anteriormente que su oferta no ha sido modificada, debiendo soportar los efectos de su falta de diligencia en la redacción de su oferta al criterio de adjudicación *«Certificaciones del equipo de trabajo»*.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que conforme al principio de inalterabilidad de la oferta, una vez formulada la misma, no resulta atendible cualquier planteamiento que de modo directo o indirecto suponga su alteración y, por ende, su acomodación para conseguir la adjudicación del contrato. Dicho principio es acorde a la normativa contractual, pues, de aceptarse subsanaciones, correcciones o aclaraciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido formuladas, presentadas y justificadas en su caso, siendo tal posibilidad radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, consagrados en los artículos 1 y 137 de la LCSP.

En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 106/2017, de 19 de mayo, 263/2017, de 5 de diciembre, 322/2020, de 1 de octubre, 455/2022, 15 de septiembre y 586/2022, de 2 de diciembre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en sus Resoluciones 319/2014, de 25 de abril, 612/2016, de 22 de julio y 610/2021, de 21 de mayo y, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 89/2019, de 28 de febrero y 282/2021, de 18 de junio, entre otras.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar la pretensión principal del recurso.

La estimación de la pretensión principal del recurso impide a este Tribunal analizar los argumentos esgrimidos en el recurso como pretensión subsidiaria, sin que este Órgano prejuzgue la conformidad a derecho o no de la valoración efectuada por la mesa de contratación en los términos alegados por la UTE recurrente.

Asimismo, ha de indicarse que dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la exclusión de la oferta presentada por la UTE ahora adjudicataria, dado que la modificación de su oferta trae causa de la petición de aclaración de su proposición por una incorrecta interpretación de los pliegos realizada por la mesa de contratación, conforme se ha analizado en la presente resolución.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación parcial de la pretensión principal del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho quinto y sexto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución

del órgano de contratación de 2 de noviembre de 2022 de adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones al momento previo al acuerdo de 21 de julio de 2022 de la mesa de contratación, según consta en acta al efecto, en el que se determinaba solicitar ciertas aclaraciones a ambas entidades licitadoras, para que se proceda por la mesa de contratación a valorar la oferta de la UTE ahora adjudicataria, en el criterio de adjudicación *«Certificaciones del equipo de trabajo»*, teniendo en cuenta para ello los datos aportados al respecto por la citada unión temporal de empresas en su oferta contenida en el sobre 3, en los términos analizados en la presente resolución, con continuación del procedimiento de licitación en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes de la resolución anulada, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **NTT DATA SPAIN S.L.U.** e **ISOTROL S.A.** contra la resolución, de 2 de noviembre de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de factoría de software para el mantenimiento de los sistemas de información de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y la Historia Social Única Electrónica en Andalucía» (Expte. CONTR 2022 0000124807), tramitado por la actual Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se procede por el órgano de contratación en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

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.

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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.