Recurso 504/2022
Resolución 634/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 30 de diciembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD S.L.** contra su exclusión y la propuesta de adjudicación en relación con el contrato denominado "Servicios de ciberseguridad para la Diputación Provincial de Jaén", (Expte.CO-2022/47), tramitado por la Diputación Provincial de Jaén, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 y 28 de marzo de 2022 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 1.980.000 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

En sesión celebrada el 14 de noviembre de 2022, la mesa de contratación acuerda excluir la oferta de la entidad ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD S.L., y propone la adjudicación a favor de la entidad INNOVACIONES TECNOLÓGICAS DEL SUR S.L. El acta de la mencionada sesión se publicó en el perfil de contratante el 21 de noviembre de 2022.

El 15 de diciembre de 2022, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación a favor de la entidad INNOVACIONES TECNOLÓGICAS DEL SUR S.L. El citado acto fue objeto de publicación en el perfil de contratante ese mismo día.

SEGUNDO. El 12 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD S.L. (en adelante ICA o la recurrente) contra el acuerdo de exclusión de su oferta y la propuesta de adjudicación del contrato acordada por la mesa de contratación en sesión de 14 de noviembre de 2022.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución,

posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

El 16 de diciembre de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

Por la Secretaría del Tribunal se 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 entidad INNOVACIONES TECNOLÓGICAS DEL SUR S.L.. (en adelante la adjudicataria).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que la Diputación de Jaén no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la 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 exclusión de la oferta de ICA y la propuesta de 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. En lo que se refiere a la propuesta de adjudicación la recurrente cuestiona la admisión de la oferta de la otra entidad que ha participado en la licitación -solo han presentado oferta 2- y que la mesa de contratación propone como adjudicataria. Asimismo dicha entidad ha resultado finalmente adjudicataria, hecho que se ha producido con posterioridad a la interposición del recurso. A la vista de lo anterior, se ha de concluir que los actos recurridos, en principio, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

En este punto, no debe olvidarse que el interés de toda licitadora que participa en un procedimiento de adjudicación es resultar adjudicataria, pero dicho interés solo adquiere entidad suficiente para fundamentar la legitimación en un recurso -en este caso, el recurso especial- cuando la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. En este sentido, es abundante y constante la doctrina del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002) conforme a la cual el interés legítimo *«presupone que la resolución administrativa [el acto impugnado] pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.».*

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, conforme al citado artículo 44.2 b) de la LCSP, para que la admisión de ofertas pueda ser una actuación susceptible de recurso ha de tratarse de un acto que *«decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos»*.

Aplicando lo anterior al presente supuesto, se concluye que en la medida en que la recurrente impugna su propia exclusión y la admisión de la otra oferta, una hipotética estimación de sus pretensiones conllevaría a que su oferta fuera la única admitida al procedimiento y que por tanto pudiera acceder a la adjudicación del contrato.

Por tanto, desde esta perspectiva, y como se ha señalado procede reconocer legitimación a ICA

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida por el órgano de contratación este no había procedido a fecha de la interposición a notificar la exclusión de su oferta a ICA, por otro lado, los acuerdos impugnados fueron adoptados en la sesión de la mesa de contratación celebrada el 14 de noviembre y el acta fue publicada el 21 de noviembre de 2022, por lo que aunque se tuviera en cuenta esta última fecha, el recurso se habría presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento.

En aras de la claridad expositiva a continuación procedemos a relacionar las distintas actuaciones realizadas en el procedimiento de adjudicación que resultan relevantes a efectos de la resolución del presente recurso especial.

Con fecha 5 de julio de 2022, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se procede a dar cuenta de la valoración de las ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor -sobre 2- y se procede a la apertura del sobre 3 en la que se encuentra la documentación valorada de acuerdo con los criterios de adjudicación de aplicación automática. En el acta de la citada sesión se recoge que existen dos entidades licitadoras y que en principio ambas son admitidas y valoradas.

Al día siguiente, el 6 de julio, ICA presentó un escrito dirigido a la mesa de contratación en el que solicita el acceso al expediente respecto a la parte de la oferta de la adjudicataria valorada conforme a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. El trámite se realiza el 22 de julio de 2022.

El 27 de julio de 2022, ICA presentó un escrito dirigido a la mesa de contratación en el que solicita una serie de aclaraciones sobre la oferta de la adjudicataria. En el escrito se indica lo siguiente: *«siendo que, como hemos constatado, tanto en el caso de la primera como de la segunda de las cuestiones planteadas para su aclaración, son motivo de exclusión de la empresa INNOVASUR, conforme lo expresado tanto en el PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES como en el PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS del expediente de licitación que nos ocupa»*.La solicitud fue reiterada el 3 de agosto

El 1 de agosto la adjudicataria solicitó al órgano de contratación trámite de vista de expediente en relación con la documentación de la otra oferta presentada al procedimiento. El trámite se efectuó el 11 de agosto de 2022.

El 15 de agosto tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de alegaciones presentado por la entidad adjudicataria y dirigido al órgano de contratación en el que solicita la exclusión de la oferta de ICA del procedimiento de licitación por incumplir determinadas prescripciones exigidas en los pliegos.

El 19 de octubre de 2022, fueron evacuados sendos informes técnicos sobre la solicitud de aclaraciones solicitadas por la recurrente y la adjudicataria. En ellos tras analizar las distintas cuestiones alegadas por cada entidad se concluye que la oferta de la adjudicataria ha sido correctamente valorada y que la oferta de la recurrente debe ser excluida al no cumplir con los requisitos solicitados en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT).

El 14 de noviembre tiene lugar sesión de la mesa de contratación en la que a la vista de los distintos informes técnicos emitidos se acuerda mantener la puntuación otorgada a la oferta de la adjudicataria y excluir la oferta de la recurrente por considerar que incumple el PPT. Al acta se acompaña como anexos el acceso a 3 informes técnicos; los realizados en respuesta a la solicitud de aclaraciones de la recurrente y adjudicataria y el informe técnico de valoración de ofertas respecto de los criterios de adjudicación de aplicación automática.

Son los acuerdos adoptados en la sesión de la mesa de contratación celebrada el 14 de noviembre los que combate la recurrente.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Como se ha indicado, presenta su escrito de impugnación cuestionando tanto el acuerdo de exclusión de su oferta como la propuesta de adjudicación, del que se ha de entender que impugna la admisión de la oferta de la entidad finalmente adjudicataria. Por este motivo, se van a separar las alegaciones de la recurrente entre las referidas a la exclusión de su oferta respecto de aquellas referidas a la admisión de la adjudicataria, dado que en el escrito de recurso se reitera y se combinan ambas cuestiones de forma que resulta complejo su abordaje.

A. Respecto de la exclusión de su oferta.
- Que en el informe inicial de valoración de ofertas no se advierte ningún incumplimiento del PPT y se valora su oferta, sin excluir su proposición.
- Que su exclusión viene motivada por un informe (no público) emitido a partir de consideraciones de la empresa que ha resultado adjudicataria y que como indica en el punto anterior cuando se produjo la evaluación técnica de su oferta no se apreció falta de cumplimiento de las prescripciones del PPT en ningún momento.
- Que la decisión tomada por la mesa de contratación el 14 de noviembre de 2022 le produce un daño cierto que atenta contra el principio de igualdad.
- Que no se le han solicitado aclaraciones a su oferta.

B. Respecto de la admisión de la adjudicataria.
- Alega que a pesar de presentar el escrito solicitando aclaraciones sobre la valoración de la oferta de la adjudicataria que a su juicio debió ser excluida, no obtuvo respuesta.
En síntesis manifiesta que dicho escrito hacía referencia a las siguientes cuestiones:

> *«a. Por tanto, queda patente que, tanto en el PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES como en el PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS correspondientes al "CONTRATO DE SERVICIOS DE CIBERSEGURIDAD PARA LA DIPUTACION PROVINCIAL DE JAEN", se exige, sin lugar a dudas, que la empresa licitadora y adjudicataria prestadora del servicio cumpla con los requisitos del ENS, debiendo facilitar la*

correspondiente Certificación de Conformidad nivel MEDIO o ALTO, siendo que, en la relación de empresas certificadas en ENS para poder prestar los servicios correspondientes a las Administraciones Públicas, la empresa INNOVACIONES TECNOLOGICAS DEL SUR, S.L., (en adelante simplemente INNOVASUR) no aparece en el catálogo de empresas clasificadas en ENS publicado por el CCN, en la fecha de presentación de oferta ni en la actualidad (requisitos del PPT y PCAP indicados anteriormente.)

b. Pues bien, debemos hacer constar que, de la lectura de ambas valoraciones se puede extraer que INNOVASUR ha indicado un catálogo de servicios y costes para la incorporación de Ayuntamientos. Por lo que, les solicitamos nos aclaren sí INNOVASUR ha incluido estos costes (ya que no hemos podido contrastar esta información por haber declarado el punto como información confidencial). En caso afirmativo, y dado que, no es posible la inclusión de precios cómo es bien sabido, en el sobre 2, quedaría de manifiesto, sin ningún lugar a duda, que dicha cuestión induce claramente a una valoración subjetiva positiva en el informe, lo que es causa de exclusión.

c. Igualmente y en relación a la citada valoración anterior, solicitamos aclaraciones pertinentes al respecto de cómo es posible haber obtenido la misma puntuación, ambas empresas, cuando nuestro Servicio SOC, esto es, de ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD, S.L., está en posesión de todas las certificaciones (ISO27000, ISO20000, ENS Categoría Alta, Membresía CSIRT, TF-CSIRT, FIRST, Red Nacional de SOC GOLD), frente al Servicio SOC que plantea INNOVASUR (que, como ha quedado demostrado no dispone de certificaciones asociadas a la prestación de servicio desde un Cíber SOC: ISO20000, ENS Categoría Alta, Membresía CSIRT, TF-CSIRT, FIRST, Red Nacional de SOC GOLD).

d. En relación a este punto, queremos manifestarles que, a todas luces, esta valoración referida a la propuesta de INNOVASUR la entendemos totalmente arbitraria, pues a la vista de su oferta no queda constatado que el equipamiento a suministrar para este apartado se trate del modelo 900F, más avanzado que el indicado en el alcance que es el modelo 2000E».

- Que a fecha límite de presentación de ofertas la adjudicataria no poseía la clasificación ni certificación en Esquema Nacional de Seguridad, requerida tanto en PCAP como en PPT, como se puede comprobar en la relación de empresas certificadas en el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) que se ofrece en el Centro Criptológico Nacional (CCN) a través de su web. Argumenta, que efectivamente, según consta en el listado de empresas certificadas en ENS del CCN, la adjudicataria ha obtenido la necesaria certificación a fecha 15 de septiembre de 2022.
- Que a su juicio el retraso en la adjudicación del contrato, que ha incumplido el plazo máximo para adjudicar establecido en la cláusula 27 del PCAP -de dos meses- a contar desde la apertura de proposiciones, tiene apariencia de ser arbitrario y le ha ocasionado indefensión. Que se puede colegir que el retraso en la resolución ha facilitado irregularmente que la empresa adjudicataria haya preparado la acreditación en la solvencia técnica requerida en PCAP.
- Que la oferta de la adjudicataria adolece de falta de información u omisión de información considerándose esta circunstancia causa de exclusión según lo dispuesto en la cláusula 5 del PPT.

De lo anterior, en conjunto, alega que ha existido en el procedimiento de licitación una conculcación de los principios de transparencia, igualdad y libre competencia.

Solicita que se tenga por presentado su escrito, y mediante segundo otrosí solicita que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al acto recurrido y se proceda a la revisión y valoración de la oferta conforme a lo expuesto en su escrito de impugnación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al escrito de recurso y solicita su desestimación. En síntesis argumenta lo siguiente:

A. Respecto a la valoración de su oferta y posterior exclusión, manifiesta: *«efectivamente, en ese momento del proceso de contratación no había sido excluida, el informe de exclusión vino después y se encuentra recogido en el Acta de la Mesa de Contratación de 14 de noviembre de 2022. Informe CÓDIGO: EV00PKA4. informe sobre aclaración a las cuestiones presentadas por innovaciones tecnológicas del sur s.l. en relación con el expediente de contratación co-2022/47 "servicios de ciberseguridad para la Diputación de Jaén».*

Sobre la publicidad de este informe que la recurrente denomina *«no público»* indica lo siguiente: *«el informe por el que se excluye a ICA, está publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Publico de fecha 21/11/2022, incluido en el Acta de la Mesa de Contratación de 14 de noviembre de 2022, como "CLAUSULAS INCORPORADAS", se trata del documento CÓDIGO: EV00PKA4».*

Sin embargo, a juicio del órgano de contratación la recurrente viene a reconocer en algunas partes del escrito de impugnación que sí ha recibido respuesta a su escrito de alegaciones, en el citado informe técnico y procede a resumir los incumplimientos de la oferta de ICA que conllevaron la exclusión de su oferta, de la siguiente forma:

«• En relación con incumplimientos en las características generales de los cortafuegos:

- Se pide que el equipo se encuentre incluido en el Catálogo de Productos de Seguridad de las Tecnologías de la Información y la Comunicación del Centro Criptológico Nacional, el equipo presentado no se encuentra dentro de dicha guía.

- Se pide que el equipo sea capaz de identificar más de 3.000 aplicaciones, el equipo presentado solo es capaz de identificar hasta 1.800.

- Se pide que el equipo se capaz de disponer de más de 10.000 firmas de IPS que se puedan aplicar gradualmente, el equipo ofertado no llega a esta cantidad.

- Se solicita que el equipo sea capaz de generar nuevas firmas de protección en un plazo máximo de 5 minutos, el equipo presentado puede tardar hasta 20 minutos en la generación de firmas.

• En relación con el cortafuegos de nivel 1 (N1), se incumplen los siguientes apartados:

- Se piden 4 puertos QSFP 40 Gbps, el equipo presentado ofrece 2 puertos QSFP 40 Gbps.

- Se piden, al menos, 2 TB de disco para logging, el equipo presentado ofrece 2 discos de 480 GB, claramente inferior.

• En relación con la gestión de logs:

- No se menciona este apartado en la oferta presentada por ICA».

Con relación a la alegada falta de petición de aclaraciones indica que: *«No se ha solicitado aclaración porque la oferta estaba muy clara, salvo la confusión en los modelos FortiGate 1101E y FortiGate 1101F, pero que era perfectamente reconocible el error de acuerdo con las características detalladas».*

B. Respecto de la alegación de la recurrente relativa a la falta de respuesta a su escrito solicitando aclaraciones al órgano de contratación manifiesta lo siguiente: *«Se está faltando claramente a la verdad, porque en la propia acta de valoración y propuesta de adjudicación, se encuentra el documento de contestación con el código EV00PKA3, siendo a lo que parece, que ICA no se ha leído el documento».*

C. Con relación al escrito de alegaciones y que el órgano de contratación indica que fue respondido en el correspondiente informe técnico y sobre el supuesto incumplimiento de la oferta de la adjudicataria de determinadas prescripciones técnicas manifiesta lo siguiente, -se relacionan de la misma forma que se ha hecho con las alegaciones de la recurrente-:

(a) Tras enumerar las distintas cláusulas del PCAP y del PPT en las que se exige en las que se hace referencia al ENS termina concluyendo: *«de la lectura detallada y precisa de todos los párrafos señalados anteriormente, excepto en el Anexo I, Apartado 38, párrafo segundo, donde se dice: "El adjudicatario o prestatario del servicio se obliga a facilitar a la Diputación de Jaén la correspondiente Declaración de Conformidad para el tratamiento de sistemas de información de categoría BÁSICA, y la correspondiente Certificación de Conformidad para el caso de sistemas de categoría MEDIA o ALTA, exigidas en la Guía de Seguridad CCN-STIC-809 …". Siendo este nuestro caso, como se indica en el mismo apartado, se trata de un sistema de categoría BÁSICA, por lo que no se debe presentar ningún certificado, sino sólo y exclusivamente la Declaración de Conformidad para el tratamiento de información de categoría BÁSICA».*

Además el órgano de contratación manifiesta que: *«la Diputación de Jaén no tiene implantado el Esquema Nacional de Seguridad en sus servicios, estamos en ello, por eso no se pide ningún tipo de certificación, y de acuerdo con nuestro sistema de categorización que es BAJO, es suficiente con que el adjudicatario presente la Declaración de Conformidad con el ENS».*

(b) Con relación a la alegación relativa al catálogo de servicios manifiesta: *«INNOVASUR, incluye en su propuesta un catálogo de servicios en el que presenta, por tramos de habitantes, el coste de adhesión de cada municipio al Servicio de Seguridad Gestionada. Como se ha mencionado anteriormente, este aspecto, no ha tenido ninguna trascendencia en la valoración, ni a favor ni en contra».*

(c) Respecto de esta alegación manifiesta que la recurrente en su intención de dar valor añadido a su Centro de Operaciones de Seguridad (SOC), presenta en su oferta, una relación profusa de certificados y certificaciones que en ningún momento se solicitan ni en el PPT, ni en el PCAP. Argumenta que no se puede valorar aquella información que no se haya solicitado o incluido en los criterios de valoración, por tanto, la inclusión de los certificados y certificaciones mencionados no ha sido tenido en cuenta en el resultado en la valoración, ni a favor ni en contra. En cuanto a la valoración de las ofertas, se ha tenido en cuenta que ambas empresas ofrecen un SOC que cumple con las necesidades descritas en el PPT. No sobresaliendo ninguna con respecto a otra ya que ofrecen unos servicios de SOC similares.

(d) Indica que es cierto que en la oferta de INNOVASUR, existe una confusión en el modelo al que hace referencia el Apartado *"5.2. Alcance,"* del punto *"5. Antivirus y antispam de correo corporativo"*, mencionando dos modelos el FML-2000E y el FML-900F. Se ha valorado el modelo FML-900F, porque es el que propone INNOVASUR en el punto 2. Descripción general de la solución propuesta, de su oferta, y así también lo hace punto 5.3 de Características generales, donde la descripción de características expuestas coincide con las del modelo FML-900F. Concluye que el mismo se ha considerado un error tipográfico puntual y que la oferta de la recurrente también contenía otros errores de este tipo que fueron considerados de la misma forma.

D. Con relación a la alegación de la recurrente relativa a la supuesta dilación del órgano de contratación en la adjudicación del contrato manifiesta que: *«En este punto, ICA está presuponiendo mala fe por parte de la Diputación de Jaén, cuando ya he dejado claro, hasta la saciedad, que el certificado no es un requisito para la concurrencia.*
Con esto ICA trata en todo momento de presionar y condicionar a la Diputación de Jaén. Esta insistencia me lleva a poder considerar mala fe en su escrito, con el único propósito de perjudicar a la Diputación y al adjudicatario, retrasando lo máximo posible la resolución del expediente de contratación, siendo conocedora, como lo es, de que su oferta no cumple con el Pliego de Prescripciones Técnicas, con lo que no tiene posibilidad alguna de poder adjudicarse el contrato».

E. Respecto de la falta de documentación en la oferta de la adjudicataria argumenta que dicha afirmación es incorrecta y que no se da la ausencia alegada por la recurrente.

En conclusión, solicita la desestimación del recurso.

3. Alegaciones de la adjudicataria.

Se opone solicitando la desestimación del recurso en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidas.

En este sentido la entidad adjudicataria solicita la inadmisión del recurso al entender que actualmente, la recurrente carece de legitimación activa para recurrir la adjudicación y con ello la valoración de su oferta dado que la propuesta de la recurrente se encuentra excluida.

Con relación a los argumentos de la recurrente relativos a que procede la exclusión de la oferta de la adjudicataria, en síntesis, argumenta:
«- No se exige certificación de conformidad con el ENS, ya que la Diputación de Jaén, tiene un sistema de categoría básica.
- Mediante la inclusión del catálogo de servicios y coste de adhesión de cada municipio de la provincia al sistema de gestión de seguridad no se adelanta el contenido del sobre 3 ya que no forma parte de los criterios de valoración y por ello a su vez no se ha omitido ningún precio unitario de la oferta económica.
- No existe duda alguna, sobre los modelos ofertados en nuestra oferta técnica».

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. En primer lugar se ha de analizar las alegaciones de la recurrente respecto de su exclusión del procedimiento de licitación dado que en el supuesto de que el recurso se desestimara respecto de este motivo ICA perdería la legitimación para impugnar la admisión en tanto que ya no podría resultar adjudicataria del contrato, en el sentido que ya se avanzó en el fundamento de derecho tercero.

Pues bien, en primer lugar, procede comenzar indicando que a la vista de la documentación que obra en el expediente en el momento de interposición del recurso la exclusión de la oferta de ICA no le había sido todavía notificada. Esta obligación nace con la adjudicación del contrato, si bien, es posible a elección de la mesa o del órgano de contratación notificar individualmente la exclusión en un momento anterior, posibilidad que como hemos indicado no se ha utilizado en el presente supuesto.

Sobre lo anterior, respecto a la normativa aplicable en materia de contratación a la notificación de los actos de adjudicación, y en concreto a los de las exclusiones de las entidades licitadoras o de sus ofertas, se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, por todas en las Resoluciones 111/2017, de 25 de mayo, 174/2020, de 1 de junio y 348/2020, de 22 de octubre. En Resumen de la citada doctrina en la Resolución 397/2022, de 28 de julio se indica lo siguiente:

> *«En este sentido, en lo que aquí interesa, el artículo 151.2.b) de la LCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación a las entidades licitadoras excluidas, indicando entre otras cuestiones los motivos por los que no se haya admitido su oferta.*
> *(….)*

Asimismo, el artículo 44.2 de la citada LCSP en su apartado b) establece que podrán ser objeto de recurso «Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149».

(...)

En el presente supuesto, se da la circunstancia de que la exclusión de la recurrente no ha sido notificada de forma individual, ya que solo consta la exclusión de forma tácita o implícita en el acta de la sesión de la mesa de contratación impugnada, en la que efectivamente no se desarrollan los motivos por los que el órgano ha tomado ese acuerdo. Sobre lo anterior, como se ha expuesto, la mesa o el órgano de contratación tiene dos opciones, bien, notificar la exclusión en cuyo caso tendrá que indicar los motivos que han llevado a tomar esa decisión - posibilidad que en este supuesto no se ha dado- o, bien, esperar a la adjudicación del contrato, momento en el que el órgano de contratación está obligado -ex artículo 151.2.b) de la LCSP- a notificar a los licitadores excluidos los motivos por los que no se ha admitido su oferta.

Por tanto, teniendo en cuenta que el recurso pivota sobre la falta de motivación del acuerdo de exclusión y a la vista de que dicha exclusión no ha sido todavía notificada, ni el contrato adjudicado, procede la desestimación del recurso dado que -como se ha indicado- todavía no había exigencia legal de notificar el acto, de modo que hasta ese momento no nace la obligación de motivar la exclusión, y ello sin perjuicio del recurso que se pueda presentar en su momento contra la adjudicación del contrato o contra la notificación de la exclusión -si esta se produce-, en el supuesto de que se incumpliera la mencionada obligación de motivación».

En el supuesto que se nos plantea, la recurrente no llega a cuestionar la falta de motivación de su exclusión o al menos no lo hace de una forma directa y claramente reflejada en su *petitum,* en este sentido ICA se refiere a que su exclusión está fundamentada en informe interno pero tampoco llega a indicar que no haya tenido conocimiento del mismo. En cualquier caso y como indicamos no podría alegar la falta de motivación dado que en el momento de interposición del recurso todavía no existía la obligación de que le fuera notificada su exclusión con los motivos que la han ocasionado.

Asimismo, se ha de considerar que no existiendo la obligación de notificación de la exclusión motivada la recurrente pudo solicitar el trámite de vista de expediente ante el órgano de contratación y si este se lo hubiera denegado, ante el propio Tribunal en el escrito de impugnación, cuestiones todas ellas que no se han dado en el presente supuesto.

Pero además, consultado por este Tribunal el perfil de contratante resulta cierta la afirmación del órgano de contratación relativa a que en el acta de la sesión de 14 de noviembre de 2022 se incluye al final una página titulada «*cláusulas incorporadas*» en la que se contiene un enlace, que se ha podido comprobar que resulta funcional, a los siguientes documentos; a los referidos informes de 19 de octubre de 2022, en los que se responden a los escritos de alegaciones presentados respectivamente por la recurrente y la adjudicataria y al informe técnico de valoración de ofertas respecto de los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas, de 3 de noviembre de 2022. La recurrente alega conocer el alcance y extensión de este documento -el

acta de la mesa de contratación de 14 de noviembre- dado que los acuerdos que en él se toman son precisamente los que se impugna, por lo que cabe presuponer que ha tenido conocimiento o que al menos los documentos anexados han podido ser accesibles, al ser posible su consulta por medio de un enlace en la propia acta.

Así, sobre esta posibilidad de motivación se ha referido este Tribunal, entre otras muchas, ya en su Resolución 237/2019, de 18 de julio, en la que se indicaba: *«Por lo demás, el propio Tribunal Supremo avala la técnica empleada por el órgano de contratación para motivar la resolución de adjudicación impugnada.*
Así, en la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, dictada por la Sala Tercera (recurso n.º 161/2009), se declara que "siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992 [actualmente, artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas], cuando se incorporen al texto de la misma.».

De todo lo anterior llegamos a las siguientes conclusiones: (i) que la recurrente impugna su exclusión sin combatir su motivación de la que parece no tener conocimiento aunque no lo llega a alegar de forma clara ni se concreta en ningún *petitum* (ii) que en el momento de interposición del recurso no había nacido todavía la obligación de que el órgano de contratación le notificara la exclusión indicándole los motivos por los que se ha acordado, (iii) que la recurrente si no sabía los motivos por los que su oferta fue excluida pudo solicitar vista de expediente ante el órgano de contratación de forma previa a la interposición del recurso y (iv) que en cualquier caso la motivación de la exclusión se fundamenta en un informe técnico que se adjunta al acta de la sesión de 14 de noviembre de 2022, de lo que se desprende que si accedió al acta alojada en el perfil pudo acceder también al citado informe.

La recurrente reitera en diversas ocasiones que en una primera valoración de su oferta la mesa de contratación valora su proposición y que no es hasta en un momento posterior cuando se acuerda la exclusión de su oferta. Sin embargo, no llega a citar el precepto legal que entiende infringido con el actuar de la mesa de contratación. En cualquier caso, sobre el cambio en la valoración de su proposición que finalmente se acaba excluyendo procede recordar que de conformidad con el artículo 157.6 de la LCSP ni tan siquiera la propuesta de adjudicación crea derecho alguno en favor del licitador, dado que el órgano de contratación puede apartarse de forma motivada de la misma, y en mayor medida en el presente supuesto en el que es la propia mesa de contratación la que excluye en el momento en el que detecta la infracción.

Finalmente, respecto de la exclusión de su proposición la recurrente indica que su oferta ha sido excluida sin que se le haya pedido aclaraciones a la misma. Pues bien, sobre esta cuestión procede indicar como este Tribunal viene manteniendo desde la Resolución 94/2012, de 15 de octubre y posteriores (ver Resoluciones 128/2013, 131/2013, 317/2015, 331/2015, 108/2016, 163/2016, 220/2016, 289/2016, 12/2017, 28/2017, 182/2017, 86/2018, 61/2019, 303/2020 y 152/2021, entre otras), que *«nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa -en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP)- pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica. Así, la doctrina citada señala que "(...) respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la Mesa de contratación, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.*
Y si bien lo anterior no es óbice a que la mesa o el órgano de contratación puedan solicitar puntualmente

aclaraciones suplementarias de las ofertas cuando consideren que existe en las mismas error material susceptible de rectificación, tal posibilidad excepcional no se planteará cuando, como en el caso examinado, los términos de la oferta no arrojen datos que permitan evidenciar la existencia de error material, aritmético o de transcripción susceptible de aclaración»

Al respecto, 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 una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.»*

Por tanto, el límite a la aclaración está en el respeto al contenido de la oferta inicial como garantía y salvaguarda del principio de igualdad de trato entre los licitadores, de modo que ese contenido originario no podrá nunca modificarse y/o ampliarse por vía de aclaración.

En el presente supuesto, la recurrente simplemente indica que su oferta fue excluida sin que se le pidieran aclaraciones sobre la misma, cuando ya hemos visto que dicho trámite no se aplica con carácter general sino que puede producirse en los supuestos previstos por la doctrina analizada, cuestión que la recurrente no fundamenta en su recurso.

Por todo lo anterior, este Tribunal concluye que aunque desde una perspectiva formal la recurrente dice impugnar su exclusión realmente, en su escrito no desarrolla los motivos concretos por los que considera que su oferta no debió ser excluida del procedimiento, y aunque a meros efectos dialécticos se considerara que impugna la falta de motivación de la misma, en el momento de la interposición no existía obligación todavía de notificar la exclusión motivada y en, cualquier caso, la recurrente pudiendo hacerlo, no solicitó vista de expediente y además, el informe que contiene los motivos de la exclusión se encuentra anexado al acta publicada en el perfil que es el acto impugnado. De hecho, incluso ICA presenta como documentación anexa al recurso el acta de la sesión de la mesa de contratación de 14 de noviembre de 2022, desde la que se puede acceder, mediante enlaces -como hemos indicado anteriormente- al informe que contiene los motivos por lo que fue excluida su oferta.

Por tanto, procede desestimar el recurso respecto de la exclusión de su oferta.

Procede ahora analizar las consecuencias de la desestimación del recurso con relación a su exclusión respecto de la impugnación de la admisión de la oferta de la adjudicataria.

Este Tribunal en diversas Resoluciones(v.g Resolución 132/2019, de 26 de abril o Resolución 280/2018, de 10 de octubre) ha señalado que la procedencia del recurso especial contra el acto de admisión de ofertas o de licitadores *"habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso".*

En este punto, no debe olvidarse que el interés de todo licitador que participa en un procedimiento de adjudicación es resultar adjudicatario, pero dicho interés solo adquiere entidad suficiente para fundamentar la legitimación en un recurso -en este caso, el recurso especial- cuando la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. En este sentido, es abundante y constante la doctrina del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del

Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002) conforme a la cual el interés legítimo *"presupone que la resolución administrativa [el acto impugnado] pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación , y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento."*

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP, la admisión ha de tratarse de un acto de trámite cualificado que debe reunir los requisitos del precepto.

En este sentido, la eventual estimación del recurso respecto de la admisión de la adjudicataria, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, dado que se ha desestimado el recurso respecto de su exclusión, por lo que no obtendría respecto a este acto impugnatorio beneficio alguno más allá que la potencial posibilidad de que resultara adjudicataria de un futuro procedimiento de contratación si el órgano de contratación, tras una hipotética estimación del presente recurso, que supusiera la declaración de desierto del contrato, decidiera convocar una nueva licitación -en idénticos términos- a la que la entidad ahora recurrente pudiere o le interesare presentarse. Tales circunstancias desbordan el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual, cuando dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...).»*.

Lo expuesto conduce a que, en el presente supuesto, debe estimarse que dicha legitimación decae por cuanto se ha argumentado en el cuerpo de la presente resolución, lo que conlleva la inadmisión del motivo relacionado con la admisión de la oferta de la adjudicataria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.b) de la LCSP.

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 **ICA SISTEMAS Y SEGURIDAD S.L.** contra su exclusión en relación con el contrato denominado "Servicios de ciberseguridad para la Diputación Provincial de Jaén", (Expte.CO-2022/47), tramitado por la Diputación Provincial de Jaén.

Inadmitir el citado recurso respecto de pretensión relativa a la propuesta de adjudicación por falta de legitimación de la recurrente, conforme se ha analizado en el fundamento séptimo de la presente Resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 16 de diciembre de 2022

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa.

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.