



Recurso nº 35/2016 C.A. de Cantabria 1/2016

Resolución nº 131/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 12 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D.A.R.A., en nombre y representación de INFORTEC ASISTENCIA TÉCNICA, S.L contra la Resolución de 23 de diciembre de 2015, del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud, por la que se adjudica el procedimiento abierto *“Soporte y Mantenimiento Microinformático y atención al usuario”* (Expte. SCS2015/47), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 19 de septiembre de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Cántabro de Salud por la que se convocaba licitación pública para la contratación del servicio de *“Soporte y Mantenimiento Microinformático y atención al usuario”*.

El objeto del contrato era el soporte y mantenimiento para garantizar el correcto funcionamiento del software base y hardware de ámbito microinformático que se encuentra instalado y funcionando en los centros de salud y consultorios rurales dependientes de la Gerencia de Atención Primaria y en los servicios centrales del Servicio Cántabro de Salud.

El valor estimado del contrato ascendía a 792.000 euros.

El anuncio había sido publicado en el Boletín Oficial de Cantabria, el 17 de septiembre de 2015 y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 5 de septiembre de 2015.

Segundo. El 28 de octubre de 2015, de acuerdo con lo que recoge el Acta nº1, se acredita la concurrencia de seis empresas licitadoras, entre las que se encuentra la

recurrente. Examinada la documentación presentada por cada una de las empresas en el Sobre A, la Mesa requiere subsanación de determinada documentación a dos de ellas. En sesión celebrada el 4 de noviembre de 2015, la empresa SELZUR VIZCAYA resulta inadmitida de la licitación por no subsanar la documentación requerida por la Mesa.

El 4 de noviembre de 2015 se procede a la apertura del Sobre B, de aspectos de la oferta no cuantificables mediante aplicación de fórmulas. Se recaba informe de los asesores técnicos para la valoración de las ofertas técnicas presentadas. Dicho informe se emite en fecha 2 de diciembre de 2015.

El 4 de diciembre de 2015 se procede, por la Mesa, a la lectura de la valoración otorgada a cada una de las empresas tras el informe técnico. A los efectos que interesa a este recurso, la UTE VALNERA CONSULTORIA Y SISTEMAS S.L. / DEUSTO SISTEMAS, S.A (posteriormente denominada UTE VALNERA) obtuvo una puntuación de 25 puntos y la empresa recurrente una puntuación de 18.

En ese mismo acto se procedió a la lectura de la oferta económica presentada por cada una de las licitadoras, tras la apertura del Sobre C. La oferta económica de la recurrente (309.000 euros) obtuvo una puntuación de 57,45 y la oferta de la UTE (290.000 euros), 70 puntos.

La Resolución de 23 de diciembre de 2015, del Gerente del Servicio Cántabro de Salud resolvió adjudicar el procedimiento abierto a la UTE que obtuvo un total de 95 puntos. Dicha resolución se notificó a INFORTEC, por correo electrónico, el 30 de diciembre de 2015.

Tercero. El 15 de enero de 2016, INFORTEC presenta, ante la Gerencia del Servicio Cántabro de Salud anuncio de interposición del recurso especial en materia de contratación contra la Resolución que adjudica el contrato, por entender que no se ha valorado correctamente la oferta de la UTE adjudicataria. El recurso se presenta ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales el 18 de enero de 2016.

Cuarto. Por Resolución de fecha 28 de enero de 2016, de la Secretaria del Tribunal -por delegación de éste- resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. El 1 de febrero de 2016 presenta alegaciones la UTE VALNERA CONSULTORIA Y SISTEMA S.L.-DEUSTO SISTEMAS, S.A (UTE ANTARES). La empresa adjudicataria defiende la resolución de la Mesa, indicando que el recurrente trata de impugnar extemporáneamente los pliegos e invoca la discrecionalidad técnica de la Administración para la valoración de las ofertas. Respecto a la consideración de mejoras en su oferta, señala que los pliegos contenían indicaciones “de mínimos” y que su oferta se ajusta a lo exigido, ofreciendo una mayor calidad y una mayor cualificación del personal que no tiene carácter de mejora o variante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver los recursos interpuestos corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 13 de diciembre de 2012.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que no ha resultado adjudicatario del contrato a que se refiere el recurso en el acuerdo que se impugna.

Tercero. El recurso especial en materia de contratación es admisible ya que se interpone en relación a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por el TRLCSP, con valor estimado igual o superior a 207.000 euros por lo que ha sido interpuesto conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 y 40.2 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Asimismo, se impugna un acto susceptible de este recurso como es el acuerdo de adjudicación (art. 40.2.c) TRLCSP).

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en plazo La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. Como alegaciones de fondo, el recurrente cuestiona, en primer lugar, la forma de valoración de los aspectos de la oferta no cuantificables por la mera aplicación de fórmulas, por tratarse de una fase con margen de discrecionalidad. Afirmar que la forma de valoración no respeta el principio de igualdad y mérito porque no da puntuaciones semejantes ante ofertas semejantes y que valora por criterios comparativos.

En segundo lugar, discrepa la empresa recurrente en las valoraciones técnicas obtenidas por UTE ANTARES, que resultó adjudicataria del contrato.

Por último indica que la UTE ANTARES ha presentado mejoras no previstas en los pliegos que han sido valoradas positivamente por el órgano de contratación

Sexto. Respecto a la primera alegación, señala la empresa recurrente que no resulta adecuado el sistema de valoración de los aspectos de la oferta no cuantificables por la mera aplicación de fórmulas. Fundamentalmente hace referencia al punto 14.1 que se refiere a la valoración técnica del plan de trabajo, que otorga una horquilla de puntos entre 21 y 30 a los que obtengan la calificación de “muy bueno”, entre 11 y 20 puntos a los que se califiquen como “bueno” y hasta 10 puntos en los proyectos “aceptables”.

Afirma el recurso que al tratarse de una puntuación por comparación, el tramo de mayor puntuación sólo podría corresponder a la que se considere mejor oferta sobre el resto.

Por su parte, el órgano de contratación, en su Informe de aclaraciones al recurso, de fecha 22 de enero de 2016, señala:

“La calificación en el tramo de MUY BUENO no está planteada para que la obtenga una única oferta, sino que es un tramo para incorporar las ofertas claramente superiores al resto.

Dentro de cada tramo de valoración (MUY BUENO, BUENO Y ACEPTABLE) hay un rango de puntuaciones para diferenciar las ofertas dentro del mismo tramo. Así el tramo MUY BUENO cubre las puntuaciones entre 30 y 21 puntos, el tramo de ofertas BUENO cubre la puntuación del 11 a 20 puntos y el tramo ACEPTABLE cubre la valoración entre 0 y 10 puntos”

En el Informe técnico de valoración, fecha 2 de diciembre de 2015, UTE ANTARES obtiene la calificación de MUY BUENO y una puntuación de 25 puntos; INFORTEC, BUENO y 18 puntos; y AMBAR, BUENO y 17 puntos. Si bien es cierto que sólo una de las licitadoras obtiene la máxima calificación, dentro de la segunda categoría concurren dos empresas. Si el argumento esgrimido por la recurrente se extendiera a todas las categorías de puntuación, sólo una podría haber encajado en la consideración de “BUENO”

En todo caso, considera este Tribunal que nos encontramos, en realidad frente una impugnación indirecta del pliego de prescripciones administrativas a través de un acto de aplicación como es el acuerdo de adjudicación.

Debe determinarse cuál es el alcance de la posibilidad de la impugnación de los pliegos a través de sus actos de aplicación, como es el presente caso. La resolución 701/2015 de 23 de julio sostiene que: *“Como ya ha establecido este Tribunal en multitud de ocasiones, el pliego constituye la ley del contrato y a su contenido deben someterse todos los licitadores, así como la propia Administración. En efecto, señala la Resolución 253/2011 que “de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios. Tesis que ha sido reiterada en la Resolución no 153/2013 y más recientemente en la 348/2014. Así, en resoluciones de este Tribunal 178/2013, 17/2013 y 45/2013 se hace referencia a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sentada en la sentencia de 19 de marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma que «esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para*

impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía». Este criterio se mantiene en la Resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace «inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”.

La única excepción a esta doctrina es que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos, con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto.”

Más recientemente la resolución 979/2015 de 23 de octubre reforzaba el citado criterio exponiendo que “podría interpretarse como una impugnación del contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares, concretamente, en lo relativo a la determinación del objeto del contrato. De hacerlo así, procede recordar la doctrina reiterada de este Tribunal recogida, entre otras, en la resolución 255/2015, de 23 de marzo, dictada en el recurso 139/2015, en el sentido de que no cabe la posibilidad de utilizar el recurso especial en materia de contratación dirigido contra cualquier acuerdo adoptado en el procedimiento de adjudicación para reprochar vicios del pliego. Dice la Resolución que “De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras), con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto (por todas, Resoluciones 502/2013, de 14 de noviembre, ó 931/2014, de 18 de diciembre). Siguiendo en este punto al Consejo de Estado (Dictamen 6/97, de 17 de abril), “los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o de cualquier otra norma de rango legal) deben ser objeto de una interpretación estricta, por su reconocido carácter excepcional. Podría

decirse que dentro de la teoría de la invalidez de los actos la nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general". Y, ciertamente, y como el Tribunal declaró, entre otras, en la Resolución 645/2013, de 19 de diciembre, la irregularidad que se considera no es constitutiva de nulidad radical, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del TRLCSP y en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todo lo cual conduce al Tribunal al examen de la correcta o incorrecta aplicación de los referidos criterios de adjudicación en la oferta de la recurrente."

En definitiva la resolución 241/2012 de 30 de octubre condensa lo ya expuesto al disponer que: *"Paso previo a cualquier otra disquisición, conviene recordar que este Tribunal ha venido señalando que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho (cfr., por todas, resoluciones de este Tribunal 17/2012, 155/2011 y 172/2011). En el caso ahora sometido a nuestra consideración, ello supone que, en primer lugar, habrá de analizarse si la exigencia de haber celebrado un contrato de análoga naturaleza con la Administración contraviene o no el Ordenamiento Jurídico y, en segundo lugar, y solo para el caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, si tal infracción es susceptible de ser reputada como un supuesto de nulidad de pleno derecho".*

Es decir, en cuanto nos atiene al presente caso, resulta preciso valorar si existe efectivamente la infracción del ordenamiento jurídico, para entrar con posterioridad a apreciar si la misma, en su caso, merecería la calificación de nulidad radical.

Resulta necesario citar literalmente el texto controvertido para valorar el alcance de las exigencias del pliego, al menos en su redacción original. El punto 14.1 del Pliego de prescripciones técnicas, se redactó por el órgano de contratación según el siguiente texto:

"EL PLAN DE TRABAJO CONSTARÁ DE UN MÁXIMO DE 50 PÁGINAS, EN ARIAL 10.

Describirá la organización general del servicio. La valoración se efectuará como se indica a continuación:

A) MUY BUENO.- Se ajusta a las características exigidas y supera claramente al resto de las ofertas: Entre 21 y 30 puntos.

B) BUENO.- Se ajusta a las características exigidas y se encuentra, cualitativamente, en la media de las ofertas: Entre 11 y 20 puntos.

C) ACEPTABLE.- Se ajusta a las características exigidas y se encuentra, cualitativamente, por debajo de la media de las ofertas: Hasta 10 puntos

Aquellas ofertas que no cumplan con las características exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas serán EXCLUIDAS.

SERÁ NECESARIO OBTENER UN UMBRAL MÍNIMO DE 15 PUNTOS PARA PASAR A LA SEGUNDA FASE.”

De la lectura de dicho punto no cabe inferir la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho, que es el presupuesto que permitiría la impugnación de los pliegos en el momento en el que se encuentra el expediente de contratación. Debemos recordar la constante jurisprudencia que hace referencia al carácter excepcional de la nulidad de pleno derecho y a la necesaria interpretación estricta del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Pero es que, aún más, no considera este Tribunal que en la redacción de la cláusula impugnada concurra ilegalidad o infracción del ordenamiento jurídico. Si bien es cierto que podía el órgano de contratación haber especificado más los criterios para atribuir un carácter u otro al proyecto, el Informe de valoración sí realiza un detallado análisis de los aspectos positivos y negativos de cada uno de los proyectos, por lo que la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores sí se encuentra motivada.

Podemos, por último hacer referencia a una reciente sentencia del TJCE, de fecha 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13), que aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan

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

Así pues, esta sentencia matiza la doctrina mantenida por los tribunales administrativos de recursos contractuales, e introduce la precisión de que si se comprueba que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador podrá impugnar estas condiciones hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra el acto de adjudicación del contrato.

No ocurre así en el presente supuesto, pues las condiciones expresadas en la cláusula discutida eran sencillas y claras, pudiendo el licitador diligente conocer las exigencias del pliego.

Séptimo. En su segunda alegación, el recurrente impugna el informe técnico. Discute la consideración de determinados aspectos positivos reconocidos al proyecto de la UTE adjudicataria.

A este respecto la doctrina de este Tribunal puede condensarse en el pronunciamiento contenido en el fundamento decimocuarto de la resolución 718/2014 de 26 de septiembre, el cual sostiene que: *“Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente (por todas, Resoluciones de 26 de enero, 30 de marzo de 2012, 4 de abril de 2014 ó 19 de mayo de 2014) sobre la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en la valoración de criterios eminentemente técnicos, señalando que “es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello*



supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”

Por su parte, las Resoluciones 159/2012, de 30 de julio y 550/2014, de 18 de julio, señalaban que *“sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar ‘un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos’ (resolución de este Tribunal núm. 93/2012).”*

En este sentido parece evidente que nos movemos en parámetros estrictamente técnicos. Siendo así el que enjuiciamiento de este Tribunal se contrae a los aspectos formales de la valoración, o a la existencia de elementos discriminatorios, o incluso de error material.

Por otro lado, no se aprecia arbitrariedad en la puntuación otorgada. El Informe de valoración presentado por los servicios técnicos especifica los aspectos positivos de cada una de las ofertas, considerando la valoración de los proyectos individualmente. Puede compartirse o no la apreciación realizada por el servicio técnico, pero al menos a juicio de este Tribunal sí se entiende suficientemente detallada dicha valoración.

La propia esencia de la discrecionalidad supone la existencia de distintas opciones todas ellas válidas y admisibles, por lo que resulta razonable que la parte actora disienta de la

valoración efectuada, pero este Tribunal carece de los conocimientos y de la competencia jurídica para entrar a enjuiciar el mayor o menor acierto de una discusión que es única y exclusivamente técnica. En este sentido ya apuntábamos en nuestra resolución 1062/2015 de 20 de noviembre que: *“A fortiori, resulta oportuno traer a colación la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2013 (recurso nº 97/202), que ante las dos consideraciones técnicas contrarias mantenidas por las partes en el recurso, asevera que “a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimiento “ad hoc” del tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente al mero del perito de parte”.*

En definitiva, no se aprecia la concurrencia de los motivos aducidos por la recurrente, en tanto que la valoración se considera suficientemente motivada y, en consecuencia, carente de arbitrariedad en su contenido.

Octavo. Por último, afirma la empresa recurrente que la UTE ANTARES presentó mejoras no permitidas por el pliego.

El artículo 147 del TRLCSP, al regular la admisibilidad de variantes o mejoras, señala:

“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

3. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios”.



Por tanto, las mejoras o variantes para que puedan ser tenidas en cuenta en la puntuación otorgada, deben estar expresamente previstas en los pliegos que rigen la licitación. Como recogió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 20 de enero de 2014, *“Así pues, todos los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias de contrato a ejecutar. Para ello el proyecto y los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas u otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas. Así, no se cumple tal requisito cuando se pretende valorar la modificación del proyecto, sin que previamente haya sido especificado en el pliego y concretado sobre qué elementos versan tales variantes y la forma en que deberán valorarse, a efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. De esta forma se ha de insistir en que se considerarán variantes o mejoras admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos y en el anuncio de licitación, debiendo guardar relación directa con el objeto del contrato.”*

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones de la presentación de las variantes en aras al respecto al principio de igualdad de trato de los licitadores; así, en Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto C-421/01, Traunfellner GmbH (TJCE 2003, 322), considera contraria a la regulación comunitaria una licitación en la que se reconoce la presentación de variantes, pero en la que no se detalla ni precisa las condiciones y requisitos de las mismas: *“29. En efecto, la mera mención en el pliego de condiciones permite que los licitadores estén informados de la misma manera acerca de los requisitos mínimos que deben cumplir sus variantes para que la entidad adjudicadora pueda tomarlas en consideración. De hecho, es una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenderse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva”*.

Este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la admisibilidad y requisitos de las variantes o mejoras. Entre otras puede destacarse la Resolución 467/2014, de 13 de junio, que con abundante cita de otras resoluciones que contienen la doctrina del

Tribunal sobre el particular, relata: *“Debe afirmarse, por tanto, que el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan -Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012)- el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego.”*

La Resolución 421/2014, de 30 de mayo razona: *“Con arreglo a los artículos 147.2 TRLCSP y 67.2.j) RGLCAP, el de delimitar con precisión a qué elementos pueden afectar, en qué condiciones pueden admitirse y cuál es la forma en la que deben puntuarse (cfr.: Resoluciones 300/2014, 514/2013, 97/2013, 57/2013, 16/2012, 189/2011) (...). Esta imprecisión hace imposible que los licitadores puedan formular adecuadamente sus ofertas –por desconocer qué es lo que espera el órgano de contratación-, que éstas puedan ser examinadas y confrontadas adecuadamente –al faltar la necesaria homogeneidad entre ellas- y que, en fin, pueda este Tribunal llevar a cabo su función revisora –por no existir una definición previa con la que comparar la evaluación llevada a cabo en la licitación- (cfr.: Resoluciones 318/2011 y 471/2013). Se comprometen gravemente, en suma, los principios de igualdad y libre concurrencia entre los licitadores y la misma transparencia del proceso de licitación (artículos 1, 139 y 150.1 TRLCSP), vicios que no pueden remediarse “a posteriori” con una evaluación técnica por muy razonada y extensa que se presente ésta. Por ello, este Tribunal se ve compelido a adoptar ahora la misma decisión que en ocasiones precedentes en las que se ha*

enfrentado con cláusulas genéricas sobre mejoras que no delimitaban los extremos de éstas ni la forma de puntuarlas: declarar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas en cuestión, por hallarse incursas en el supuesto previsto en los apartados a) y e) del artículo 62.1 LRJPAC (Resolución 135/2014). Declaración que, por lo demás, puede hacerse de oficio dada la naturaleza de orden público del vicio que la genera (Resoluciones 370/2014 y 135/2014), incluso con ocasión de un recurso deducido contra un acto recaído en el procedimiento de contratación, aun cuando no se impugnaran los Pliegos correspondientes (Resoluciones 5/2012 y 284/2011). La apreciación de la nulidad de las cláusulas lleva consigo, obviamente, la de la propia adjudicación y, en fin, la del propio proceso de licitación, que no puede subsistir a la anulación de uno de los criterios de adjudicación (Resoluciones 629/2013, 207/2013, 173/2013, 180/2013, 97/2013), siendo, en consecuencia, imposible acceder a la pretensión de ordenar una nueva evaluación de las ofertas”.

De lo hasta ahora expuesto puede deducirse la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos para la admisión de la variante o mejora:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) Que sean mencionados en el pliego y en los anuncios.
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

En los pliegos objeto de recurso, el punto 1.2 de las cláusulas administrativas especifica que no se admiten mejoras o variantes. En el recurso presentado INFORTEC afirma que UTE presentó mejoras no permitidas.

En el Informe de Valoración que puntúa el proyecto de la empresa adjudicataria, se tienen en cuenta los dos elementos que el recurrente califica como mejoras. No se otorgan puntos específicos, ya que el examen del proyecto es global, a los efectos de considerarlo “muy bueno”.

El órgano de contratación, en su informe de aclaraciones, señala en relación a ese aspecto:

“En esta unidad técnica entendemos que las ofertas que se presente a este concurso pueden adquirir compromisos que garanticen un mejor servicio que el exigido en el pliego técnico que como al con la condiciones mínimas de cumplimiento y, por tanto, creemos que no es motivo de exclusión estas aportaciones.

Así, el compromiso de la empresa adjudicataria para tener tiempos de resolución inferiores a los exigidos en pliego técnico son debidos a una mejor organización de su trabajo con la disponibilidad de técnicos resolutivos y con localización próxima a los puntos donde se produce el problema, disponibilidad de stock de piezas en almacén suficiente, disponibilidad de equipos de sustitución etc... que permitirán disminuir estos tiempos.

Están comprometiéndose a la cobertura de un mejor servicio que puede ser medido objetivamente mediante este parámetro de tiempo de resolución de las incidencias.

Entendemos que el compromiso de la empresa para que todo el equipo técnico que cubra el servicio objeto del contrato esté certificado en ITIL es otro de los puntos donde de nuevo la empresa detalla cómo va a garantizar el conocimiento y la formación de sus técnicos para la cobertura del servicio.”

El órgano de contratación, por tanto, no considera estas aportaciones como mejoras estrictamente entendidas sino cualidades que hacen que el proyecto se considere más conveniente en su globalidad para la satisfacción del objeto del contrato.

Pero, aunque dialécticamente entendiéramos que se están valorando como mejoras, este Tribunal considera que por economía procesal y en aras de una mayor eficiencia del procedimiento de contratación, no debe ser anulada la calificación dada a la adjudicataria. Podemos comprobar que la UTE obtuvo 25 puntos en la valoración del proyecto, 7 más que el segundo mejor considerado. Incluso si se retrotrajera la valoración para restar alguno de esos puntos otorgados a las mejoras, su proyecto seguiría siendo el mejor valorado, por lo que en ningún caso sería excluida por no llegar al mínimo de 15 puntos que exige la cláusula. Pero aún más, la oferta económica de la UTE alcanzó los 70 puntos por ser la de menor cuantía, 12 puntos más que el segundo licitador. Por tanto y en todo caso, la adjudicataria volvería a serlo. No tiene sentido, según el parecer de este Tribunal, retrasar la adjudicación del contrato si el resultado volvería a ser el mismo.

La Resolución 44/2012, de este Tribunal ya recogió un supuesto en el que se valoraron erróneamente mejoras no previstas en los pliegos. No obstante, ello no derivó en la anulación de la adjudicación. Así se indicó: *“Atendidos los razonamientos que preceden resulta claro que sólo debe declararse la nulidad de pleno derecho de las cláusulas del pliego correspondiente que se refieren a las mejoras y a su valoración debiendo acordar la improcedencia de su aplicación. Por todo ello, en principio pudiera parecer que procede estimar parcialmente el recurso declarando la nulidad de la adjudicación así como la retroacción del procedimiento hasta la fase de valoración para efectuar una nueva sin tener en cuenta las mejoras ofertadas por ambos licitadores. Sin embargo, puesto que de ello no derivaría ningún efecto sobre la adjudicación del contrato pues la valoración de la adjudicataria seguiría siendo superior a la de la recurrente, procede en aras de la economía procesal, confirmar la resolución impugnada.”*

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.A.R.A., en nombre y representación de INFORTEC ASISTENCIA TÉCNICA, S.L contra la Resolución de 23 de diciembre de 2015, del Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud, por la que se adjudica el procedimiento abierto *“Soporte y Mantenimiento Microinformático y atención al usuario”* (Expte. SCS2015/47).

Segundo. Levantar la suspensión acordada por Resolución de 28 de enero de 2016 de la Secretaria del Tribunal.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 de TRLCSP de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.