



Recurso nº 701/2016

Resolución nº 769/2016

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

En Madrid, a 30 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.V.M. y D. E.H.G., en nombre representación de INDRA Sistemas, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de *“Servicio de Mantenimiento de los despliegues fijos del SIVE que se mencionan a continuación: Despliegues fijos de Huelva, Cádiz, Algeciras y Almería”*, Expediente nº T/0115/P/15/2 convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos de la Guardia Civil, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación, la Jefatura de Asuntos Económicos de la Guardia Civil, se convocó mediante anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 13 de enero de 2016, en el Diario Oficial de la Unión Europea el 15 de enero de 2016 y en el Boletín Oficial del Estado el 23 de enero de 2016, licitación para adjudicar mediante procedimiento negociado el contrato de *“Servicio de Mantenimiento de los despliegues fijos del SIVE que se mencionan a continuación: Despliegues fijos de Huelva, Cádiz, Algeciras y Almería”*, con un valor estimado 2.432.042 euros.

Segundo. El procedimiento se desarrolló por los trámites del procedimiento negociado con publicidad de conformidad con lo señalado en los artículos 24 y 43 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en lo sucesivo LCSPDS) y, en lo que resulte de aplicación, en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y en las normas de desarrollo de la misma.

Tercero. Tras los trámites oportunos y emitido en fecha 22 de febrero de 2016 informe de evaluación de los criterios de solvencia para la selección de candidatos por el Servicio de Telecomunicaciones de la Guardia Civil, la Mesa de contratación acuerda en fecha 23 de febrero de 2016 invitar a las empresas Indra Sistemas S.A., Amper Sistemas S.A., Atos It Solutions and Services Iberia S.L., así como a la U.T.E. Eulen Seguridad S.A.-Thales España GRP S.A.U. Todas las empresas invitadas presentan oferta a excepción de la U.T.E. Eulen Seguridad S.A.-Thales España GRP S.A.U.

Una vez recibidas las ofertas y valorados según los criterios establecidos mediante juicios de valor (Sobre nº 2 Fase de negociación conforme al punto 10 del Cuadro de Características del PCAP) y posteriormente los criterios cuantificables mediante cifras o porcentajes obtenidos mediante la aplicación de fórmulas (Sobre nº 3 de la fase de negociación) se procedió a solicitar mejora de las ofertas.

Con fecha 27 de abril de 2016 el Servicio de Telecomunicaciones de la Guardia Civil emite informes de valoración de la fase técnica y económica de las ofertas presentadas por los licitadores.

Mediante anuncio publicado en la Plataforma de contratación del Sector Público el 29 de abril de 2016 se solicita a las empresas licitadoras mejora de sus respectivas ofertas. Con fecha 19 de mayo de 2016 el Servicio de Telecomunicaciones de la Guardia Civil emite informe técnico de los criterios cuantificables mediante juicios de valor de la fase de negociación. En la misma fecha se reúne la comisión negociadora con el fin de analizar las ofertas de mejora presentadas por las empresas licitadoras en relación a la fase 2 “Criterios cuantificables mediante cifras o porcentajes obtenidos mediante la aplicación de fórmula “ y se acuerda remitir al Servicio de Telecomunicaciones las mejoras presentadas por las licitadoras Indra Sistemas S.A., Amper Sistemas S.A., Atos It Solutions and Services Iberia S.L.; con fecha 20 de mayo el Servicio de Telecomunicaciones de la Guardia Civil emite un informe de adjudicación en el que se propone iniciar una segunda ronda de negociación para mejorar las ofertas, solicitando dicha mejora mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación el 23 de mayo de 2016.

Una vez analizadas las mejoras presentadas, con fecha 2 de junio de 2016 el Servicio de Telecomunicaciones de la Guardia Civil emite informe técnico de adjudicación, proponiendo la adjudicación del contrato a la empresa Atos It Solutions and Services Iberia S.L. (en adelante, ATOS).

Con fecha 14 de junio de 2016 la Mesa de Contratación acuerda proponer la adjudicación del contrato a la empresa ATOS al haber obtenido la mayor puntuación en aplicación de los criterios de adjudicación indicados en el punto 12 del Cuadro de Características del PCAP. El acuerdo de adjudicación se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 13 de julio de 2016, notificándose a la empresa recurrente mediante anuncio en la Plataforma de Contratación el 13 de julio de 2016.

Cuarto. Con fecha 29 de julio de 2016 la mercantil recurrente interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación.

Mediante escrito de fecha 28 de julio de 2016 la empresa recurrente solicita acceso a expediente de contratación y con 16 de agosto de 2016 el Servicio de Contratación de la Guardia Civil da acceso al expediente de contratación. Una vez examinado el expediente de contratación con fecha 24 de agosto de 2016 la mercantil recurrente presenta escrito de alegaciones complementarias al recurso.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe así como del informe a las alegaciones complementarias presentadas por la recurrente.

Quinto. Con fecha 12 de agosto de 2016, 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 TRLCSP.

Sexto. Por este Tribunal se ha concedido plazo a los interesados para la presentación de alegaciones, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (LCSPDS) en relación con el 41.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Segundo. Conforme al artículo 42 del TRLCSP podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se haya visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. En este caso, la empresa tiene legitimación para recurrir toda vez que ha participado en el procedimiento de contratación presentando una oferta y habiendo quedado la segunda mejor valorada por la mesa de contratación.

Tercero. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación, acto recurrible al amparo del artículo 59 de la Ley 24/2011 de 1 de agosto de Contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad en relación con los artículos 40.2.a) y 40.1.a) del TRLCSP.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y tiempo, el recurrente ha presentado su escrito del recurso dentro del plazo legalmente establecido para ello.

Quinto. Entrando ya en el fondo del asunto, argumenta la mercantil recurrente de un lado, que según el punto 11 del Cuadro de Características del PCAP no se admiten en el presente expediente variantes o mejoras y sin embargo la oferta de la adjudicataria contiene mejoras. Por otra parte, indica que en la valoración de la oferta de la adjudicataria se han aplicado criterios de valoración de forma arbitraria y discriminatoria, con infracción del principio de igualdad de trato y el de transparencia por haberse valorado aspectos que no estaban incluidos en los criterios de valoración.

En concreto, expresa la recurrente que: *“(...) Muchas de las prestaciones ofertadas tanto en lo referente al sub-apartado 3 “Mantenimiento mejorativo de sistemas optrónicos” como al sub-apartado 4 “mantenimiento mejorativo sistemas radar” no tiene relación*

alguna con el objeto del contrato (...) ni con lo que se requiere en los pliegos, ni mucho menos con las labores intrínsecas propias de las tareas de mantenimiento de un contrato de servicios (...)."

En base a ello solicita que la oferta de ATOS sea excluida de la licitación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.2 PCAP.

Sexto. Con carácter previo, debemos recordar que este Tribunal puede en el ámbito de sus competencias verificar si la tramitación del procedimiento de contratación se ha ajustado o no a Derecho, pero no puede *"sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación"*, modificando la redacción de informes de los órganos técnicos o formulando propuestas de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (resolución 783/2014, de 24 de octubre).

Las cuestiones planteadas en el recurso se centran en los aspectos recogidos en los informes técnicos de valoración, resultando de plena aplicación a tales casos la doctrina reiterada por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se avalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, que el resultado de estas valoraciones no pueda 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 de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en un error material. Fuera de estos supuestos, el Tribunal ha de respetar los resultados de dicha valoración.

En consecuencia, fuera de los aspectos indicados, la aplicación de criterios de valoración a los elementos evaluables mediante juicios de valor está excluida de las facultades del Tribunal, pues este órgano no puede sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otra, ya que ello supondría sustituir el juicio de un órgano

experto competente para ello por el juicio de este Tribunal (por todas, resolución 18/2013, de 8 de octubre).

Séptimo. Expuesto lo anterior, debemos comenzar recordando que la naturaleza del procedimiento negociado exige por definición una negociación sobre la primera proposición, e implica siempre que la primera realizada no será la definitiva (así se ha indicado en numerosas resoluciones de este Tribunal, citando por todas la nº 146/2014).

Por lo que se refiere a la regulación del sistema de negociación, el artículo 22.3. del Reglamento de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo prevé que: *“En el procedimiento negociado, la mesa, en los casos en que intervenga, calificará la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refiere el artículo 130.1 de la ley de contratos el sector público y, una vez concluida la fase de negociación, valorará las ofertas de los licitadores, a cuyo efecto podrá pedir los informes técnicos que considere precisos y propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional”*.

Por su parte, el artículo 176 del TRLCSP señala: *“En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas.”*

Por tanto, en la configuración del procedimiento negociado existen unos aspectos económicos y técnicos que serán objeto de la negociación y otros, que serán los criterios de adjudicación y se aplicaran a las proposiciones de los licitadores que resulten tras el proceso de negociación.

En el procedimiento negociado, el órgano de contratación deberá solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, y tras negociar con ellas los aspectos económicos y técnicos, en los términos establecidos en el PCAP, adjudicará el contrato al empresario justificadamente elegido, tras fijar con él tanto el precio como el resto de los términos del mismo. No hay una licitación en sentido estricto, sino que las entidades contratantes negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan hecho.

Lo fundamental, tal y como indica el artículo 43 LCSPDS y el artículo 176 del TRLCSP es que los aspectos objeto de negociación (económicos y técnicos) están predeterminados inicialmente en el PCAP pero dichos aspectos serán objeto de auténtica negociación entre la entidad contratante y el candidato al contrato. Al respecto, este Tribunal ha señalado en resolución 313/2013, de 24 de julio que: *“En cuanto al desarrollo de la negociación, hay que tener en cuenta que el procedimiento negociado es esencialmente un procedimiento flexible, si bien esta flexibilidad debe conciliarse con un cierto formalismo que deriva de la necesidad de aplicar las garantías esenciales en la contratación pública. Dada la ausencia de regulación a la que hemos aludido anteriormente, el PCAP constituye el marco legal para el desarrollo de cada procedimiento negociado. Las actuaciones que se lleven a cabo durante la fase de negociación tienen que estar previstas en el mismo, de tal manera que todos los participantes conozcan las reglas del proceso de adjudicación y, en especial, los aspectos objetivos que resultan esenciales para que formulen la oferta y fundamenten la decisión. Por tanto, las empresas participantes tiene que tener acceso a la misma información.*

Además, en el procedimiento de negociación los licitadores podrán plantear modificaciones de sus proposiciones iniciales hasta que en este proceso la entidad contratante crea que puede, con suficientes elementos de juicio y motivación, determinar cuál es el adjudicatario del contrato.

Pues bien, en el caso objeto de enjuiciamiento, el punto 12 del Cuadro de Características del PCAP recoge los “Aspectos a negociar para la adjudicación del contrato” y por tanto, cuál es el objeto de la negociación, distinguiendo:

FASE 1. CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR (PESO 30%)

1.- Memoria descriptiva con las características técnicas de los servicios a realizar para verificar que cumple el PPT. La memoria deberá contener una Matriz de Trazabilidad de Requisitos del PPT que refleje la denominación de cada uno de los requisitos del PPT y su correspondencia con los apartados de la memoria donde se describe como se cumplen cada uno de los requisitos. En dicha memoria se deberá incluir una lista

detallada del servicio. (La empresa que no cumpla las especificaciones del PPT será excluida del proceso de licitación).

2.- Operatividad del Sistema, definida en el REQ.1 del PPT. Se valorará el contenido, estructura y detalle del Plan de Transición del Sistema, así como la minimización del tiempo de indisponibilidad del sistema. (10%)

3.- Mantenimiento mejorativo de Subsistemas Optrónicos, definido en el REQ.8 del PPT. Se valorará la calidad y grado de la mejora a realizar sobre los sensores optrónicos y el número de sensores mejorados. (12%).

4.- Mantenimiento mejorativo de Subsistemas Radar, definido en el REQ. 8 del PPT. Se valorará la calidad y grado de la mejora a realizar sobre los sensores radar y el número de sensores mejorados. (8%)

FASE 2. CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE CIFRAS O PORCENTAJES OBTENIDOS A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS (PESO 70%)

(...)

FASE 1. CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR

1.- Memoria descriptiva y Matriz de Trazabilidad.

Se valorará, en su conjunto, las características técnicas del servicio ofertado para verificar que cumple el PPT.

La empresa que no cumplan las especificaciones del PPT será excluida del proceso de licitación.

2.- Operatividad del Sistema, definida en el REQ. 1 del PPT.

Se valorará el contenido, estructura y detalle del Plan de Transición del Sistema, así como la minimización del tiempo de indisponibilidad del Sistema.

3 y 4.- Mejoras de las prestaciones técnicas definidas en el PPT del REQ. 8

Se valorará el mantenimiento mejorativo de los subsistemas optrónicos y de radar, valorando la mejora de los componentes de éstos subsistemas que como consecuencia del transcurso del tiempo van quedando obsoletos, bien porque el fabricante los descataloga bien porque ya no proporcionan un rendimiento operativo suficiente.

(...)

Por lo que se refiere al mantenimiento mejorativo de los Subsistemas Optrónicos y de los Subsistemas Radar, ambos están definidos en el REQ. 8 del PPT que señala: *“Corren a cargo del Contratista todas las reparaciones a efectuar sobre cualquiera de los elementos que forman parte del objeto de este Contrato, incluyendo la adquisición del material que sea necesario, así como la logística que lleven asociadas dichas reparaciones y la adquisición y copio de repuestos necesarios para cumplir los requisitos del pliego. Para casos concretos, en los que los elementos que forman el despliegue hayan cumplido su vida útil y hayan sufrido varias reparaciones, el contratista podrá proponer la actualización de los mismos, así como su integración en el despliegue, quedando a cargo de la OGS la aceptación o no de la propuesta. Se valorará el mantenimiento mejorativo de los subsistemas optrónicos y de radar, valorando la mejora de los componentes de éstos subsistemas que como consecuencia del transcurso del tiempo van quedando obsoletos, bien porque el fabricante los descataloga bien porque ya no proporcionan un rendimiento operativo suficiente. (...)*

Expuesto lo anterior, de acuerdo con la naturaleza del procedimiento negociado, el órgano de contratación negoció con los licitadores en los términos indicados en el Punto 12 del Cuadro de Características del PCAP a fin de fijar el contenido definitivo de sus ofertas y determinar cuál de ellas es la que resulta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos. A este fin, podrán ser objeto de negociación los elementos de la oferta indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y sobre la base de los términos en que quede fijado cada uno de ellos tras la negociación, se aplicarán los criterios de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Es por ello que debemos aclarar que los elementos que el recurrente indica como mejoras de los criterios de adjudicación no responden a esta naturaleza sino que son criterios para la negociación, tal y como claramente se indica en la Punto 12 del Cuadro de Características del PCAP.

En el caso que nos ocupa, se han facilitado los mismos datos y la oportunidad a todos los licitadores de mejorar sus ofertas, por lo que el órgano de contratación se ha ajustado en todo momento o a los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación en el desarrollo de la negociación.

No se aprecia por tanto vulneración de la sustancia del procedimiento, único aspecto evaluable por este Tribunal, ya que la negociación se ha producido en los términos delimitados en los pliegos, sobre los elementos que se declararon materia de negociación en el PCAP y los licitadores fueron tratados por igual sin que se aprecie discriminación alguna.

Finalmente las alegaciones realizadas por la recurrente en su escrito de alegaciones complementarias han de ser igualmente rechazadas por este Tribunal.

En concreto, por lo que se refiere a manifestación de la recurrente relativa a que la oferta de la adjudicataria contiene reservas y condiciones en cuanto a las prestaciones mejorativas propuestas, no podemos sino compartir lo manifestado por el órgano de contratación cuando afirma que: *“(...) la oferta presentada por ATOS cumple con los extremos exigidos en el procedimiento, ya que los mantenimientos que cita la empresa recurrente: Mantenimiento mejorativo de los sistemas optrónicos, mantenimiento mejorativo de los sistemas, no quedan sometidas a la voluntad de la empresa, sino que, una vez que han sido admitidas y valoradas como tales mejoras, su ejecución pasa a ser obligatoria. Así mismo, manifestar, que las mejoras indefinidas o no requeridas formuladas por las empresas no han sido valoradas.”*

De otro lado, también afirma la recurrente que *“gran parte de las prestaciones mejorativas ofertadas se basan en la incorporación de nuevas funcionalidades software sobre una aplicación- propiedad de ATOS- denominada Vigia. Esta aplicación no es parte de la configuración actual de los despliegues objeto del contrato y mucho menos debe*

considerarse como un elemento que forma parte de los sensores Optrónicos o Radar ya que es una aplicación externa que interactúa con los mismos. Tal y como indicamos en el recurso especial, el desarrollo e implementación de una funcionalidad del software va más allá de los requisitos definidos en los pliegos y de las características propias de un contrato de mantenimiento de equipos y, en todo caso, responden a un contrato de suministro de software.(..)"

Pues bien, recordamos que dentro de los elementos objeto de negociación se encuentra el mantenimiento mejorativo de los Subsistemas de acuerdo con el REQ 8 del PPT, valorando la mejora de los componentes de éstos subsistemas que como consecuencia del transcurso del tiempo van quedando obsoletos, bien porque el fabricante los descataloga bien porque ya no proporcionan un rendimiento operativo suficiente; es por ello que las actualizaciones del software son necesarias y sustituyen a la parte del software que puede quedar obsoleta o descatalogada, por lo que no puede considerarse una prestación ajena al contrato de servicios.

Por último, afirma la recurrente que el certificado aportado por la adjudicataria para acreditar el conocimiento de 37 técnicos en sistemas Optrónicos FLIR no cumple con lo especificado en el REQ 6, al entender que el certificado no acredita contar con unos conocimientos y experiencia tan concretos como los que se indican en el PPT y porque la empresa que certifica no es el fabricante de los equipos sino un representante comercial del mismo.

Sin embargo, este Tribunal considera que asiste la razón al órgano de contratación cuando manifiesta que en el pliego se solicita sólo la acreditación de técnicos por fabricantes de sistemas optrónicos, no exclusivamente de las cámaras FLIR.

En efecto, el REQ 6 exige: *"Al menos un técnico de Mantenimiento deberá estar acreditado por los fabricantes de radares y sensores optrónicos para el diagnóstico de una avería a nivel LRU y SRU, para efectuar los recambios de LRUs, para acceder y manipular partes del sistema a un nivel SRU, y para efectuar reparaciones mediante el recambio SRUs. (...)"*

Por todo lo anterior, procede la desestimación íntegra del recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Desestimar el recurso interpuesto por D. G.V.M. y D. E.H.G., en nombre representación de INDRA Sistemas, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de *“Servicio de Mantenimiento de los despliegues fijos del SIVE que se mencionan a continuación: Despliegues fijos de Huelva, Cádiz, Algeciras y Almería”*, Expediente nº T/0115/P/15/2 convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos de la Guardia Civil

Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

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 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.