



Recurso nº 874/2019 C.A. Principado de Asturias 61/2019

Resolución nº 1109/2019

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

En Madrid, a 07 de octubre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.P.G. en representación de ASAC COMUNICACIONES, S.L. contra la adjudicación para la *“Contratación de los servicios de administración de sistemas en modo de hosting del Ayuntamiento de Carreño”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 1 de marzo de 2019 se firma informe de necesidad suscrito por el Departamento de Informática se propuso la incoación de expediente para la contratación de los servicios de administración de sistemas en modo de hosting del Ayuntamiento de Carreño. En esa misma fecha se dicta Resolución de Alcaldía incoando el procedimiento de contratación de dicho servicio con las siguientes características: por procedimiento abierto, sujeto a regularización armonizada (SARA), en aplicación del artículo 156.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y con una duración de LOTE 1: 15 Días LOTE 2: CUATRO Años, valor estimado 275.000 euros y un presupuesto base de licitación asciende a trescientos veinticinco mil cuatrocientos noventa euros (325.490,00 €), con el siguiente desglose: doscientos sesenta y nueve mil euros (269.000,00 €) y cincuenta y seis mil cuatrocientos noventa euros (56.490,00 €) de IVA, para los LOTE 1: 15 Días LOTE 2: CUATRO Años que dura el contrato.

Segundo. En fecha 22 de abril de 2019 se publica en la Plataforma de Contratos del Sector Público el anuncio relativo al contrato, con el consiguiente desglose de lotes señalando de manera expresa que el LOTE número 1 como Inversión y que se refiere a un contrato de Paquetes de software de gestión de sistemas y el LOTE número 2 prestación de servicios,



Servicios de gestión de instalaciones informática. Dicho anuncio se publicó también en el DOUE el 19 de abril de 2019.

Tercero. En fecha 13 de mayo de 2019 se remite correo electrónico por un licitador, a la postre adjudicatario, solicitando aclaración sobre si el certificado ENS era necesario para concurrir solo al Lote número 2 o bien se exigía para ambos Lotes. Consta correo remitido desde el Ayuntamiento de Carreño en el que se señala que solo para el Lote 2. Dichos correos no obran en el expediente sino que son aportados en las alegaciones presentadas al presente recurso por la empresa adjudicataria del Lote número 1, DISPAL ASTUR S.A.

Cuarto. En fecha 21 de mayo de 2019 se reúne en primera sesión la mesa de contratación y requiere de subsanación de cierta documentación a las empresas concurrentes. En fecha 29 de mayo la Mesa tiene por subsanada cierta documentación, excluye a los licitadores que no subsanaron y procede a señalar como licitadores admitidos los siguientes:

CIF B33490426 ASAC COMUNICACIONES, SL: LOTES 1 y 2

CIF: A33204306 DISPAL ASTUR, S.A.: LOTE 1

CIF: B74368127 EMPATIZA CONSULTING S.L.: LOTE 2

CIF: B74161399 LLOOL TECHNOLOGY, S.L.: LOTE 2

Ordenando asimismo la apertura del sobre número 2 de los licitadores que concurren al lote número 2 referido a criterios sujetos a juicio de valor y ordenando asimismo su entrega a los técnicos competentes para su valoración.

Quinto. En fecha 5 de junio de 2019 se reúne nuevamente la mesa, comprobando respecto del Lote 2 que una de las empresas no resulta acreditada en la web de referencia con la certificación ENS decidiendo la mesa excluirla al no contar con la certificación en Esquema Nacional de Seguridad, ya que según apartado 2.4. del PPT es de obligado cumplimiento para los licitadores que estén certificados en Esquema Nacional de Seguridad con un nivel de certificación MEDIO. Dicho apartado del Pliego señala expresamente lo siguiente:



En consideración con la Resolución de 13 de Octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS, siendo para el licitador de obligado cumplimiento, el adjudicatario deberá, obligatoriamente, aportar la correspondiente Certificación de conformidad con el Real Decreto 3/2010, emitida por una entidad de certificación independiente homologada por la ENAC.

El nivel de certificación exigido por el Ayuntamiento es MEDIO.

El adjudicatario asume, por tanto, su obligación de cumplir plenamente con el ENS y con la necesidad de que sus prestadores y proveedores dispongan de la correspondiente conformidad con el Real Decreto 3/2010.

Es obligación de cualquier proveedor que resulte adjudicatario, el mantenimiento de la correspondiente conformidad durante todo el periodo de vigencia del contrato y, en su caso, someterse a las correspondientes auditorías que podrán ser requeridas por el licitador.

No consta en el PPT que se haga referencia a que dicha exigencia sólo debe predicarse de uno o de ambos lotes.

En dicha sesión la Mesa recibe el informe técnico de valoración del sobre número dos refiero al lote 2 y procede a la apertura de los sobres de criterios no sometidos a juicio de valor o valorables automáticamente, tanto del lote 1 (el único en este caso) como del Lote 2.

En dicha sesión la mesa procede a la puntuación automática y a ordenar las propuestas admitidas en orden decreciente, formulando ya la propuesta de adjudicación en los términos que siguen:

+ LOTE 1 - Inversión

Orden: 1 CIF: A33204306 DISPAL ASTUR, S.A. Propuesto para la adjudicación

Total criterios CJV:

Total criterios CAF: 100.0



Total puntuación: 100.0

Orden: 2 CIF: B33490426 ASAC COMUNICACIONES, SL

Total criterios CJV:

Total criterios CAF: 93.11

Total puntuación: 93.11

+ LOTE 2 - Prestación de servicios

Orden: 1 CIF: B74368127 EMPATIZA CONSULTING S.L. Propuesto para la
adjudicación

Total criterios CJV: 45.0

Total criterios CAF: 49.27

Total puntuación: 94.27

Orden: 2 CIF: B33490426 ASAC COMUNICACIONES, SL

Total criterios CJV: 33.0

Total criterios CAF: 55.0

Total puntuación: 88.0

Sexto. En fecha 7 de junio de 2019 la empresa ASAC solicita acceso al expediente de contratación que nos ocupa. Solicita textualmente: Actas e Informes de la Mesa de Contratación, al Informe para la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor y al Proyecto presentado por la propuesta como adjudicataria, la Mercantil “EMPATIZA CONSULTING, S.L.”.



En la misma fecha la empresa ASAC, ahora recurrente, solicita la exclusión de la licitación de la empresa adjudicataria del Lote 1 por entender que no cumple con el requisito de la certificación de ENS que, a su juicio, es predicable y exigible tanto de las empresas que licitan al Lote 1 como al Lote 2 por no haberlo especificado de otra manera los pliegos.

Séptimo. En fecha 10 de junio de 2019 se dicta resolución de Alcaldía, haciendo suya la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación y procediendo a solicitar a las empresas clasificadas en primer lugar la documentación exigida en el pliego para la adjudicación.

Octavo. En fecha 24 de junio de 2019 se emite informe por parte de los servicios municipales acerca del escrito presentado por ASAC. En dicho informe se concluye la posibilidad que asiste al licitador de visionar el expediente conforme solicitado si bien se restringe la obtención de copias del mismo.

Asimismo, se da respuesta a la otra cuestión planteada, entendiendo que solo es exigible a los licitadores del lote 2 el nivel de acreditación de cumplimiento del ENS.

“Los pliegos que rigen la presente licitación distinguen dos lotes, lote 1 referido a la inversión en el suministro de una serie de licencias comerciales y lote 2 relativo a la prestación de servicios integrales de hosting requeridos por el Ayuntamiento de Carreño. En dichos pliegos se exigen unas condiciones objetivas diferentes y proporcionales al objeto del lote que integra el contrato global. De ahí que la obligación de tener implantado el Esquema Nacional de Seguridad se extiende únicamente al lote 2, si bien esta exigencia se extiende a los proveedores de servicios en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato, que se relacionen con las Administraciones Públicas y que sean prestatarias de un servicio por el cual acceden a los datos de nuestra entidad. Estas cuestiones han sido acreditadas en el Informe de valoración de las propuestas de evaluación previa (criterio subjetivo), publicado en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Carreño ubicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público”

Noveno. En fecha 10 de julio de 2019 se resuelve por la Alcaldía la adjudicación del contrato en los términos que fueron propuestos al haber presentado las empresas la documentación requerida.



Décimo. En fecha 11 de julio se presenta ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación solicitando anular la adjudicación, el acceso al expediente y la adopción de medida cautelar de suspensión de la licitación.

Undécimo. En fecha 12 de julio de 2019 el recurrente reitera ante el Ayuntamiento el acceso al expediente.

Duodécimo. En fecha 18 de julio de 2019 el Ayuntamiento resuelve otorgar el acceso al expediente solicitado así como a la oferta técnica de la empresa adjudicataria del Lote número 2, acceso que tendrá lugar el 19 de julio, reiterando dicha empresa que la oferta técnica debe ser confidencial en escrito presentado ante el Ayuntamiento el 17 de julio de 2019.

Décimotercero. El 19 de julio emite el Ayuntamiento informe sobre las posibles garantías en caso de suspensión del procedimiento ante el TACRC, suspendiéndose el procedimiento de licitación el 2 de agosto de 2019.

Décimocuarto. Con fecha 14 de agosto de 2019 se dio traslado del recurso los restantes interesados a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, habiendo evacuado el trámite DISPAL ASTUR S.A. así como EMPATIZA CONSULTING S.L.

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 46 de la LCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la del Principado de Asturias suscrito el 3 de octubre de 2013 y publicado en el BOE el 28 de octubre de 2013

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP:

b) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.



El acto recurrido es la adjudicación, recurrible conforme el artículo 44.2.c).

Tercero. En cuanto a la legitimación, debe reconocérsele legitimación al recurrente toda vez que recurre la adjudicación y según la clasificación de la propuesta de adjudicación está situado en segundo lugar por lo que sus derechos e intereses legítimos podrían verse afectados en caso de una eventual estimación del recurso.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir artículo 50 del LCSP.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se articula el recurso en dos bloques diferenciados, el primero relativo al Lote número 1 y el segundo relativo al Lote número 2. En cuanto al primero de ellos solicita la empresa recurrente excluir a una de las empresas (la adjudicataria) puesto que entiende que no cumple con las exigencias del PCAP y PPT y que por ello no podía resultar adjudicataria.

El requisito en cuestión es de carácter técnico, el cumplimiento del llamado Esquema Nacional de Seguridad (en adelante ENS) aportando una certificación al respecto, cuya acreditación en cualquier caso puede comprobarse a través de su consulta en una web donde todos los acreditados se encuentran incluidos. No discute el adjudicatario su carencia de tal certificado, que por lo tanto asume, sino que más bien entiende (como hace el órgano de contratación) que dicha característica no es predicable de los licitadores que concurren al Lote 1 sino solo a los que concurren al Lote 2 y por ello no le es exigible. Entiende que se trata el Lote 1 de una mera provisión de software para el que no se hace exigible ese protocolo especial y, presenta además en sus alegaciones, un correo electrónico con el órgano de contratación en el que se le aclara que no es necesario tal certificado para concurrir al lote 1; correo electrónico de fecha anterior a su presentación.

El órgano de contratación por su parte, alega que el Lote número 1 no se está solicitando que se provea de ninguna solución ni se trata de prestación de servicio sino de meras licencias de software para que puedan ser empleadas por el ganador del lote 2.

En el pliego, se señala en el ANEXO del PCAP lo siguiente:



Este contrato se divide en dos lotes, donde el lote 1, será la adquisición de software comercial, es decir, no desarrollado para el Ayuntamiento de Carreño, y un lote 2, que será una serie de servicios para la externalización del CPD, es imprescindible la adjudicación del lote 1, para poder ejecutarse el lote 2.

Añade después:

24.- Obligaciones esenciales del contrato: (Aptdo. 5.2. PCAP)

** Criterios de adjudicación de las ofertas (artículo 122.3 LCSP)*

** Condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 202 LCSP)*

** Cumplimiento del régimen de pagos a los subcontratistas o suministradores*

(artículo 217.1 LCSP)

** Otras:*

Señalando el punto 5.2 del Pliego:

5.2 Condiciones especiales de ejecución del contrato

El órgano de contratación podrá establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas a su objeto, en el sentido del artículo 145 LCSP, no sean directa o indirectamente discriminatorias y sean compatibles con el derecho comunitario.

Las condiciones especiales de ejecución para este contrato se indican en el apartado 23 del Anexo I. Para el caso de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, deberán establecerse penalidades en el apartado 33 del Anexo I o atribuirles a estas condiciones el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 LCSP.

Entre esas “otras” se recoge:



“ESQUEMA NACIONAL DE SEGURIDAD (ENS)”

En consideración con la Resolución de 13 de Octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el ENS, siendo para el licitador de obligado cumplimiento, el adjudicatario deberá, obligatoriamente, aportar la correspondiente Certificación de conformidad con el Real Decreto 3/2010, emitida por una entidad de certificación independiente homologada por la ENAC.

El nivel de certificación exigido por el Ayuntamiento es MEDIO.

El adjudicatario asume, por tanto, su obligación de cumplir plenamente con el ENS y con la necesidad de que sus prestadores y proveedores dispongan de la correspondiente conformidad con el Real Decreto 3/2010.

Es obligación de cualquier proveedor que resulte adjudicatario, el mantenimiento de la correspondiente conformidad durante todo el periodo de vigencia del contrato y, en su caso, someterse a las correspondientes auditorías que podrán ser requeridas por el licitador.”

Es cierto que no se hace distinción entre Lotes como sí se hace respecto de otros extremos, pero no es menos cierto que por el hecho de que el pliego lo señale no puede concluirse que se exija ese ENS a las empresas que simplemente venden licencias de software ya que la legislación vigente no les exige tal acreditación para la comercialización de dichos productos. A ello debe añadirse que no es una contravención del sentido o tenor del pliego, y que además se está protegiendo la concurrencia llegando a esta solución, ya que permite a otra empresa más permanecer en la licitación para un lote y un expediente en definitiva en el que no se presentaron demasiadas ofertas. Además, llegar a esta solución resulta conforme a la interpretación realizada por el órgano de contratación en el correo electrónico remitido y que se aportó con las alegaciones de los licitadores en esta sede de recurso especial, por lo que en definitiva estamos aceptando la tesis del órgano que es quien debe realizar la interpretación de los contratos como prerrogativa reconocida en la LCSP.

No debe tampoco perderse de vista que esta parte del pliego se refiere a cuestiones relativas a la ejecución de los contratos, y que la remisión al artículo 211 de la LCSP se refiere a las



causas de resolución de los contratos, que lógicamente exige la existencia de una adjudicación y un contrato previo, sin que podamos compartir la afirmación del recurrente que debe operar como causas de exclusión de los licitadores cuando no existe todavía contrato como tal, ni éste ha empezado a ejecutarse, para que pueda hablarse de resolución contractual. Podemos traer en este punto a colación al Resolución 905/2019 de este Tribunal de fecha 1 de agosto de 2019 que recoge:

En efecto, en relación con el concepto de condiciones específicas de ejecución, que también cuestiona la recurrente, se trata de puntos que bien podrían ser exigidos como criterio de solvencia, si bien, para minorar los costes que generaría la simple concurrencia al procedimiento, con el inherente riesgo a no ser adjudicatario, aspectos como la cualificación del personal, las condiciones de prestación del servicio, así como la póliza de responsabilidad civil, se exigen únicamente al quien resulta adjudicatario, pues es quien debe reunir estos requisitos durante el tiempo de prestación del servicio. Con ello, se descarga a los licitadores de gastos que, de no resultar adjudicatarios, implicarían un coste innecesario a sus arcas. Es precisamente esta la diferencia entre la solvencia y las condiciones específicas de ejecución: las primeras, si no se reúnen, no tiene sentido concurrir al procedimiento, pues nunca podrá ser adjudicatario, al no reunir la empresa unas cualidades concretas; las segundas, deben cumplirse al tiempo de resultar adjudicatario; aquellas empresas que cumplen los requisitos de solvencia, si resultan adjudicatarias, deberán cumplir estas condiciones especiales de ejecución, que no cumpliéndolas al tiempo de concurrir a la licitación, deben demostrar que las cumplen al tiempo de iniciar la ejecución del contrato (en el presente caso, al tiempo de la formalización).

Por ahondar más en el tema, el Real Decreto Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica ya señala expresamente en su exposición de motivos que “la finalidad del Esquema Nacional de Seguridad es la creación de las condiciones necesarias de confianza en el uso de los medios electrónicos, a través de medidas para garantizar la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones, y los servicios electrónicos, que permita a los ciudadanos y a las Administraciones públicas, el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes a través de estos medios.” Así como “Este real decreto se limita a establecer los principios básicos y



requisitos mínimos que, de acuerdo con el interés general, naturaleza y complejidad de la materia regulada, permiten una protección adecuada de la información y los servicios, lo que exige incluir el alcance y procedimiento para gestionar la seguridad electrónica de los sistemas que tratan información de las Administraciones públicas” De su articulado debe colegirse que no resulta de aplicación a las meras licencias de software, como por ejemplo el entorno Office al que se refiere este contrato, ya que las mismas, en abstracto no son susceptibles de aplicar estos sistemas de seguridad a que se hacen referencia. Cuestión distinta será su integración en los sistemas del ayuntamiento, Lote 2, respecto de lo que sí cabe predicarse las exigencias de seguridad del mencionado Real Decreto.

Por lo expuesto debe desestimarse el motivo y conformarse en este extremo la adjudicación.

Sexto. A continuación, analizaremos los motivos de impugnación de la adjudicación del lote número 2. En líneas generales y para una mayor claridad expositiva, podemos señalar que se analizará el recurso en relación a los motivos siguientes: i) el pretendido acceso al expediente por parte del recurrente ii) el establecimiento de subcriterios para otorgar puntuación de los criterios sometidos a juicio de valor iii) análisis detallado de la puntuación otorgada en criterios sujetos a juicio de valor, con especial mención en este punto de una posible inclusión en el sobre número 2 de cuestiones que debían haber sido incorporadas en el sobre número 3.

Comenzando por el acceso al expediente y dando respuesta tanto al motivo impugnatorio como a la petición formulada en este trámite de recurso, el órgano de contratación acepta el acceso al expediente de contratación, pero rechaza el acceso de la recurrente a la oferta técnica de la empresa EMPATIZA (adjudicatarios del sobre número 2) puesto que asume las alegaciones de confidencialidad de dicha mercantil que pueden resumirse como sigue:

a) El contenido de la oferta técnica comporta una ventaja competitiva para la empresa.

b) El contenido de la oferta técnica comprende información reservada, es decir, desconocida por terceros. EMPATIZA desarrolla sus ofertas a partir de una metodología propia en la que se incluye información reservada sobre qué servicios se desarrollan, cómo se desarrollan, quién los desarrolla, con qué tecnologías los desarrolla, etc.



c) El contenido de la oferta técnica representa un valor estratégico para la empresa y puede afectar a su competencia en el mercado, pues se trata de secretos comerciales y técnicos derivados del know how y conocimiento de EMPATIZA que no son de dominio público y resultan necesarios para la prestación de servicios

Hemos de destacar en primer lugar que el recurrente sin duda ha podido articular recurso fundado y además, en esta segunda parte relativa al Lote número 2 ha ido desgranado casi una por una la oferta y puntuaciones que fueron obtenidas por la empresa adjudicataria, cuestionando como veremos en el siguiente punto, las puntuaciones que fueron obtenidas y comparando su oferta con la del adjudicatario. Por lo tanto, se antoja suficiente el acceso que ha tenido el recurrente, sin que quepa en esta sede ampliar los términos del mismo puesto que en ningún caso se le ha generado indefensión

Asimismo, hemos de recordar en este punto que la empresa ha señalado expresamente en su oferta:

“La información y datos contenidos en todas las páginas de esta propuesta elaborada por Empatiza Consulting S.L. constituyen secretos comerciales de Empatiza, o información confidencial y privilegiada de Empatiza de naturaleza comercial o financiera. La citada información se facilita al cliente bajo las más estrictas obligaciones de confidencialidad, en el bien entendido de que este no revelará la misma a ningún tercero ni la usará para propósito distinto al de la evaluación de la oferta”.

Cabe destacar también como en el expediente administrativo obra como documento número 57 la justificación de la confidencialidad de la oferta, en la que se señala que puede ser publicada lo relativo al resto de su oferta, tanto sobre uno como sobre tres.

Así, siguiendo lo dispuesto en el artículo 56.5:

“5. El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre



en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento”.

Y en el artículo 133:

“Artículo 133. Confidencialidad.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter



en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo.

Por todas, recordamos la doctrina de este Tribunal sobre el acceso al expediente y el derecho a la confidencialidad la Resolución 855/2019 de 18 de julio de 2019:

“Séptimo. En este sentido, según ha declarado este Tribunal reiteradamente, ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad. Así, en la Resolución nº 117/2018, de 9 de febrero, con cita de la anterior nº 506/2014, este Tribunal señala lo siguiente: “El Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance de la declaración de confidencialidad de las ofertas realizada por los licitadores al amparo del artículo 140 TRLCSP. De entre las resoluciones en que se recoge tal doctrina -que coincide básicamente con la que citan el recurrente y el órgano de contratación- la Resolución nº 288/2014, de 4 de abril, sintetiza la doctrina del siguiente modo:

b) Respecto a la falta de acceso de la recurrente a la oferta técnica de la adjudicataria, con base en el principio de confidencialidad. Al principio de confidencialidad se refiere el art. 140.1 del TRLCSP al disponer que ‘sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores y órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas’. Por su parte, el artículo 153 del TRLCSP prevé la posibilidad de que el órgano de contratación no comunique determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, ser contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. Este artículo hace referencia a la ‘divulgación de la



información'; dentro de este concepto genérico ha de entenderse incluido el acceso a los documentos que contienen la información referida, cuyo acceso se verá limitado en igual medida. El Tribunal viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012, antes citadas). A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil. En la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que 'puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado'. En el caso que nos ocupa, todos los licitadores, como reconoce la Diligencia de continua referencia, habían declarado partes de la oferta como confidenciales, y no toda la oferta. Pues bien, obra en el expediente de contratación informe relativo a la concesión de acceso al expediente con fecha 25 de mayo de 2019 en la que se hace constar que se personaron en el Ayuntamiento dos personas en representación de URBASER a las que se concedió acceso a la totalidad del expediente salvo a determinados aspectos de la oferta de la adjudicataria que se habían declarado



confidenciales, ante lo cual manifestaron que no aceptaban esta limitación, por lo que se fueron sin querer examinar el expediente. Este hecho demuestra que nunca se le denegó a la recurrente el acceso al expediente sino que ésta se negó a examinarlo al no aceptar la limitación establecida por el órgano de contratación en relación a los aspectos confidenciales de la oferta, actitud inaceptable cuando la propia recurrente había previamente declarado confidenciales muchos aspectos de su oferta relacionados en los tomos 1 a 7 incluidos por considerar que “contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de nuestras empresas”, lo que demuestra un comportamiento contradictorio que, unido a la posibilidad de conocimiento de todas las resoluciones e informes internos del expediente publicados en la Plataforma de contratación, nos lleva a la desestimación de recurso interpuesto al entender que no se han vulnerado por el órgano de contratación los derechos de información y examen del expediente de recurrente.”

Una debida ponderación de intereses hace que debamos concluir que el recurrente ha podido disfrutar del derecho de protección jurídica y articular debidamente su recurso, por lo que, debe rechazarse el motivo.

Séptimo. A continuación, alega el recurrente que no se han respetado los criterios establecidos en los pliegos para la puntuación sometida a juicio de valor.

Así, se señalan en los pliegos como sigue PCAP:

17.- Criterios de adjudicación:

Varios criterios

18.-Criterios subjetivos sujetos a evaluación previa: (Aptdo. 3.3.11 PCAP)

LOTE 1

No proceden

LOTE 2

1. Criterios Subjetivos: 45 puntos



Todos y cada uno de los criterios subjetivos descritos a continuación deberán estar perfectamente explicados y justificados. Cualquier descripción que no acompañe la explicación correspondiente no será tomada en cuenta y, por tanto, no valorada

- 1. Servicio de soporte (hasta 9 puntos)*
- 2. Migración a CPD (hasta 9 puntos)*
- 3. Migración de correo (hasta 9 puntos)*
- 4. Implantación de virtualización de puestos (hasta 9 puntos)*
- 5. Solución de Backup y continuidad de negocio (hasta 9 puntos)*

Pues bien, en el Informe de valoración de 30 de mayo de de 2019 que hace suyo la Mesa se recoge como sigue el desglose:

Puntuación

Cada uno de los aspectos que conforman el criterio se puntúa de 0 a 9 puntos:

Se consigue optimizar el aspecto 9 Puntos

El aspecto es bien tratado 6 Puntos

El aspecto se trata de forma suficiente 3 Puntos

El aspecto se trata, aunque no alcanza los aspectos mínimos necesarios para ser considerado suficiente y no permite hacer una idea del tratamiento del aspecto 1 Puntos

No se trata o el tratamiento es completamente erróneo 0 Puntos

Hemos de traer a colación la doctrina reiterada de este Tribunal sobre la concreción de los criterios de valoración en los pliegos y la posibilidad de incluir subcriterios en los mismos. Así, por todas citamos en este punto la Resolución 923/2016 de fecha 11 de noviembre de 2016 que señala:



“Centrada así la cuestión hay que determinar si en la valoración de las ofertas, el órgano de contratación se ha apartado de los criterios del pliego.

El Tribunal ha tenido la posibilidad de pronunciarse en muchos de los recursos de los que conoce sobre la cuestión suscitada por la recurrente, dando lugar a una doctrina administrativa acerca de la determinación de los criterios de adjudicación de los contratos.

En la Resolución nº 583/2016, de 15 de julio, citando la nº 967/2015 se indica “(...) A este respecto, debemos recordar la doctrina de este Tribunal de que (...) los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.

Así, en la Resolución 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores (...).”

Por su parte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE C-331/04, de 24 de noviembre de 2005. Asunto Viaggi di Maio) ha declarado que “el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones, siempre que tal decisión:



- *no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación;*
- *no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- *no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”.*

A la vista del informe que se aporta es indudable que la distribución de los puntos se acomoda plenamente a las exigencias comunitarias para tal determinación. En efecto, se limita el informe técnico a establecer un parámetro de orden ascendente que en ningún caso modifica los criterios de adjudicación, sino que simplemente distribuye y explica la ponderación prevista en el pliego. Hemos de concluir que no hay tampoco elementos en dicha distribución que pudieran haber interferido en la preparación de las ofertas, por lo que sin más debe ser rechazado este motivo de impugnación, conformando la actuación del órgano de contratación en este punto.

Octavo. Pasamos a analizar los últimos motivos del recurso. El recurrente analiza a continuación la valoración de la puntuación obtenida referente a los criterios sujetos a juicio de valor (sobre número 2) y señala que a su juicio incurrió el órgano de contratación en una evidente arbitrariedad. Para poder proceder a analizar la valoración técnica no hemos de perder de vista la doctrina reiterada de este Tribunal acerca de la posible revisión de las valoraciones técnicas, que puede resumirse en la imposibilidad de suplir con criterios jurídicos la discrecionalidad técnica de la Administración, y teniendo en cuenta que se trata siempre de una interpretación restrictiva de esta posibilidad de revisión.

Así por todas, citamos a continuación la Resolución nº 203/2017 de 17 de febrero de 2017:

“Así, este Tribunal, en Resolución 176/2011, de 29 de junio ya puso de manifiesto que «los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza

cuál será el resultado de la valoración. Básicamente, los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico. Este Tribunal viene considerando de plena aplicación a tales casos la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con 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 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 error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración».

Octavo. En definitiva, el control de la valoración técnica efectuada por el órgano de contratación debe limitarse a la inobservancia de los elementos reglados y al eventual error ostensible o manifiesto en la valoración. Así, teniendo un margen tan amplio de valoración, la potestad discrecional puede tornarse arbitraria y enturbiar la actuación del órgano de contratación. Por ello, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, por ejemplo, en Sentencia de 14 de julio de 2000, la discrecionalidad técnica «deja fuera de este limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto». En el presente supuesto, no se pretende por la recurrente una valoración alternativa, sino poder controlar los aspectos reglados de la discrecionalidad del órgano de contratación, elementos que han sido hurtados al no definirse claramente el elenco donde puede moverse la valoración de la memoria y plan de trabajo en el margen de 0 a 24 puntos.”

Lejos de señalar en qué aspecto de los elementos reglados de la potestad discrecional pretende la revisión, el recurrente más bien pretende que se realice una nueva valoración técnica, a su antojo y con una distribución de puntuación que le sea más favorable, sin, reiteramos, pretender un control de elementos reglados. La afirmación de que la valoración

realizada en el informe es arbitraria no puede merecer favorable acogida, ya que de su lectura hemos de concluir que resulta motivado, con cumplidas explicaciones de la puntuación que en cada caso otorga, y sin que pueda afirmarse que adolece de errores manifiestos. Por ello, esta debe ser la barrera de control para la revisión de este Tribunal, sin que podamos descender a realizar una nueva valoración en los términos que se le pretende al recurrente, porque eso sería tanto como suplir la actuación que la Ley de Contratos otorga como competencia del órgano de contratación.

Ahora bien, hemos de detenernos en uno de los motivos que señala el recurrente, porque, de apreciarse su concurrencia, sí tendría importantes consecuencias a la hora de la tarea revisora que tiene encomendada este Tribunal. Nos referimos a la valoración de la formación ofertada sobre formación Exchange online. El recurrente considera que las horas de formación como mejora era según el pliego un criterio de valoración automático y que, el hecho de reflejarse en el informe de valoración subjetiva implica que el adjudicatario ha incluido en su sobre 2 datos que solo debían contenerse en su sobre 3, con las importantes consecuencias de sobra conocidas para el caso de que esta vicisitud se produjese.

En el informe técnico se recoge como sigue:

Migración de correo.

Todas las ofertas presentadas ofrecen una solución de servicios Cloud de Microsoft, conforme a la exigida en el pliego de prescripciones técnicas, pero la empresa EMPATIZA CONSULTING S.L mejora la oferta ofreciendo la herramienta Azure Active Directory Connect, permitiendo la sincronización de usuarios entre el directorio activo local y la solución Exchange Online. Esta empresa también, propone una estrategia de migración sin pérdida de servicio, basada en la coexistencia del correo actual y la nueva solución. Añade también una formación Online (Formato video) a los usuarios finales (durante dos meses)

Asiste razón al recurrente de que la Mejora de Formación es un criterio referido al sobre 3, tal y como se prevé en los pliegos:

LOTE 2



2. Criterios Objetivos: 55 puntos

a. Precio (25 puntos)

Las puntuaciones se calcularán con arreglo a la siguiente formula.

$$Pi = \text{Puntos} \times (Om / Oi).$$

Donde Pi es la puntuación de la oferta i.

Om es la mejor oferta.

Oi es la oferta a valorar.

b. Mejora respuesta y resolución de incidencias críticas (10 puntos)

Si no se realiza mejora en las horas de resolución de incidencias críticas se valorará con 0 puntos, y por cada hora de mejora en la resolución se concederán 2 puntos, hasta un máximo de 10 puntos.

c. Mejora del horario de servicio de soporte (10 puntos)

Si no se realiza mejora en el horario de servicio de soporte se valorará con 0 puntos, y en caso de mejorar el horario a modalidad 24x7 se valorará con 10 puntos.

d. Mejora de formación (10 puntos)

Si no se realiza mejora en las horas de Formación se valorará con 0 puntos, y por cada dos horas de formación se concederá 1 punto hasta un máximo de 10 puntos

Pero, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, la adjudicataria no recoge en este sobre 2 y en la oferta técnica las horas de formación, ya que expresamente señala en dicha oferta técnica, como ha podido comprobarse a la vista del Expediente, lo siguiente:

8.9.2. Programación



La formación que se ha de impartir se realizará en las instalaciones que el Ayuntamiento indique.

La formación propuesta cumple con la duración requerida en el pliego de prescripciones técnicas (40 horas), no se indica posible mejora en las horas de formación por ser criterio de valoración objetiva.

Previo al inicio de la formación, se facilitará al personal del Ayuntamiento las materias a impartir, al menos en soporte informático.

Por lo tanto, debe también rechazarse en este punto el motivo de recurso.

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. M.A.P.G. en representación de ASAC COMUNICACIONES, S.L. contra la adjudicación para la “Contratación de los servicios de administración de sistemas en modo de hosting del Ayuntamiento de Carreño”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.

