



Recurso nº 1296/2018

Resolución nº 86/2019

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

En Madrid, a 1 de febrero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. A. P. G., en representación de ASAC COMUNICACIONES, S.L. (en adelante ASAC) contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) para contratar los servicios de *“alojamiento de aplicaciones en cloud, gestión de la seguridad y otros servicios de tecnologías de la información de la Agencia Española de Protección de Datos”* Expediente 77/2018, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano de contratación de la Agencia Española de Protección de Datos acordó el 25 de julio de 2018 el inicio del procedimiento de licitación del contrato del servicio de *“alojamiento de aplicaciones en cloud, gestión de la seguridad y otros servicios de tecnologías de la información de la Agencia Española de Protección de Datos”* Expediente 77/2018. El acuerdo se publicó el 2 de agosto de 2018 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 4 de agosto en el DOUE y el 18 de agosto en el BOE

Segundo. El procedimiento se rige por lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y se tramitó por procedimiento abierto.

Tercero. El 24 de septiembre de 2018 se reunió la mesa de contratación para la apertura del sobre nº1 correspondiente a la documentación administrativa, con el resultado que obra en el expediente. El 2 de octubre de 2018 se inicia el acto público de apertura de las ofertas que contienen los criterios evaluables mediante juicios de valor, que es remitido a los servicios técnicos para su valoración.

Cuarto. El de 22 de octubre de 2018 se reúne la mesa para la valoración del informe emitido por los servicios técnicos. La mesa aprueba el informe presentado, procediendo a continuación a la apertura de los sobres que contienen la oferta relativa a los criterios de valoración automática. En la misma fecha se procede a la valoración de los mismos y, de acuerdo con dicha valoración, se considera que la oferta con mejor relación calidad-precio es la presentada por TELEFONICA SOLUCIONES DE INFORMATICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA), proponiendo al órgano de contratación su adjudicación.

Quinto. Tras la calificación de la documentación requerida legalmente, la propuesta es confirmada por el órgano de contratación, por acuerdo de 16 de noviembre de 2018, que es notificado a los licitadores el 19 del mismo mes y año.

Sexto. El 6 de diciembre ASAC formuló recurso contra dicho acuerdo. Recibido en este Tribunal el expediente completo, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras el 17 de diciembre de 2018, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas evacuara el trámite.

Séptimo. El procedimiento se hallaba suspendido desde la interposición del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 LCSP, habiéndose acordado el mantenimiento de la suspensión por acuerdo de este Tribunal de 14 de diciembre de 2018, y posteriormente el día 3 de enero de 2019 se revocó la concesión de la medida provisional consistente en el mantenimiento de la suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia del Tribunal.

El recurso se formula ante este Tribunal en un procedimiento para el que es competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 LCSP.

Segundo. Acto recurrible y adecuación del procedimiento.

El recurso se formula además frente a un acto dictado en un procedimiento de licitación susceptible de este recurso especial y contra un acto recurrible, pues se interpone frente al

acuerdo de adjudicación y exclusión (art. 44.2 c) LCSP) y en relación con un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 de euros (art. 44.1 a) LCSP).

Tercero. Plazo de interposición del recurso y legitimación del recurrente.

El recurso ha sido interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, dado que fue el licitador que quedó en segundo lugar y la eventual estimación del recurso podría dar lugar a la adjudicación en su favor.

Cuarto. Alegaciones de la recurrente e informe del órgano de contratación.

Las alegaciones de la recurrente se refieren a la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas y en particular al criterio relativo a las mejoras que fue calificado con 0 puntos por la mesa de contratación, al no haber aportado el plan de trabajo. En resumen, la recurrente considera que la aportación del plan de trabajo no era exigible con la oferta, pues en ningún momento se especifica así en el PCAP y además resulta una documentación improcedente cuando se trata de la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas, pues implicaría la necesidad de realizar un juicio técnico o de valor que no resulta admisible en dicha fase procedimental.

Por el contrario, el órgano de contratación considera que la exigencia de aportación del plan de trabajo estaba claramente especificada en el PPT, al que se remitía expresamente el PCAP y en ningún caso se pretende hacer una valoración técnica del plan de trabajo, sino únicamente la constatación objetiva de que se ha realizado una planificación acorde con las exigencias del PPT.

Quinto. Análisis de los pliegos.

La cuestión a dilucidar se reconduce, en el presente caso, a la correcta interpretación de los pliegos y en particular a determinar si de los mismos se desprende la necesidad de que se aportara en el sobre correspondiente a la oferta valorable mediante fórmulas el plan de trabajo al que se referían las cláusulas 4.8 y 4.9. del PPT.

Para realizar dicho análisis, conviene recordar inicialmente que los criterios evaluables mediante fórmulas requieren para su aplicación de la simple constatación de los términos de la oferta, sin que sea posible en dicha fase procedimental entrar a valorar cuestiones técnicas o subjetivas, pues en tal caso se estaría conculcando el orden procedimental establecido en el artículo 146 LCSP. Ello no significa, sin embargo, que en los pliegos no

pueda establecerse la obligación de que se aporte con la oferta determinados documentos que permitan constatar los datos ofrecidos por el interesado, pero dicha constatación debe poder hacerse de forma objetiva y debe constar claramente en el pliego.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe ahora acudir a lo dispuesto en la cláusula 9 del PCAP, relativa a la presentación de las ofertas en archivos. En dicha cláusula se señala:

“El Archivo A contendrá la “documentación administrativa”; el Archivo B, en el caso de que figuren en el Anexo II [Anexo I, tras la aclaración], la documentación de la proposición evaluable mediante los “criterios evaluables mediante juicio de valor”; y el Archivo C aquella documentación de la proposición evaluable mediante los “criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas” según el Anexo II de este Pliego [Anexo I, tras la aclaración].”

A continuación, en el pliego se describe la documentación correspondiente a cada apartado, señalando en relación con el Archivo C:

“Archivo C. “Criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas”.

Incluirá la documentación que deba valorarse mediante la aplicación de los “Criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”, de conformidad con lo establecido en el Anexo II [Anexo I, tras la aclaración] del presente Pliego incluyendo, en todo caso, la oferta económica.

Deberá presentarse cumplimentando el modelo que se recoge como Anexo III a este Pliego”.

El Anexo III, que contiene el modelo “Criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas” no establece la necesidad de incluir ninguna documentación aneja.

No obstante, en el cuadro de características el apartado 12, vuelve a remitir a su vez a un Anexo II (en realidad es la continuación del Anexo I), en el que se contienen los criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas. En concreto, el que es objeto de este análisis, se describe de la siguiente forma:

“2.3.Mejoras propuestas: 6

2.3.1. Consultoría de continuidad del negocio: 4

2.3.2. Consultoría para la migración del CPD inhouse a Cloud: 2”

Finalmente, en la página 17 del cuadro de características se desarrolla la forma de valoración de este criterio que es, en todo caso, objetivo:

“2.2.3 Mejora: Consultoría de Continuidad del Negocio

Se valorará que el licitador oferte un servicio de consultoría para la definición de un Plan de Continuidad del Negocio de la AEPD, conforme a la definición realizada en el PPT de este contrato.

Criterio de valoración: Sí/No

2.2.4. Mejora: Consultoría para la Migración del CPD inHouse a Cloud

Se valorará que el licitador oferte un servicio de consultoría para analizar la infraestructura de sistemas de información del CPD interno de la AEPD y planificar, con una cuantificación económica de mercado, su migración a la SPSA objeto de licitación bajo un modelo de prestación en modo Cloud, conforme a la definición realizada en el PPT de este contrato.

Criterio de valoración: Sí/No”

De modo que se efectúa desde el PCAP una remisión expresa al PPT cuyas cláusulas 4.8 y 4.9 establecen con claridad las condiciones en que se valorará el criterio de adjudicación:

Así, en la cláusula 4.8 del PPT se señala:

“Conforme a lo indicado en el PCAP, se valorará que el licitador oferte un servicio de consultoría para asesorar a la AEPD en la definición de su Plan de Continuidad del Negocio.

Los componentes básicos de este servicio adicional serán los siguientes:

*a) Un **Análisis de Impacto del Negocio (BIA)**, entendido como un ejercicio de recopilación de información diseñado para identificar metódicamente:*

- Procesos o funciones llevadas a cabo por la AEPD.*
- Recursos necesarios para dar apoyo a estos procesos.*
- Interdependencias entre procesos y/o unidades organizativas.*
- Impacto de dejar de realizar el proceso y criticidad del proceso.*
- Tiempos objetivo de recuperación de la información (**RTO y RPO**).*

b) Un **Plan de Continuidad de Negocio (BCP)** mediante el cual se garantice el mantenimiento y recuperación de operaciones de negocio para la AEPD en un centro alternativo, incluidos los servicios al ciudadano, cuando se enfrenten a eventos adversos.

c) Un **Documento de Relaciones de Dependencia entre Servicios**, que sirva de base para el desarrollo del BIA y defina el orden de ejecución de las actuaciones del BCP, así como del Plan de Contingencia y el Plan de Recuperación ante Desastres que se definirán más adelante.

El licitador deberá incluir explícitamente un plan de trabajo de desarrollo de este servicio.

La AEPD decidirá el momento temporal de llevar a cabo este servicio.”

Por su parte, la cláusula 4.9 señaló:

“Conforme a lo indicado en el PCAP, se valorará que el licitador oferte un servicio de consultoría para asesorar a la AEPD sobre la viabilidad de migrar sus sistemas corporativos al CPD en Cloud objeto de este contrato, siendo de aplicación el resto de servicios de este pliego y cumpliendo la normativa en materia de seguridad y protección de datos vigente.

Asimismo, será objeto de este servicio de consultoría, el asesoramiento sobre la forma de realizar esta migración de sistemas, maximizando la disponibilidad de los servicios y minimizando los riesgos operativos.

El licitador deberá incluir explícitamente un plan de trabajo de desarrollo de este servicio, adecuado a la configuración y dimensión de los sistemas de la AEPD.

La AEPD decidirá el momento temporal de llevar a cabo este servicio.”

Es decir, la necesidad de incluir el plan de trabajo se contiene claramente en el PPT, al cual se remite expresamente el PCAP, habiendo podido deducir el licitador la necesidad de incluir dicho plan de trabajo en el sobre correspondiente a la oferta en que se hace referencia a esas mejoras, como de hecho hicieron el resto de licitadores. No consta por lo demás que dicho plan de trabajo fuera a ser valorado desde un punto de vista técnico o subjetivo y, de hecho, los servicios técnicos al hacer la valoración de este criterio se limitan a constatar si el plan de trabajo consta o no, sin realizar ninguna otra valoración técnica o subjetiva.

En todo caso, de haber tenido alguna duda sobre la forma de cumplir con la obligación establecida en el PPT sobre la necesidad de aportar dicho plan de trabajo, debió haber

planteado la correspondiente duda al órgano de contratación en la forma establecida en el artículo 138.3 LCSP.

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 contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por la AEPD para contratar los servicios de *“alojamiento de aplicaciones en cloud, gestión de la seguridad y otros servicios de tecnologías de la información de la Agencia Española de Protección de Datos”* Expediente 77/2018.

Segundo. 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.