



Recurso nº 1010/2020

Resolución nº 1296/2020

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

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.R.L. en nombre y representación de la sociedad ODILO TID S.L., contra la adjudicación del contrato de *“implementación del sistema de gestión informático del servicio de préstamo de libros electrónicos ‘Ebiblio’*”, expediente J200010, licitado por la Junta de Contratación del Ministerio de Cultura y Deporte, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Consta acuerdo de 23 abril por el que se determina continuar con el procedimiento abierto que tiene por objeto la *“Implementación del sistema de gestión informático del servicio de préstamo de libros electrónicos ‘eBiblio’*” que facilite y permita los préstamos de los documentos electrónicos alojados en aquel, a efectos de proceder a su publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Esta continuación viene motivada por el carácter indispensable que tiene este servicio para garantizar la continuidad del servicio de préstamos electrónicos.

Con fecha de 28 de abril de 2020 se inserta anuncio en el Diario Oficial del contrato que tiene por objeto la implementación del sistema de gestión informático del servicio de préstamo de libros electrónicos “Ebiblio” que permita los préstamos de los documentos electrónicos alojados en aquél. Insertándose asimismo anuncio en el BOE con fecha de 4 de mayo de 2020.

El valor estimado del contrato asciende a 240.000 euros. No está dividido en lotes. Su duración es de 12 meses, no pudiendo ser renovado. Siendo tramitado a través de los cauces del procedimiento abierto.



Segundo. Con fecha de 19 de mayo de 2020 la recurrente ha presentado recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y los pliegos de este contrato, que ha sido resuelto por resolución número 702/2020 de fecha de 19 de junio de 2020, desestimatoria del mismo.

Con fecha de 10 de septiembre de 2020 consta notificación a la recurrente del acuerdo de adjudicación a favor de la empresa DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS S.A.U.

Tercero. Con fecha de 30 de septiembre de 2020 se interpone recurso especial en materia de contratación nuevamente, en esta ocasión contra la adjudicación de este contrato, con base, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) Indebida renuncia de acceso a la oferta de la adjudicataria por razones de confidencialidad.
- b) Incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) por haber constatado el órgano técnico la imposibilidad de llevar a cabo la gestión desde distintos perfiles en la plataforma propuesta por la adjudicataria. Incumplimiento del PPT con respecto al módulo de estadística. Incumplimiento el PPT en relación con el formato de descripción de contenidos. Incumplimiento del PPT en relación con la sincronización de los dispositivos. Incumplimiento del PPT en relación con la posibilidad de los usuarios de compartir información relacionada con los libros prestados.
- c) Carencia por la adjudicataria de la habilitación mínima necesaria exigida por la normativa sectorial en materia de cumplimiento del esquema nacional de seguridad para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.
- d) Inviabilidad de la oferta económica de la adjudicataria por ser manifiestamente insuficiente para cubrir los costes salariales de los trabajadores asignados a la ejecución del contrato. Inviabilidad de la oferta económica de la adjudicataria por ser claramente insuficiente para sufragar los costes de infraestructura y de DRM ADOBE asociados a la ejecución del contrato.



e) Subsidiariamente, el informe técnico incurre en arbitrariedad en la valoración de los concretos criterios técnicos de evaluación, en claro perjuicio de la recurrente.

Cuarto. Con fecha de 2 de octubre de 2020 el Órgano de Contratación ha emitido un informe oponiéndose a la estimación de este recurso. Sin perjuicio de remitirnos al contenido literal de tal informe, a continuación, extraemos algunos de los motivos esenciales de tal oposición a este recurso:

a) El Órgano de Contratación rechaza que se haya causado indefensión a la recurrente, dado que se consultó a la empresa DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS S.A.U., sobre la extensión de la cláusula de confidencialidad sobre su oferta técnica; la cual contestó declarando el carácter confidencial de los puntos 2, 5 y 6 de la misma. Por lo que se comunicó a la recurrente la totalidad del expediente a excepción de tales documentos.

b) Solicita imposición de multa por temeridad o mala fe dado que ha vuelto a recurrir, lo que supone una reiterada paralización del expediente.

c) En relación a los denunciados supuestos incumplimientos del PPT señala lo siguiente.

1. Con respecto al módulo de gestión de licencias: en el informe de evaluación los técnicos nunca constataron el incumplimiento del PPT, ni la imposibilidad de la plataforma de la adjudicataria de llevar a cabo la gestión de las licencias desde diferentes perfiles de gestión general y autonómicos ni la exportación de datos, sino que reconocen que a pesar de lo que la oferta indica, no han podido encontrar dicha opción, algo muy distinto a reconocer que no la posean. Además, añaden que este hecho se ve reflejado en las puntuaciones otorgadas, siendo la de la adjudicataria inferior a la de la recurrente, así como que el informe valora de forma equitativa y homogénea a ambos licitadores.

2. Con respecto al módulo de estadística: de nuevo se indica que el informe no señala que la plataforma de la adjudicataria no permita recuperar datos estadísticos de uso de forma conjunta y desglosada por sectores, sino que, en la demo, no se ha podido comprobar este hecho, lo cual no significa que la plataforma no lo posea. Y de nuevo se señala que este hecho se ve reflejado en las puntuaciones otorgadas.



3. En relación con el formato de descripción de contenidos, de nuevo se indica que el informe señala que no se pudo comprobar en la demo la posibilidad de editar unos campos concretos que se corresponden con el formato MARC 21 o son compatibles con los mismos, no su inexistencia fáctica. De hecho, se señala la existencia y la modificación de 6 campos, por lo que no se puede valorar este criterio con cero, al existir campos compatibles.

4. En relación con la sincronización de dispositivos, de nuevo se indica que no se ha constado la imposibilidad de que la plataforma pueda sincronizar dispositivos, sino que en la demo no se ha podido comprobar este extremo. Asimismo, se recuerda que el informe señala que “el licitador presenta un módulo que cumple las funciones requeridas, aunque algunas soluciones no sean muy adecuadas”, lo que se habría modulado en la puntuación obtenida.

5. En relación con la posibilidad de los usuarios de compartir información relacionadas con los libros prestados, se reitera que el PPT exige la implementación de herramientas de web social que permitan a los usuarios compartir información relacionada con las obras tomadas en préstamo, pero no siendo los ejemplos expuestos de cumplimiento obligatorio.

6. Se denuncia que la recurrente lleva a cabo un uso parcial de párrafos seleccionados del informe, que son utilizados de manera parcial y subjetiva. Y se añade que el informe es equilibrado y homogéneo y puntúa con objetividad los elementos exigidos en el PPT.

d) En cuanto a la falta de habilitación mínima exigida por la normativa sectorial en materia de cumplimiento del esquema nacional de seguridad se denuncia que este argumento ya se esgrimió en el anterior recurso y ya fue desestimado.

e) En cuanto a la inviabilidad de la oferta económica se indica lo siguiente.

1. En relación con la supuesta manifiesta insuficiencia para cubrir los costes salariales, se señala que la argumentación de la recurrente es insuficiente en primer lugar porque no detalla el convenio colectivo aplicable al que se está refiriendo; en segundo lugar porque no se encuentra incurso en temeridad ni baja anormal; y en tercer lugar porque ambos



licitadores son multinacionales con activos y recursos fuera de nuestro país, lo que justificaría en ambos casos la utilización de los mismos.

2. En relación con la supuesta insuficiencia para sufragar los costes de infraestructura se reitera en que esta petición ya fue formulada en su anterior recurso, y desestimada.

f) En relación con la denuncia de arbitrariedad del informe por dos concretos criterios de evaluación, se insiste justificadamente en la valoración objetiva que se ha realizado de ambos criterios para los dos licitadores en cuestión.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas que han concurrido a la licitación, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones si así lo estimaban oportuno, sin que se hayan presentado más alegaciones a este recurso.

Sexto. El día 9 de octubre de 2020 la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado.

Tercero. La interposición de los recursos ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50.1.d) de la LCSP.

Cuarto. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios, habiéndose seguido un procedimiento abierto, por lo que, al amparo de lo



previsto en el artículo 44.1.a), en relación con el 44.2.c) de la LCSP, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Quinto. Entrando al fondo del asunto, en su primer motivo la recurrente denuncia la indefensión que entiende que se le ha ocasionado al no haber podido acceder a la totalidad de la oferta técnica de la adjudicataria. El Órgano de Contratación niega que se le haya causado indefensión a la recurrente dado que se consultó a la empresa DISTRIBUIDORA DIGITAL DE LIBROS S.A.U. sobre la extensión de la cláusula de confidencialidad sobre su oferta técnica, y ésta contestó declarando el carácter confidencial de los puntos 2, 5 y 6 de la misma; comunicándose a la recurrente la totalidad del expediente a excepción de tales documentos.

En relación con esta cuestión hemos de señalar que uno de los principales objetivos de la LCSP es *“lograr una mayor transparencia de la contratación pública”*. A tal fin, el legislador ha introducido una serie de medidas dirigidas a un incremento de la transparencia en la contratación pública. En relación con la publicidad activa el artículo 63 LCSP incrementa el alcance de esta obligación con respecto a las previsiones hasta ahora contenidas en el artículo 8.1.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. No obstante, a pesar de la amplitud de documentos sujetos a publicidad, el artículo 154.7 LCSP permite que no se publiquen determinados datos relativos a la celebración del contrato, debiendo solicitarse de forma preceptiva un informe al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que deberá evacuarlo en 10 días, en los casos en que: *“se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado”*. En la medida en que muchas CCAA han creado sus propias leyes e instituciones de transparencia análogas al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, serán tales instituciones análogas las que emitirán, en su caso, tales informes cuando se trate de procedimientos de contratación propios de su ámbito competencial autonómico y local.



Por otra parte, el cumplimiento de las nuevas obligaciones en materia de publicidad activa debe realizarse respetando también el deber de confidencialidad, regulado en el artículo 133, por el que se establece que: *“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 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”*.

En este sentido, los Tribunales administrativos con competencias en materia de recursos contractuales han reiterado que el deber de confidencialidad no puede extenderse al contenido total de la oferta, ni a todos los informes o documentación obrante en el expediente y generada directa o indirectamente por el Órgano de Contratación, sino que sólo debe alcanzar a los documentos que verdaderamente deban tener una difusión restringida, y en ningún caso a los que deban ser públicamente accesibles. Asimismo, el deber de confidencialidad tampoco alcanzará a la divulgación de las partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como liquidación, plazos finales de ejecución de la obra, empresas con las que se haya subcontratado, partes esenciales de la oferta y sus modificaciones. Informaciones todas ellas que habrán de ser publicadas con pleno respeto de las exigencias que resulten de la normativa aplicable en materia de protección de datos personales.

En este orden de cosas, es posible citar la Resolución de este Tribunal número 62/2012, de 29 de febrero de 2012, así como el Acuerdo 14/2007, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en el que se analiza si el Órgano de Contratación puede negarse a facilitar a un licitador acceso a las ofertas presentadas por los demás licitadores por no contar con el expreso consentimiento de éstos. En su decisión el Tribunal acude a la normativa comunitaria con cita del considerando 51 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014,



sobre Contratación Pública: “Es preciso aclarar que las disposiciones relativas a la protección de información condicional no evitarán en modo alguno la divulgación pública de partes no confidenciales de contratos celebrados, incluidas las modificaciones posteriores”, y del considerando 21: “Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación” (el subrayado es nuestro).

De modo que, de la normativa comunitaria expuesta se desprende que las legislaciones internas pueden definir el alcance del derecho de acceso al expediente por parte de los licitadores, debiendo siempre respetar un equilibrio razonable entre la confidencialidad y la publicidad. Estando el Órgano de Contratación obligado a guardar reserva y denegar el acceso, sólo respecto de la información que los propios licitadores hayan designado como confidencial al presentar su oferta, declaración de confidencialidad que no podrá extenderse a la totalidad de la misma. De manera que, en caso de no contar con dicha declaración de confidencialidad por parte del licitador la consecuencia no será la negativa al acceso, sino que el Órgano de Contratación habrá de permitir el derecho de acceso en los términos que resultan de la normativa expuesta más arriba. Es decir, en estos casos, el Órgano de Contratación viene obligado a realizar una ponderación de los intereses en conflicto, pudiendo resultar lícito limitar el acceso a determinadas partes de las ofertas respecto de las que pueda desprenderse su confidencialidad, pero no a la totalidad del contenido de las mismas. En apoyo de esta tesis es posible traer a colación la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 2008, en la que se indica que: “*debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda*



conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio”.

En la misma línea se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid en su informe 6/2016, de 12 de diciembre, a propósito de la confidencialidad de las proposiciones: *“(…) En el supuesto de que el licitador no haya especificado qué documentos tienen carácter confidencial, el órgano de contratación deberá determinar la documentación que puede ser divulgada, tanto documentación administrativa como económica y técnica, sin que proceda hacer públicos aquéllos documentos que considere que pueden afectar a secretos comerciales o técnicos de la empresa, de forma que puedan comprometer su competitividad frente a terceros, en especial la documentación relativa a la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, en su caso”. (…)* *“Se concluye asimismo que los secretos industriales, técnicos o comerciales, los intereses comerciales legítimos, los derechos de propiedad intelectual o la información que puedan afectar a la competencia leal entre empresas tiene carácter confidencial. También es susceptible de ser declarada como confidencial aquella información que tiene un gran valor para las empresas o supone un activo de importancia porque es consecuencia de inversiones en investigación, de conocimientos adquiridos por la experiencia o porque tiene un valor estratégico especial frente al resto de candidatos o de licitadores o representa una determinada forma de gestión empresarial. Por último, concluye que la confidencialidad no puede vulnerar los principios de publicidad y transparencia. Por lo expuesto, corresponde al órgano de contratación la búsqueda del equilibrio entre los intereses del adjudicatario y el resto de los licitadores, a fin de hacer compatibles los distintos principios de la contratación pública, respetando los derechos de las diferentes partes participantes en el procedimiento”.*

Sobre la base de estas consideraciones el Tribunal resuelve la polémica planteada acerca de si puede o no negarse el acceso a las ofertas de los licitadores a falta de consentimiento expreso, y de identificación de las partes confidenciales de la oferta, indicando que en estos casos el conflicto entre el derecho a la confidencialidad y el principio de transparencia en su vertiente de derecho de información, debe resolverse a

través de la búsqueda del equilibrio entre ambos, cuidando que ninguno de los dos se vea excesivamente sacrificado, pues ninguno de los dos son principios absolutos, pero tampoco pueden quedar absolutamente desconsiderados. El conocimiento del contenido de las ofertas resulta necesario para que los licitadores puedan valorar la existencia o no de razones en las que fundamentar un eventual recurso. Los licitadores tienen la opción de declarar la parte de su oferta que consideran confidencial, pero ni esta declaración puede ser genérica, ni puede tomarse como un dogma de fe por parte del Órgano de Contratación, sino que le corresponderá como garante del respeto a los principios que rigen la licitación comprobar la adecuación de dicha calificación al carácter real de los documentos pretendidamente confidenciales.

Trasladando esta doctrina al supuesto controvertido en este recurso, la adjudicataria no ha declarado el carácter confidencial de la totalidad de su oferta, sino que lo ha limitado a aquellas partes de su oferta técnica protegidas por dicho deber de reserva. En el expediente administrativo consta la comunicación de acceso al expediente así como la cláusula de confidencialidad de la empresa adjudicataria en la que se expresa que de las seis partes de las que consta la oferta técnica se veda el acceso a las partes: 2. Claves de acceso a la plataforma Cantook Station (web, apps, y backoffice); 5. Memoria descriptiva que detalle pormenorizadamente el plan de implantación, mantenimiento del servicio y migración; y 6. Recursos humanos, técnicos y materiales dedicados al proyecto.

Por todo lo cual, en la medida en que este comportamiento no ha impedido el acceso por parte de la recurrente al contenido de dicha oferta técnica, y en la medida en que los aspectos relevantes de la misma resultan del informe de valoración que está igualmente siendo atacado en este recurso, no es posible apreciar desconocimiento del contenido de la misma causante de indefensión para la recurrente. Por lo que, siendo manifiesto y patente que la misma ha podido ejercer adecuadamente sus derechos de defensa procede la desestimación de este motivo.

Sexto. En siguiente lugar, la recurrente alega incumplimientos del PPT por haber constatado el órgano técnico la imposibilidad de llevar a cabo la gestión desde distintos perfiles en la plataforma propuesta por la adjudicataria; con respecto al módulo de



estadística; en relación con el formato de descripción de contenidos; en relación con la sincronización de los dispositivos; y en relación con la posibilidad de los usuarios de compartir información relacionada con los libros prestados.

Las justificaciones de las valoraciones realizadas por el órgano se contienen en el informe del Órgano de Contratación, cuyo extracto parcial se ha realizado más arriba.

A este respecto, conviene recordar la pacífica doctrina de este Tribunal sobre el contenido de los informes técnicos de valoración. En este sentido citamos, por todas, la Resolución nº 480/2018, la cual recuerda que: *“en lo concerniente al informe técnico de valoración de los criterios evaluables en función de juicios de valor, es que estos tienen la peculiaridad de 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. Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina 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. Hemos así mismo declarado que los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias*



o discriminatorias, de modo que, fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, resulta que la recurrente discute la adjudicación realizada por el Órgano de Contratación por considerar que la oferta adjudicataria no cumple con las especificaciones previstas en el PPT. Sin embargo, del contenido de las manifestaciones de la recurrente no puede deducirse que dicho informe contenga un error ostensible, o un vicio procedimental, o de competencia en cuanto a la emisión del mismo. Por el contrario, las valoraciones contenidas en dicho informe han sido reiteradas y confirmadas por el órgano técnico tal y como resulta del informe presentado por el Órgano de Contratación; justificaciones de las valoraciones y puntuaciones otorgadas que han sido parcialmente reproducidas en los antecedentes de hecho de esta resolución.

Sentado lo anterior, no puede pretender la recurrente que este Tribunal revise las apreciaciones técnicas realizadas por el Órgano de Contratación; apreciaciones que están amparadas por la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración contratante no solo al valorar las ofertas, sino también al realizar labores de interpretación de las especificaciones contenidas en los pliegos que rigen la licitación. Discrecionalidad que no puede ser sustituida por el análisis de legalidad que aquí hacemos, que parte de la presunción de acierto y veracidad de las valoraciones del Órgano de Contratación con apoyo en los correspondientes informes técnicos, que sólo son revisables en casos excepcionales de arbitrariedad, desviación de poder, ausencia de justificación o error material. Así resulta, por todas, de la Resolución de este Tribunal número 1037/2017, que, a su vez, en relación con la valoración de criterios técnicos evaluables mediante juicios de valor, cita la Resolución 456/2015 en la que se exponía:

“(...) 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. En relación con los informes técnicos en que se funda la evaluación de dichos criterios dependientes de un juicio de valor, este Tribunal ha sentado la doctrina de que los mismos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. Así, en nuestra Resolución nº 52/2015 decíamos que en esta tesitura, como ya ha señalado este Tribunal en su Resolución nº 177/2014 de fecha 28 de febrero de 2014 «para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que, en el contenido del Informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación»".

En consecuencia, y como no se aprecia la existencia de error material, ni de arbitrariedad o desviación de poder o ausencia de justificación en la apreciación realizada por los órganos técnicos y confirmada por el Órgano de Contratación, cuyas manifestaciones han sido parcialmente trascritas en los antecedentes de esta resolución, debemos concluir que no alcanza a ser desvirtuada por las alegaciones de la recurrente la presunción iuris tantum de certeza de las apreciaciones realizadas, amparadas por la discrecionalidad técnica de la Administración. Todo lo cual nos lleva a concluir que la oferta de la adjudicataria fue correctamente valorada, y que no apreciándose incumplimiento de las previsiones contenidas en el PPT no concurren razones para proceder a su exclusión. Por lo que, el motivo debe ser desestimado.

Séptimo. En siguiente lugar, la recurrente denuncia la carencia por parte de la adjudicataria de la habilitación mínima necesaria exigida por la normativa sectorial en materia de cumplimiento del esquema nacional de seguridad para la ejecución de las



prestaciones objeto del contrato. Lo que ha sido refutado por el Órgano de Contratación señalando que esta alegación ya fue realizada en el recurso presentado con anterioridad y fue desestimada por este Tribunal. Siendo ello así corresponde remitirse a lo señalado en la referida resolución de fecha de 19 de junio de 2020:

“La empresa alude en su recurso a la obligatoriedad de entrega por parte de las empresas concurrentes a licitaciones de la AGE de los certificados que acrediten el cumplimiento del esquema nacional de seguridad. En este sentido, se vuelve a recordar que el texto del PPT se considera de obligado cumplimiento por parte de los licitadores que concurran y se hace clara mención a este asunto en la cláusula 6 del mismo. De igual modo, la cláusula 8, relativa al seguimiento de la prestación del servicio, aclara que durante el periodo de prestación del mismo, el adjudicatario se compromete a poner a disposición de la Subdirección General de Coordinación Bibliotecaria la información que se le pueda solicitar sobre el funcionamiento del servicio, con el fin de asegurar en todo momento su buena prestación.

Así pues, el propio PPT habilita al Órgano Gestor a realizar los requerimientos que considere necesarios en caso de que se considere que no se está desarrollando un buen funcionamiento del servicio, entre el que podría encontrarse la verificación de certificaciones asociadas al propio Pliego, en el caso de que éstas se incumpliesen y el licitador adjudicatario deberá estar en condiciones de exhibir las certificaciones que se le pudieran solicitar a lo largo de todo el periodo de vigencias de la contratación. Es decir, la normativa obliga a las empresas a tener esas certificaciones y a poder exhibirlas siempre y cuando sean requeridas, siempre y cuando la Administración entienda o tenga datos cuantificables de que se está vulnerando la seguridad exigida en el PPT”.

Sentado lo cual, comoquiera que la cláusula 6 del PPT establece que:

“La empresa adjudicataria deberá incorporar a su metodología de trabajo cuantos procedimientos y medidas sean necesarias para garantizar el cumplimiento de los esquemas nacionales de seguridad e interoperabilidad regulados por Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de las Administración Electrónica y por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por

el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, respectivamente, así como la normativa aplicable con respecto a la protección de datos, en el ámbito del servicio prestado. Se deberá garantizar asimismo el cumplimiento de las normas de seguridad emitidas por el Centro Criptográfico Nacional (normas CCN-STIC)”.

Y comoquiera que la cláusula 8 del PPT añade que: “Durante el período de prestación del servicio el adjudicatario se compromete a poner a disposición de la Subdirección General de Coordinación Bibliotecaria la información que se le pueda solicitar sobre el funcionamiento del servicio, para asegurar en todo momento su buena prestación”, el presunto incumplimiento denunciado por la recurrente no tendría cabida dentro de la correcta ejecución de este contrato. Debiendo ser desestimado igualmente este motivo”.

Por lo expuesto, habida cuenta, una vez más, de ser la exigencia del pliego relativa al seguimiento de la prestación del servicio y exigir el compromiso de su puesta a disposición durante el funcionamiento del mismo, procede reiterar la desestimación de este motivo.

Octavo. En siguiente lugar, la recurrente denuncia inviabilidad de la oferta económica de la adjudicataria por ser manifiestamente insuficiente para cubrir los costes salariales de los trabajadores asignados a la ejecución del contrato, así como por ser claramente insuficiente para sufragar los costes de infraestructura y de DRM ADOBE asociados a la ejecución del contrato.

La insuficiencia para cubrir costes salariales de los trabajadores ha sido desvirtuada por el Órgano de Contratación al señalar la falta de solidez de la denuncia formulada por la recurrente, así como la inexistencia de una situación de baja anormal o desproporcionada.

La insuficiencia para cubrir los costes de infraestructura y de DRM ADOBE asociados a la ejecución del contrato se rechaza con remisión, de nuevo, al contenido de la resolución de 19 de junio de 2020, donde también se formuló este motivo e igualmente fue rechazado:



“Además, el recurso incide en el sobrecoste que ese uso inesperado ha incidido en el aumento de los costes asociados a la gestión de los derechos digitales, desarrollados por la empresa ADOBE denominado DRM (Digital Rights Management).

Al respecto, se hace constar que el PPT exige a las empresas concurrentes a este procedimiento la gestión de los derechos de los contenidos, así como la incorporación de sistemas de protección de derechos digitales para las ediciones que carezcan de ellos, no exigiéndose expresa u obligatoriamente el uso concreto de DRM de Adobe Digital Editions y citándose literalmente que esta protección se realizará “a través de un sistema tipo DRM y/o tecnología en streaming”.

Abundando en este hecho, se constata que algunas de las empresas comerciales existentes tanto en el mercado nacional como internacional que se han presentado a los concursos anteriormente citados, no utilizan DRM de Adobe, abaratando con ello el coste que deberían derivar a Adobe por cada descarga realizada y desarrollando sistemas de protección propios que les permiten reducir las ofertas presentadas. Otras, utilizan el sistema DRM de Adobe y cuentan con un volumen de préstamo muy elevado en servicios de préstamo nacional (como es el caso de Odilo, actual adjudicataria de la plataforma eBiblio en España y en otros países extranjeros) y, sin embargo, tal y como se ha explicado anteriormente, la media económica por la que la plataforma ha sido adjudicada desde la puesta en funcionamiento del servicio ha sido similar a todas ellas”. (...)

“Por tanto, la no obligación de la utilización expresa del DRM de ADOBE en los pliegos, así como el argumento de un sobrecoste añadido al aumento del préstamo en periodo de confinamiento, no puede ser relevante a la hora de la estimación previa de costes que realizó el Ministerio de Cultura y Deporte, puesto que el Órgano Gestor no debe plantear el presupuesto base de licitación en función de una premisa que ni si quiera se exige”.

Noveno. Finalmente, la recurrente denuncia que, a su juicio, el informe técnico incurre en arbitrariedad en la valoración de los concretos criterios técnicos de evaluación, en claro perjuicio de la recurrente. La justificación de estas valoraciones se contiene en el informe del Órgano de Contratación de continua referencia, debiéndose por razones de eficiencia y eficacia resolver este motivo con remisión a la doctrina de la discrecionalidad técnica



administrativa que ampara estas valoraciones desarrollada en el fundamento de derecho sexto de esta resolución. Discrecionalidad técnica que, una vez más, no resulta desvirtuada por las alegaciones de la recurrente. Por todo lo cual, el motivo debe ser desestimado.

En cuanto a la petición de multa por temeridad realizada por el Órgano de Contratación, a pesar de no ser estimado este recurso y de ser el acto impugnado el de adjudicación, con el consiguiente efecto suspensivo automático del artículo 53 LCSP, y los perjuicios que ello produce en el Órgano de Contratación, en aras a garantizar el legítimo derecho de acceso a este recurso, y no constando otros actos intencionales por parte de la recurrente, este Tribunal estima que no procede la imposición de una multa por temeridad y mala fe.

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. R.R.L. en nombre y representación de la sociedad ODILO TID S.L., contra la adjudicación del contrato de *“implementación del sistema de gestión informático del servicio de préstamo de libros electrónicos “Ebiblio”, expediente J200010, licitado por la Junta de Contratación del Ministerio de Cultura y Deporte.*

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, 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



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.