



Recurso nº 1061 y 1078/2022 C.A. Illes Balears 54 y 56/2022

Resolución nº 1153/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 29 de septiembre de 2022.

VISTOS los recursos interpuestos por D. A. A. M. G. , en representación de ISOFT SANIDAD S.A., y por D. L. B. G. , en representación de SOCIEDAD ACCENTURE, S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL, contra el Acuerdo, de 12 de julio de 2022, por las que se les excluye de la licitación para contratar el “*Servicio de implementación de un sistema de receta electrónica*” (Exp. SSCC PA 97/22), convocada por el Servicio de Salud de las Illes Balears; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 3 de mayo de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 30 de abril de 2022, a las 16:11 horas, en el Perfil del Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector público (PCSP), se publican los anuncios del contrato de servicio de implementación de un sistema de receta electrónica, expediente SSCC PA 97/22, licitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears. El 2 de mayo de 2022, a las 08:54: horas, se incorporan a la PCSP los pliegos de la licitación para su descarga.

Posteriormente, el 17 de mayo a las 16:38 horas, y el 19 de mayo a las 12:44 horas se rectifica el anuncio de licitación en la PCSP, e igualmente se rectifican los pliegos que son alojados para su descarga en la PCSP el mismo día 19 de mayo a las 12:45 horas.

El contrato, calificado como de servicios, clasificación 72230000, Servicios de desarrollo de «software» personalizado, y 72200000, servicios de programación de «software» y de consultoría, tiene un valor estimado de 4.879.684,82 euros, sin IVA, estando sujeto a regulación armonizada, licitándose por procedimiento abierto, tramitación urgente, y presentación de la oferta electrónica.



En el Cuadro de criterios de adjudicación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en lo que a la impugnación concierne, se dispone lo siguiente:

“A. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...) 2.- Criterios evaluables mediante juicios de valor. Máx. 45 puntos.

(...) 2.5.- Calidad en la definición de la fase de devolución del servicio

Máx. 5 puntos

Se tendrán en consideración los siguientes aspectos:

-Definición global del servicio. Incluirá una propuesta que facilite la transferencia de la propiedad del equipamiento o software, si lo hubiese, a la DGMAD o a un tercero.

-Propuesta para que el servicio continuo no se vea afectado.

En respuesta a este pliego, las empresas licitadoras deberán presentar una serie de propuestas que serán valoradas en las puntuaciones evaluables mediante juicios de valor del pliego. El licitador detallará en su oferta la organización, medios, planificación, metodologías y buenas prácticas que aplicarán para cada criterio cualitativo subjetivo.

3.- Criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas

(...) 3.2.- Incremento de la fase de devolución del servicio. Máx 5 puntos.

Se valorará que el licitador incremente el tiempo, numero entero de meses, en el que se dará soporte a la devolución del servicio, sin coste adicional para el Servicio de Salud.

Si no ofrece incremento en número entero de meses de la fase de devolución debe indicarlo poniendo 0 (cero).

Si ofrece 1 mes de soporte extra: 2 puntos

Si ofrece 2 meses de soporte extra: 3 puntos



Si ofrece 3 meses o más de soporte extra: 5 puntos

C. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

La documentación relativa a los criterios de adjudicación que se tiene que presentar es la siguiente (se indica también el sobre en el cual se tiene que incluir):

(...) Oferta técnica criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas (criterios del 3.1 al 3.2)

(...) Sobre núm. 2

(...) - Oferta técnica. Incluirá:

*(...) * criterios evaluables mediante juicios de valor (criterios del 2.1 al 2.5)*

(...) Sobre núm. 3".

De otra parte, en el PCAP se prevé:

"14. CONTENIDO DE LAS PROPOSICIONES

14.1. Los licitadores tienen que presentar sus proposiciones en la forma indicada en las cláusulas 12 y 13. La documentación general, la proposición económica y, si procede, la proposición técnica, se tienen que presentar en los términos que se establecen a continuación.

(...) 14.1.3. Proposición técnica (sobre núm. 2: proposición evaluable mediante la aplicación de fórmulas y/o sobre núm. 3: proposición evaluable mediante juicio de valor)

(...) La documentación relativa a los criterios de adjudicación que sean evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas no se tiene que incluir en el sobre que contiene la documentación relativa a los criterios evaluables mediante un juicio de valor. La infracción de este mandato da lugar a la exclusión del licitador".

En el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), por lo que aquí importa, se señala:

"2.4. Planificación



El calendario de realización de los trabajos presentado por el adjudicatario será validado y ajustado por el IB-Salut, con la participación y obligada aceptación del mismo por parte del equipo de trabajo aportado por el adjudicatario.

El servicio se desarrollará en las fases que se identifican a continuación:

(...) Fase de devolución del servicio: el adjudicatario se compromete a dar soporte al DTIC para facilitar la transferencia del servicio al propio DTIC o a un tercero, cualquiera que sea la causa de la finalización contractual. Para ello, diseñará y entregará en la respuesta de este pliego un plan de devolución del servicio garantizando la transferencia del conocimiento adquirido durante la prestación del mismo. Esta fase tiene una duración de 3 meses y se inicia 3 meses antes de la finalización del contrato.

Como parte de este plan, debe asegurarse que el nivel de calidad de servicio debe mantenerse evitando cualquier pérdida de control del mismo. Igualmente, como consecuencia del fin de contrato, el adjudicatario deberá devolver el control de los servicios que se estén prestando, simultaneando su devolución con la prestación de los mismos”.

Segundo. Llegada la finalización del término para presentar ofertas, entre los licitadores se encuentran ISOFT SANIDAD S.A., y ACCENTURE, S.L.U.

El 1 de junio de 2022 la Mesa examina la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia, y solicita subsanación de los defectos observados a algunos licitadores.

El 8 de junio, subsanados los defectos, se admite a todos los licitadores. Seguidamente se procede a la apertura de los archivos electrónicos o sobres que contienen la parte de las ofertas evaluables mediante criterios sometidos a juicio de valor, entregándose a los servicios técnicos para emitir informe de valoración.

El 12 de julio se emite el informe definitivo de valoración, proponiéndose en él la exclusión, entre otras, de las ofertas presentadas por ISOFT SANIDAD S.A., y SOCIEDAD ACCENTURE, S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL, por anticipar en su oferta técnica información relativa al criterio de evaluación automática relativo al incremento de la fase de devolución del servicio.



El 12 de julio de 2022 la Mesa acuerda aprobar el informe de valoración de los criterios sujetos a juicios de valor y excluir a cinco empresas, entre ellas a las citadas, con las siguientes consideraciones:

“En el informe de valoración de los criterios evaluables mediante juicios de valor se expone que los licitadores ACCENTURE e ISOFT han incluido información relativa a criterios evaluables de forma automática, que deben ir en sobre núm.2, en el sobre nº 3 que contiene la documentación relativa a los criterios evaluables mediante juicios de valor.

En el criterio de adjudicación evaluable automáticamente (sobre nº 2) del PCAP que rige esta licitación: “3.2.- Incremento de la fase de devolución del servicio. Máx 5 puntos”, se indica: “Se valorará que el licitador incremente el tiempo, numero entero de meses, en el que se dará soporte a la devolución del servicio, sin coste adicional para el Servicio de Salud (IB-Salut)”.

- *ACCENTURE, en la pág. 87 de su oferta indica lo siguiente:*

Soporte post Devolución (1 mes)	▪ <i>Accenture pone a disposición el equipo actual del servicio para apoyar al nuevo proveedor en las tareas que se acuerden</i> ▪ <i>Atender vía telefónica puntual a la resolución de consultas o dudas críticas para dar soporte al proveedor entrante</i>	▪ <i>Asegurar la continuidad del servicio con el nuevo proveedor</i> ▪ <i>Listado dudas/ consultas recibidas y resolución</i>
---------------------------------	--	--

De esta manera se informa que hay 1 mes de soporte post-devolución del servicio.

- *ISOFT, en las páginas 74, 75 y 84 de su oferta indica lo siguiente:*



Propuestas de valor añadido:

- *Dedalus facilitará respuestas al proveedor entrante a dudas sobre el entorno de desarrollo para facilitar su adaptación*
- *3 meses adicionales de soporte post-devolución*
- *Participación recursos claves*

Como tarea de valor añadido y sin ningún coste adicional, Dedalus ofrecerá un soporte postdevolución para que el proveedor entrante pueda consultar aquellas dudas que le aparezcan una vez ha iniciado la fase de provisión del servicio, y bajo petición de IB-Salut, colaborar en la resolución de problemas que puedan surgir.

El soporte post-devolución tendrá una duración de 3 meses adicionales a los 3 meses de devolución, sin cargo adicional.

Soporte post-devolución Dedalus ofrece un soporte post-devolución de una duración de 3 meses, sin coste adicional para IB-Salut, para responder a las ultimas dudas que el proveedor entrante pudiera tener una vez realizada la devolución del servicio y siempre bajo petición de IB-Salut.

En este caso se informa de que habrá 3 meses de soporte post-devolución.

Como señala el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, “la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya realizado la valoración de aquellos”.

En el mismo sentido en la cláusula 14.1.3, párrafo cuarto del PCAP se establece que “la documentación relativa a los criterios de adjudicación que sean evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas no debe incluirse en el sobre que contiene la documentación relativa a los criterios evaluables mediante juicios de valor”, añadiendo que “La infracción de este mandato dará lugar a la exclusión del licitador”.

Una vez determinadas las exclusiones y aprobado el informe de valoración, se procede a la apertura de los archivos electrónicos o sobres, de los licitadores no excluidos, que incluyen la



parte de las ofertas evaluables automáticamente o mediante fórmula, y se propone adjudicatario.

El 13 de julio de 2022 se notifica, a través de la PCSP, el acuerdo de exclusión a las cinco empresas excluidas, que incluye pie de recurso ante este Tribunal.

ISOFT SANIDAD S.A. y ACCENTURE, S.L.U. acceden a las notificaciones el mismo día.

Tercero. El 29 de julio de 2022, a las 17:20 horas, ISOFT SANIDAD S.A. interpone, ante el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial contra el acto de exclusión de la licitación, con el siguiente *petitum* “se resuelva anulando el Acuerdo de Exclusión objeto de este recurso, retrotrayendo las actuaciones al momento de valoración de las ofertas técnicas por el Comité de Evaluación, admitiendo a dichos efectos la proposición incluida en el sobre 3 por parte de Isoft”. Igualmente solicita la suspensión del procedimiento como medida cautelar.

El recurso se tramita con el número 1061/2022 C. A. Illes Balears 54/2022.

El 2 de agosto de 2022, a las 13:42 horas, ACCENTURE, S.L.U. interpone, ante el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial contra el acto de exclusión de la licitación, con el siguiente *petitum* “(ii) se sirva declarar nulo el Acuerdo de Exclusión retrotrayendo las actuaciones al momento de valoración de las ofertas evaluables mediante juicio de valor y apertura del sobre 3 (iii) se admita la oferta presentada por ACCENTURE, S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL (iv) se continúe el procedimiento de adjudicación a partir de dicho momento”. Igualmente solicita la suspensión del procedimiento como medida cautelar.

El recurso se tramita con el número 1078/2022 C. A. Illes Balears 56/2022.

Cuarto. En la tramitación de estos recursos, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por 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 (LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC).



Quinto. El órgano de contratación remite a este Tribunal el expediente de contratación y sus informes el 4 y el 9 de agosto de 2022.

Sexto. El 5 y 9 de agosto, la Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos a los demás licitadores, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular las alegaciones que estimasen convenientes, no habiéndose hecho uso de ese derecho.

Séptimo. El 9 de agosto la Secretaria General del Tribunal, por delegación de aquel acuerda la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Los recursos se interponen ante este Tribunal que, sin perjuicio de la concurrencia de los demás requisitos de procedibilidad, es competente para inadmitirlos o resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del RPERMC, y la cláusula tercera del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020), al ser el contratante ente público dependiente de la Comunidad Autónoma.

Segundo. Se ha acordado la acumulación de ambos recursos, al amparo de los artículos 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y 13 del RPERMC, por guardar identidad sustancial e íntima conexión, al referirse a un acto de fundamentación semejante para ambos recurrentes, adoptado en el mismo procedimiento de adjudicación.

Tercero. Se recurre la exclusión de la licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El contrato y los actos recurridos son susceptible de recurso especial, conforme al artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto. De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP:



“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Ambos recurrentes son licitadores del procedimiento de adjudicación, en el que han sido excluidos, de manera que, de estimarse sus recursos, podrían, en su caso, ser adjudicatarios del contrato, por lo que ostentan interés legítimo y por ello están legitimados.

Quinto. El 13 de julio de 2022 se notifica, a través de la PCSP, el acuerdo de exclusión y el 29 de julio y 2 de agosto, se interponen en debida forma los recursos.

Por ello, deben reputarse presentados en tiempo y forma, conforme a los artículos 50.1.c) y 51.1 de la LCSP, en consonancia con las reglas de cómputo de los artículos 30 y 31 de la LPACAP.

Sexto. Los argumentos de los recurrentes para fundamentar sus pretensiones son los siguientes.

Por lo que se refiere a ISOFT SANIDAD S.A. sostiene que la inclusión de una parte de la información correspondiente al sobre 2, en el sobre 3, se debe a la redacción genérica, abierta, abstracta y por tanto confusa que se hace en el PCAP, en particular, en su cuadro de criterios de adjudicación, lo que le llevó a interpretar el que en el contenido del sobre 3 había que hacer mención global del servicio de devolución, con la propuesta ofrecida para que el servicio continuo no se vea afectado.

También que la exclusión se hace mediante un acto administrativo arbitrario, desproporcionado y que adolece de una motivación suficiente, y que la decisión de la mesa al no entrar a evaluar la oferta técnica, acordando la exclusión, es desproporcionada y desmedida.

En cuanto a ACCENTURE, S.L.U. aduce que la mesa ha incurrido en un error al evaluar el contenido de la proposición, pues lo que se ofertó por ella fue un soporte post-devolución y no un incremento en la fase de devolución; así, no sería un incremento de la fase sino un servicio independiente y complementario, que se iniciaría una vez finalizado del periodo de devolución y la firma del correspondiente certificado de devolución por la entidad contratante

Frente a dichos argumentos, defiende el órgano de contratación lo siguiente.

En cuanto al recurso de ISOFT SANIDAD S.A., en lo que se refiere a la confusión que afirma en el PCAP, señala que no solo el criterio citado sino todos los criterios de adjudicación del 2.1 al 2.4 tienen en su primer punto “definición global” o “definición global del servicio”, sin que la recurrente haya tenido problemas con estos criterios y el concepto “definición global”.

Que la recurrente, que fue proactiva en formular preguntas aclaratorias sobre los otros criterios de adjudicación, no solicitó aclaraciones relativas al criterio en discusión como tampoco otros licitadores. También pudo recurrir el PCAP en el momento oportuno y tampoco se interpuso recurso alguno.

Respecto del resto de alegaciones presentadas, la recurrente pretende que la Mesa vaya en contra de lo que recoge el PCAP.



Aunque la primera recurrente aduce indefensión, prosigue el órgano de contratación reseñando que ha podido ejercer sus derechos a lo largo de todo el procedimiento. Y, pese a alegar falta de motivación en la exclusión, y desproporcionalidad, concluye que el error cometido va en contra de los pliegos, así como los principios que rigen en la contratación pública.

En cuanto al recurso de ACCENTURE, S.L.U. considera dicho órgano que, con la explicación dada en el recurso, se está modificando la oferta presentada, pues lo que se indica ahora, no se hacía constar en la oferta, ya que contenía la descripción de un servicio que coincide con la extensión o incremento en tiempo de la fase de devolución del servicio. Aunque la empresa lo llame servicio post-devolución no desvirtúa el hecho de que, como se ha dicho antes, sea un incremento en tiempo de la fase de devolución del servicio.

Séptimo. En cuanto al fondo, la cláusula 14.1.3 del PCAP, transcrita en nuestros Antecedentes, determina la exclusión de aquellos licitadores que incluyan en el sobre 3 (para la evaluación de criterios sujetos a juicio de valor) información relacionada con la valoración de criterios de adjudicación automáticos o mediante formula que ha de incluirse en el sobre 2, que se abre posteriormente.

Partiendo de ese hecho, debe analizarse la distinta posición de las recurrentes respecto de su exclusión, abordando cada recurso en un Fundamento de Derecho.

En el recurso 1061/2022, los argumentos de la recurrente no ponen en cuestión que los datos incluidos en la documentación por ella aportada en el sobre 3, anticipaban los datos que debían manifestarse en la documentación incluida en el sobre 2, reconociendo por ello implícitamente la ruptura del secreto de las proposiciones, con anticipación de la oferta, y consiguiente vulneración del principio de igualdad entre los licitadores con su actuación, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 139.2, 146.2 y 157.2 de la LCSP, y 26 y 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RD 817/2009).

Así sus alegaciones pretenden justificar su actuación, no en el examen de los datos incluidos en el sobre 3, sino en la hipotética invalidez de las prescripciones del PCAP.



Ahora bien, la recurrente no impugnó los pliegos de la licitación en tiempo y forma, con lo que, al presentar su proposición a la licitación sin previamente recurrirlos, aceptó pura y simplemente el contenido de la totalidad de sus cláusulas y condiciones, sin salvedad ni reserva alguna (ex artículo 139.1 de la LCSP).

Es conocida nuestra doctrina sobre la alegación de vicio en los pliegos, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por los licitadores que presentaron oferta, con ocasión de un recurso contra actos posteriores.

Tal comportamiento constituye una vulneración del principio general del derecho que prohíbe ir contra los propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), principio que como señala nuestro Tribunal Supremo “*constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente*” (STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 1995, Roj: STS 8172/1995- ECLI:ES:TS:1995:8172).

Ese principio en la impugnación extemporánea de los pliegos se recoge expresamente en el artículo 50.1.b) de la LCSP cuando prescribe, en su cuarto párrafo, que “*con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho*”.

El principio general del derecho es también aplicable, como es el caso, a quien aprovecha la interposición del recurso contra otro acto, como una exclusión, para impugnar los pliegos que en tiempo y forma no recurrió, aceptándolos incondicionalmente con la presentación de su proposición.

No obstante, nuestra doctrina admite que, como excepción a la regla general de inatacabilidad de los pliegos no recurridos y aceptados, se admita dicha impugnación cuando las cláusulas de los pliegos controvertidas son nulas de pleno derecho ex artículo 47.1 de la LPACAP.

Esta doctrina sobre la posibilidad excepcional de impugnar los pliegos con ocasión del recurso de actos posteriores atiende junto a circunstancias objetivas, cuál es el análisis de la concurrencia de vicios de nulidad de pleno derecho entre los alegados, a otras subjetivas,



como la apreciación de si esa alegación extemporánea se ha producido quebrantando las exigencias de la buena fe, infracción que tiene lugar cuando un licitador razonablemente informado y normalmente diligente pudo apreciar la existencia del vicio en el momento en que procedía impugnar los pliegos.

Así no basta con que el vicio alegado sea de nulidad, sino que, además, es necesario que la recurrente actúe de buena fe, de modo que la no impugnación en tiempo y forma de los pliegos esté justificada para un licitador informado y diligente.

En fin, esta nuestra doctrina es coincidente con la jurisprudencia.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso, Sección 4ª, nº 398/2021, de 22 de marzo 2021 (Roj: STS 1196/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1196), en su fundamento jurídico cuarto señala.

“1º Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).

2º Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

3º En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).



4º A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad ". En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión ". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas".

Pues bien, en este caso no hay un vicio de nulidad radical, pues ni siquiera hay vicio, y, además, la recurrente viene a contradecirse con la conducta mostrada al concurrir a la licitación y el alegato contenido en su escrito de recurso.

La actora del recurso 1061/2022 aduce la existencia de una redacción genérica, abierta, abstracta y por tanto confusa en el cuadro de criterios de adjudicación del PCAP al configurar en su apartado 2.5, el criterio de calidad en la definición de la fase de devolución del servicio, al usa la expresión "*definición global del servicio*", lo que –a su juicio– obliga a fijar la duración de la fase de devolución en la documentación relativa a tal servicio, incluyendo la propuesta de su ampliación que es objeto del criterio de adjudicación previsto en el apartado 3.2 del cuadro de criterios, consistente en el incremento de la aludida fase.

Pues bien, en los referidos apartados del PCAP que configuran dos criterios de adjudicación diferentes, uno objeto de juicio de valor, la calidad en la definición de la fase de devolución, el otro de evaluación automática, el incremento de la fase de devolución, no se aprecia una contradicción interna insuperable.

En efecto, el criterio dependiente de juicio de valor –que se refiere a un aspecto cualitativo, la calidad del servicio–, está claramente delimitado respecto del automático –que es de índole cuantitativa y se refiere a la posibilidad de ampliar el tiempo de la fase en que se presta dicho servicio–, de manera que el que se amplíe o no la duración del servicio es indiferente para valorar la calidad del servicio pues, como expresamente indica el PPT, el nivel de calidad de servicio debe mantenerse durante dicha fase cualquiera que sea su duración, por lo que no es necesario anticipar la oferta en ese punto del licitador, pues en uno y otro criterio se valoran



cosas por completo distintas, en el primer caso la calidad del servicio en la fase de devolución, y en el otro la propuesta de ampliación temporal de dicha fase.

Pero es que, además, el vicio de existir pudo ser apreciado desde un primer momento por el licitador recurrente, pues el defecto que en su recurso afirma que existe, por insalvable que pudiera resultar tal como lo expone, sería patente por la mera lectura del pliego y, por tanto, de producirse bien pudo conocerlo y aducirlo en tiempo y forma, ora mediante la solicitud de una aclaración al órgano de contratación, ora interponiendo el procedente recurso contra el pliego, sin que haya hecho ninguna de ambas cosas, siendo extemporáneo e impertinente hacerlo ahora cuando su exclusión perjudica sus intereses.

Procede, por ello, desestimar el recurso y confirmar el acto recurrido.

Octavo. En cuanto al recurso 1078/2022 CAIB 56/2022, la recurrente afirma que cuando incluye en la documentación relativa al criterio de calidad en la definición de la fase de devolución del servicio, una referencia a *“soporte post Devolución (1 mes)”* en realidad se está refiriendo a la oferta de un servicio distinto a la mera prolongación de la duración de la fase de devolución, un servicio que sería independiente y complementario, y que se iniciaría una vez finalizada la fase de devolución.

Para determinar, por tanto, si ha habido anticipación de información, en este caso ha de partirse de nuestra doctrina a propósito de la inclusión en los archivos o sobres correspondientes a la evaluación de los criterios dependientes de juicio de valor de datos que son objeto de evaluación automática o mediante formula.

El fundamento de esta separación entre la información de una y otra parte de la oferta, que establece el artículo 157.2 de la LCSP, ya se destacaba en la Resolución nº 385/2014, de 19 de mayo:

“Como hemos señalado en ocasiones anteriores (Resoluciones 233/2011 y 250/2012, entre otras), tales preceptos tratan de asegurar la máxima objetividad en la evaluación de los criterios cuya cuantificación requiere un juicio de valor evitando que éste pueda ser influido por el conocimiento de la oferta económica y de los demás extremos cuya valoración requiere de fórmulas establecidas. Así lo considera igualmente el Tribunal de Cuentas en su Informe



nº 959 de 20 de diciembre de 2012, relativo a la fiscalización del sector público local del ejercicio 2010 (pág. 149).

No es, pues, una simple regla de ordenación procedimental, sino que, por el contrario, trasciende a los principios fundamentales de la contratación del sector público, al tratarse, en último término, de una garantía al servicio de la igualdad y no discriminación que, con arreglo al artículo 1 TRLCSP, deben presidir la licitación de estos contratos (cfr., en este sentido, Resoluciones 67/2012 y 76/2013, entre otras). Precisamente por ello, en fin, este Tribunal ha mantenido la improcedencia de acordar la retroacción de actuaciones para proceder a una nueva valoración de las ofertas una vez que ha tenido lugar la apertura de los sobres relativos a los criterios de adjudicación cuya apreciación depende de un juicio de valor (Resoluciones 132/2011, 459/2013, 590/2013, 636/2013, entre otras), aunque sí es posible, obviamente, acordar la retroacción para exigir una motivación que colme las exigencias legalmente establecidas que no altere la evaluación inicial (Resolución 13/2014, por todas)".

La doctrina anterior ha sido reiterada en Resoluciones posteriores como la nº 441/2019, de 25 de abril, y la 1746/2021, de 2 de diciembre, entre otras, o más recientemente, la nº 892/2022, de 14 de julio.

Así, sentado con carácter general el criterio de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos o bien que incluyeron información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a información sujeta a valoración mediante un juicio de valor, pese a haber matizado que la inclusión indebida de documentación en sobres distintos no debe resultar automáticamente con la exclusión del licitador, siendo preciso, para dicha exclusión, que se haya producido un perjuicio real y no meramente formal (Resolución nº 1108/2015, de 4 de diciembre), estando justificada la exclusión cuando la inclusión indebida de documentación en sobre distinto menoscabe la objetividad de la valoración y la igualdad de trato, no así cuando el licitador incurre en un error voluntario sin trascendencia para terceros, o porque resulte demasiado formalista, por no estar acreditado que el error hubiera podido influir en la valoración ni vulnerado el secreto de la oferta.

En conclusión, pues, la exclusión no ha de ser un criterio absoluto, sino que deberá operar en la medida en que tenga lugar la contaminación por conocimiento anticipado de tal suerte que

ya no puedan quedar garantizados los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato (Resolución nº 729/2016, de 23 de septiembre).

También se ha razonado que la función de la mesa, al comprobar la integridad del secreto de las proposiciones, no es hacer una indagación de las verdaderas intenciones de los licitadores cuando anticipan datos. No se trata de examinar si la actuación del licitador es voluntaria y consciente, sino de apreciar un hecho objetivo, si se ha producido la anticipación del conocimiento de unos datos que no debían saberse en ese momento, comprometiendo con ello el principio de igualdad de trato.

Pues bien, en este caso la recurrente sostiene que, al emplear la expresión “*soporte post Devolución*”, no está incrementando la fase de devolución sino ofertando un servicio distinto.

Tal alegación, no puede ser aceptada.

El PPT, como figura en antecedentes, define varias fases, siendo la última la de devolución, que se caracteriza porque en ella el adjudicatario se compromete a dar soporte al servicio competente del ente contratante (DTIC) para facilitar la transferencia del servicio al propio DTIC o a un tercero, cualquiera que sea la causa de la finalización contractual, obligándose a diseñar y entregar un plan de devolución del servicio garantizando la transferencia del conocimiento adquirido durante su prestación. La fase tiene una duración de tres meses y se inicia tres meses antes de la finalización del contrato.

Pues bien, bajo la invocación de “*soporte post Devolución (1 mes)*”, la recurrente pone a disposición el equipo actual del servicio para apoyar al nuevo proveedor en las tareas que se acuerden, asegura la continuidad del servicio con el nuevo proveedor, formula un listado de dudas y consultas recibidas y resolución, y atiende vía telefónica puntual a la resolución de consultas o dudas críticas para dar soporte al proveedor entrante. Como se ve, ese supuesto servicio nuevo y distinto del de la fase de devolución coincide con el contenido material de la fase de devolución, sin que el empleo de una denominación distinta de “incremento” de ese período encubra su verdadero carácter o propósito, cual es el de aumentar en un mes más la duración de la fase de devolución establecida en los pliegos.

Ha existido pues incumplimiento del PCAP por la recurrente, consistente en anticipar su oferta, de modo que la mesa de contratación ha obtenido una información de manera adelantada,



datos que contaminan la posterior evaluación de otro criterio de valoración, este de carácter automático, pues fija expresamente el incremento de la duración de la fase de devolución objeto de la valoración, vulnerándose con ello los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato.

En consecuencia, debe desestimarse igualmente el recurso y confirmarse el acto recurrido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D. A. A. M. G. en representación de ISOFT SANIDAD S.A., y por D. L. B. G. , en representación de SOCIEDAD ACCENTURE, S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL, contra el Acuerdo, de 12 de julio de 2022, por las que se les excluye de la licitación para contratar el “*Servicio de implementación de un sistema de receta electrónica*” (Exp. SSCC PA 97/22), convocada por el Servicio de Salud de las Illes Balears.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso vinculado 1152/2022 sobre el mismo procedimiento.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 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 de Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.