



Recurso nº 67/2023

Resolución nº 196/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 17 de febrero de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.M.A., en representación de la empresa KYNDRYL ESPAÑA SAU (KYNDRYL o “la recurrente” en lo sucesivo) contra el acuerdo de 29 de diciembre de 2022 de la Junta de Contratación del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico que adjudica el “*Contrato de los servicios de infraestructura TIC del Ministerio*” (Lote 1) Expediente 20210000022R a T-SYSTEMS ITC IBERIA, S.A.U, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 12 de abril de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP en adelante), el 13 de abril de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE en adelante) y el 20 de abril de 2022 en el Boletín Oficial del Estado (BOE en adelante) se publicó el anuncio de la contratación que nos ocupa. Se trata del contrato de los servicios de infraestructura TIC del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Tiene un valor estimado de 25.775.289,60 €, hallándose por ello sometido a regulación armonizada. Tiene una duración de 36 meses, con la posibilidad de prórroga de 24 meses.

La licitación se realiza en tres lotes: para la infraestructura y gestión de la infraestructura CDP en Cloud privada (Lote 1), Servicios de gestión de las comunicaciones LAN/WAN y Seguridad (Lote 2) y Servicios de administración y operación de sistemas locales (Lote 3).

Se establecen criterios de adjudicación relativos a la calidad (49 puntos) y precio (51 puntos).

Segundo. En cuanto a los requisitos de la infraestructura el pliego de prescripciones técnicas estableció que:



P 49 La Infraestructura será prestada en modalidad de Cloud Privada con dos CPDs, uno principal y otro de respaldo.

P 50 Se incluirán servicios de base que incluyan:

- Almacenamiento de objetos (máquinas virtuales),*
- Balanceadores de carga administrados,*
- Escalado automático*

P 51 Deberá alojar los siguientes entornos:

- Desarrollo,*
- Test,*
- Producción*
- Formación*

P 52 Los Entornos estarán aislados entre sí, excepto para Test y Formación que podrán compartir recursos, como por ejemplo los gestores de bases de datos (Oracle, PostgreSQL, SQL Server)

P 53 Los CPDs que alberguen el CPD Cloud deberán estar alojados en la UE, y preferiblemente en España.

P 54 El CPD principal deberán tener al menos acreditación Tier III. El CPD de respaldo deberá ser al menos TIER III o equivalente.

Tercero. Seguido el procedimiento de licitación, se acordó la adjudicación del lote 1 a TELEFONICA, por ser la empresa que había obtenido mejor puntuación. Contra esta adjudicación se interpuso recurso en esta sede (Recurso 1103/2022) por T-SYSTEMS ITC, señalando que la oferta de TELEFÓNICA debería ser excluida por haber formalizado un precio por encima de lo establecido por la legislación.



En 13 de octubre de 2022 este Tribunal dictó Resolución 1255/2022 acordando *“Estimar el recurso interpuesto por D. D. O. L. y D. M. V. B. S. A., en representación de la empresa T-SYSTEMS ITC IBERIA contra el acuerdo de 4 de agosto de 2022 de la Junta de Contratación del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico que la excluye de la licitación de la “Contratación de los servicios de infraestructura TIC del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico” (Lote 1), Expediente: 20210000022R, anulando este acuerdo y declarando la exclusión de la adjudicataria TELEFONICA SOLUCIONES DE INFORMATICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA SAU.”*

En ejecución de esta resolución, se volvieron a valorar las ofertas (consideración a la oferta económica) en 21 de noviembre de 2022 resultando como mejor valorada TSYSTEMS ITC y segunda clasificada la recurrente. En 29 de diciembre de 2022 la Junta de Contratación del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico acordó la adjudicación a TSYSTEMS ITC, si bien no consta justificado en el expediente cuándo se produjo la notificación de esta resolución.

Cuarto. En fecha 16 de enero de 2023 se ha interpuesto el presente recurso en que la recurrente alega que la adjudicataria debió ser excluida de la licitación. Impugna así la valoración contenida en el informe técnico de 27 de octubre de 2022, en cuanto que señala, en relación con el criterio SC1.2. Nivel de adecuación de la información aportada en este documento al proyecto de la oferta o a las necesidades planteadas en este pliego que *“la oferta indica que tienen la certificación de diseño Tier III en el CPD de respaldo, pero de momento no cuentan con la certificación como tal. Por este motivo se ha descontado puntuación al no poder evaluarse en el momento de la presentación de la oferta. Por el motivo anterior, no se cumple la especificación indicada en el pliego en la que se requiere nivel Tier III en ambos CPDs principal y respaldo. Además, la oferta no incluye un apartado específico que trate la continuidad del servicio donde se detallen los procedimientos a seguir ante posibles contingencias, como por ejemplo ante una caída del servicio. Este aspecto es fundamental para poder atacar de forma ágil y coordinada situaciones adversas que se produzcan durante la ejecución del servicio”*. En consecuencia se adjudica por tales criterios una puntuación de 0,30 de un máximo de 1 punto.

En consecuencia, se produjo la valoración de una oferta que no cumplía los requisitos técnicos mínimos.



En consecuencia, habida cuenta de que los pliegos son la ley del contrato, debe ser anulada la adjudicación y retrotraerse el expediente al tiempo de valoración de las propuestas excluyendo a la adjudicataria o, subsidiariamente, valorando con 0 puntos determinados los criterios “L1.2 Disponibilidad de 2 CPD ubicados en el territorio nacional e interconectados entre sí” y “L1.3 Acreditar un porcentaje de disponibilidad de los CPD superior a 99.982%” de la oferta del adjudicatario, en tanto los criterios referidos presuponen el cumplimiento de los requisitos mínimos, en este caso, que se disponga de la certificación TIER III.

Quinto. El órgano de contratación ha remitido, junto con el expediente, informe solicitando la desestimación del recurso con fundamento en que su actuación es conforme a Derecho. Señala así que la interpretación literal del punto 54 del PPT determina que el CPD de respaldo no necesita tener el sello certificativo si acredita por otros medios que las infraestructuras como confirma por su oferta según certificación de Uptime Infrastructures, sin que sea posible la certificación por ser de reciente instalación. En este sentido aporta comunicación de Uptime. Las certificaciones por lo demás son de funcionalidades equivalentes, con lo que no existe género de dudas de que la oferta cumple los requerimientos técnicos exigidos en el pliego.

Sexto. Se ha dado traslado para alegaciones en fecha 20 de enero, formalizándolas T-SYSTEMS ITC IBERIA en 21 de enero, invocando en síntesis, que se han cumplido todas las prescripciones técnicas exigidas por los pliegos. Aporta, asimismo, un correo electrónico de una dirección “@uptimeinstitute.com” en el que se manifiesta que las pruebas de funcionamiento para Tier III fueron completadas con éxito el 28 de abril de 2022.

Séptimo. Interpuesto el recurso, el 26 de enero de 2023, por delegación del Tribunal, la Secretaria General resolvió mantener la suspensión del lote 1 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, 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. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. Hemos de analizar, en primer lugar, y brevemente, la admisibilidad del recurso, en relación con el acto impugnado.

El artículo 44 de la LCSP dispone: *“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

(...)

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

(...)

c) Los acuerdos de adjudicación.”

Así las cosas, habida cuenta que el recurso se dirige contra la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a los 100.000 euros, el mismo tiene un objeto impugnado.

Tercero. Con carácter previo a entrar en el fondo del recurso, este Tribunal debe dilucidar si el mismo ha sido interpuesto en plazo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la LCSP:



“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:... d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Dado que, como se ha señalado en los Antecedentes, no consta la notificación de la adjudicación a los licitadores, el recurso debe considerarse admisible, habida cuenta además de que, entre la fecha de adopción del acuerdo impugnado y la de interposición del recurso especial en materia de contratación, no ha transcurrido el plazo establecido en el artículo 50.2 de la LCSP.

Cuarto. El siguiente requisito de admisión hace referencia a la legitimación del recurrente. A tenor del 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”.*

El recurrente, licitador segundo clasificado en la valoración de las ofertas, está indudablemente legitimado.

Quinto. En consecuencia, a lo anterior, debemos entrar a resolver el fondo del recurso: esto es, si la oferta realizada por el adjudicatario es, en efecto, admisible, o conculca lo dispuesto en los pliegos.

Nuevamente, como en el caso del anterior recurso, el punto de partida es el artículo 139 de la LCSP, que dispone que *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea*

(...)



3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.

Invoca el órgano de contratación que la redacción del punto 54 del apartado 6.3.1.2 (Requisitos de la infraestructura) exige que el CPD principal debe tener acreditación Tier III, mientras que el CPD de respaldo *“deberá ser al menos Tier III o equivalente”*. Señala que, consecuentemente, el CPD de respaldo debe ser al menos Tier III, pero la prueba de esta circunstancia no requiere una acreditación específica.

Hemos señalado que la interpretación de los Pliegos debe ajustarse a las normas establecidas con carácter general para los contratos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil (Resolución 1139/2019 de 14 de octubre) y que una eventual oscuridad de los Pliegos no puede perjudicar a los licitadores, causando el efecto más drástico para su libre concurrencia, como es el de la exclusión (Resolución 1037/2020 de 28 de septiembre). A la luz de los criterios hermenéuticos enunciados, debe entenderse razonable, además de respetuosa con el principio de libre concurrencia, la interpretación del órgano de contratación. En efecto, el hecho de que la acreditación Tier III se exija exclusivamente del CPD principal permite concluir que la clasificación Tier III del CPD secundario pueda ser acreditada por cualquier medio que el órgano de contratación considere suficiente. Tal apreciación está amparada por la discrecionalidad técnica, sobre cuyo ejercicio este Tribunal solo puede verificar una revisión de sus aspectos formales, tales como las normas de competencia o procedimiento, o que no se haya incurrido en error material o en arbitrariedad (Resolución 38/2023 de 26 de enero, con cita de otras anteriores). No aprecia este Tribunal que la valoración del órgano de contratación haya incurrido en los vicios referidos al estimar justificada la clasificación Tier III del CPD de respaldo ofertado por la adjudicataria, ni el recurrente impugna tal conclusión, por lo que procede desestimar el motivo.

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.M.A., en representación de la empresa KYNDRYL ESPAÑA SAU contra el acuerdo de 29 de diciembre de 2022 de la Junta de Contratación del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico que adjudica el *“Contrato de los servicios de infraestructura TIC del Ministerio”* (Lote 1) Expediente 20210000022R a T-SYSTEMS ITC IBERIA, S.A.U.

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 multa 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 a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES