



Recurso nº 233/2011

Resolución nº 269/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 10 de noviembre de 2011.

VISTA la reclamación interpuesta por don J.C.P y Doña I.G.C en representación, respectivamente, de las sociedades ACCENTURE S.L. e IBM GLOBAL SERVICES ESPAÑA S.A., como integrantes de la Unión Temporal de Empresas a constituir entre ambas, contra la resolución de fecha 4 de agosto de 2011, por la que se adjudica, en procedimiento negociado con publicidad, el contrato de servicios de Externalización de los sistemas de ERP de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., con número de expediente AI110001, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. convocó mediante anuncio publicado en el Perfil de Contratante el día 7 de octubre de 2010, en el Boletín Oficial del Estado el 9 de octubre de 2010 y enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de octubre de 2010, licitación para la adjudicación por procedimiento negociado del contrato cuyo objeto consiste en una solución integral para la externalización de los sistemas ERP de Correos por importe de 60.481.489,92 € (IVA excluido). El criterio de adjudicación es el de la oferta económicamente más ventajosa. La valoración de ofertas se realiza en dos fases, siendo la valoración técnica previa a la económica, pasando a ésta los licitadores que superen la puntuación mínima prevista en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

A la licitación presentó solicitud de participación en Unión Temporal de Empresas, comprometiéndose, en caso de resultar adjudicatarios, a la formalización y constitución de la UTE en escritura pública, las empresas ahora reclamantes y la sociedad T-SYSTEM ITC IBERIA S.A.U., que resultó adjudicataria.

Segundo. Presentadas las solicitudes, una vez realizada una primera evaluación técnica de las ofertas, dentro del proceso de negociación, se procedió a solicitar aclaraciones a la UTE reclamante y demás licitadores que habían superado los 12,5 puntos en la primera parte de valoración sobre sus ofertas técnica que fueron contestadas, emitiéndose informe técnico definitivo sobre dichas ofertas el 1 de junio de 2011. El 2 de junio de 2011 se solicita de los licitadores su mejor oferta económica. Abiertas las ofertas económicas el 10 de junio de 2011, la Dirección de Tecnología, Sistemas e Innovación de la sociedad estatal emite informe de evaluación conjunta de las ofertas técnica y económica. El 14 de junio de 2011 el Comité de Inversiones de la sociedad eleva al Consejo de Administración la propuesta de adjudicación del contrato, considerados los informes, proponiendo como adjudicatario a, T-SYSTEM ITC IBERIA S.A.U. El 30 de junio de 2011 se dicta la resolución de adjudicación a favor de T-SYSTEM ITC IBERIA S.A.U. por importe de 48.379.768,67 € (IVA incluido), por ser la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios establecidos en el pliego de condiciones particulares. El 1 de julio de 2011 se notifica a los interesados la adjudicación realizada

Tercero. Contra el acto de adjudicación, los ahora reclamantes interpusieron reclamación ante este Tribunal, dictándose la resolución número 199/2011, el 3 de agosto de 2011, que estimaba parcialmente la reclamación, ordenando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la notificación de la adjudicación al objeto de que la misma se notificara debidamente motivada a todos los licitadores. En ejecución de la resolución, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S. A. procedió a practicar nueva notificación de la adjudicación realizada a los licitadores el día 4 de agosto de 2011.

Cuarto. Practicada la nueva notificación, los reclamantes solicitaron a la entidad contratante información complementaria, al amparo del artículo 84.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE, en lo sucesivo), solicitud que no fue contestada; por lo que presentaron nueva reclamación el 23 de agosto de 2011 ante este Tribunal. El 14 de septiembre de 2011 este Tribunal dictó nueva resolución, número 212/2011, que estimaba parcialmente la reclamación y disponía la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la notificación de la adjudicación, al objeto de que la misma se notificase debidamente motivada a todos los licitadores en el

procedimiento. El 30 de septiembre de 2011 se dicta la notificación motivada del acto de adjudicación en ejecución de nuestra resolución, notificándose el mismo día por burofax, y observados errores materiales en la notificación a los reclamantes, se procede a su corrección por acto de 4 de octubre de 2011, notificado el mismo día por burofax

Quinto. Contra el acuerdo de adjudicación la representación de Accenture e IBM presenta nueva reclamación dirigida ante este Tribunal el 18 de octubre de 2011, habiendo formulado el anuncio previo a la entidad contratante el mismo día horas antes e incorporándolo a la reclamación. En la reclamación solicita, se declare nula, anule o deje sin efecto el acto de adjudicación, se declare que la oferta de T-Systems debió ser rechazada por incumplimiento de los pliegos de condiciones que rigen la licitación, con adjudicación del contrato a la propuesta presentada por Accenture e IBM y subsidiariamente, y con carácter alternativo la una de la otra las siguientes pretensiones, que se declare la adjudicación del contrato a favor de la propuesta de Accenture e IBM, por ser la oferta más ventajosa atendidos los criterios de valoración, o que se retrotraigan las actuaciones, procediéndose a efectuar una nueva valoración de las proposiciones.

Sexto. La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S. A. remite a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe el 21 de octubre de 2011.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, el 24 de octubre de 2011, da traslado de la reclamación a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Se da vista de los documentos del expediente de reclamación a la representante de T-SYSTEM ITC IBERIA S.A.U., adjudicataria del contrato, en la sede del Tribunal el 25 de octubre de 2011, que presenta alegaciones el 28 de octubre de 2011.

Octavo. El 26 de octubre de 2011 se notificó a la reclamante y a la entidad contratante el acuerdo del Tribunal de mantener la suspensión automática conforme a las previsiones del artículo 105.3 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone contra el acto de adjudicación de un contrato de servicios regulado por la LCSE, atribuyendo a este Tribunal su tramitación y resolución el artículo 101.1 de la citada Ley.

Hemos de aclarar que resuelto por este Tribunal una reclamación contra un acto, no puede venirse de nuevo contra él, pues en tal caso la reclamación se estaría interponiendo contra la resolución del Tribunal y no contra el acto reclamado, lo que resulta vedado al ser nuestras resoluciones sólo susceptibles de recurso contencioso administrativo conforme al artículo 11.1, letra f) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante en el presente caso nuestras resoluciones anteriores no examinaron ni se pronunciaron sobre el acto de adjudicación, sino que antes bien pusieron de manifiesto la insuficiente motivación de la notificación de dicho acto que, de acuerdo con nuestra doctrina, impedía a la reclamante tener la información suficiente para formular una reclamación suficientemente fundada. Por ello, resuelto el defecto esencial que originaba la indefensión de la reclamante, y reclamado el acto de adjudicación adecuadamente notificado, puede este Tribunal entrar a conocer del acto de adjudicación.

Empero existe un límite a nuestra competencia respecto de las pretensiones articuladas por los reclamantes que piden que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior a aquel en que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso de la entidad contratante, única a la que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992)

Por ello debemos inadmitir dichas pretensiones, por carecer de competencias para resolverlas, sin perjuicio de nuestra competencia para conocer de todas las demás formuladas.

Segundo. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 103 de la LCSE.

Tercero. Se han cumplido los requisitos de plazo para el anuncio e interposición de la reclamación, previstos en el artículo 104 de la LCSE.

Cuarto. Sobre el fondo aducen los recurrentes los siguientes reproches centrándolos esencialmente en el informe técnico en que se funda la adjudicación, que la oferta del adjudicatario incluye condiciones que constituyen cambios sustanciales en el alcance del contrato o en el plan de facturación, el denominado modelo de contrato flexible, que no debió admitirse por alterar sustancialmente el Pliego, aduciendo también respecto del mismo extremo que, bien en el informe se valora aspectos que no son más que exigencias del propio Pliego de condiciones, bien de ser algo distinto el informe valoraría mejoras no admitidas ni previstas en los Pliegos, imputaciones que también hace del denominado centro de excelencia postal. Afirma que el informe omite aspectos de su oferta, que utiliza elementos ajenos a los criterios de valoración, los certificados SAP, que considera además criterios de solvencia no admisibles en la valoración, que se utilizan subcriterios en la valoración no incluidos en el Pliego a los que imputa asimismo no estar ponderados, que se incurre en un error manifiesto en la valoración de su oferta, en fin, que se produce una menor valoración de su oferta con fundamento en la forma jurídica de UTE adoptada por los licitadores.

Respecto a tales alegaciones la entidad contratante aduce lo siguiente: que se trata de un procedimiento negociado en el que, de acuerdo con el artículo 58.4 de la LCSE, se ha tenido en cuenta no sólo la oferta inicial, sino también lo aportado en el proceso de negociación; señala que los criterios de valoración que se han aplicado son los previstos en el Pliego y que los denominados subcriterios son desglose de los aspectos que se han tenido en consideración para obtener la valoración de cada uno de los criterios. En cuanto a la utilización de criterios de solvencia técnica en la fase de valoración (certificados SAP), señala que no son ajenos a los criterios de valoración y que no se ha

omitido la valoración de alguno de los presentados por el reclamante; en cuanto a que el informe valora mejoras no admitidas ni previstas en los pliegos, niega el carácter de mejora no admitida y no prevista en los Pliegos al centro de excelencia postal y al modelo contractual flexible, señalando además, respecto del modelo contractual flexible, que no es el "establecimiento de un importe mensual fijo y variable por hito" exigible a los licitadores, ni un cambio en el alcance del contrato; rechaza haber discriminado al reclamante por comparecer en UTE y, en fin, niega que el informe omita aspectos contemplados en la oferta de los reclamantes y que haya habido errores de valoración.

El adjudicatario en su escrito recuerda el principio de discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas, señala que el denominado contrato flexible o compromiso de poder adapta el contenido de los servicios prestados a la evolución de la situación y del propio negocio de Correos, se hizo como expresa manifiestamente en la oferta de estar dentro del alcance y objeto del contrato, por lo que no hay cambio en el alcance del mismo ni incumplimiento del Pliego. Niega con los mismos argumentos que la entidad contratante los demás extremos de la reclamación.

Quinto. Entrando a examinar la reclamación, hemos de recordar tanto nuestra doctrina como la de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, respecto del procedimiento negociado. Así señalamos en nuestra resolución número 50/2011, de 24 de febrero, siguiendo la doctrina de la Junta Consultiva iniciada con el Informe 21/97, de 14 de julio de 1997, respecto de la Ley de Contratos del Sector Público, que *“el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio cual será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 160 de la Ley de Contratos del Sector Público los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación. Por otro lado, con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo 162 de la Ley de Contratos del Sector Público, no son equiparables a las proposiciones del artículo 129 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, en el*

expediente de referencia el único, que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.” Tales consideraciones son igualmente aplicables al procedimiento negociado configurado en los artículos 58.4, 80 y 81 de la LCSE, así como a los elementos técnicos que deban ser objeto de negociación.

Es por ello que la solicitud de aclaraciones y la aportación de nueva documentación en el proceso de negociación no supone vulneración de los Pliegos sino que responde al carácter diferenciado del procedimiento negociado respecto de los demás procedimientos de adjudicación, que permite tener en cuenta tanto en la valoración técnica como en la económica no sólo la oferta inicial, sino también los aspectos que hayan sido objeto de negociación a fin de seleccionar la propuesta más ventajosa, pues como señala la Junta Consultiva en el ya referido Informe 21/97, es *“el principio de flexibilidad derivado de la negociación [lo] que caracteriza a este procedimiento de adjudicación”*. Otra interpretación que impidiese la negociación sobre los términos de la oferta inicial vaciaría de contenido el procedimiento negociado y lo convertiría en abierto o restringido.

Por ello la entidad contratante actuó legítimamente al solicitar las aclaraciones y documentos en el proceso de negociación, incluidos los certificados SAP, sin que el reproche de que es un requisito de solvencia técnica pueda prosperar, por quedar acreditado en el informe la relación inmediata de lo solicitado con el objeto específico del contrato y como ha señalado la Junta Consultiva, la dicotomía entre requisito de solvencia y criterio de valoración ha de matizarse en el procedimiento negociado que por *“(…) su propia esencia como procedimiento no sujeto a criterios permite afirmar la inexistencia de la diferenciación en dos fases”*, lo que permite que pueda jugar como requisito de aptitud y criterio de adjudicación. (Informe 36/01, de 9 de enero de 2002)

En cuanto al denominado modelo de contrato flexible no puede deducirse de la oferta presentada ni del informe de valoración, que lo valora dentro de los criterios fijados en el Pliego, que suponga una alteración sustancial del contrato ni vulneración de los criterios del Pliego, igual que no puede afirmarse a la vista de la oferta y el informe que constituya una variante, que los reclamantes llaman mejora, cuyas condiciones de admisión están previstas en el artículo 62 de la LCSE, sino prestaciones adicionales incorporadas a la oferta y que suponen un valor añadido al proyecto, contempladas expresamente en el

Pliego, y valoradas conforme a los criterios del mismo. Lo mismo cabe decir en cuanto a la hipotética condición de variante del denominado centro de excelencia postal. Del mismo modo han de rechazarse las objeciones formuladas al Pliego en cuanto a la posibilidad de proponer prestaciones adicionales incorporadas a la oferta y que supongan valor añadido, toda vez que los reclamantes no reclamaron en tiempo y forma el Pliego y lo aceptaron expresamente al concurrir a la licitación.

En cuanto a la existencia de criterios sobrevenidos en la valoración no incluidos en el Pliego hemos de rechazarlo. Del informe técnico no se colige que los denominados subcriterios supongan criterios de valoración distintos de los fijados en el Pliego, sino antes bien una explicación pormenorizada de la valoración efectuada de todos y cada uno de ellos, y lo mismo cabe decir de los informes técnicos de valoración que obran en el expediente. A mayor abundamiento el propio reclamante incurre en contradicción al reprochar la ausencia de ponderación de los subcriterios, que daría lugar a su juicio, a la infracción de los principios básicos que informan la contratación del sector público y del artículo 61. 2 y 3 de la LCSE, cuando es precisamente la ausencia de ponderación lo que pone de manifiesto que no son en modo alguno criterios de valoración, sino desagregación de la valoración de los criterios del Pliego.

En fin, en cuanto a las demás alegaciones formuladas por los reclamantes y que se refieren al contenido material de la valoración efectuada, como ha señalado reiteradamente este Tribunal, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Pues bien lo alegado por la reclamante en dichos aspectos incide directamente en la discrecionalidad técnica de la valoración sin afectar a sus aspectos formales, sin que se haya apreciado por este Tribunal arbitrariedad, discriminación o errores materiales, estando además el informe técnico en que se funda la adjudicación, adecuada y suficientemente motivado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por ACCENTURE S.L. e IBM GLOBAL SERVICES ESPAÑA S.A., como integrantes de la Unión Temporal de Empresas a constituir entre ambas, contra la resolución de fecha 4 de agosto de 2011, por la que se adjudica, en procedimiento negociado con publicidad, el contrato de servicios de Externalización de los sistemas de ERP de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 104.6 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, al amparo de lo establecido en el artículo 106.4 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

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 106.4 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.