



Recurso nº 556/2014 C.A. Galicia 073/2014

Resolución nº 585/2014

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

En Madrid, a 30 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.J.P.F., en representación de la mercantil OESÍA NETWORKS, S.L. (en adelante OESÍA o la recurrente), contra la solicitud de documentación para realizar la adjudicación en favor de la empresa Netex Knowledge Factory, S.L. (en lo sucesivo, NETEX o la adjudicataria), en la contratación del “servicio de desarrollo de una plataforma tecnológica de gestión del conocimiento”, por el Servicio Gallego de Salud (expediente: AB-SER1-14-014), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio Gallego de Salud (en adelante, el SERGAS o el órgano de contratación) convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de Galicia, el 30 de diciembre de 2013, y en el DOUE y en el BOE los días 2 y 7 de enero de 2014, respectivamente, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el contrato de servicios de *desarrollo de una plataforma tecnológica de gestión del conocimiento*. El valor estimado del contrato se cifra en 997.590 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público –cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo previsto en las normas de desarrollo en materia de contratación. El contrato, de la categoría 7 del anexo II del TRLCSP, está sujeto a regulación armonizada. Presentaron oferta nueve empresas; tras la exclusión de las que no habían alcanzado la puntuación mínima exigida en los

criterios no valorables de forma automática, las ofertas finalmente admitidas fueron siete, entre ellas la de la recurrente.

Tercero. El Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), en la cláusula 5.5 sobre documentación relativa a los criterios valorables de forma automática (sobre C) establece:

“5.5.1 La oferta, firmada, habrá de estructurarse de la siguiente forma, adaptando los contenidos a lo indicado en cada uno de los apartados:

.....

2. Mejoras en funcionalidades del producto relacionadas con el objeto del contrato a través de servicios de desarrollo o aportación de productos propios.

Relación de funcionalidades adicionales propuestas y valor económico de las mismas. Se acreditará el valor económico de las mismas en función del Precio de venta del sistema propio existente o acreditando el coste de desarrollo de la solución...”

Asimismo, en la cláusula 6.5 relativa a los criterios de adjudicación, se dispone en cuanto a la forma de valorar el criterio nº 4 de *aportación de mejoras en funcionalidades de producto* (hasta un máximo de 8 puntos) que:

“Se valorarán aportaciones de alguna o algunas de las siguientes funcionalidades:

- *Elaboración de contenidos en formato SCORM o TIN CAN. Hasta un máximo de 4 puntos.*

La empresa desarrollará contenidos de módulos formativos de 10 horas de teleformación. Se otorgarán 4 puntos a la empresa que más módulos oferte, y proporcionalmente se asignará puntuación descendente al resto de ofertas.

- *Número de juegos implementados (serious games), que potencien la usabilidad del portal con la estrategia de gamificación descrita en los requisitos funcionales. Hasta un máximo de cuatro puntos.*

Se otorgarán 4 puntos a la empresa que más módulos oferte, y proporcionalmente se asignará puntuación descendente al resto de ofertas”.

Cuarto. En la reunión de la Mesa de contratación del 23 de mayo, se procedió, en acto público a la apertura y lectura de la documentación incluida en el sobre C. La empresa OESÍA presentó una oferta de mejoras en funcionalidades (módulos formativos / juegos implementados) de 100 cursos para los que indica la estructura general y algunos de los títulos y 1000 juegos de duración máxima de 5 minutos para los que indica también las características generales. Entre las restantes ofertas los valores máximos presentados fueron de 50 (módulos formativos) y 20 (juegos). La oferta de NETEX finalmente propuesta como adjudicataria era de 3 / 4.

Cinco de las ofertas (entre ellas la de OESÍA) no acreditaron una valoración económica de las mejoras de funcionalidades por lo que la Mesa de contratación, en la reunión de 3 de junio, decidió puntuarlas con cero puntos en ese apartado. Tras la valoración, propuso como adjudicataria a NETEX, cuya puntuación resultaba la más elevada de las siete ofertas (79,42 puntos, de los que 4,24 corresponden a las mejoras). La recurrente quedó clasificada en cuarto lugar con 71,45 puntos (0 en mejoras). Con fecha 6 de junio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP, se requirió a NETEX para que presentara la documentación pertinente para proceder a la adjudicación.

Quinto. Con fecha 12 de junio de 2014, OESÍA solicitó copia del expediente de contratación, en particular *“copia del informe de valoración que integra el expediente, en el que según el artículo 151.1 del TRLCSP se basa el órgano de contratación para clasificar por orden decreciente las proposiciones presentadas”*. Tras acceder al mismo, el 27 de junio se les facilitó copia del expediente, en el que se incluía la petición de documentación a la empresa propuesta como adjudicataria.

El 10 de julio tiene entrada en el registro del Tribunal escrito de OESÍA, previamente anunciado al SERGAS, de interposición de recurso especial en materia de contratación; pide la anulación del citado acto de trámite de 6 de junio de solicitud a NETEX de la documentación necesaria para proceder a la adjudicación.

En el recurso, tras diversas consideraciones relativas al acceso al expediente de contratación, manifiesta que, de hecho, *“la mesa de contratación introdujo un nuevo subcriterio (precio) en la fórmula matemática de valoración objetiva del criterio nº 4 (mejoras en funcionalidades de producto) cuando el texto del propio PCAP considera el precio de juegos y módulos formativos IRRELEVANTE para la valoración de los criterios objetivos...”*. Considera que el hecho de no haber consignado la valoración económica de las mejoras, *“no puede ni debe conducir a la modificación arbitraria del criterio objetivo nº 4 ni de ningún otro, y máxime por la mencionada NATURALEZA IRRELEVANTE del requisito que, para más “inri”, introdujo oscuridad en los pliegos (como así denota la equivocación de la mayor parte de las empresas)”*. En todo caso, entiende que tal defecto sería claramente subsanable, y podía solicitarse con posterioridad a la apertura de las ofertas, pues no altera la valoración ni equivaldría a proponer en realidad una nueva oferta. Considera absurdo que *“que un elemento formal y subsanable que, a priori, no afecta en modo alguno a los criterios de valoración objetiva sea finalmente determinante y decisivo en el establecimiento de las puntuaciones y la elección de la oferta más ventajosa”*.

Sexto. El expediente administrativo, junto al correspondiente informe del órgano de contratación, se recibió en el Tribunal el día 21 de julio de 2014. El SERGAS en su informe argumenta que la valoración económica de la oferta de mejoras es un dato relevante y concluye que la valoración con cero puntos en ese criterio, está motivada por no aportar la información del sobre C, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 5.5.1, apartado 2 del PCAP *“y no supone una modificación del criterio objetivo de valoración de ofertas sino una aplicación del mismo, ya que se consideró que la falta de datos exigidos en el pliego suponía la imposibilidad de verificar la oferta en ese apartado y la forma más adecuada de mantener la concurrencia sin proceder a la exclusión de las empresas por un único error de forma en este apartado.*

En el caso de que este criterio de valoración con cero puntos en este apartado no fuese aplicado, deberá procederse a la exclusión de las ofertas que han incurrido en incumplimiento de la formalización de este apartado.

La empresa OESIA NETWORKS reconoce haber incumplido formalmente este apartado, y este hecho está verificado no sólo por la no inclusión de la valoración económica exigida, sino también por la inclusión de condicionantes a la administración para la realización de la propuesta presentada en este mismo apartado.

Tanto en la aplicación del criterio a cero puntos en el apartado, como por la exclusión de las ofertas que incumplen la formalización de la oferta, el resultado de la adjudicación no varía, por lo que se solicita el rechazo de este recurso y la reanudación del procedimiento de contratación”.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las demás empresas licitadoras en fecha 22 de julio de 2014, para que, si lo estimaran oportuno, pudieran formular alegaciones, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

Octavo. Con fecha 25 de julio de 2014 se dictó por este Tribunal Resolución por la que se acordó la concesión de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se refiere a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada y se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40.1,b) y 41, apartados 3 y 4, del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE del día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP. La mercantil OESÍA., concurrió a la licitación por lo que está legitimada para recurrir conforme señala el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre la petición de documentación a la empresa propuesta como adjudicataria. Se trata de un acto de trámite que no decide la adjudicación, ni determina

la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión ni perjuicio irreparable a la recurrente, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.2,b) del TRLCSP, no es un acto decisivo que pueda ser objeto de recurso. No obstante, en los mismos términos planteados por la recurrente se podría interponer el recurso contra el futuro acuerdo de adjudicación, por lo que, para evitar dilaciones innecesarias y por un principio de economía procesal, en los fundamentos siguientes entraremos a considerar el fondo de la cuestión planteada.

Cuarto. La mercantil recurrente basa su recurso en la alegación de haber introducido la Mesa de contratación en el apartado consistente en *mejoras en funcionalidades del producto*, nuevos criterios para su valoración no previstos en el Pliego (que únicamente prevé la valoración en proporción al número de cursos/juegos aportados) lo que ha generado a la recurrente indefensión al introducir arbitrariedad y subjetividad en la adjudicación del contrato.

Por el contrario, el órgano de contratación considera que los Pliegos establecen que en la oferta se debe incluir la valoración económica de las “mejoras propuestas”, para analizar si se ajustan al coste alegado por el licitador para su ejecución.

Quinto. Expuestas las posiciones de las partes, debe analizarse si la valoración de las mejoras que realiza la Mesa de contratación se ha ajustado a lo previsto en el Pliego o si, por el contrario, se han introducido criterios de valoración nuevos, lo que como reiteradamente ha declarado este Tribunal (como referencia reciente en la Resolución 370/2014, de 9 de mayo) no puede ser admitido por la desigualdad que produce en la valoración de las ofertas.

Sexto. Como se ha expuesto en el antecedente tercero, en el PCAP se definen las mejoras a valorar que ahora se analizan, la documentación a presentar (apartado 5.5.1) y los criterios para su valoración (apartado 6.5). En el acuerdo de la Mesa de contratación, se puntúan las mejoras de acuerdo con el número de cursos/juegos propuestos, sólo si se ha reflejado el coste económico de las mismas. En el caso de la recurrente y de otras cuatro empresas, no se han puntuado las mejoras por no haber reflejado en la oferta su valoración económica. No obstante, en las dos ofertas que sí lo han hecho, tampoco se

efectúa consideración alguna sobre si el coste de las mejoras propuestas por esas dos empresas es razonable o excesivo y si se ajusta a la oferta económica de la empresa.

A estos efectos, es claro que el Pliego exige explícitamente que se acredite el valor económico de las mejoras, aunque tal valor no se tenga en cuenta para determinar la puntuación.

Resulta llamativo que la recurrente haya presentado una oferta de mejoras absolutamente dispar con el resto de licitadores en cuanto al número de cursos y juegos con la que, de haber reseñado el valor económico de esas mejoras y con independencia de su cuantía, habría obtenido ocho puntos y, con la fórmula indicada en el pliego, habría llevado a que el resto de las ofertas se puntuasen con valores próximos a cero. Resulta también llamativo que cinco de las siete ofertas hayan omitido la valoración económica de las mejoras y que, al menos en la propuesta de la recurrente, la oferta de juegos (1.000 juegos de 5 minutos) requiere que *“el contenido de los juegos en formato preguntas-respuestas será aportado por el SERGAS en formato de documento”*.

Las cuestiones indicadas en el párrafo anterior son demostrativas de la falta de concreción del PCAP al regular la forma de acreditar y valorar las mejoras, lo que sin duda ha inducido a la mayoría de los licitadores a no concretar la valoración económica de esas mejoras. Debe, por tanto, concluirse que el Pliego ha considerado unos criterios de valoración de las mejoras (número de cursos/juegos) que no toman en cuenta las condiciones y requisitos de presentación de esas mejoras ni el coste de las mismas, lo que ha permitido la inclusión de ofertas heterogéneas y la no acreditación por la mayor parte de ellas del valor económico de sus propuestas en este apartado.

Séptimo. Respecto de los efectos que debe producir sobre la licitación la anterior conclusión, también se ha pronunciado reiteradamente este Tribunal. En la Resolución citada, se hacía referencia a la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, -asunto C-532/06, consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis y otros -, de acuerdo con la cual unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho *“... porque basta con que permitan la posibilidad de una*

aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”.

Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido de manera congruente la forma de acreditar las mejoras a considerar y las pautas para su valoración, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. En el mismo sentido, nos referíamos a otras sentencias del TJUE que declaran *“la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores”.*

Como también señalábamos en nuestra Resolución 370/2014 citada, con referencia a otras de este Tribunal, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. Como ha declarado el TJUE (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) *“los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”.* Y concluye que: *“La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.*

Sobre la posibilidad de apreciar de oficio los vicios de nulidad que afectan a la licitación, pese a no haberse solicitado por la empresa recurrente, como ya indicábamos en la reiteradamente citada Resolución 370/2014, este Tribunal no ha hecho en sus

resoluciones sino seguir la doctrina que sobre esta cuestión ha mantenido el Tribunal Supremo.

En consecuencia, procede declarar nula la cláusula contenida en el apartado 6.5 del PCAP que determina la forma de valorar la *aportación de mejoras en funcionalidades de producto*, lo que conlleva la estimación del recurso con expresa declaración de nulidad de la valoración efectuada y de la propuesta de adjudicación y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre la plasmación en los pliegos de los criterios para una correcta apreciación y valoración de las mejoras que presenten las empresas licitadoras.

Todo ello, con la finalidad de que todos los licitadores tengan ocasión de ponderar sus ofertas con pleno conocimiento de los elementos que van a ser valorados, para evitar que la indefinición de las mejoras y los criterios de valoración de las mismas les impida poder formular sus ofertas en condiciones de plena igualdad.

Por todo lo expuesto,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M.J.P.F., en representación de la mercantil OESÍA NETWORKS, S.L., contra la solicitud de documentación para realizar la adjudicación en la contratación del servicio de desarrollo de una plataforma tecnológica de gestión del conocimiento, por el Servicio Gallego de Salud, declarando la nulidad de todo el procedimiento por vicios esenciales del PCAP al establecer unos criterios de valoración de mejoras que vulneran el principio de igualdad de trato y no discriminación y de transparencia que impide a los licitadores la formulación adecuada de sus ofertas.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

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 Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.