



**EB 2019/106**

**Resolución 156/2019, de 25 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa EUSKALTEL, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento, soporte y mejora de la Red Corporativa de Comunicaciones de la UPV / EHU – Red 2019”, por la Universidad del País Vasco (UPV – EHU).**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** El día 20 de junio de 2019 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa EUSKALTEL, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento, soporte y mejora de la Red Corporativa de Comunicaciones de la UPV / EHU – Red 2019”, por la Universidad del País Vasco (UPV – EHU).

**SEGUNDO:** El día 20 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de 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 (en adelante, LCSP). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO los días 24 y 26 de junio.





**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados con fecha 26 de junio, se han recibido, el día 3 de julio, las alegaciones de TELEFÓNICA DE ESPAÑA. S.A.U., adjudicataria impugnada (en adelante, TELEFÓNICA).

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.A. P.S., que actúa en su nombre.

### **SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

Según la letra a) del artículo 44.1 de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

Conforme al art. 44.2 c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación de los contratos.

### **CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma**

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

### **QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la UPV – EHU tiene la condición de poder adjudicador y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



## **SEXTO: Argumentos del recurso**

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) El recurrente solicitó acceso al expediente al poder adjudicador, que la concedió, excepto en lo referido a la documentación declarada confidencial; EUSKALTEL estima que la denegación parcial de acceso no es correcta porque no hay declaración expresa de confidencialidad por parte de TELEFÓNICA (como posibilitaban los pliegos) ni se han expuesto razones vinculadas a la existencia de secretos técnicos o comerciales que, a pesar de ello, facultan al órgano de contratación a vedar dicho acceso (tal y como prevén también los pliegos).
- b) La oferta técnica de TELEFÓNICA debió ser excluida del procedimiento de adjudicación por infringir el carácter secreto de las proposiciones y los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación de los licitadores dado que contiene información que debió incluirse en el sobre “B” (oferta evaluable automáticamente a través de fórmulas); concretamente, la infracción afectaría al criterio “Enlaces con sedes remotas”.
- c) Se alega que la oferta de TELEFONICA no incluye algunos aspectos e información solicitada por los pliegos, por lo que debió ser excluida también por ese motivo; concretamente, no se da respuesta a lo requerido en los apartados 2.12.6 – Disponibilidad del servicio, 3.2 Sistema centralizado de Logs y 4 Consideraciones generales.
- d) Finalmente, se solicita el acceso completo al expediente y la concesión de un nuevo plazo para formular recurso mediante notificación expresa al efecto.

## **SÉPTIMO: Alegaciones de TELEFÓNICA**

El adjudicatario aporta, resumidamente, las siguientes alegaciones:



- a) La adjudicataria impugnada alega que declaró como confidencial su oferta técnica para proteger intereses comerciales legítimos, estimándose que su difusión puede perjudicar la competencia entre empresas; asimismo, se alega que EUSKALTEL ha dispuesto de información suficiente para elaborar su recurso.
- b) El recurso no concreta cuál es la información relativa a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmulas cuyo contenido ha sido indebidamente conocido anticipadamente y la proposición de TELEFÓNICA ha sido confeccionada cuidadosamente para evitar dicha anticipación.
- c) La oferta técnica de TELEFONICA cumple todos los requisitos técnicos exigidos por el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT); se alega que, al no formar parte de los criterios evaluables, TELEFÓNICA los asume tal y como se solicitan en el PPT.
- d) TELEFÓNICA estima que el recurso incurre en temeridad, ya que no plantea ninguna controversia jurídica o técnica; asimismo, dado que la vigencia de la prórroga del actual contrato para la misma prestación finalizó el 1 de julio, su interposición causa graves perjuicios a la adjudicataria impugnada y a la propia UPV / EHU.

**OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) La adjudicataria impugnada declaró como confidencial la oferta técnica en el pie de página de cada una de sus páginas y especificó posteriormente varios apartados que propone omitir del trámite de acceso; la recurrente accedió a la mayor parte de la oferta técnica de TELEFÓNICA, a excepción de la



documentación que la UPV / EHU entendió referida a secretos técnicos o comerciales, pues se trata de contenidos reservados (es decir, desconocidos para terceros), que comportan ventaja competitiva para la empresa y que representan un valor estratégico para la empresa y pueden afectar a su competencia en el mercado.

b) Se alega que tanto la oferta de la adjudicataria como la de la recurrente incluyen en el sobre C información sobre la capacidad de los enlaces en la descripción de las tecnologías con las que van a dar respuesta a los requisitos técnicos exigidos en los pliegos, pero no adelantan información concreta que sirva para aplicar los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas.

c) TELEFONICA se compromete a cumplir con todos los requisitos, alcances y niveles de servicio establecidos en el PPT, lo que incluye el apartado de disponibilidad de los enlaces que darán servicio a las redes remotas; análoga alegación se formula para el sistema descentralizado de Logs y switches de acceso.

#### **NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

En síntesis, este Órgano debe pronunciarse sobre la insuficiencia del acceso al expediente permitido por el poder adjudicador y sobre si la oferta de TELEFÓNICA debe o no ser excluida por infringir el procedimiento de valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y de los evaluables mediante fórmulas establecido en el artículo 146.2 de la LCSP, así como por incumplir determinados apartados del PPT. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

##### **a) Sobre el acceso al expediente**

EUSKALTEL alega que el poder adjudicador ha limitado indebidamente su acceso al expediente y solicita que el OARC / KEAO le facilite el acceso a



determinadas partes del mismo. A juicio de este Órgano, esta pretensión debe desestimarse, de acuerdo con su doctrina sobre la materia, que se expone a continuación (ver, por todas, la Resolución 50/2019). La solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se halla regulada en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. La finalidad que se persigue mediante este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se accede son necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, la denegación del acceso al expediente solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado, y en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO), de modo que si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP,



como ocurre en el presente caso (y el recurrente no discute), no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía), requisito cuyo cumplimiento no se ha acreditado en este caso, pues no consta cuál es el concreto perjuicio para la correcta elaboración del recurso que esta denegación de acceso al expediente ha podido suponer. En definitiva, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a su petición de acceso al expediente.

b) Sobre la infracción de la valoración separada de los criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas y los criterios sujetos a juicio de valor.

Sobre este motivo de impugnación, debe observarse que el recurrente únicamente cita dos apartados concretos de la oferta de TELEFÓNICA que infringirían la valoración separada del criterio de adjudicación “Enlaces con sedes remotas”:

- un párrafo del epígrafe 2.5 del documento “Sedes remotas” que indica que “no se hace referencia a los tipos de enlace ofertados ni al equipamiento WDM que se instalaría por ser indicio del tipo de enlace en las sedes de Elcano, Sarriko, Bizkaia Aretoa, (...) y ser objeto de valoración automática mediante fórmulas”.
- se menciona también, dentro del documento “Sedes remotas”, apartado 2.5.1.7 Descripción de equipos WDM”, página 26, figura 14, que detalla el anillo de Gipuzkoa en el que se indican las capacidades de ciertos enlaces.



Habida cuenta del contenido del criterio “Enlaces con sedes remotas”, su aplicación precisa conocer si el licitador propone incrementos de ancho de banda de 1 Gbps a 10 Gbps y cada una de las sedes para las que lo hace. De la información señalada por EUSKALTEL no se deduce, directa o indirectamente, ninguno de dichos datos, de modo que no se ha producido ningún conocimiento prematuro de información alguna que permita el cálculo anticipado del resultado de dicha aplicación; de hecho, el recurso no es capaz de exponer dicho resultado, por lo que su argumentación se basa en meras conjeturas (“...podría deducirse cierta información objeto de valoración automática...”). Consecuentemente, no se ha acreditado la infracción, ni siquiera formal, del sistema de valoración separada, por lo que el motivo de recurso debe desestimarse.

c) Sobre los incumplimientos de las prescripciones técnicas por el adjudicatario

El recurrente alega que TELEFÓNICA no ha incluido en su oferta diversa información solicitada por el PPT, lo que debió suponer su exclusión; concretamente, los apartados infringidos señalados por EUSKALTEL son los siguientes:

- 1) apartado 2.12 Requerimientos de la solución (que señala “los requerimientos que debe cumplir la solución ofertada para adecuarse a las necesidades de la UPV / EHU”).
- 2) subapartado 2.12.6 Disponibilidad del servicio:

**2.12.6.- Disponibilidad del servicio**

Dada la criticidad de los servicios y procesos que soporta la red corporativa, el adjudicatario deberá asegurar las siguientes disponibilidades mínimas (se entenderá por disponibilidad que no haya degradación de servicio, excepto que esta se deba a saturación de tráfico):



- ☐ Enlace individual: 99%
- ☐ Sede con enlaces redundados o nodo: 99,99%

En el cómputo de esta disponibilidad se tendrán en cuenta los elementos imputables al servicio ofertado, así como el equipamiento propiedad de la UPV/EHU, pero en mantenimiento dentro del marco del futuro contrato.

### 3) apartado 3.2 Sistema Centralizado de Logs”

#### **3.2.- Sistema Centralizado de Logs.**

La UPV/EHU actualmente almacena los logs de sus sistemas en diferentes repositorios, bien sean locales al sistema o en un sistema centralizado. Estos logs, son enviados, mayoritariamente, vía syslog sin realizar ningún tratamiento de ellos.

Es por ello que la UPV/EHU desea contratar la adquisición de una solución (hardware software) que pueda recolectar, y analizar estos logs, ofreciendo una interface para búsqueda rápida de información que ya fuese indexada.

La solución tendrá que implementar un método fácil de escalado de almacenamiento de los logs, bien sea mediante nuevos nodos HW para almacenamiento como acceso a sistemas NFS, etc., deberá tener una capacidad de almacenamiento mínima de 1 año y deberá estar basada en el stack ELK (Elasticsearch, Logstash, Kibana).

En este proyecto se incluirá la adaptación de los logs a la plataforma, así como un numero delimitado de cuadros de mando para la búsqueda de la información dentro de la herramienta. Se deberá dar formación al personal de la VGTIC, del diseño de la solución, de la generación de nuevos cuadros de mandos y de la incorporación de logs adicionales de nuevos sistemas. Se deberá tener en cuenta para el diseño de la solución que los logs serán enviados en bruto y es este, el nuevo sistema el que deberá realizar el pre-filtro para indexar la información deseada.

Inicialmente los logs a ser indexados procederán de diferentes sistemas, esta información, así como el tamaño de los logs generados por estos sistemas se encuentran en el anexo 5-Logs.

A contratar:

- ☐ Instalación y configuración del sistema.
- ☐ Licenciamiento software para la solución propuesta.
- ☐ El hardware deberá tener doble fuente de alimentación y ser instalables en un rack y deberá ser suficiente para admitir un crecimiento anual de un 20% durante la duración del contrato.
- ☐ Adaptación de los logs.
- ☐ Creación de una serie de cuadros de mando (anexo 5-Logs).



- ☐ Formación en el nuevo sistema y en la creación de nuevos cuadros de mandos (15 personas aproximadamente).

Se valorará:

- ☐ Horas por parte del integrador para la creación de nuevos cuadros de mando o adaptación de nuevos logs.

- ☐ Soporte técnico y mantenimiento

Según apartado 4.2.1.

#### 4) subapartado 4.1.3 Puesta en servicio

##### **4.1.3.- Puesta en servicio**

La oferta deberá incluir el plan de proyecto de implantación y de puesta en servicio de todos los elementos incluidos por parte del adjudicatario.

El presente proyecto se considera “llave en mano”, es decir, se entregará a la UPV/EHU completamente instalado y operativo, y se debe incluir todo equipamiento, módulo y/o fuentes de alimentación adicionales que sean necesarios para su operatividad final. Así mismo, debe prever e incluir todo elemento adicional necesario como cables, latiguillos, conectores, cambiadores de medio, etc. para lograr la puesta en marcha de la solución ofertada.

#### 5) subapartado 4.1.3.2 Puesta en servicio de las mejoras de red (apartado 3).

##### **4.1.3.2.- Puesta en servicio de las mejoras de red (apartado 3)**

Las mejoras descritas en el apartado 3, deberán ser implementadas y puestas en servicio en el plazo máximo de un año a partir de la fecha de inicio del contrato.

#### 6) subapartado 4.1.4 Pruebas de aceptación

##### **4.1.4.- Pruebas de Aceptación**

El licitador deberá presentar un plan de pruebas para su aceptación, que permita comprobar el comportamiento de los equipos instalados y el funcionamiento conjunto de los mismos. Una vez aprobado el plan, las pruebas se realizarán bajo la supervisión de la persona o personas que la UPV/EHU designe.

Con carácter previo al análisis de las infracciones alegadas, debe precisarse que el recurso no indica que la oferta del adjudicatario infrinja frontalmente el PPT



por proponer soluciones técnicas insuficientes o contrarias a las descritas en él, sino que le achaca falta de acreditación del cumplimiento de algunas de sus prescripciones. Teniendo en cuenta este hecho, el motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Los apartados del PPT señalados en los números 1, 2, 3 y 5 detallan ciertos requerimientos técnicos que deberá cumplir la solución ofertada, pero no solicita al licitador la presentación de ninguna documentación específica que acredite que su propuesta los satisface. Consecuentemente, es aplicable la doctrina establecida por este Órgano, que señala que la falta de mención expresa en la oferta al acatamiento o satisfacción de una obligación o prescripción técnica no supone la exclusión de la misma por incumplimiento, dado que la presentación de la citada oferta ya implica el acatamiento incondicionado de los pliegos (ver el artículo 139.1 de la LCSP); solo podría ser de otro modo si la proposición contuviera elementos incompatibles con dicho cumplimiento, lo que no se alegado ni probado, o si se exigiera en los documentos contractuales que rigen la licitación una acreditación expresa al respecto y esta no se aportara, que tampoco es el caso (ver, por todas, la Resolución 60/2019 del OARC / KEAO). Además, debe indicarse que los apartados 4.1.1 y 4.1.2 se refieren claramente al “adjudicatario” como destinatario de las prescripciones que contienen, no al licitador, por lo que no pueden servir para reprochar a TELEFONICA defecto alguno en la elaboración de su proposición, sin perjuicio de que, en su caso, su incumplimiento pueda suponer al contratista las consecuencias legal y contractualmente previstas (penalizaciones, resolución del contrato, etc.).
- 2) Los apartados del PPT señalados en los números 4 y 6 anteriores sí parecen referirse a contenidos que deberán figurar en la oferta que presente el licitador, aunque no con excesiva claridad, ya que el primero menciona también al adjudicatario y el segundo alude a una aceptación previa que parece más bien una actuación del poder adjudicador dentro



de la ejecución del contrato. Como ha recordado este Órgano en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 79/2018 del OARC / KEAO), el PPT no es el documento contractual en el que debe figurar el contenido necesario de la documentación que debe presentar el licitador, función que corresponde al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), según establece el artículo 67.2 h) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). En este sentido, el citado PCAP, en su cláusula específica 24.3, señala determinados contenidos para el sobre relativo a la documentación sobre criterios de adjudicación sujetos juicios de valor, pero las omisiones o deficiencias que pudieran afectar a la oferta del adjudicatario solo podrían suponer una menor puntuación en dichos criterios (algo que el recurso no reclama), pero no su exclusión del procedimiento de adjudicación, salvo que impidan conocer su contenido o contrastar su cumplimiento del PPT, que tampoco es el caso (ver la Resolución 72/2017 del OARC / KEAO). Finalmente, en la cláusula específica 24.2, que indica el contenido del sobre relativo a los criterios evaluables mediante fórmulas, solo hay una referencia a “la documentación técnica que se considere de interés”, demasiado genérica como para extraer de ella la conclusión de que se solicita documentación concreta cuya omisión acarrea una consecuencia tan grave como la exclusión y que, además, parece facultar al licitador para que introduzca la que le parezca oportuna y no para obligarle a aportar la que la Administración demanda imperativamente. Según una reiterada doctrina de este Órgano, el principio de transparencia (artículo 1 de la LCSP) impide que esta discrepancia entre ambos pliegos, imputable exclusivamente al poder adjudicador que los ha elaborado y que además parte de una ubicación sistemática errónea de su contenido, se resuelva con un criterio interpretativo que perjudique al licitador (ver, por todas, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO). En cualquiera de los casos, la proposición de TELEFÓNICA sí incluye el contenido requerido por las



cláusulas debatidas en las páginas 39 y 40 del documento “Sedes remotas”, bajo el epígrafe “Plan de implantación y puesta en servicio”.

d) Sobre la mala fe o temeridad de la oferta

A juicio de este Órgano, no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP dado que, aunque las pretensiones del recurrente han sido íntegramente desestimadas, la alegación de que el adjudicatario impugnado incumple el PPT no carece de argumentación jurídica.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de establecida Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa por la empresa EUSKALTEL, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento, soporte y mejora de la Red Corporativa de Comunicaciones de la UPV / EHU – Red 2019”, por la Universidad del País Vasco (UPV – EHU).

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO:** Declarar que **no** se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.



**CUARTO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**QUINTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2019ko irailaren 25a**

Vitoria-Gasteiz, 25 de septiembre de 2019