



EB 2020/145

Resolución 181/2020, de 18 de diciembre, 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 ENTELGY IBAI, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicios de Gobierno IT, mantenimiento y gestión de la infraestructura informática y tecnológica”, tramitado por NEIKER, Instituto Vasco de Investigación y Desarrollo Agrario, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de octubre de 2020 se ha presentado 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 ENTELGY IBAI, S.A.U. (en adelante, ENTELGY) contra la adjudicación del contrato “Servicios de Gobierno IT, mantenimiento y gestión de la infraestructura informática y tecnológica”, tramitado por NEIKER, Instituto Vasco de Investigación y Desarrollo Agrario, S.A. (en adelante, NEIKER).

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 15 de octubre, se recibió, el día 23 del mismo mes, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y el informe al 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).





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 23 de octubre, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora y la representación de D. A. E. L., que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, NEIKER tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) La adjudicación impugnada no está suficientemente motivada y solo indica las puntuaciones otorgadas a cada oferta en relación con cada uno de los criterios cuya aplicación requiere un juicio de valor. Aunque la recurrente ha tenido acceso al expediente, no se le ha proporcionado el informe técnico de valoración con las razones de las puntuaciones otorgadas a cada licitador; dicho informe tampoco se ha publicado en el perfil del contratante ni se ha notificado junto con la Resolución de adjudicación.

b) ENTELGY alega irregularidades en la aplicación de los siguientes criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, cuya aplicación excede de los límites de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador para adjudicar el contrato, por lo que la empresa DERTEN no debió resultar adjudicataria:

- En el criterio relativo a la solvencia técnica se valoran certificados de los que las empresas beneficiadas no disponen en el momento de presentar la oferta, por lo que no debieron valorarse, mientras que sí debieron valorarse las certificaciones aportadas por la recurrente; consecuentemente, se solicita que DERTEN obtenga 0 puntos y ENTELGY 5 puntos.
- En lo que se refiere al “Servicio presencial”, se impugna que se hayan atribuido a la recurrente 0 puntos, entendiendo que debieron concedérsele 5 puntos, mientras que la oferta de DERTEN debió obtener 0 puntos porque no aportó ningún profesional para la valoración.
- En el criterio “Gobierno IT. Nuevos proyectos IT” se estima que, en lugar de 0 puntos, debió obtenerse, al menos, la misma puntuación que DERTEN (1 punto).
- En el criterio “Homologación de soluciones de SW/Inventarios (gestión de inventario y garantías)” solo puntúa la empresa DERTEN (1 punto); la recurrente entiende que debió recibir la misma puntuación.



- En “Plan de formación IT”, la recurrente reclama que debió conseguir 3 puntos, al igual que DERTEN.
 - En “Gestión y política de copias de seguridad. Definición de un plan de contingencia. Gestión de la seguridad”, se alega que ENTELGY debió obtener, en lugar de 1 punto, 4 puntos, como DERTEN.
 - Los “Medios humanos” no han sido valorados ni se han distribuido los correspondientes puntos entre los concursantes lo que, unido a la dilatada experiencia del equipo de ENTELGY y a que el adjudicatario no proponga el equipo completo y ofrezca menos experiencia que ENTELGY, puede implicar un perjuicio claro para la recurrente.
- c) La empresa DERTEN incorpora en el sobre correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor información relativa a su solvencia económico – financiera y técnica profesional, propia del sobre 1 (cumplimiento de los requisitos previos), lo que debió suponer la exclusión de su proposición.
- d) Finalmente, se solicita:
- La exclusión de la oferta de DERTEN, y subsidiariamente,
 - La revocación de la adjudicación impugnada y la adjudicación a la oferta de ENTELGY, atendidas las correcciones de la puntuación solicitadas, y subsidiariamente,
 - Estimar que el acto no está suficientemente motivado, lo que implica su anulación y la retroacción de actuaciones para que, manteniendo la puntuación adjudicada, el poder adjudicador elabore una motivación que la justifique y permita, previa su adecuada notificación, la interposición, en su caso de un recurso fundado.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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



a) El informe técnico que sustenta el acto recurrido fue publicado en el perfil del contratante y enviado a ENELGY por notificación electrónica mediante la Plataforma de licitación del Gobierno Vasco; además, la propia recurrente se refiere a su contenido en el escrito de recurso, por lo que no puede alegar su desconocimiento; dicho informe contiene una motivación suficiente de la adjudicación, por lo que se puede interponer contra ella un recurso suficientemente fundado, como demuestra la propia impugnación de ENELGY.

b) La aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor se ha efectuado dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador; el informe de respuesta al recurso cita en concreto los siguientes aspectos puestos en cuestión por el recurso:

- En cuanto a la solvencia técnica, ENELGY obtuvo 0 puntos por no poseer el certificado SCO/SIEM; si bien es cierto que DERTEN está en proceso de obtención de certificación según el Esquema Nacional de Seguridad de categorías superiores, los pliegos no especificaban que la valoración dependería de la categoría en la que los licitadores estuvieran certificados, valorándose tan solo la certificación, cualquiera que fuera la categoría; en cualquier caso, la diferencia de puntuación reclamada en este apartado no sería suficiente para compensar la diferencia entre la recurrente y la adjudicataria.
- En cuanto al “Servicio presencial”, la puntuación de la recurrente se debe a que no hace referencia a la adscripción permanente de una persona con dedicación a media jornada en las instalaciones de NEIKER; en cambio, la propuesta de DERTEN mejora el mínimo marcado por los pliegos porque indica que un técnico trabajará el 80% de su jornada en las instalaciones de NEIKER.
- En lo que se refiere a la aplicación de los demás criterios puestos en discusión, se alega que debe respetarse la discrecionalidad técnica del poder adjudicador.



c) La incorporación de documentos sobre el cumplimiento de los requisitos previos en el sobre correspondiente a la documentación sobre criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor no altera la objetividad en la aplicación de estos últimos.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente pretende, en orden de preferencia, (i) la exclusión de la oferta de DERTEN, (ii) la anulación de la adjudicación impugnada y la adjudicación a la oferta de ENTELGY, y (iii) retroacción de actuaciones para que, manteniendo la puntuación adjudicada, el poder adjudicador elabore una motivación que la justifique.

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre las citadas pretensiones.

- a) Sobre la exclusión de la oferta del adjudicatario por haber introducido datos relativos a su solvencia en el sobre de documentación acreditativa de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

El recurrente alega que la oferta de la adjudicataria impugnada debió ser excluida por incluir en el sobre correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor información relativa a su solvencia, la cual debió introducirse en otro sobre; esta confusión supondría, según ENTELGY, una influencia indirecta en la valoración a realizar por el poder adjudicador. Este motivo de recurso debe desestimarse. No se alcanza a entender (ni el recurrente lo explica) en qué consiste la influencia ilegítima a la que se refiere; téngase en cuenta que, en el orden de apertura de la documentación, la primera que se conoce es la relativa a la aptitud de los licitadores y, posteriormente, la necesaria para aplicar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (ver, por ejemplo, el artículo 157.1 de la LCSP y la cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP). Consecuentemente, más allá de la irregularidad procedimental que implica juntar en el mismo sobre documentos que debieran



estar en dos distintos, no se observa una infracción material relevante de ningún principio básico de la contratación pública; en particular, no se da una situación que ponga en riesgo la objetividad de la aplicación de los criterios de adjudicación análoga a la que se pretende evitar con la valoración separada de los criterios discrecionales y de apreciación mediante fórmula (artículo 146.2 de la LCSP), dirigida a evitar un conocimiento prematuro del resultado de estos últimos (ver, por todas, la Resolución 147/2020 del OARC / KEAO).

b) Sobre la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor

La recurrente plantea un indebido uso por el poder adjudicador de la potestad discrecional que le asiste en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor; a este efecto, el contenido relevante de los pliegos es el siguiente:

Carátula

12. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Los criterios de adjudicación, indicados con su ponderación correspondiente, serán los siguientes:

1. Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: hasta un máximo de 60 puntos. Memoria Técnica

- Gobierno IT. 15 Puntos
- Mantenimiento, Operación y Administración de las infraestructuras, las comunicaciones, seguridad y los usuarios. 10 Puntos
- Centro de Atención a Usuarios (CAU) y servicio presencial. 10 Puntos
- Plan de Puesta en Marcha y Plan de Retorno del Servicio. 5 Puntos
- Plan de Gestión del Servicio. 5 Puntos
- Medios humanos / Currícula Vitae. 5 Puntos
- Acuerdos de nivel de servicio. 5 Puntos
- Solvencia Técnica. 5 Puntos (se valorará contar con las siguientes certificaciones: HP Gold Partner; VMWare Enterprise Partner; CEH (Certified Ethical Hacker); CISM



(Certified Information Security Manager)

Las ofertas deberán obtener una puntuación mínima de 30 puntos para continuar en el procedimiento.

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 024/2020) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de



que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto. Como bien indica el poder adjudicador, no cabe aceptar la alegación de ENTELGY de que no se le ha notificado ni publicado en el perfil del contratante el informe técnico que sustenta la adjudicación, pues del propio escrito de recurso se deduce que ha tenido acceso a él (ver, por ejemplo, en la página 3 del documento “Contrastados los requisitos expuestos con el informe técnico que fundamenta la motivación del acto recurrido”, o en la página 14 “Existencia de error en el informe de valoración de las ofertas”). En este sentido, con independencia de si el poder adjudicador remitió o no el citado informe y, en su caso, si efectivamente ENTELGY lo recibió o no, debe recordarse que la motivación es un requisito formal, cuya omisión solo es relevante cuando impida al acto al que se refiere alcanzar su fin o se produzca indefensión a los interesados; consecuentemente, la citada omisión es una irregularidad no esencial si efectivamente el licitador ha conocido el informe, especialmente en este caso, en el que de ningún modo puede apreciarse indefensión porque se ha podido interponer un recurso fundado (ver, por todas, la Resolución 80/2019 del OARC / KEAO, así como el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se observa lo siguiente:

- 1) Por lo que se refiere al criterio “Solvencia técnica”, el informe técnico que sustenta el acto impugnado señala que la adjudicataria es la única licitadora que presenta servicios similares a los que son objeto del contrato; ello supone apartarse del contenido reglado del criterio (ver, por ejemplo, la Resolución 88/2018 del OARC / KEAO), tal y como lo describen los pliegos, que son muy claros en valorar únicamente que el licitador cuente con una serie de concretas certificaciones. Por otro lado, entre las citadas certificaciones no figura ninguna referida al SOC / SIEM, cuya carencia se reprocha al recurrente.
- 2) En el subcriterio “Nuevos proyectos IT”, el informe técnico contiene una breve explicación de los 2 puntos otorgados a SERMICRO, así como de los 0



puntos concedidos a la recurrente; sin embargo, no hay ninguna explicación de por qué la adjudicataria obtiene 1 punto, lo que supone que dicha puntuación se ha concedido arbitrariamente.

3) El resto de las alegaciones sobre la aplicación de los criterios deben desestimarse por entender que el poder adjudicador ha respetado los límites de la discrecionalidad técnica expuestos más arriba y el recurrente pretende, en realidad, sustituir las apreciaciones de NEIKER por las suyas propias, necesariamente sesgadas; en particular, se observa que:

- en contra de lo que se afirma en el recurso, sí se ha evaluado el criterio relativo a los “Medios humanos”.
- en general, constan los aspectos de las ofertas que han determinado la opinión favorable o desfavorable sobre ellas y las puntuaciones correspondientes (requisitos de asistencia presencial, falta de mención de herramientas concretas, etc.).

c) Conclusión

A la vista de las irregularidades detectadas en la letra b) anterior, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación del acto impugnado. La diferencia de puntuación entre el recurrente y la adjudicataria es de 8,16 puntos (72,90 – 64,74); aunque los criterios de valoración afectados tienen una ponderación total de 7 puntos, una correcta evaluación podría haber afectado al resultado final, pues podría implicar hasta 6 puntos menos para DERTEN (1 punto en el apartado “Nuevos proyectos IT” y 5 menos en “Solvencia técnica”) y hasta 5 puntos más para ENTELGY (en “Solvencia técnica”). Debe señalarse que no cabe que este OARC / KEAO sustituya al poder adjudicador en su función de aplicar los criterios discrecionales porque no hay posibilidad de ofrecer una aplicación alternativa unívoca de los mismos, único supuesto en el que este Órgano ha adoptado, excepcionalmente, esta decisión (ver sus Resoluciones 68/2014, 65/2017 y 165/2020). La consecuencia de la anulación sería, en principio, la retroacción de actuaciones para efectuar una evaluación correcta de los criterios de



adjudicación. No obstante, tal opción no es posible porque ya no cabe la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y de los aplicados mediante una fórmula, por lo que debe cancelarse la licitación. Este efecto de la presente resolución no es contrario al principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP), puesto que la cancelación no depende de la petición del recurrente, sino de la propia imposibilidad de una retroacción que respete la configuración legal del procedimiento de adjudicación (artículo 146.2 de la LCSP); asimismo, no se empeora la situación de ENTELGY (lo que sería contrario al artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), que gana, respecto a su posición de licitador no adjudicatario, la opción de presentar una oferta en una más que posible nueva licitación.

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 Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ENTELGY IBAI, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicios de Gobierno IT, mantenimiento y gestión de la infraestructura informática y tecnológica”, tramitado por NEIKER, Instituto Vasco de Investigación y Desarrollo Agrario, S.A. y cancelar la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.



TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para cumplir la presente Resolución.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko abenduaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de diciembre de 2020