

**TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

RECURSO Nº. - 11/2020

RESOLUCIÓN Nº. - 21 /2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES  
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 17 de junio de 2020.

Visto el escrito de recurso interpuesto por J.S.M., en nombre y representación de la mercantil **NEC IBERICA, S.L.U.** (en adelante, NEC), contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla, de 6 de marzo de 2020 por el que se adjudica a la mercantil VODAFONE el contrato de **"Suministro de una plataforma llave en mano. Cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del Programa Operativo de Crecimiento Sostenible 2014-2020"**, Expte. 2019/000512, tramitado por el Servicio de Tecnologías de la Información del Ayuntamiento de Sevilla, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fechas 10 y 13 de mayo de 2019, respectivamente, se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los Pliegos del contrato de suministro de referencia. El valor estimado del contrato se cifra en 412.700 €, tramitándose mediante procedimiento abierto, con múltiples criterios de adjudicación.

El contrato tiene por objeto, el Suministro de una aplicación software (en adelante Plataforma de Ciudad) que cumpla las especificaciones de la norma UNE 178104:2017, "*Sistemas Integrales de Gestión de la Ciudad Inteligentes, requisitos de interoperabilidad para una Plataforma de Ciudad Inteligente*", así como todas las especificaciones funcionales y técnicas descritas en el Pliego de Prescripciones técnicas, incluyendo todos aquellos elementos que garanticen el correcto funcionamiento de la misma, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del Programa Operativo de Crecimiento Sostenible 2014-2020. Así mismo, será objeto del contrato la prestación de servicios técnicos avanzados para:

- La integración, en dicha Plataforma de Ciudad, del sistema de gestión de la seguridad ciudadana en grandes eventos de que dispone el Ayuntamiento de Sevilla, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del Programa Operativo de Crecimiento Sostenible 2014-2020.
- El desarrollo e implantación de un proyecto piloto que permita verificar el correcto funcionamiento de la Plataforma de Ciudad

- Integración, en dicha Plataforma de Ciudad, de otros componentes verticales (Sistemas de gestión de información, sensores, etc.) del Ayuntamiento en función de las necesidades del mismo.

Conforme a la Cláusula 7 del Anexo I al PCAP, el contrato se adjudicará mediante la valoración de los siguientes criterios:

- a. Criterios de valoración cuantificables mediante la emisión de un juicio de valor (7 criterios). (Sobre nº 2).
- b. Criterios de valoración objetiva (7 criterios). (Sobre nº 3).

Como CRITERIOS CUYA VALORACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR, se establecen los que siguen, suponiendo un máximo de 34 puntos

1. Descripción de la Solución Plataforma de Ciudad Propuesta – 20 puntos
2. Descripción del Vertical de Gestión de Seguridad Ciudadana en Grandes Eventos – 4.5 puntos
3. Descripción del Proyecto Piloto ofertado para verificación de la Plataforma – 3 puntos
4. Descripción del Hardware ofertado – 2.5 puntos
5. Plan de Gestión del Cambio – 2.5 puntos
6. Plan de Trabajo – 1 punto
7. Plan de Transferencia de Conocimiento – 0.5 puntos

Los CRITERIOS CUYA VALORACIÓN SE REALIZA DE FORMA AUTOMÁTICA, a través de los que se podrá alcanzar una puntuación máxima de 66, son los siguientes:

1. Valoración económica de la oferta – 20 puntos
2. Valoración de la bolsa de horas – 15 puntos
3. Valoración del coste medio anual de mantenimiento de las licencias ofertadas – 10 puntos
4. Valoración del coste medio de ampliación de licencias – 8 puntos
5. Valoración de la calidad del servicio que supere los exigidos en los pliegos – 5 puntos
6. Valoración del Coste de Migración a las Instalaciones del Ayuntamiento – 5 puntos
7. Valoración del Coste Medio Anual de mantener la plataforma en modo cloud – 3 puntos

Para cada uno de los criterios contemplados, el Anexo I del PCAP, establece su concreta descripción, forma de valoración y documentación a aportar. Concretamente para los criterios automáticos 2 y 3, el Anexo se pronuncia como sigue:

1	<p><b>Descripción del criterio: Valoración económica de la oferta.</b></p> <p>Supondrá hasta un máximo de <u>20 puntos</u>.</p> <p>Para calcular la valoración económica de la oferta se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Se otorgarán 0 puntos a las ofertas que igualen el presupuesto de licitación.</li> <li>● Se otorgarán 20 puntos a aquella oferta que sea un 20% inferior a la media de las ofertas presentadas, siempre que no exista una oferta que se encuentre por debajo de este valor.</li> <li>● Si existiese una oferta que se encontrase por debajo del valor atribuido a la baja desproporcionada, la cual, una vez aportadas las garantías solicitadas por la Mesa de Contratación fuese admitida, entonces, sería a esa oferta a la que se le otorgarían los 20 puntos.</li> </ul> <p>En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula:</p> $V_e = \left( \frac{PBL - P_o}{PBL - K} \right) \times V_x$ <p>Siendo:</p> <p>Ve= la valoración económica de cada oferta  PBL= presupuesto base de licitación sin IVA  Po=precio de la oferta  K= Cuantía resultante de aplicar a la media de las ofertas presentadas el 20 % determinado para incurrir en valores anormales, o, cuando quede justificada, la cuantía mas baja incurso en valores anormales  Vx= Puntuación máxima a otorgar por el criterio económico.</p> <p><b>Si hubiera una sola oferta</b> se valorará de la misma manera, siendo en ese caso el valor de K resultado de aplicar el 20% al precio de licitación o, si la oferta fuera menor a esta cantidad y se justificara debidamente, el valor de dicha oferta</p>
	<p><b>Documentación a aportar:</b> La proposición económica se entregará conforme al modelo <b>Anexo III</b> del PCAP</p>

<b>2</b>	<p><b>Descripción del criterio: Valoración de la bolsa de horas.</b></p> <p>Supondrá hasta un máximo de <b>15 puntos</b>.</p> <p>Para calcular la valoración de la bolsa de horas de la oferta se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Se otorgarán 0 puntos a las ofertas que oferten 3.000 horas.</li> <li>● Se otorgarán 15 puntos al valor que sea un 20% superior a la media de las ofertas presentadas. Si existiese una oferta que se encontrase por encima de este valor, la cual, una vez aportadas las garantías solicitadas por la Mesa de Contratación fuese admitida, entonces sería a esa oferta a la que se le otorgarían los 15 puntos.</li> <li>● Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional.</li> </ul> <p>En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula:</p> $V_h = \left( \frac{N_o - HBL}{K - HBL} \right) \times V_x$ <p>Siendo:</p> <p>Vh= la valoración por bolsa de horas de cada oferta  HBL= número de horas base de licitación  No= número de horas de la oferta  K= Cuantía resultante de aplicar a la media de las ofertas presentadas el 20% determinado para incurrir en valores anormales, o cuando quede justificada, la oferta mas alta incurso en valores anormales.  Vx= Puntuación máxima a otorgar por el criterio de bolsa de horas</p> <p style="text-align: center;"><b>Si hubiera una sola oferta</b> se valorará de la misma manera, siendo en ese caso el valor de K resultado de aplicar el 20% al número de horas mínimo exigido</p> <p><b>Documentación a aportar:</b>  Se deberá entregar debidamente cumplimentadas las siguientes tablas (solo se ha de rellenar las casillas no sombreadas):</p> <p><b>Bolsa de horas:</b></p>
----------	---

		<b>Número de horas</b>
	Número de horas ofertadas en la Bolsa de horas	

La Cláusula 9 del Anexo I, se refiere a los Parámetros para considerar una oferta anormal, disponiendo que:

<b>9.- PARÁMETROS OBJETIVOS PARA CONSIDERAR UNA OFERTA ANORMAL.</b>
Se considerarán inicialmente anormales las ofertas económicas que sean inferiores en

20 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. En el caso de que se hubiera presentado una sola oferta, ésta se considerará inicialmente anormal si es inferior al 20 % del presupuesto base de licitación.

Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas inicialmente en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.

Si se apreciaran valores inicialmente anormales en las proposiciones se actuará conforme al procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, requiriéndose al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos pertinentes.

Para la consideración, en su caso, de los valores de la oferta económica como anormales, se deberá acreditar entre otras, la posibilidad de cumplimiento de la oferta con el Convenio Colectivo sectorial de aplicación, así como la reducción de los costes de la empresa en cualesquiera de los aspectos objeto de la contratación: recursos materiales, recursos humanos, medios técnicos, de comunicación, logísticos, organizativos, de servicios y otros derivados de su objeto, para cuya justificación deberán acreditarse de modo fehaciente las circunstancias que lo motivan.

**Documentación a aportar por la entidad licitadora para justificar una oferta anormal:**

A efectos de justificar la viabilidad de las ofertas calificadas como anormales las empresas deberán presentar la siguiente documentación:

- Desglose de gastos de las partidas de explotación estimadas durante la vigencia del contrato incluidos, en su caso, los correspondientes a las mejoras ofertadas.
- Documentación justificativa del cálculo del coste del personal adscrito al contrato que garantice que la oferta cubre los salarios fijados en el convenio colectivo sectorial de aplicación.
- Documentación justificativa del ahorro que cubra el porcentaje de baja por el que la oferta ha incurrido en anormalidad.
- Condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones incluidas en el contrato.
- Cualquier otra evidencia documental acreditativa de la viabilidad de la oferta.

**SEGUNDO.-** Efectuada la calificación de la documentación contenida en los Sobres nº 1 y abiertos los Sobres Nº 2 (Criterios sujetos a juicio de valor), en sesión celebrada el 12 de noviembre de 2019, la Mesa de Contratación toma conocimiento del informe emitido por la Jefe de Servicio de Tecnologías de la Información, de fecha 05 de noviembre de 2019, relativo a la valoración de los Criterios sujetos a juicio de valor, que sirve de justificación para la asignación de la citada puntuación, asumiendo su contenido y procediéndose a su lectura en presencia de los licitadores, con el siguiente resultado:

Criterio	Punt. Máx.	Emergya	IKUSI	Minsait	NEC	Telefónica	Vodafone	Wellness
1. Descripción de la solución Plataforma de Ciudad propuesta	20	18	12	18	17	18	15	17
2. Descripción del vertical de gestión de seguridad ciudadana en grandes eventos	4,5	2	2	2,5	2	2	2	2
3. Descripción del proyecto piloto ofertado para verificación de la Plataforma	3	2,5	1	1	2,2	2	2,5	2,5
4. Descripción del hardware ofertado	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5
5. Plan de gestión del cambio	2,5	1,5	1	0,5	0,8	2,4	2,4	0,7
6. Plan de trabajo	1	1	1	1	1	1	1	1
7. Plan de transferencia del conocimiento	0,5	0,5	0	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5
<b>TOTAL:</b>	<b>34</b>	<b>28</b>	<b>19,5</b>	<b>26</b>	<b>26</b>	<b>28,4</b>	<b>25,9</b>	<b>26,2</b>

En la misma sesión, se procede a la apertura de los sobres nº 3, relativos a los criterios de valoración objetiva presentados por las empresas, con el siguiente resultado:

1. Valoración económica de la oferta. Puntuación máxima del criterio 20 puntos.

	Emergya	Ikusi	Indra	NEC	Telefónica	Vodafone	Wellness
Ofertas	224.080,00	247.510,02	339.593,91	248.847,44	372.941,61	227.905,44	330.160,00

2. Valoración de la bolsa de horas. Puntuación máxima del criterio 15 puntos.

	Emergya	Ikusi	Indra	NEC	Telefónica	Vodafone	Wellness
Número de horas de la oferta	8.000	6.000	6.000	5.000	5.200	8.500	5.000

3. Valoración del coste medio anual de mantenimiento de las licencias ofertadas. Puntuación máxima del criterio 10 puntos.

	Emergya		Ikusi		Indra		NEC	
	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise
año1	23.250,00	25.750,00	24.772,86	23.502,67	12.000,00	12.000,00	0	0
año2	23.947,50	26.522,50	25.434,41	24.336,94	9.000,00	9.000,00	0	0
año3	24.665,93	27.318,18	26.503,08	25.563,82	9.000,00	9.000,00	0	0

	Telefónica		Vodafone		Wellness	
	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise
año1	0	0	0	0	10.800,00	11.400,00
año2	0	0	0	0	10.800,00	10.800,00
año3	0	0	0	0	10.800,00	10.800,00

4. Valoración del coste medio de ampliación de licencias. Puntuación máxima del criterio 8 puntos.

	Emergya		Ikusi		Indra		NEC	
	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise
Ampliación 50%	0	0	0	0	5.000,00	5.000,00	0	0
Ampliación 100%	0	0	0	0	10.000,00	10.000,00	0	0
Ampliación 200%	0	0	0	0	18.000,00	18.000,00	0	0

	Telefónica		Vodafone		Wellness	
	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise	Cloud	On-Premise
Ampliación 50%	0	0	0	0	0	0
Ampliación 100%	0	0	0	0	0	0
Ampliación 200%	0	0	0	0	0	0

5. Valoración de la calidad del servicio. Puntuación máxima del criterio 5 puntos.

- ANS fuera periodo celebración grandes eventos. Puntuación máxima 3 puntos

Subcriterio	Pto. Máx	Valoración	Emergya	Ikusi	Indra	NEC	Telefónica	Vodafone	Wellness
Compromiso disponibilidad	1	Disponibilidad	99,99	99	99	99,9	99,99	99,9	99
Soporte a cambios de configuración y consultas	0,5	Soporte	24x7	8x7	8x5	24x7	24x7	8x5	24x7
Tasas máximas de ocupación de servidores	0,5	Ocupación	50	50	50	50	50	60	50
Tiempo resolución avería crítica	0,5	Tiempo	1	4	2,5	6	1	6	1
Tiempo resolución avería grave	0,5	Tiempo	6	12	6	12	6	12	6

- ANS en el periodo de celebración grandes eventos. Puntuación máxima 2 puntos

Subcriterio	Pto. Máx	Valoración	Emergya	Ikusi	Indra	NEC	Telefónica	Vodafone	Wellness
Compromiso disponibilidad	0,5	Disponibilidad	99,99	99	99,9	99,9	99,99	99,9	99,9
Tasas máximas de ocupación de servidcres	0,5	Ocupación	50	50	50	50	50	60	50
Tiempo resolución avería crítica	0,5	Tiempo	0,5	1	1	2	0,5	2	0,5
Tiempo resolución avería grave	0,5	Tiempo	0,5	1	1	2	0,5	2	0,5

6. Valoración del coste de migración a las instalaciones del Ayuntamiento. Puntuación máxima 5 puntos

	Emergya	Ikusi	Indra	NEC	Telefónica	Vodafone	Wellness
Precio de la oferta	1.110,00	24.066,67	1.000,00	24.000,00	0	0	42.500,00

7. Valoración del coste medio anual de mantener la plataforma en modo cloud. Puntuación máxima 3 puntos

Año	Condiciones	Emergya	Ikusi	Indra	NEC	Telefónica	Vodafone	Wellness
año1	c1	16.629,24	48.506,93	30.000,00	18.324,00	0	0	35.713,81
	c2	22.840,92	54.149,39	45.000,00	18.324,00	0	0	46.427,95
	c3	25.088,76	59.791,84	60.000,00	18.324,00	0	0	60.713,48
	c4	29.151,96	71.076,76	105.000,00	18.324,00	0	0	89.284,53
año2	c1	17.128,12	49.586,85	30.000,00	18.324,00	0	0	35.713,81
	c2	23.526,15	55.336,52	45.000,00	18.324,00	0	0	46.427,95
	c3	25.841,42	61.086,18	60.000,00	18.324,00	0	0	60.713,48
	c4	30.026,52	72.585,51	105.000,00	18.324,00	0	0	89.284,53
año3	c1	17.641,96	50.681,14	30.000,00	18.324,00	0	0	35.713,81
	c2	24.231,93	56.529,60	45.000,00	18.324,00	0	0	46.427,95
	c3	26.616,67	62.378,06	60.000,00	18.324,00	0	0	60.713,48
	c4	30.927,31	74.074,98	105.000,00	18.324,00	0	0	89.284,53

A la vista de los informes, la Mesa adoptó los siguientes acuerdos:

- Tomar conocimiento del informe de valoración de los sobres numero dos relativos a los criterios sujetos a juicio de valor, emitido por la Jefa de Servicio de Tecnologías de la Información con fecha 05 de noviembre de 2019, que sirve de justificación para la asignación de la citada puntuación, asumiendo su contenido.
- Remitir la documentación contenida en los sobres nº 3, relativos a los criterios de valoración objetiva, al Servicio de Tecnologías de la Información para que emita informe técnico sobre las ofertas admitidas, a fin de determinar si se encuentran incursas en causa para ser consideradas como desproporcionadas, en cuyo caso deberá requerirse para que la justifiquen (presentando para ello la documentación prevista en el punto 8 del Anexo I del PCAP), procediendo en caso contrario a emitir el correspondiente informe de valoración y propuesta de clasificación.”

El 29 de noviembre, la Mesa de Contratación toma conocimiento y asume el informe emitido por la Jefe del Servicio de Tecnologías de la Información, de 27 de noviembre de 2019 en el que tras manifestar que estando incursa la oferta de EMERGYA INGENIERIA S.L. en causa para ser considerada como desproporcionada, se requirió a la empresa para que justificara la misma, concluyendo que una vez presentada la documentación se ha considerado que justifica debidamente su oferta, proponiéndose la valoración de los criterios objetivos de las ofertas, según el siguiente cuadro:



CRITERIO	EMERGYA	IKUSI	INDRA	NEC	TELEFONICA	VODAFONE	WELLNESS
1. Valoración económica de la oferta	20	17,52	7,75	17,37	4,22	19,59	8,75
2. Valoración de la bolsa de horas	13,64	8,18	8,18	5,45	6	15	5,45
3. Valoración del coste medio anual de mantenimiento de las licencias ofertadas	0	0,09	6,04	10	10	10	5,68
4. Valoración del coste medio de ampliación de licencias	8	8	0	8	8	8	8
5. Valoración de la calidad del servicio	4,99	3,26	3,86	3,19	4,99	2,02	4,85
6. Valoración del coste de migración a las instalaciones del Ayuntamiento	4,87	2,17	4,88	2,18	5	5	0
7. Valoración del coste medio anual de mantener la plataforma en modo cloud	1,79	0,02	0	2,08	3	3	0,1
<b>VALORACIÓN FINAL</b>	<b>53,29</b>	<b>39,24</b>	<b>30,71</b>	<b>48,27</b>	<b>41,21</b>	<b>62,61</b>	<b>32,83</b>

De conformidad con ello, la Mesa de Contratación resuelve proponer la clasificación de las empresas conforme el siguiente cuadro y la adjudicación del contrato a la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.:

EMPRESA	Puntos totales juicio de valor	Puntos Criterios Objetivos	VALORACIÓN FINAL
VODAFONE	25,9	62,61	88,51
EMERGYA	28	53,29	81,29

NEC	26	48,27	74,27
TELEFONICA	28,4	41,21	69,61
WELLNESS	26,2	32,83	59,03
IKUSI	19,5	39,24	58,74
INDRA MINSAIT	26	30,71	56,71

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 6 de marzo de 2020, se clasifican las proposiciones y se adjudica el contrato a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. Con esa misma fecha se publica la adjudicación en la Plataforma de contratación del Sector Público.

**TERCERO.-** Con fecha 14 de marzo de 2020, como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 mediante RD. 463/2020, quedan suspendidos los plazos de tramitación de todos los procedimientos de las entidades del sector público, conforme se define éste en la Ley 39/2015.

El 17 de marzo se remitió a todos los licitadores un oficio en el que se comunicaba que, de conformidad con lo prevenido en la D.A. 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se interrumpen los plazos para la tramitación de los Procedimientos y que el cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el Real Decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

**CUARTO.-** El día 27 de marzo de 2020, tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento de Sevilla escrito de Recurso Especial en materia de Contratación, formulado por la representación de la mercantil **NEC IBERICA, S.L.U.**, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla, de 6 de marzo de 2020 por el que se adjudica a la mercantil VODAFONE el contrato de **“Suministro de una plataforma llave en mano. Cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del Programa Operativo de Crecimiento Sostenible 2014-2020”**, Expte. 2019/000512, por considerar que “tanto la oferta de la empresa que ha obtenido la mejor puntuación (que es la oferta de la adjudicataria VODAFONE), como la oferta de la empresa que ha obtenido la segunda mejor puntuación (EMERGYA INGENIERIA, S.L.) debieron ser excluidas de la licitación”.

Con fecha 30 de marzo, se cursa por este Tribunal petición de remisión de copia del expediente e informe a la unidad tramitadora del expediente de contratación. El 31 de marzo, la unidad tramitadora del expediente, informa a este Tribunal que el procedimiento se halla suspendido, de conformidad con lo prevenido en la D.A. 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo, circunstancia de la que han informado a los licitadores con fecha 17 de marzo, mediante correo recepcionado por éstos ese mismo día 17.

Considerando la reanudación de la tramitación de los procedimientos de licitación y de recursos especiales en materia de contratación prevista en la DA8ª del RD-L 17/2020 (cuya entrada en vigor se produjo el pasado 7 de mayo), mediante correo electrónico remitido a este Tribunal el 11 de mayo, el recurrente reitera *“la presentación de dicho recurso por registro en fecha 08/05/2020 (reg. entrada del Ayuntamiento de Sevilla núm. 202008700003781; adjunto copia del justificante), para su tramitación de conformidad con lo previsto en la DA8ª”*.

Trasladado el asunto a la unidad tramitadora, mediante informe fechado el 11 de mayo, el Jefe de la Sección de Administración y Contratación, expone que “A tal efecto hemos de tener presente que la citada D.A. 8ª establece expresamente lo siguiente:

*A los efectos previstos en el apartado 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 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, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos. Lo dispuesto en el párrafo anterior permitirá igualmente el inicio de nuevos procedimientos de contratación cuya tramitación se lleve a cabo también por medios electrónicos. Esta medida se extenderá a los recursos especiales que procedan en ambos casos.*

Por lo tanto, el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos hay que considerarlo aplicable, exclusivamente, a aquellos procedimientos de contratación que se realicen por medios electrónicos o, en aplicación de la D.A. 3ª apartado 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de Marzo”, concluyendo ninguno de los dos supuestos es admisible al presente expediente.

**QUINTO.-** Mediante Real Decreto 537/2020 se aprobó el levantamiento de la suspensión e interrupción general de los plazos administrativos desde el día 1 de junio de 2020, disponiéndose que *“el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas.”*

Con fecha 8 de junio, el Servicio de Tecnologías de la Información, remite la documentación correspondiente, manifestando el traslado del recurso a los interesados para alegaciones, finalizando el plazo el día 10 de junio del presente.

Con fecha 7 de junio, se presentan alegaciones al recurso, por parte de la representación de VODAFONE, oponiéndose al mismo.

El día 9 del presente, se reciben en el Tribunal las alegaciones al recurso formuladas por la mercantil EMERGYA, oponiéndose, asimismo, a aquél.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla, de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En cuanto al plazo de interposición, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose el marco normativo en el que hoy por hoy nos hallamos, a raíz de la situación de emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia del Covid-19 y la declaración del Estado de Alarma, el recurso se entiende presentado en plazo.

En relación al ámbito objetivo del recurso, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“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.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.  
(...)”

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de suministro con un valor estimado que supera los umbrales establecidos. Por lo que respecta al objeto del recurso, se plantea éste contra el acuerdo de adjudicación, susceptible de recurso conforme al art. 44 transcrito.

Se aprecia legitimación de la recurrente, conforme al art. 48 de la LCSP, habida cuenta de que el recurso se basa en que “tanto la oferta de la empresa que ha obtenido la mejor puntuación (que es la oferta de la adjudicataria VODAFONE), como la oferta de la empresa que ha obtenido la segunda mejor puntuación (que es EMERGYA INGENIERIA, S.L, en adelante, “**EMERGYA**”) debieron ser excluidas de la licitación. Y, por lo tanto, que tras la debida exclusión de las proposiciones presentadas por dichas empresas por el órgano de contratación, siendo la oferta de NEC la que obtuvo la tercera mejor puntuación debió ser ésta adjudicataria del Contrato.”

**TERCERO.-** Por lo que respecta al fondo del asunto, el escrito de interposición del recurso, se fundamenta básicamente en las siguientes cuestiones:

1.- La aceptación por el órgano de contratación de la declaración como confidencial de la práctica totalidad de las ofertas de VODAFONE y de EMERGYA, ha impedido a NEC interponer un recurso especial debidamente fundado, generándole una grave indefensión.

2.- El órgano de contratación debió considerar las ofertas de VODAFONE y de EMERGYA como incursas en valores anormales o desproporcionados, en atención al elevado número de la bolsa de horas ofrecidas (segundo criterio de valoración objetiva), lo cual debería haber llevado a la exclusión de las ofertas de dichos licitadores.

3.- La oferta de VODAFONE es contraria al Pliego de Prescripciones Técnicas, al no cumplir con varios requisitos exigidos en el mismo como requisitos mínimos, por lo que debió excluirse de la licitación.

En base a tales alegaciones, se solicita la admisión y estimación del recurso, así como que *“dicte ordenando al órgano de contratación dar vista a NEC de las ofertas completas presentadas por todos los licitadores, concediendo a mi representada un plazo adicional de 5 días hábiles para completar, en su caso, las alegaciones del presente recurso, por aplicación supletoria de lo previsto en el art. 29.3, del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”* y *“subsidiariamente, dicte resolución declarando ser disconforme a Derecho y anulando el acuerdo de adjudicación, por resultar procedente la exclusión de las ofertas presentadas por VODAFONE y por EMERGYA por los motivos expuestos en el presente recurso, retro trayendo el expediente al momento previo a la adjudicación para la realización de nueva clasificación de las ofertas y de una nueva propuesta de adjudicación”*.

Procede, en primer término pronunciarnos sobre la petición de acceso al expediente en sede de recurso y consiguiente plazo adicional para completar alegaciones.

El artículo 52 de la LCSP, garantiza, como hemos tenido ocasión de reseñar en diversas Resoluciones (Véase la Resolución 15/2020, por citar la más reciente), el acceso al expediente con el objeto de que los licitadores puedan en su caso, interponer el recurso especial en materia de contratación con todos los elementos de juicio necesarios para la defensa de sus intereses, con el límite de la declaración de confidencialidad prevista en la propia LCSP.

La cuestión se reguló, asimismo en los artículos 16 y 29.3, del Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Conforme a lo dispuesto en la normativa de referencia, el presupuesto previo para el acceso al expediente en sede de revisión ante este Tribunal es que, solicitado aquél en el momento procedimental oportuno al órgano de contratación, se le hubiera denegado injustificadamente, (en este sentido se manifiestan los Tribunales de MADRID 300/2018, ANDALUCÍA 212/18 o CASTILLA Y LEON 75/18) y sin que ello paralice en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

Se prevé así el acceso al expediente en sede de revisión ante este Tribunal en el caso de que, solicitado aquél en el momento procedimental oportuno al órgano de contratación, lo hubiera denegado injustificadamente, situación ésta que no concurre en el supuesto examinado. En el presente caso, se constata que la empresa ha podido examinar el expediente con excepción de la documentación que ha sido declarada confidencial.

El órgano de contratación no ha denegado el acceso al expediente a la empresa recurrente, sino que, por el contrario, tal acceso se ha producido, si bien, se han omitido del examen del expediente aquellos documentos de la oferta que las empresas calificaron de confidenciales, por lo que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento.

No concurriendo pues el presupuesto previo y determinante para el acceso al expediente en sede de revisión ante este Tribunal, debe por ello denegarse la solicitud de acceso en la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación. Cuestión distinta es la relativa a si la confidencialidad debe extenderse o no a los documentos que se indican, y si su incumplimiento se erige en motivo suficiente para anular la adjudicación que se impugna en el recurso. (En esta línea Resolución 654/2019 del TACRC y Resolución 75/2018 del Tribunal de Castilla León)

Considera el recurrente que la aceptación por el órgano de contratación de la declaración como confidencial de la práctica totalidad de las ofertas de VODAFONE y de EMERGYA, ha impedido a NEC interponer un recurso especial debidamente fundado, generándole una grave indefensión, defendiendo que esa falta de acceso a la totalidad de la documentación solicitada, le impide tener un conocimiento real y efectivo de las ofertas presentadas por VODAFONE y EMERGYA, a la vez que le impide también verificar la validez de la puntuación otorgada por el órgano de contratación, pese a lo cual, reconoce que “ciertos aspectos de las ofertas de EMERGYA y VODAFONE que, ya “a priori” (según ha podido deducir de su

visualización parcial y de las referencias a las mismas que realiza el Informe técnico de valoración de 27/11/2019), no respetarían las exigencias de los pliegos”

Según relata el recurrente, “el 5/12/2019 se solicita por parte de NEC al órgano de contratación acceso al expediente de contratación. Se recibe citación para el día 6/2/2020, personándose en las dependencias municipales indicadas dos representantes de NEC para la revisión de la documentación. Vista la documentación exhibida durante el acto, y siguiendo las instrucciones marcadas por el Jefe de Sección de Administración y Contratación, se solicita copia de los siguientes documentos (se aporta como DOCUMENTO 7 copia de las solicitudes de 5/12/2019 y 6/2/2020):

- Sobre Nº 2 de VODAFONE
- Sobre Nº 2 de EMERGYA
- Sobre Nº 2 de TELEFÓNICA
- Solicitud de acceso al expediente de la licitadora EMERGYA

En concreto, según la numeración de los documentos efectuada por el Ayuntamiento de Sevilla, se solicita por NEC acceso a los documentos 21, 22, 23, 24, 25, 26, 33, 34 y 58.

Los pasados días 12/3/2020 y 16/3/2020 la Compañía recibió del órgano de contratación algunos de los documentos solicitados en su comparecencia del día 6/2/2020. Al respecto, hay que destacar: 1) que la oferta técnica de VODAFONE (Sobre nº 2) que se ha remitido está tachada en su práctica totalidad; 2) que en la oferta de EMERGYA se han eliminado los apartados más importantes a efectos su valoración en aplicación de los criterios de adjudicación; y 3) que no se ha remitido a NEC (si bien lo solicitó) el informe de justificación de la viabilidad de su oferta presentado por EMERGYA.”

Defiende, así, el recurrente que “el órgano de contratación no ha realizado, tal y como estaba legalmente obligado, el pertinente análisis de qué partes de las ofertas de EMERGYA y VODAFONE efectivamente debían considerarse como confidenciales y cuáles no, ponderando su derecho a la confidencialidad con el derecho de NEC a la información y a tener acceso al expediente para poder conocer los motivos de valoración de las ofertas y poder fundar correctamente su recurso.” y que “ha asumido acríticamente la declaración de confidencialidad de las ofertas técnicas de EMERGYA y VODAFONE propuesta por dichas empresas, permitiendo que prácticamente la totalidad de su contenido sea considerado como confidencial. En consecuencia, casi la totalidad de la información esencial de las ofertas que han sido trasladadas a NEC ha sido eliminada, impidiendo así que NEC pueda conocer su contenido y analizar la correcta valoración de las ofertas por el órgano de contratación, lo que en definitiva supone una grave vulneración de su derecho de defensa.”

En esta línea, argumenta en su favor, trayendo a colación la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, citando las Resoluciones 76/2018, de 6 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, conforme a la cual “es el órgano de contratación quien debe analizar y resolver motivadamente qué partes de la documentación de los licitadores son realmente confidenciales”, la Resolución núm. 58/2018, del TACRC, que postula que **“el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, sino que tiene éste la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en el procedimiento de contratación”**.

En la misma línea, destaca la Resolución del TACRC núm. 343/2015, de 17/04/2015 (transcrita también por la Resolución núm. 58/2018), que afirma que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario y

que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil, la Resolución 62/2012 en la que se manifiesta que *“puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, **siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado”**.*

Apelando, nuevamente a la Resolución núm. 58/2018, asevera que el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales conforme a lo establecido en la Resolución del TACRC núm. 196/2016, y que para que la documentación sea verdaderamente confidencial, es necesario que se trate de documentación que “a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa, b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros, c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado”, concluyendo que de la anterior doctrina se derivan, principalmente, las siguientes consideraciones de aplicación al presente recurso:

□ El órgano de contratación está obligado a facilitar a los licitadores que lo soliciten el acceso al expediente de contratación y, por lo tanto, a las ofertas de los licitadores. Sobre todo teniendo en cuenta que la interposición de un recurso especial fundado puede depender de la información obtenida tras dicho acceso, es decir, que de aquél **depende el derecho de defensa del licitador**.

□ El derecho de acceso al expediente de contratación por parte de los licitadores puede verse limitado por los órganos de contratación, que no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. **Pero el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales que comporten una ventaja competitiva para la empresa, o que represente un valor estratégico y pueda afectar a su competencia en el mercado.**

□ En el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

□ **La obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni ser aceptada acríticamente por el órgano de contratación**, siendo éste quien debe analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia. Y si no lo hace, se producirá una vulneración del derecho de acceso a información suficiente para interponer un recurso especial debidamente fundado, **limitando el derecho de defensa del licitador y causándole indefensión**.

Manifiesta el recurrente que la documentación de las ofertas de VODAFONE y de EMERGYA que se han remitido a NEC es la que dichas empresas enviaron al órgano de contratación, después de enviar aquél una comunicación a todos los licitadores para que



especificaran qué parte de la documentación aportada en el Sobre nº 2 (criterios de valoración sometidos a la emisión de un juicio de valor) tenía carácter de confidencial, de modo similar a como la propia recurrente, según expone en su escrito de interposición, hizo, enviando nuevamente su oferta técnica con aquellas partes consideradas como confidenciales tachadas o directamente eliminadas y los escritos de justificación sobre su confidencialidad.

Defiende el recurrente que “Como se deduce de dicha documentación, VODAFONE (**DOCUMENTO 8**) “entiende que es Confidencial **la totalidad de la Oferta técnica de la Plataforma Ciudad** presentada por contener información que constituye secretos técnicos, empresariales y/o comerciales”, y remitió al órgano de contratación su oferta técnica **prácticamente tachada en su totalidad**, solicitando en su escrito que el acceso al expediente se hiciera únicamente sobre esta versión de la oferta.

En parecido sentido, en el documento remitido por EMERGYA (**DOCUMENTO 9**) esta empresa solicitó que se considerará como confidencial los siguientes 6 puntos de su oferta técnica (Sobre 2):

- 1.6. Resumen Ejecutivo
- 2. Solución Plataforma de Ciudad propuesta (incluidos todos los puntos dependientes de este punto)
- 3. Vertical de gestión de seguridad ciudadana en grandes eventos
- 4. Proyecto piloto ofertado para verificación de la Plataforma
- 11. Anexo: Imágenes
- Documento justificación baja temeraria

Y remitió al órgano de contratación su oferta técnica eliminando de la misma los apartados que dicha consideró como confidenciales (que **representan más del 80% de los puntos de la oferta técnica**), a los efectos de que fuera esta oferta la exhibida.

Considera, en definitiva el recurrente que el órgano de contratación ha asumido el criterio de ambas empresas licitadoras sin juicio crítico alguno sobre si verdaderamente concurrían las razones que justifican la confidencialidad de las ofertas, privándole de la posibilidad de conocer elementos esenciales sobre la valoración de las ofertas, alegando que el acuerdo de la Junta de Gobierno de 30/1/2020, que declara la confidencialidad de las ofertas de los licitadores no contiene “ni la más mínima justificación sobre las razones que supuestamente han llevado al órgano de contratación a la conclusión de que debía aceptar como confidenciales la práctica totalidad de las ofertas de VODAFONE y de EMERGYA. En dicho acuerdo tan sólo se alude a un informe de la Jefe de Servicio de Tecnologías de la Información de 29/1/2020 que no se adjunta, de forma que resulta imposible conocer las razones que supuestamente fundamentarían dicha decisión”, manifestando que “la motivación sobre la declaración de confidencialidad realizada por ambos licitadores resulta insuficiente y que el alcance confidencial que pretenden dar a sus ofertas resulta totalmente desproporcionado”.

Alegan, asimismo la falta de acceso a la justificación de EMERGYA para acreditar que su oferta no debía excluirse por estar incurso en presunción de anormalidad, señalando que únicamente se ha proporcionado acceso al Informe de 27/11/2019, sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad “el cual se encuentra “censurado” (están tachados los datos relacionados con el desglose de las principales partidas del concurso), y no permite apreciar información clave para la interposición del recurso.

Y ello cuando resulta imprescindible (para poder fundar el presente recurso) conocer el número de horas asignado a cada uno de los perfiles ofertados por EMERGYA, y el desglose de costes para

cada una de las partidas principales del proyecto, pues sólo así puede analizarse si su oferta debió ser excluida por anormal o desproporcionada, contrariamente a lo acordado por el órgano de contratación. En este sentido, no se alcanza a comprender cómo dicha información (de carácter puramente cuantitativo, como costes económicos o número de recursos personales previstos para la ejecución del contrato) puede llegar a ser considerada información confidencial, ya que no desvelan ningún secreto técnico, organizativo o comercial, por tratarse únicamente de aclaraciones de tipo puramente económico.”

Frente a las alegaciones del recurrente, en los informes técnicos y jurídicos remitidos por el Órgano de Contratación, se manifiesta que la declaración de confidencialidad se ajusta a derecho, no tratándose de una aceptación acrítica de la declaración de confidencialidad efectuada por la empresas, aseverando que se han examinado las justificaciones y argumentos presentados por las empresas licitadoras, concluyendo que las mismas, teniendo en cuenta, además el objeto del contrato, son razonables.

El informe firmado por el Jefe de Sección de Administración y Contratación el 30 de enero de 2020, concluye, así, que “Una vez recibida contestación por los licitadores se emite informe por la Jefa de Servicio de Tecnologías de la Información valorando positivamente la documentación aportada, por lo que procedería que el órgano de contratación -Junta de Gobierno de la ciudad de Sevilla- declare la confidencialidad de la documentación aportada, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 133.1 de la LCSP.”

Por su parte el informe firmado por la Jefa de Servicio de Tecnologías de la Información el día 29 de enero, el cual se acompaña de un Anexo en el que se analiza la confidencialidad de la oferta de la propia recurrente, manifiesta que “Vista la documentación presentada por las empresas licitadoras del expediente de referencia, instruido para la contratación del *Suministro de una aplicación software (en adelante Plataforma de Ciudad) que cumpla las especificaciones de la norma UNE 178104:2017, "Sistemas Integrales de Gestión de la Ciudad Inteligentes, requisitos de interoperabilidad para una Plataforma de Ciudad Inteligente"*, (Ref. 50/18), en el sobre nº2 relativo a criterios de valoración que dependen de un juicio de valor; vistas las partes que han señalado como confidenciales (en cumplimiento de los requerimientos realizados a todas ellas) (...)Todas las empresas citadas han señalado las partes de sus ofertas que consideran confidenciales, estimándose razonable al tratarse de ofertas muy técnicas en las que se detallan tecnología, productos, infraestructuras y procedimientos que poseen y que justificaría que no sea revelado, por lo que se informa favorablemente sus propuestas.”

Sobre estas bases, el Informe al Recurso firmado por la Jefa de Servicio de Tecnologías de la Información, defiende que “los contenidos de las ofertas presentados en el sobre 2 se refieren a la construcción de un producto software, por lo que, en su mayor parte, hacen referencia a información técnica privada de la empresa y el know-how referente a la construcción de dicho producto. Esta información no es pública y debe considerarse confidencial, ya que el conocimiento de estos contenidos por sus competidores puede causar un perjuicio a la empresa, dando una ventaja competitiva al resto. Es extraordinariamente delicado determinar los límites precisos de lo que puede considerarse secreto tecnológico o comercial en este tipo de productos. Es por ello que el criterio que se utilizó para determinar la confidencialidad fue respetar los argumentos esgrimidos por cada una de las empresas, incluida la propia recurrente.

El argumento de la entidad VODAFONE en su escrito de 27 de marzo cuando, para justificar la parte amplia de su oferta que declara confidencial, es el siguiente:

*“...En relación con lo expuesto, debemos poner de manifiesto que el contenido de la Oferta referida, comprende Información claramente confidencial porque, con la facilitación de los mismos al resto de los licitadores, se estaría permitiendo dar visibilidad a los mismos de extremos relacionados con el posicionamiento estratégico comercial de Vodafone estrechamente relacionados con los planes comerciales. Estos elementos figuran como confidenciales y no accesibles a cualquier persona, incluso dentro de la propia Compañía, teniendo acceso a los mismos únicamente el personal designado específicamente para ello, que por sus funciones lo debe conocer, y ello por el carácter secreto de los mismos, y por la incidencia que la revelación de los mismos podría tener en la competencia al suponer la divulgación de secretos comerciales.*”

*En orden a examinar los concretos motivos por los que, de forma específica, se interesa por parte de mi representada, la confidencialidad del contenido de los Epígrafes referidos con anterioridad, debemos destacar que en el mismo se incluyen tecnologías totalmente innovadoras y que sobre los mismos, a los fines de que estos puedan ser desarrollados de forma conveniente, existe un absoluto secreto tecnológico, comercial y empresarial, y que por ello entendemos que es absolutamente confidencial los datos que los antedichos epígrafes se integran.*

*De hecho, en la Oferta presentada se describe una solución técnica realizada ad-hoc para el cliente, que se ha mostrado como diferencial, tanto a nivel de diseño como de equipamiento, y que Vodafone quiere usar en otros concursos.*

*Además, en dicha Oferta se describe la arquitectura de Plataforma SmartCities de Vodafone, un diseño que ni siquiera conoce todo el personal de Vodafone, y sería una ventaja competitiva determinante para la competencia...”*

Es decir que, según VODAFONE, el contenido de su oferta comporta una ventaja competitiva para la empresa, se trata de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros, y representa un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado.

Algo similar se puede decir del argumento dado por EMERGYA para acreditar el carácter confidencial de su oferta, considerándose suficiente la justificación dada en su escrito de 17 de diciembre de 2019 que acompañaba a su oferta debidamente confidencializada. “A continuación, justificamos la confidencialidad de cada uno de los puntos:

- 1.6 Resumen Ejecutivo, se trata de un resumen general de la oferta dónde hacemos referencia a los puntos 2.Solución Plataforma de Ciudad Propuesta, 3. Vertical de gestión de seguridad ciudadana en grandes eventos y 4. Proyecto piloto ofertado para verificación de la plataforma, en los cuales se definen los secretos técnicos de nuestra plataforma.

- 2. Solución Plataforma de Ciudad Propuesta, por tratarse de información relativa a nuestro propio desarrollo del producto y conocimientos propios de la empresa, es decir, hace referencia a secretos técnicos de nuestro producto FIWOO. Son características técnicas de nuestro producto, necesarias para su desarrollo y que nos proporcionan una ventaja competitiva en el mercado. El acceder a esta información afecta a nuestra competencia dentro del mercado, al basar el núcleo de nuestra plataforma en FIWARE, tal y como lo hace Telefónica, empresa que ha solicitado el acceso a nuestra oferta.

- 3. Vertical de gestión de seguridad ciudadana en grandes eventos, determinamos que este punto es confidencial debido a que además de revelar secretos técnicos sobre cómo integramos desde el punto de vista técnico con los elementos descritos en el pliego, además, hablamos de secretos comerciales de otros proveedores.

- 4. Proyecto piloto ofertado para verificación de la Plataforma, determinamos que este punto es confidencial debido a que además de revelar secretos técnicos sobre cómo integramos desde el punto de vista técnico con los elementos propuesto por Emergya, además, hablamos de secretos comerciales de otros proveedores.

- 11 Anexo: Imágenes, al tratarse de imágenes de nuestra propia solución, que no son de dominio público y son necesarios para la fabricación del producto. Además, no son conocidas por terceros.

- Documento justificación baja temeraria, por referirse a datos tales como los costes laborales y de cada actividad, incluyendo los salarios asignados, horas de trabajo y perfiles profesionales”

A mayor abundamiento, el Informe destaca que “ la oferta de la empresa recurrente también ha sido censurada en los aspectos de mayor transcendencia (61% del total de páginas), y por razones similares, como se puede ver en el anexo “Análisis de la confidencialidad de la oferta de NEC, donde se observa que la propuesta de confidencialidad de la oferta de la empresa recurrente en los temas nodales es:

Criterio 1 (20 puntos):71,05% de los puntos censurados, 15'79% parcialmente censurados y 13,16% no censurados.

Criterio 2 (4,5 puntos):Parcialmente censurado.

Criterio 3 (3 puntos): Parcialmente censurado.

Criterio 4 (2,5 puntos): No censurado.

Criterio 5 (2,5 puntos): Parcialmente censurado.

Criterio 6 (1 punto): Parcialmente censurado.

Criterio 7 (0,5 puntos): Censurado”

Se destaca así por los técnicos de la unidad tramitadora del expediente que todos los licitadores propusieron una censura amplia de sus ofertas, por considerar que éstas

contenían secretos tecnológicos o comerciales, y teniendo en cuenta que en este terreno de la innovación tecnológica es difícil, si no imposible determinar qué cuestiones son definitivamente innovadoras y desconocidas por la competencia o aquellas que pueden aportar una ventaja competitiva, a la vista de las argumentaciones presentadas por las licitadoras, se concluyó que las mismas eran razonables, aceptándose la propuesta de confidencialidad formulada por aquéllas.

En cuanto a la alegación del recurrente relativa a la confidencialidad de la documentación presentada por EMERGYA para justificar su oferta, *“Lo que, nuevamente, impide conocer las características de la oferta de EMERGYA que le permitieron realizar una baja tan importante, los motivos por los que el órgano de contratación finalmente la admitió, y, en definitiva, el poder discutir todo lo anterior a través de este recurso especial (...) No se alcanza a comprender que aspectos como el concreto número de horas de formación y de arquitectura ofertas, y los perfiles profesionales asignados a cada tarea, así como su coste o que la información de la ofertas técnicas relativa a la justificación de la normativa UNE, hayan podido ser considerados como confidenciales, cuando es obvio que dicha información nada tiene que ver con secretos comerciales o empresariales”,* señala el informe que la documentación presentada para la justificación de la anormalidad por EMERGYA es la exigida en el Anexo al PCAP, cual es, textualmente:

- Desglose de gastos de las partidas de explotación estimadas durante la vigencia del contrato incluidos, en su caso, los correspondientes a las mejoras ofertadas.
- Documentación justificativa del cálculo del coste del personal adscrito al contrato que garantice que la oferta cubre los salarios fijados en el convenio colectivo sectorial de aplicación.
- Documentación justificativa del ahorro que cubra el porcentaje de baja por el que la oferta ha incurrido en anormalidad.
- Condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones incluidas en el contrato.
- Cualquier otra evidencia documental acreditativa de la viabilidad de la oferta.”

Concluye el informe que *“Desde nuestro punto de vista la documentación para justificar la anormalidad de la oferta cumple ampliamente los requisitos para ser considerada confidencial, puesto que se refiere, efectivamente, a cuestiones de organización interna y condiciones especialmente favorables de que disponga la empresa y que pueden ser consideradas secreto comercial o empresarial, de ahí que se tacharan en el informe de la Jefe de Servicio de Tecnologías de la Información de 27 de noviembre de 2019 aquellos datos que, a juicio del órgano de contratación, revestían dicho carácter.”*

Por lo que respecta a la justificación a la alineación con la normativa UNE, defiende el Informe remitido al Tribunal que *“esta parte es nodal en la oferta ya que describe la arquitectura completa de la plataforma, su división en capas, módulos que contienen, relación y comunicación entre los mismos...), lo que ha sido considerado por la empresa y aceptado por el órgano de contratación como secreto tecnológico, comercial y empresarial”.*

En sus alegaciones al recurso, VODAFONE manifiesta la conformidad a Derecho del acceso a la documentación que fue conferido a NEC y citando al Tribunal Administrativo de Recursos contractuales de la Junta de Andalucía señala que *“el derecho de acceso a las ofertas de los restantes licitadores no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo 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 otro licitador. Así lo ha declarado este Tribunal en su Resolución 329/2016, de 22 de diciembre, y el Tribunal Administrativo Central en la Resolución 710/2016, de 16 de septiembre, entre otras.”*

A la vista de las alegaciones efectuadas por las partes, hemos de partir nuestro análisis de las previsiones legales al respecto. En este sentido, y conforme a lo dispuesto en el artículo 133.1 de la LCSP :

*“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores. El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.*

Sobre la aplicación del precepto, se han pronunciado los diversos órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, como de hecho ha puesto de manifiesto el recurrente, con cita de diversas resoluciones al respecto, destacando que:

- el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales (Resol. 461/2019, 654/2019, 68/2016 del TACRC, y tal declaración debe ser sobre aspectos concretos, no sobre la totalidad de una proposición (Resolución del Tribunal Central 15/2016, de 3 de marzo, Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 183/2015 y el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 39/2015)

- se consideran secretos técnicos o comerciales el “conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación”. También se indicó en la misma resolución, que para que la documentación sea verdaderamente confidencial, es necesario que se trate de documentación que “a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa, b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros, c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado.”(Central, resolución nº 196/2016)

- el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, sino que tiene éste la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en el procedimiento de contratación.(Central 166/2019,

- para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores en favor del deber de confidencialidad, es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial. (Resolución Central nº 58/2018 de 19 de enero).

-en todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución nº 741/2018 y 166/2019).

- en el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado y es el órgano de contratación quien debe analizar y resolver motivadamente qué partes de la documentación de los licitadores son realmente confidenciales (Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón)

En las propias Resoluciones a que hace referencia el recurrente (Resoluciones 76/2018, de 6 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, Resoluciones núm. 58/2018 y 343/2015 del TACRC, se establece que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación , debiendo éste analizar y resolver qué partes de la documentación de los licitadores son realmente confidenciales.

Como señala el Informe 15/2012 citado, el carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores, debiendo tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Como asevera el informe es el órgano de contratación quien debe analizar y resolver motivadamente qué partes de la documentación de los licitadores son realmente confidenciales.

Los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación vienen señalando, como criterios generales que no son confidenciales la oferta económica (la apertura es pública), los certificados de cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social y, en general, los informes que ya consten

en registros de acceso público (Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 710/2016).

Por el contrario, son confidenciales, como regla general, las informaciones no accesibles al público y los datos empresariales que afecten a los intereses legítimos y a la competencia desleal (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 10/2015); el listado de clientes de los servicios prestados a particulares; los listados de trabajadores; la titulación académica y experiencia profesional protegida por la normativa de protección de datos personales (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea 21 de septiembre de 2016, Asunto Secolux, T-363-14 y, entre otros, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 81/2005, salvo que haya disociación de datos, o la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 196/2016), salvo que sea necesario en el supuesto de subrogación laboral.

Con cita del Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 106/2015, la Junta Consultiva de Aragón, precisa que "los requisitos para calificar de confidencial la documentación presentada por los licitadores son los siguientes:

- »a) Que comporte una ventaja competitiva para la empresa.
- »b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros,
- »c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado y
- »d) que no se produzca una merma en los intereses que se quieren garantizar con los principios de publicidad y de transparencia".

En el caso objeto de análisis en la Resolución 654/2019 del Tribunal Central, no se encontró en el expediente decisión en la que el órgano de contratación haya motivado por qué deba otorgarse a tales documentos el carácter de confidenciales, denegando con ello su examen. Tampoco la notificación del acuerdo, *"solo aparece una mención en el acta nº 21 de 22 de mayo de 2019, donde se limita a recoger que la Junta de Contratación deniega el acceso a los documentos, mas sin formular análisis alguno en los términos que exige la doctrina de este Tribunal antes citada. Ahora bien, habiendo concluido que se ha producido una situación de indefensión derivada de una denegación de acceso a determinados documentos, inmotivada y no ajustada a Derecho, esto es, una infracción del ordenamiento jurídico"*, aun así, el Tribunal se plantea si dicha la infracción debe o no anular el acuerdo de adjudicación, esto es, si estamos ante una indefensión material o meramente formal y no invalidante, concluyendo que "la denegación indebida del acceso a un documento del expediente no constituye causa suficiente para anular un acto ajeno a dicha denegación, aunque esté relacionado con el mismo. La denegación, al fin y al cabo, es posterior al acuerdo de adjudicación y no influye en la toma de decisión y formación de voluntad del órgano de contratación al dictar el acto impugnado. Por otro lado, también se ha de tomar en consideración la presunción de validez de los actos administrativos, la intrascendencia de las irregularidades formales no invalidantes, así como los principios de conservación y los límites a la extensión de la nulidad que se recogen en los artículos 39.1, 48, 49 y 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Principios que impedirían anular un acto por el solo motivo que lo sea otro dictado, en el mismo expediente, con posterioridad a la fecha en la que se dictó el primero, y que, aunque guarden relación, ambos actos sean autónomos o independientes uno de otro. Es preciso examinar también, de acuerdo con lo expuesto, si los motivos de impugnación alegados en el recurso, que se pretenden fundar en los documentos a los que se ha denegado el acceso, constituyen un motivo para acordar la nulidad del acuerdo de adjudicación, tal y como es solicitado en el suplico del recurso. Así, señala

la recurrente que una de las empresas que se constituye en la UTE adjudicataria, en concreto SERBATIC, no cumple con lo previsto en los Pliegos para el cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y gestión medioambiental. Existirían indicios que así lo avalan (...)

Por consiguiente, aun cuando se ha producido una situación de indefensión, al vedar de manera inmotivada al recurrente el acceso a documentos sobre los que no se extiende el deber de confidencialidad del artículo 133 LCSP, dicha indefensión es meramente formal, y carece de la virtualidad suficiente para erigirse en motivo de anulación del acuerdo de adjudicación que se impugna. No se ha producido el incumplimiento de los Pliegos que con el examen dichos documentos se pretende hacer probar, y que ha sido objeto de alegación en el recurso, según la doctrina del Tribunal antes consignada. Es suficiente con que una de las empresas ostente la certificación exigida, que es un requisito necesario para la ejecución del contrato mas no un requisito de solvencia técnica, como defiende el recurrente, y tampoco tiene que ser exigido el certificado de manera acumulada a todas las empresas que vayan a integrar la UTE. Por ello, el recurso debe ser desestimado en su totalidad al no apreciarse que exista una causa para anular el acuerdo de adjudicación impugnado.”

En la Resolución 166/2019, el tribunal Central concluyó que “a la vista de la decisión adoptada por el órgano de contratación es posible concluir que éste actuó dentro de los márgenes establecidos. Efectivamente, la declaración de confidencialidad no alcanza a toda la oferta, sino únicamente a la parte relativa a la oferta técnica. Hay que tener en cuenta que el expediente en este caso resulta peculiar, pues es precisamente la alta sensibilidad de la información que se contiene la que determina la elección del procedimiento negociado sin publicidad, tal y como se señala en los pliegos que rigen la licitación. Esa misma especificidad obliga a ser especialmente cautos en relación con el contenido de las ofertas de los licitadores. Por otra parte, como se ha dicho, el derecho de acceso al expediente es un derecho instrumental al de tutela judicial efectiva y por tanto el ejercicio de aquél solo puede entenderse conectado a éste. En el presente caso, el informe de valoración de las ofertas era más que suficiente para conocer los motivos y razonamientos que han llevado al órgano de contratación a asignar los puntos entre los licitadores, por más que dicha asignación no resulte concurrente con la que considera admisible el ahora recurrente, sin que por éste se haya señalado qué concretos aspectos de dicha documentación habría sido necesario examinar para poder formular el recurso. Además, debe señalarse que el mismo recurrente declaró también confidencial la totalidad de su oferta, supuesto similar al ya examinado en la resolución de este Tribunal 927/2018, a cuyo contenido debemos remitirnos: *“Ahora bien, aunque fuera cierto que por los adjudicatarios de los distintos lotes se haya declarado confidencial la totalidad de su oferta técnica evaluable mediante juicios de valor, también lo es que ello no afectaría a toda la proposición sino solo a dicha oferta técnica sujeta a juicios de valor, y que la recurrente ha hecho lo mismo al amparo del artículo 140 del TRLCSP, es decir, ha declarado confidencial íntegramente su oferta técnica evaluable mediante juicios de valor. Tal y como alega el órgano de contratación “Por lo tanto no hay una ventaja de unos licitadores respecto a otros, no vulnerándose el principio igualdad de trato entre licitadores, puesto que todos los licitadores pueden hacerlo y de hecho el licitador que presenta este recurso su propia oferta técnica la ha calificado de confidencial, sin aludir a que partes son confidenciales y cuáles no, sino calificando la oferta en su conjunto de confidencial; lo que no puede hacer la licitadora recurrente es ir contra su propios actos, es un principio general del derecho - la doctrina de los actos propios -, es decir declaro confidencial toda mi oferta y luego recurro que otros licitadores hagan lo mismo y exijo que no sea confidencial todas las ofertas de los demás licitadores”, pero la mía sí.*

*Pues bien, a la luz de todo lo expuesto, si bien es cierto que el órgano de contratación debió al menos motivar la extensión de la confidencialidad a la totalidad de las ofertas de*



*algunos licitadores, en particular de la empresa adjudicataria, también lo es que la recurrente ha hecho lo mismo, por lo que no puede pretender que constituya infracción legal lo que el mismo ha hecho, así como que la información puesta a disposición de la entidad reclamante en la notificación de la adjudicación en la que se incorpora la totalidad del informe técnico de valoración y la extensión del informe que este Tribunal ha podido comprobar en el que se detallan cada uno de los criterios objeto de valoración en cada una de las ofertas, es suficiente para concluir que no se ha producido a la empresa recurrente indefensión; si bien denuncia las limitaciones impuestas por la entidad contratante para acceder en su integridad al expediente, no concreta aquellos aspectos de la información denegada que pudieran haberle impedido la formulación una reclamación eficaz y útil. En conclusión, la recurrente no puede pretender que sea legal lo que ella misma ha hecho e ilegal si lo hacen otros, y el informe técnico de valoración está suficiente y claramente motivado, por consiguiente, la entidad reclamante, a través del mismo, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer su reclamación y fundarla debidamente. Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo de impugnación.”*

En el caso que nos ocupa, observamos que:

1º.- El objeto del contrato, como señala el órgano de Contratación en su informe y los propios contenidos de las ofertas presentados en el sobre 2 se refieren a la construcción de un producto software, por lo que, en su mayor parte, hacen referencia a información técnica privada de la empresa y el know-how referente a la construcción de dicho producto, cuyo conocimiento por los competidores puede causar un perjuicio a la empresa, dando una ventaja competitiva al resto.

2º.- Las empresas licitadoras han consignado las razones por las que efectúan su petición de confidencialidad, la cual, como ocurría en el supuesto analizado en la Resolución 166/2019 por el Tribunal Central, no alcanza a toda la oferta, sino principalmente a la parte relativa a la oferta técnica.

3º.- Se ha efectuado por el órgano de Contratación, según consta en los informes emitidos, un examen de la documentación presentada por las empresas, las partes que han señalado como confidenciales y la justificación y argumentos que esgrimen para ello, concluyéndose su razonabilidad, por considerar que se trata de ofertas “muy técnicas en las que se detallan tecnología, productos, infraestructuras y procedimientos que poseen y que justificaría que no sea revelado, por lo que se informa favorablemente sus propuestas”, habida cuenta de que “las ofertas presentados en el sobre 2 se refieren a la construcción de un producto software, por lo que, en su mayor parte, hacen referencia a información técnica privada de la empresa y el know-how referente a la construcción de dicho producto. Esta información no es pública y debe considerarse confidencial, ya que el conocimiento de estos contenidos por sus competidores puede causar un perjuicio a la empresa, dando una ventaja competitiva al resto”, por lo que, aun no siendo muy prolijo en sus explicaciones, no puede entenderse que el órgano de contratación haya hecho dejación de sus funciones, constando en el expediente que existe un acuerdo al respecto, adoptado el 31 de enero de 2020, previo análisis por los técnicos de la documentación presentada y motivado en los informes emitidos por éstos, publicándose el acuerdo en la Plataforma de Contratación, con fecha 4 de febrero de 2020, constando en el expediente, (Folio 2321) Diligencia de personación de dos representantes de la recurrente en las dependencias del Servicio de

Tecnologías de la Información, firmada por éstos y en la que se hace constar su acceso al expediente de Contratación, con fecha 6 de febrero.

En la Plataforma de Contratación, consta la publicación tanto de las Actas de la Mesa de Contratación, como de los Informes de valoración de las ofertas, y el propio informe sobre justificación de la anormalidad.

## Resumen Licitación

Publicación en plataforma	Documento
10/05/2019 09:40:49	Anuncio de Licitación
13/05/2019 08:39:28	Pliego
06/03/2020 14:06:44	Adjudicación

### Otros Documentos

Publicación en plataforma	Documento
13/05/2019 08:40:35	Acuerdo de iniciación del expediente
13/05/2019 08:40:57	Memoria justificativa
13/05/2019 08:41:16	Informe de insuficiencia de medios
13/05/2019 08:41:37	Documento de aprobación del expediente
01/07/2019 14:58:34	Actos públicos informativos ó de apertura de ofertas
09/07/2019 14:32:12	Actos públicos informativos ó de apertura de ofertas
07/11/2019 09:53:15	Actos públicos informativos ó de apertura de ofertas
12/11/2019 14:49:29	Informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicio de valor
12/11/2019 14:50:16	Informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicio de valor
15/11/2019 14:15:38	Acta del órgano de asistencia
29/11/2019 09:19:32	Actos públicos informativos ó de apertura de ofertas
04/12/2019 09:42:10	Informe sobre las ofertas incusas en presunción de anormalidad
04/12/2019 09:42:32	Actos públicos informativos ó de apertura de ofertas
04/12/2019 09:42:47	INFORME SOBRES 3 Y PROPUESTA
04/02/2020 10:15:26	Declaración de Confidencialidad de Documentación
29/05/2020 14:05:21	Oficio Reanudación de Plazo
04/06/2020 14:15:42	Suspensión Tramitación del Procedimiento

Consta, asimismo la petición de acceso y copias formulada por distintas licitadoras y el acceso y copias concedidas, pudiendo concluirse, que el órgano de Contratación actuó dentro de los márgenes establecidos, teniendo en cuenta, además que como señalara el Tribunal Central en la Resolución 166/2019 antes citada, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso, es un derecho instrumental al de tutela judicial efectiva y por tanto el ejercicio de aquél solo puede entenderse conectado a éste. Y en el presente caso, como en el allí examinado ocurría, el informe de valoración de las ofertas es más que suficiente para conocer los motivos y razonamientos que han llevado al órgano de contratación a asignar los puntos entre los licitadores, sin que por éste se haya señalado

qué concretos aspectos de dicha documentación habría sido necesario examinar para poder formular el recurso. Además, debe señalarse que el mismo recurrente declaró también confidencial gran parte de su oferta, supuesto similar al ya examinado en las resoluciones 166/2019 y 927/2018, en las que se concluye que, *aunque fuera cierto que por los adjudicatarios de los distintos lotes se haya declarado confidencial la totalidad de su oferta técnica evaluable mediante juicios de valor, también lo es que ello no afectaría a toda la proposición sino solo a dicha oferta técnica sujeta a juicios de valor, y que la recurrente ha hecho lo mismo (...)* “Por lo tanto no hay una ventaja de unos licitadores respecto a otros, no vulnerándose el principio igualdad de trato entre licitadores, puesto que todos los licitadores pueden hacerlo y de hecho el licitador que presenta este recurso su propia oferta técnica la ha calificado de confidencial, sin aludir a que partes son confidenciales y cuáles no, sino calificando la oferta en su conjunto de confidencial; lo que no puede hacer la licitadora recurrente es ir contra sus propios actos, es un principio general del derecho - la doctrina de los actos propios -, es decir declaro confidencial toda mi oferta y luego recurro que otros licitadores hagan lo mismo y exijo que no sea confidencial todas las ofertas de los demás licitadores”, pero la mía sí.

*(...), por lo que no puede pretender que constituya infracción legal lo que el mismo ha hecho, así como que la información puesta a disposición de la entidad reclamante en la notificación de la adjudicación en la que se incorpora la totalidad del informe técnico de valoración y la extensión del informe que este Tribunal ha podido comprobar en el que se detallan cada uno de los criterios objeto de valoración en cada una de las ofertas, es suficiente para concluir que no se ha producido a la empresa recurrente indefensión; (...)* En conclusión, la recurrente no puede pretender que sea legal lo que ella misma ha hecho e ilegal si lo hacen otros, y el informe técnico de valoración está suficiente y claramente motivado, por consiguiente, la entidad reclamante, a través del mismo, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer su reclamación y fundarla debidamente. Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo de impugnación.”

En efecto, en el Informe técnico de valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor (Sobres 2) y su Anexo, firmado el 5 de noviembre de 2019 y que sirven de fundamento y motivación a la propuesta de la Mesa y a la adjudicación efectuada por el Órgano de Contratación, fueron publicados el 12 de dicho mes. El día 15 de noviembre se publicó el Acta de la Mesa, en la que, en acto público, se da lectura y se toma conocimiento del citado informe, asumiendo su contenido, y procediéndose a la apertura de los Sobres nº 3.

El contenido del Informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y su Anexo, en el que se contiene el detalle de la valoración, se estima razonado y acorde con los parámetros de discrecionalidad técnica, consignándose en el mismo motivación que se considera suficiente para conocer las razones y argumentos determinantes de la puntuación otorgada, no estableciéndose en el mismo incumplimiento del Pliego por ninguna de las ofertas analizadas, circunstancia ésta, que lejos de atribuir puntuación a la oferta afectada, habría determinado una propuesta de exclusión de la misma.

Criterio	Punt. Máxima	Emergya	IKUSI	Minsait	NEC	Telefónica	Vodafone	Wellness
1. Descripción de la solución Plataforma de Ciudad propuesta	20	18	12	18	17	18	15	17
2. Descripción del vertical de gestión de seguridad ciudadana en grandes eventos	4,5	2	2	2,5	2	2	2	2
3. Descripción del proyecto piloto ofertado para verificación de la Plataforma	3	2,5	1	1	2,2	2	2,5	2,5
4. Descripción del hardware ofertado	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5
5. Plan de gestión del cambio	2,5	1,5	1	0,5	0,8	2,4	2,4	0,7
6. Plan de trabajo	1	1	1	1	1	1	1	1
7. Plan de transferencia del conocimiento	0,5	0,5	0	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5
<b>TOTAL:</b>	<b>34</b>	<b>28</b>	<b>19,5</b>	<b>26</b>	<b>26</b>	<b>28,4</b>	<b>25,9</b>	<b>26,2</b>

Por referirnos a un ejemplo citado por el propio recurrente, en relación al Criterio 1. **Descripción de la solución Plataforma de Ciudad propuesta**, conforme a lo dispuesto en Pliegos, se valora la calidad expositiva de oferta, el grado de satisfacción de las prescripciones técnicas más allá del mínimo exigido en el PPT, la Arquitectura tecnológica de la Plataforma de Ciudad, el modelo de licenciamiento y propiedad de los productos y la coherencia y adecuación de los planes de despliegue y de migración.

Señala el recurrente que “analizado el Informe de 5/11/2019 (relativo a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y su Anexo Detalle de Valoración) surgen dudas razonables sobre cómo VODAFONE ha logrado justificar el cumplimiento de arquitectura y requisitos marcados en la norma UNE 178104 cuando su propuesta se fundamenta en el software privativo de un tercero (ThingWorx), según se afirma en el Informe de 5/11/2019. Dudas que, de haber tenido acceso a la oferta de VODAFONE, hubieran podido fundar un motivo de impugnación de la adjudicación en caso de haber podido confirmar un incumplimiento efectivo.”

Concretamente en el Criterio 1, la puntuación obtenida por Vodafone es de 15 puntos, menor que la de la recurrente, señalando el Informe de valoración tanto sus ventajas (en verde), como sus “inconvenientes” (en rojo), sin concluir incumplimiento del PPT, afirmando que “La plataforma Vodafone Smart Cities Cities mejora las características mínimas exigidas. Entre otros aspectos mejora el rendimiento con la inclusión de balanceadores en distintos niveles (módulos de la plataforma, peticiones MQTT, interfaces externas de interconexión, etc.). Incluye 5 verticales ya desarrollados como funcionalidades adicionales (Gestión de residuos urbanos, eficiencia energética, riego inteligente, parking inteligente y medio ambiente).

Para analítica predictiva y big data utiliza ThingWorx Analytics. Herramienta propia privativa que no muchos expertos conocen. Es preferible utilizar herramientas más conocidas por la comunidad informática, por lo que se valora negativamente.

La plataforma tiene una estructura orientada a servicios. Está basada en la plataforma IoT industrial Thingworx (propietaria) y no en FIWARE, aunque integra ORION Context Broker para dotar a la plataforma de interoperabilidad con FIWARE.

El licenciamiento es privativo, lo cual es un inconveniente y ha sido valorado negativamente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que es una plataforma probada y asentada en la industria.

El despliegue de la plataforma se podrá realizar utilizando la tecnología Docker al igual que el resto de las ofertas.

Los requisitos hardware que propone la empresa son adecuados y están en la media con respecto al resto de ofertas.

Recapitulando, la oferta presenta una buena plataforma basada en un software probado en la industria, pero que tiene el problema de ser totalmente privativo (con los problemas de dependencia derivados) y utilizar herramientas propias menos conocidas por la comunidad

El conocimiento del Informe de valoración y su Anexo, ha permitido formular recurso basándose en incumplimientos del PPT, tanto de la adjudicataria como de la segunda clasificada, alegaciones de incumplimiento que han sido contrarrestadas por el órgano de contratación en el informe técnico remitido al Tribunal, a lo que ha de sumarse el hecho de que los propios técnicos, al examinar y evaluar las ofertas, no han considerado que hubiere tal vulneración, como en los siguientes Fundamentos se analizará.

El recurrente no cuestiona la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor por presunto desconocimiento de la oferta, debido a la confidencialidad, si bien, lo cierto es que el Informe técnico de valoración y su Anexo expresan la motivación y razones determinantes de la puntuación obtenida, estimándose tal informe como razonable y acorde a los cánones de discrecionalidad técnica.

El resultado final de la valoración del Sobre 2 arroja un resultado de 26 puntos para el recurrente, frente a los 25,9 de la adjudicataria y los 28 de la segunda clasificada. La diferencia final de puntuación, viene pues, determinada por los criterios de valoración automática, valoración que no se pone en duda y en los que la recurrente obtiene 48,27 puntos, frente a los 62,61 de la adjudicataria VODAFONE y los 53,29 de EMERGYA.

Todo ello determina que la pretensión de la recurrente se fundamente en la exclusión de las licitadoras que han obtenido mayor puntuación que ella misma, pues sólo ello le permitiría obtener la adjudicación., teniendo en cuenta, además que la procedencia de la no exclusión, determinaría la falta de legitimación del recurrente para la interposición del recurso, al ser el tercer clasificado, careciendo, en consecuencia de interés legítimo. No obstante la alegada exclusión, por anomalía en la bolsa de horas e incumplimiento del PPT, se analizarán en los siguientes Fundamentos.

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir la desestimación de la primera alegación formulada.

**CUARTO.-** El recurrente defiende la exclusión de las ofertas de VODAFONE y de EMERGYA, por incurrir en valores anormales o desproporcionados, en atención al elevado número de la bolsa de horas ofrecidas (segundo criterio de valoración objetiva), así como por incumplimiento del PPT.

Considera la recurrente que “la correcta interpretación de los parámetros objetivos previstos en los pliegos para considerar si una oferta incurría en valores anormales o desproporcionados (apartado 9 del Anexo I), resulta de aplicación a la oferta considerada en su conjunto, no sólo al criterio de valoración automática relativo a la oferta económica (como incorrectamente ha realizado el órgano de contratación)” y que “las ofertas de VODAFONE y EMERGYA incumplen las obligaciones exigibles a los licitadores en materia laboral, tal y como se deduce del número de horas incluidas en las bolsas de horas ofertadas por ambos licitadores.”, “Todo lo cual debió

conducir al órgano de contratación a la conclusión de que las ofertas presentadas por VODAFONE y EMERGYA debían ser excluidas”.

El escrito del recurso trae a colación el Informe 113/18, sobre *“identificación de ofertas anormalmente bajas cuando existen criterios de adjudicación sometidos a un juicio de valor”* (a partir de ahora, el *“Informe de la JCCA del Estado 113/18”*), del cual destaca lo siguiente:

□ La previsión del art. 149.2.b) de la LCSP, relativa a los supuestos en que se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación, debe interpretarse en el sentido de que no resulta necesario que los parámetros objetivos para determinar la temeridad de las ofertas se establezcan respecto de todos y cada uno de los criterios de adjudicación que prevé el pliego, sino que es posible que se limiten sólo a aquellos que se consideren más relevantes a los efectos de determinar la temeridad de la oferta considerada en su conjunto. Dichos criterios deben permitir tener una visión objetiva y completa del problema de la viabilidad del cumplimiento del contrato.

□ La finalidad que persigue la norma no es otra que la de garantizar que las ofertas presentadas son viables en cuanto a su ejecución en caso de resultar adjudicatarias. Resulta evidente que la condición extremadamente baja del precio puede producir esta circunstancia, pero también es cierto que la oferta puede convertirse en inviable, por ejemplo, como consecuencia de una propuesta inasumible desde el punto de vista técnico o por otras cuestiones.

Asimismo, se refiere al Informe de la JCCA del Estado 119/18, titulado *“identificación de ofertas anormalmente bajas cuando existen varios criterios de adjudicación, en relación con lo previsto en el artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”*, en el cual se reconoce que *“ el artículo 149.2 de la LCSP no exige que en la fijación de los parámetros objetivos para apreciar la temeridad –por obvia referencia al precio y al resto de los costes de la oferta- hayan de tenerse en cuenta todos los criterios de adjudicación utilizados en el procedimiento, sino que alude únicamente a la oferta considerada en su conjunto. Por tanto, parece razonable entender que el órgano de contratación debe seleccionar aquellos criterios de adjudicación sobre los cuales sea posible apreciar la temeridad de la proposición del licitador y establecer parámetros objetivos propios de cada uno de ellos, sin que necesariamente deba incluir parámetros sobre otros criterios que carezcan de trascendencia a los efectos de valorar la anormalidad de la oferta”*.

A la vista de tales informes, concluye que *“la valoración de viabilidad de la oferta, en el caso de diferentes criterios de adjudicación, debe referirse a varios de ellos (a los más relevantes, siempre que permitan tener una visión objetiva y completa del problema de la viabilidad del cumplimiento del contrato considerada en su conjunto).*

Teniendo en cuenta el apartado 7 del Anexo I al PCAP sobre los *“Criterios de Valoración de las Ofertas”*, el criterio de valoración objetiva relativo a la valoración económica de las ofertas y el de la bolsa de horas, así como lo dispuesto en la Cláusula 9, concluye que:

1. Para determinar la puntuación a otorgar en cada caso, la fórmula de ambos criterios de valoración (oferta económica y bolsa de horas) fija como variable K la cuantía resultante de aplicar a la media de las ofertas presentadas **“el 20% determinado para incurrir en valores anormales”**. Referencia que, indudablemente, se refiere al criterio para la determinación de valores anormales o desproporcionados en las ofertas económicas previsto en el Anexo I del PCAP.

Así pues, no cabe duda de que el criterio de valoración asume o parte de que ofrecer una oferta por debajo o por encima de lo indicado, supondrá presentar una oferta anormal o desproporcionada.

2. En caso de que las ofertas presentadas superen dicho valor (el 20%), dichas ofertas serán admisibles (y se les otorgará la máxima puntuación) **“una vez hayan sido aportadas las garantías solicitadas por la Mesa de Contratación”**. Referencia que sólo puede entenderse referida a la posibilidad expresamente prevista en el art. 149.7 de la LCSP, prevista para el supuesto de ofertas con valores anormales o desproporcionados.

3. Aunque el criterio del apartado 9 del Anexo I se refiere literalmente a la oferta económica, es evidente que **la interpretación correcta de dicho criterio abarca también a las ofertas de bolsa de horas, en coherencia con lo expresamente previsto en los criterios de valoración fijados en el pliego**, como se deduce del hecho de que dicho criterio haga referencia expresa a la posibilidad de cumplimiento de la oferta con el Convenio laboral aplicable y a que la justificación de la oferta deba considerar el coste de personal adscrito al contrato.”

No obstante reconocer que el “apartado 9 del Anexo I se refiere literalmente a la oferta económica”, consideran que “La propia configuración común del criterio del apartado 9 del Anexo I y del criterio bolsa de horas, unida a la relevancia de este último en el conjunto de la oferta, no pueden sino conducir a la conclusión de que dicho parámetro resultaba también de aplicación al criterio bolsa de horas (En este sentido, da la sensación de que el hecho de que el criterio del apartado 9 del Anexo I no haya previsto expresamente la oferta de la bolsa de horas se debe un simple error de redacción en el momento de elaboración el anexo provocado, probablemente, por un rápido “corta y pega” del criterio respecto del pliego de otra licitación)”, exponiendo las razones por las que consideran la relevancia del criterio bolsa de horas y su consideración como parámetro de anormalidad, entendiéndose que “... debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el art. 149.4 de la LCSP, **“(…) los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”** y que “Así lo han reconocido los Tribunales de Contratos en otros supuesto similares, pudiendo citar como ejemplo a tal efecto la Resolución del TACRC núm. 450/2019, por su elocuencia sobre la doctrina en esta materia, como la Resolución nº 145/2019, de 22 de febrero, -a la que se refiere la empresa adjudicataria en sus alegaciones-, cuyo Fundamento de derecho tercero establece lo siguiente: **“En conclusión, el cumplimiento de los convenios colectivos se convierte en la vigente LCSP como un valor capaz de justificar por sí solo una exclusión de la oferta por su carácter anormal, tal y como tuvo ocasión este Tribunal de señalar en la Resolución n.º 1108/2018, lo que justifica en el presente caso la decisión de la Mesa de Contratación de excluir la oferta del recurrente por ser anormalmente baja”**”.

Frente a las alegaciones planteadas, el órgano de Contratación manifiesta, en el informe remitido a este Tribunal que “Para demostrar el primer punto argumenta que en dos de los criterios objetivos aparece el valor K con una redacción parecida, en la valoración económica y en la valoración de la bolsa de horas. Sin embargo en el punto 9 del PCAP, se indica que solo se considerará anormalidad en la oferta económica. (...) motivo por el cual se pidió documentación explicitada en este punto a EMERGYA por ser la única empresa que incurría en baja anormal.”

Defiende el informe que “La reinterpretación de los pliegos propuesta por el recurrente no resulta adecuada en absoluto ni admisible en este momento de la contratación. Si existió algún error en los mismos, debió recurrirse antes de ofertar y si no, atenerse a las decisiones tomadas por la mesa de contratación para la estimación de las bajas anormales y la petición de garantías adicionales.

La mesa de contratación no consideró necesario pedir garantías adicionales a la oferta de VODAFONE para la admisión de la oferta de Bolsa de Horas, tal y como consta en el acta de dicha mesa.

VODAFONE expone en su oferta que ya cuenta con una plataforma propia. En dicha oferta se muestran los trabajos a realizar para la adaptación de su plataforma a las necesidades del Ayuntamiento de Sevilla. El coste de estos trabajos es muy inferior al coste de desarrollo de una plataforma.”

Añade, además que “En este punto se debe destacar que los cálculos realizados por la empresa recurrente no son aplicables. En ellos se utiliza el coste por hora de analista estimado en el PPT, tomándolo como si fuera el mínimo establecido en el Convenio Colectivo de referencia (XVIII Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas De Estudios Técnicos), cuando para realizar la estimación se ha utilizado el precio de mercado que es aproximadamente el doble.”

Por su parte, VODAFONE, defiende en sus alegaciones al recurso que de conformidad con el contenido de la LCSP y de los Pliegos que rigen la presente licitación, no cabría declarar la anormalidad de una Oferta sobre la base de lo ofertado en relación con la bolsa de horas.

Manifiesta VODAFONE que “cuando exista una pluralidad de criterios de adjudicación, se ha de estar a lo establecido en los Pliegos, que es donde se deben describir los parámetros objetivos que permiten identificar una oferta como anormal.

Siendo ello así, y como se indica en el Informe 119/18 emitido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que aportamos como **DOCUMENTO NÚMERO TRES**, existiendo pluralidad de criterios de adjudicación **NO** es necesario que los parámetros objetivos que permitan identificar una oferta como anormal contemplen todos los criterios de adjudicación, estableciéndose en dicho Informe la siguiente conclusión:

Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, con arreglo al artículo 149.2.b) no es necesario que los parámetros objetivos contemplen todos los diferentes criterios de adjudicación, sino únicamente aquellos que sean relevantes para determinar la viabilidad de la oferta del licitador considerada en su conjunto.

Dicho lo anterior, y correspondiendo al órgano de contratación la indicación en los Pliegos de los parámetros objetivos a tomar en consideración para identificar una Oferta como anormal, en el Anexo I, cláusula 9 del PCAP (...)el **ÚNICO** parámetro establecido en los Pliegos que rigen la presente licitación para poder identificar una Oferta como anormal fue el relativo a la Oferta económica, estableciéndose la consideración inicial como anormal de las Oferta económicas inferiores en 20 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.

Luego, en modo alguno se puede acoger el criterio mantenido por NEC, en cuanto a que pueda ser declarada la anormalidad de la Oferta de mi representada sobre la base del importe de bolsa de horas ofertado, ya que ese parámetro no fue establecido como identificador de la anormalidad de la Oferta en los Pliegos, razón por la que debe ser desestimado el argumento que al respecto se efectúa en el recurso presentado.

Sin perjuicio de lo referido y a mayor abundamiento, aun manteniendo que no cabría declarar la anormalidad de la Oferta sobre la base de lo ofertado en relación con la bolsa de horas, manifiestan que “en todo caso, la Oferta de mi representada tanto globalmente considerada, como en lo concerniente a dicho criterio de adjudicación es perfectamente viable.”

Destaca además que “llama poderosamente la atención a mi representada que por parte de NEC se efectúen los cálculo que realiza en relación con la Oferta de mi mandante, y sin embargo, no utilice el mismo criterio para su propia Oferta”, imputando a VODAFONE “un supuesto incumplimiento, por otro lado inexistente, cuando su Oferta contiene datos que también cabría determinar como tales de seguir su criterio.”

En la misma línea, la mercantil EMERGYA manifiesta en sus alegaciones que “la denuncia de **NEC IBÉRICA, S.L.U.** relativa a que los Pliegos de la licitación presentan determinados errores, debemos partir de la base de que, tal y como ha declarado de forma reiterada y



pacífica nuestro Tribunal Supremo, una vez que los pliegos de una licitación adquieren firmeza, se convierten en la *lex contractus* de la misma”, trayendo a colación el aceptado principio, tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial del carácter imperativo y vinculante de los Pliegos, doctrina reiterada de este Tribunal y del resto de órganos análogos al mismo (Sevilla 25/2019, 2/2019, 3/2019 o 45/2019, Central 711/2018, Aragón 74/2014, Andalucía 45/2017, 192/2018 así como de la jurisprudencia (TSJ Andalucía 1717/2017, TSJ Aragón 259/2017, TSJ Madrid 128/2011, 90/2016), conforme a la cual una vez aceptados y consentidos los Pliegos, éstos devienen firmes y no cabe ya cuestionar ninguno de sus extremos, siempre que no se aprecien vicios determinantes de nulidad de pleno derecho, convirtiéndose en *lex contractus*, y vinculando tanto a la Administración como a los licitadores.

Vistas las alegaciones efectuadas por las partes implicadas, hemos de acudir a lo dispuesto en los Pliegos que rigen la licitación, *lex contractus* de ésta, que obligan tanto a la Administración como a los licitadores, y que no han sido objeto de impugnación, por lo que a lo dispuesto en ellos hemos de ajustarnos.

Como hemos tenido ocasión de señalar, el Anexo I al PCAP establece los parámetros objetivos para considerar una oferta anormal en su Cláusula 9 y en los siguientes términos: “Se considerarán inicialmente anormales las ofertas económicas que sean inferiores en 20 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. En el caso de que se hubiera presentado una sola oferta, ésta se considerará inicialmente anormal si es inferior al 20 % del presupuesto base de licitación.”

Como el propio recurrente manifiesta, “*el criterio del apartado 9 del Anexo I se refiere literalmente a la oferta económica*”, si bien considera que “la interpretación correcta de dicho criterio abarca también a las ofertas de bolsa de horas”, considerando que “*da la sensación de que el hecho de que el criterio del apartado 9 del Anexo I no haya previsto expresamente la oferta de la bolsa de horas se debe un simple error de redacción en el momento de elaboración el anexo provocado, probablemente, por un rápido “corta y pega” del criterio respecto del pliego de otra licitación*”.

En efecto, y como de los propios Informes de la Junta Consultiva y Resoluciones mencionadas por el recurrente se deduce, la nueva LCSP impone, mediante el empleo del verbo “deber”, establecer los parámetros objetivos que permitan apreciar la anormalidad, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta. Ahora bien, cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, con arreglo al artículo 149.2.b) no es necesario que los parámetros objetivos contemplen todos los diferentes criterios de adjudicación, sino únicamente aquellos que sean relevantes para determinar la viabilidad de la oferta del licitador considerada en su conjunto.

Su ausencia o incorrecta previsión en el PCAP, si así se aprecia debe denunciarse en momento procedimental oportuno; esto es, al tiempo de la licitación, pues la presentación de la oferta por parte de los licitadores supone la aceptación incondicional de los pliegos, que no podrán ser impugnados excepto que concurra causa de nulidad.

En esta línea, la Resolución nº 719/2019 del TACR, en la que la mercantil recurrente impugna la cláusula 14 del PCAP por no haber determinado los parámetros para la consideración de posibles ofertas incursas en valores anormalmente desproporcionados, considerando que tal defecto en los pliegos les hace acreedores de un reproche al menos,

de anulabilidad, por contravenir lo impuesto por el artículo 149 de la LCSP, estima el recurso contra los Pliegos la anulación de esa cláusula, debiendo el órgano de contratación suplir tal omisión y establecer la fórmula para detectar las ofertas económicas incursas en presunción de valores anormales o desproporcionados.

Por el contrario, en la Resolución 1187/18, en la que lo impugnado es el acuerdo de adjudicación, manifiesta que “ Sobre la inclusión de parámetros objetivos de identificación de ofertas anormales, aun cuando pudiera compartirse la opinión de que el artículo 149.2 de la LCSP parece decantarse por la obligación de contemplar en los pliegos los parámetros objetivos que deben permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, su ausencia en el PCAP debería haberse denunciado en momento procedimental anterior; esto es, al tiempo de la licitación, pues la presentación de la oferta por parte de los licitadores supone la aceptación incondicional de los pliegos, que no podrán ser impugnados excepto que concurra causa de nulidad.

(...)Lo cierto es que el vicio ahora denunciado no fue impugnado cuando el licitador debió hacerlo, antes de presentar su oferta, pues al presentarla aceptó incondicionadamente y sin reserva alguna el PCAP (artículo 139.1 LCSP), por eso señala el artículo 50.1.b) de la LCSP que *“con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación* Es por tanto preciso determinar si la vulneración del artículo 149.2 de la LCSP es o no un supuesto de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 39 de la LCSP, que remite a su vez al artículo 47.1 de la LPACAP. Ha de señalarse que la jurisprudencia impone una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo la regla la anulabilidad frente a la nulidad. Pues bien, el incumplimiento en el PCAP de lo dispuesto por el artículo 149.2 de la LCSP no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo antes bien una infracción del ordenamiento jurídico que determina un defecto de forma en el procedimiento de adjudicación que hace que el acto de adjudicación carezca de un requisito formal –la apreciación de la viabilidad de la oferta– indispensable para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general que con la adjudicación se pretende, siendo por tanto es un vicio de anulabilidad y no de nulidad conforme a los artículos 40 de la LCSP y 48 de la LPACAP. No puede por tanto admitirse la pretensión extemporánea contra el PCAP por dicha causa.”

En la misma línea, la Resolución nº 145/2019 del Tribunal de Canarias, en un Recurso contra la adjudicación, destaca que “a efectos de analizar las alegaciones de la entidad recurrente es preciso traer a colación la doctrina aplicada por los Tribunales de Recursos Contractuales, sobre la vinculación de los licitadores al contenido de los pliegos que rigen el procedimiento de contratación, doctrina conforme en todo caso con lo expuesto también por una reiterada jurisprudencia que manifiesta que los pliegos constituyen la ley del contrato, y que se expone, entre otros preceptos, en el artículo 145 del TRLCSP relativo a las proposiciones de los interesados, cuyo apartado 1, señala que: *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

De igual modo, en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 8RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer que *“el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la Administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes”*.

(...) Aunque la LCSP precisa con más detalle las condiciones de rechazo o aceptación de las ofertas presuntamente anormales, lo relevante para la licitación impugnada es que, sea cual sea

la norma de aplicación (TRLCSP o LCSP), la justificación de la oferta y su eventual rechazo sólo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP.

Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros. Sólo en caso afirmativo resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas en el recurso.

Analizado el PCAP, el mismo no contempla la aplicación de la figura de la baja anormal o desproporcionada, como así se afirma en el informe dando respuesta al recurso.... Por tanto, no contemplándose la aplicación de la figura de la baja anormal en los pliegos que rigen la contratación, procede desestimar este motivo de impugnación.”

No cabe duda, asimismo, que no es acorde con los principios de seguridad jurídica y buena fe contractual hacer valer estas cuestiones, de antemano conocidas, en el momento de la adjudicación, cuando ésta no le ha sido favorable al que ahora, y no cuando debieron impugnarse los Pliegos, las plantea. En efecto y como concluíamos en nuestra Resolución 27/2019 “La reciente doctrina sobre la posibilidad de impugnación de los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) viene evolucionando, en el sentido de atender no sólo a circunstancias objetivas, cuales son el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sino también a la consideración de las circunstancias subjetivas concurrentes.

Como señalaba el Tribunal Central en su Resolución 49/2017 “ *en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.* ”

Así, como destaca la Resolución citada, se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, y en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, en la que, en el caso de una impugnación análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que “*La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora ... S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento pero le podía resultar perjudicial.*

*Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que ..., S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación.”*

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “*a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación*”.

Asimismo, la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder

adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia, con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un *“licitador razonablemente informado y normalmente diligente”* *“no pudo comprender las condiciones de la licitación...”*

A la vista de lo expuesto, procede la desestimación de la alegación analizada.

**QUINTO.-** Considera el recurrente que las ofertas de VODAFONE y EMERGYA son contrarias al Pliego de Prescripciones Técnicas, al no cumplir con varios requisitos exigidos en el mismo como requisitos mínimos, por lo que debieron excluirse de la licitación.

Señala el recurso que “Aunque no se ha podido analizar con detalle el contenido de la oferta técnica de VODAFONE ni su adecuación al PPT (debido a la ilegal declaración de confidencialidad), la escasa documentación de la oferta facilitada a NEC y lo expuesto sucintamente en el Informe de 5/11/2019 (relativo a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor) y en su Anexo, nos permiten concluir que la oferta de VODAFONE es contraria al PPT por no ajustarse la misma a la Norma UNE 178104:2017, sobre *“Sistemas Integrales de Gestión de la Ciudad Inteligente. Requisitos de interoperabilidad para una Plataforma de Ciudad Inteligente”* (en adelante, la **“Norma UNE 178104:2017”**).

Así, en el apartado 2.2.1.3 del PPT, *“Alineación con AENOR/UNE”* (pág. 20), se establece que *“la Plataforma deberá estar alineada con las capacidades, funcionalidades, y modelo de capas, definido en la norma UNE 178104:2015<sup>18</sup>, y en el apartado 2.2.2 del PPT, titulado “Arquitectura del sistema” (pág. 26), se afirma que “la plataforma a suministrar debe adecuarse a una arquitectura en capas que siga el esquema recogido en la norma UNE 178104 de AENOR”.*

Por lo tanto, por exigencia del PPT, la Plataforma propuesta VODAFONE debía justificar y acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad, funcionalidad y modelo de capas definidos en la Norma UNE 178104:2017”, requisitos que el recurrente considera que no se cumplen, aseverando que el “Incumplimiento que no fue detectado por el técnico que realizó el examen y valoración de las ofertas”

Expone el recurrente que “según se deduce del Informe de 5/11/2019, relativo a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor(...) Como se puede comprobar en el informe de valoración en el Criterio 1 “Descripción de la solución Plataforma de ciudad propuesta” (pág. 4), el cual dice: *“La plataforma tiene una estructura orientada a servicios. Está basada en la plataforma IoT industrial Thingworx (propietaria) y no en FIWARE, aunque integra ORION Context Broker para dotar a la plataforma de interoperabilidad con FIWARE”* y que la la plataforma *ThingWorx* no cumple con los siguientes apartados de la Norma UNE 178104:2017:

“- Punto g) Modularidad, dado que la plataforma ofertada por VODAFONE no se descompone en módulos, ni permite sustituir un módulo por otro, al formar parte de una única solución software ya empaquetada (*ThingWorx*)

**(...) La solución *ThingWorx* que propone VODAFONE entendemos proporciona todas las funcionalidades exigidas, pero también entendemos no cumple con requisitos como el de modularidad exigido por el PPT y la norma UNE porque, aunque es posible que internamente dicha herramienta sea modular, Vodafone (como usuario de la misma y no**

**como desarrollador) no tendría capacidad de sustituir o modificar dichos módulos internos de la plataforma.**

- Punto k), basarse en estándares abiertos, pues incluye en su oferta módulos y herramientas **de carácter privativo**, algunos no conocidos como pone de manifiesto en el informe de valoración en el Criterio 1 “Descripción de la solución Plataforma de ciudad propuesta” (pág. 4), el cual dice: *“Para analítica predictiva y big data utiliza ThingWorx Analytics. Herramienta propia privativa que no muchos expertos conocen. Es preferible utilizar herramientas más conocidas por la comunidad informática, por lo que se valora negativamente.”*

Entendemos que esto, además, va en contra del PPT, en cuya página 23 se prevé y pide una plataforma abierta, con estándares conocidos y consolidados en el mercado, requisito que (como hemos visto en la valoración) no se cumple.

Así lo confirma también un comentario presente en el informe de valoración en el Criterio 1 “Descripción de la solución Plataforma de ciudad propuesta” (pág. 4), el cual dice: *“Recapitulando, la oferta presenta una buena plataforma basada en un software probado en la industria, pero que tiene el problema de ser totalmente privativo (con los problemas de dependencia derivados) y utilizar herramientas propias menos conocidas por la comunidad”.*

Con respecto a este punto, el Órgano de Contratación, destaca la dicción literal del PPT, conforme al cual *“La Plataforma deberá estar alineada con las capacidades, funcionalidades, y modelo de capas, definido en la norma UNE 178104:2015, basada en estándares abiertos, no propietarios y normalizados por Organismos y Consorcios internacionales, que aparece en esquema a continuación.”*

El informe asevera que “El pliego se redactó así de forma intencionada, puesto que en el momento de la redacción del mismo aún no existía la certificación en dicha norma ni implementaciones conocidas que cumplieran de forma estricta la misma, por lo que se optó por la expresión *“deberá estar alineada”* para significar que debería acercarse en lo posible al esquema teórico planteado en dicha norma” y que *“La Plataforma de VODAFONE cumple sobradamente con este criterio de alineación con la norma, por lo que no procede la alegación formulada”, considerando que “la apreciación de que la plataforma de VODAFONE no cumple con la modularidad es incierta, ya que, según la documentación expuesta en la oferta de VODAFONE, la plataforma presenta una alta modularidad e interconectividad, lo que permite añadir o quitar módulos e integrar módulos o aplicaciones de terceros. Por ejemplo, se integra ORION Context Broker de FIWARE.”*

Con respecto a la afirmación de que es obligatorio que la Plataforma se base en estándares abiertos y que, de no hacerlo, incumpliría el PPT, exponen que *“también de forma intencionada, en el Pliego se incluye la expresión, “se considera óptimo” en muchos de los aspectos técnicos para indicar que no es exigible. Prueba de ello es que cuando se quiere exigir algo de obligado cumplimiento se utiliza la expresión “debe”, como sucede en el último párrafo, de la cita anterior”*

Respecto a tales cuestiones, alega VODAFONE que su oferta cumple íntegramente todos los requerimientos técnicos establecidos en los Pliegos, y concretamente los referidos de contrario en cuanto a la Norma UNE178104, como así resulta de los informes de los técnicos municipales, los cuales no manifiestan tal incumplimiento, analizando en su escrito las razones que determinan su alineación con la norma UNE 178104.

Destacan, así que *“de la lectura de la norma UNE 178104:2017 no se deduce que sea exigible que todos los módulos tengan que ser separables (...) En cualquier caso, debemos advertir que Thingworx está modularizado y permite, sobre el núcleo de la plataforma (que gestiona los datos y las reglas) montar diversos módulos.*

Por otra parte, hemos de hacer especial mención a que Vodafone no es sólo usuario, sino desarrollador de su propio concepto de plataforma. La plataforma está basada en Thingworx y la solución de Vodafone se ha

construido utilizando los módulos de Thingworx (porque es lógico desarrollar soluciones empleando componentes que están contruidos y con una UX similar para el desarrollador), pero eso no quiere decir que no se pueda trabajar con otros componentes.

Y en todo caso, y a mayor abundamiento de lo expuesto, es una plataforma open y está abierta a que los desarrolladores puedan trabajar sobre ella para desarrollar nuevas funciones, como se refleja en el siguiente enlace:<https://www.businesswire.com/news/home/20160419006765/en/PTCAAnnounces-ThingWorx-Open-Platform-Strategy-Integrates>.

Según lo expuesto, la Oferta de mi representada cumpliría íntegramente las prescripciones técnicas exigidas en la licitación referenciada, y concretamente lo referido a la Norma UNE178104, lo que fue oportunamente analizado y declarado como tal por los técnicos municipales, por lo que solicitamos que se desestime el recurso interpuesto.”

Considera el recurrente que también la a oferta de EMERGYA es contraria al PPT, al no cumplir con características exigidas en éste como requisitos técnicos mínimos, por lo que debió ser rechazada y excluida, ya que “aunque el PPT no determina un perfil concreto de los profesionales que deben formar el equipo técnico con carácter general, sí se prevé que dicho equipo debe ser integrado con personal de categoría de analista para el caso de los profesionales dedicados a la prestación de los servicios avanzados” y “Vista la definición de los perfiles profesionales del Convenio, es claro que los profesionales c) y d) ofertados por EMERGYA corresponden al perfil asimilable al de “programador de ordenador”, y no al perfil de “analista” requerido por el PPT. “

Respecto a tal alegación, el Informe remitido por el Órgano de Contratación, señala con respecto al equipo del proyecto, el PPT establece que : *“No se exige un número mínimo de personas ni de perfiles que deben componer el equipo de trabajo, puesto que no es objeto del presente pliego contar con un número determinado y fijo de recursos de cada perfil, sino disponer de los recursos suficientes, en cuanto a cantidad y calidad de los mismos, para garantizar que los trabajos son entregados en tiempo y forma con la máxima calidad posible, dado que el proyecto se realizará bajo la modalidad de obra cerrada”* y que es en la justificación del precio donde, para simplificar el cálculo de personal, se asimila todo al perfil de analista porque es a priori el perfil que previsiblemente sea más habitual durante el proyecto: *“El método de cálculo del precio ha sido realizado tomando como referencia los servicios mínimos exigidos.*

*Aunque los servicios son diferentes en cuanto a la cualificación exigida a los diferentes perfiles necesarios para la ejecución de las tareas solicitadas, en todos los casos se trata de especialistas con una categoría profesional asimilable a la de analista. Por ello lo que se ha hecho es sumar el número de horas mínimas exigidas y multiplicarlas por coste/hora del perfil de analista, el cual se ha calculado tomando como referencia el coste medio de mercado, y la tabla salarial del XVIII Convenio Colectivo Nacional De Empresas de Ingeniería y Oficinas De Estudios Técnicos.”, concluyendo que “No es, por tanto, una exigencia del PPT, que deja completamente abierta la composición del equipo, sino una estimación para el establecimiento de un precio de licitación.”*

Vistas las alegaciones y los informes emitidos, hemos de concluir que nos hallamos, sin duda, ante una valoración técnica sobre el cumplimiento de los requisitos de esta naturaleza exigidos en los Pliegos, no resultando de los informes emitidos por los técnicos municipales tal incumplimiento.

Como señalábamos en nuestra Resolución 16/2020, como punto necesario de partida para dilucidar sobre las cuestiones planteadas, en las que nos hallamos ante juicios de carácter técnico, ha de invocarse, como ya ha hecho este Tribunal en resoluciones anteriores, como la número 13/2020, por destacar la más reciente, el principio de discrecionalidad técnica de la Administración, que ha sido formulado y consagrado por la jurisprudencia de nuestros altos tribunales.

En tal sentido, cabe recordar que el Tribunal Supremo, reproduciendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 219/2004, de 29 de noviembre o STC 86/2004, de 10 de

mayo) ha dejado sentado en numerosas sentencias (STS de 23 de noviembre de 2007, o STS de 3 de julio de 2015), que en cuestiones que hayan de resolverse a través de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración, el único control que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales es el que se refiere a las cuestiones de legalidad que puedan verse afectadas por el dictamen técnico, de manera que no pueden corregir o alterar las apreciaciones realizada en el mismo, ya que dicho control sólo puede tener carácter jurídico, respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico.

La consolidada doctrina sobre la discrecionalidad técnica de la Administración, reiteradamente sostenida tanto por los órganos de resolución de recursos en materia de contratación, se resume, pues, en que tratándose de cuestiones que se evalúan o enjuician aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. En este sentido, nuestras Resoluciones 19/2019, 22/2019, 51/2019, 52/2019 y 13/2020, entre otras.

El análisis del Tribunal sobre valoraciones técnicas debe, pues, quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración tales como las normas de competencia y procedimiento, la no aplicación de criterios de arbitrariedad o discriminatorios y el respeto a los principios de la contratación, verificando que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. Ello, teniendo, además, en cuenta, la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos municipales, por la cualificación técnica de quienes los emiten, entendiendo que sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, se ha puesto de manifiesto tanto por la jurisprudencia como por los órganos de resolución de recursos (TACRC 618/2016, 52/2015, 177/2014, 788/2017, Navarra 23/2017).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010/324) afirma que *“la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente de error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.*

*Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...).”*

En efecto, tal y como es doctrina ampliamente consolidada, señalaba el Tribunal catalán de contratos, Resolución 306/2018 de 16 enero 2019 *“la función de este Tribunal no es fiscalizadora del expediente, calificadora de documentación, valorativa de ofertas ni adjudicadora del contrato, funciones que corresponden únicamente al órgano de contratación, sino estrictamente revisora de los actos impugnados para determinar si con*

*ellos se ha respetado la normativa, los principios de la contratación pública y los pliegos que aprobó el órgano de contratación para regir el procedimiento de contratación, las normas de procedimiento y la motivación de los actos, así como la exactitud material de los hechos y la inexistencia de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder (en este sentido, sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE-de 23 de noviembre de 1978, Agence européenne d'intérims/Comissió, 56/77, Rec. P. 2215, apartado 20; del Tribunal de General de la Unión Europea -TGUE-de 24 de febrero de 2000, ADTProjekt/Comissió, T-145/98, Rec. P. II-387, apartado 147, de 6 de julio de 2005, TO3 TravelSolutions Belgium/Comissió, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartado 47, y de 9 de septiembre de 2009, Brink's Security Luxembourg SA, apartado 193).*

*Asimismo, también es criterio constante aquel según el cual en la apreciación de las características técnicas de las ofertas y de la documentación de este carácter que las acompaña entra en juego el factor de la discrecionalidad técnica de la administración, la cual limita las facultades revisoras de este Tribunal, que no puede entrar a corregir con criterios jurídicos cuestiones que son de apreciación eminentemente técnica. Esta función de calificación documental de los requisitos de aptitud, lógicamente, no puede ser suplantada por este Tribunal, ya que no es el órgano legalmente competente para hacerla, sino para revisarla.*

*Eso afecta a lo que la jurisprudencia ha venido denominando como el "núcleo material de la decisión" (entre otras, resoluciones 93/2018, 54/2018, 91/2017, 27/2016, 123/2015, 122/2015, 88/2015, 82/2015 y 120/2014).*

*Ahora bien, eso no significa que estas cuestiones de carácter técnico queden fuera del control de legalidad ni que la discrecionalidad técnica de la administración sea absoluta. En estos casos, la función revisora del tribunal queda circunscrita a los aspectos formales de competencia y procedimiento, de cumplimiento de la normativa y los pliegos que rigen la licitación y de motivación de los actos para dilucidar si concurre arbitrariedad, discriminación, falta de fuerza en las argumentaciones o error patente de apreciación "*

Atendiendo a esa potestad, la entidad contratante, a través del juicio y valoración de sus técnicos, no ha concluido que las ofertas de VODAFONE y EMERGYA incumplan los requisitos exigidos en los Pliegos, por lo que, a la vista de lo expuesto, y analizado el recurso, las alegaciones y los informes emitidos por los servicios técnicos, puede concluirse que no se ha incurrido en errores materiales, ni utilizado criterios arbitrarios o discriminatorios, no apreciándose infracción del ordenamiento jurídico en ninguno de sus aspectos formales, ni la existencia manifiesta de una aplicación arbitraria o errónea, pudiendo entenderse que la actuación se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación que puede considerarse adecuada y suficiente, por lo que este Tribunal no debe sino, en respeto de la discrecionalidad técnica que le es dada al órgano de contratación y al no poder suplir su criterio, desestimar la alegación.

A la vista de lo que antecede y, conforme a los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



## RESUELVE

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto en nombre y representación de la mercantil **NEC IBERICA, S.L.U.** contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla, de 6 de marzo de 2020 por el que se adjudica a la mercantil VODAFONE el contrato de **“Suministro de una plataforma llave en mano. Cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del Programa Operativo de Crecimiento Sostenible 2014-2020”**, Expte. 2019/000512, tramitado por el Servicio de Tecnologías de la Información del Ayuntamiento de Sevilla.

**SEGUNDO.-** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

**TERCERO.-** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES