

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. - 15/2020

RESOLUCIÓN Nº. - 17/2020

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

En Sevilla, a 18 de mayo de 2020.

Visto el escrito de recurso interpuesto por E.C.P., en nombre y representación de la mercantil **ACUNTIA, S.A.U.**, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla, de 27 de febrero de 2020 por el que se adjudica a la **U.T.E. TELEFÓNICA-MAGTEL**, el LOTE 1 de los servicios de "*Desarrollo de la Red de Telecomunicaciones Metropolitana HISPALNET para el Ayuntamiento de Sevilla, sus Organismos Autónomos y Empresas Municipales de Sevilla*", Expte. 2019/000573, 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 fecha 31 de mayo de 2019 se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los Pliegos del contrato de servicios de referencia, rectificándose éstos el 9 de julio posterior, en el sentido de ampliar los plazos para la obtención de documentación y la presentación de proposiciones hasta el 2 de agosto de 2019. El valor estimado del contrato fijado en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas se cifra en 17.951.113,47 €.

Conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, el Pliego establece la división en 6 lotes:

- **Lote 1:** Infraestructura. Se trata de la red propietaria independiente de operador de telecomunicaciones. A parte de los propios Operadores de telecomunicaciones, existen otras empresas que están especializadas en la explotación de redes de comunicaciones.
- **Lote 2:** Internet. Existen Operadores de Telecomunicaciones que sólo dan este servicio, por lo que integrarlo en otro lote impediría su presencia en el concurso.

- **Lote 3:** Circuitos de datos. Servicio específico de telecomunicaciones para complementar la red propietaria.
- **Lote 4:** Servicios de usuarios y máquinas. Telefonía y datos en movilidad.
- **Lote 5:** Oficina Técnica. Es un servicio no realizado por operadores de telecomunicaciones y que además se encarga de gestionar, coordinar y supervisar técnica y económicamente la ejecución del resto de lotes
- **Lote 6:** Cableado estructurado. Se trata de trabajos sobre infraestructura de edificios realizados por empresas especializadas, de diferente naturaleza a las que prestan los servicios de los anteriores lotes. La existencia de un lote independiente supone que este tipo de empresas tengan posibilidad directa de optar a la realización de estos trabajos, sin tener que llegar a acuerdos de subcontratación con otras empresas, generalmente de mayor tamaño.”

A la finalización del plazo de presentación de ofertas, resulta la concurrencia de las siguientes licitadoras:

- Licitador nº 1: Ayesa ACT Sistemas, S.L (Lote 5)
- Licitador nº 2: TKT Servicios Informáticos, S.L. (Lote 6)
- Licitador nº 3: UTE Emergya Ingeniería S.L. y Soltel It Solutions, S.L. (Lote 5)
- Licitador nº 4: Gabitel Soluciones Técnicas, S.L.(Lote 5)
- Licitador nº 5: UTE Telefónica de España, S.A.U. y Magtel Operaciones, S.L.U. (Lote 1)
- Licitador nº 6: UTE Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U.(Lotes 2, 3 y 4)
- Licitador nº 7: Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U.(Lote 6)
- Licitador nº 8: Orange Espagne, S.A.U. (Lotes 2, 3 y 4) y oferta integradora (Lotes 3 y 4)
- Licitador nº 9: Bael Ingeniería, S.L. (Lote 5)
- Licitador nº 10: UTE Indra Soluciones Tecnología de la Información, S.L. y FujitsuTechnology Solutions, S.A. (Lote 1)
- Licitador nº 11: Cobra Instalaciones y Servicios, S.A. (Lote 6)
- Licitador nº 12: Solutia Innovaworld Technologies, S.L. (Lote 6)
- Licitador nº 13: Vodafone España, S.A.U.(Lotes 2, 3 y 4)
- Licitador nº 14: Acuntia, S.A.U. (Lote 1)
- Licitador nº 15: Elecnor, S.A. (Lote 6).- Licitador nº 16: Magtel Operaciones, S.L.U. (Lote 6).

SEGUNDO.- Efectuada la calificación de la documentación contenida en los Sobres nº 1, en sesión celebrada el 8 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, en el que se propone la exclusión de la oferta presentada por la U.T.E. INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L.U. - FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS, S.A. por incumplir lo prevenido en el P.P.T. en cuanto a

- La exclusividad, la localización y la organización del equipo técnico de HISPALCOM
- El diseño de la capa de seguridad perimetral requerida que debía estructurarse en tres niveles, figurando en la Oferta solo dos niveles
- El uso obligatorio de la herramienta ProActiva Net exigido en el PPT y que sustituyen en su oferta por la herramienta Alfresco.

Así mismo se toma conocimiento del informe de valoración de los sobres numero dos relativos a los Criterios sujetos a juicio de valor del resto, 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 y procediéndose a su lectura en presencia de los licitadores, con el siguiente resultado, por lo que al Lote 1 respecta:

Criterios	Puntuación máxima	ACUNTIA	UTE INDRA - FUJITSU	UTE TELEFONICA - MAGTEL
A. Organización del equipo y medios materiales	22	21	-	15
B. Contenido del Plan Técnico	12	11,5	-	7
C. Operativa del servicio	8	8	-	6,5
D. Metodología y procedimientos aplicados	8	8	-	7
TOTAL (Juicio de valor)	50	48,5	-	35,5

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, por lo que al recurso presentado contra el Lote 1, ahora interesa:

Criterio	Peso	Subcriterio	Pto. Máxima	Valoración	ACUNTIA	UTE TELEFONICA -
A. Valoración económica de la oferta.	27	Valoración económica de la oferta.	27	Importe ofertado (I sin IVA)	3.609.230,10	3.011.809,93
B. Valoración de la calidad del servicio que supere los exigidos en los pliegos	10	Tiempo de resolución para	2	Valor ofertado (horas)	0,25	0,25
		Tiempo de implementación de los	2	Valor ofertado (meses)	2	2
		Disponibilidad del servicio.	1	Valor ofertado (%)	99,98	99,98
		Tiempo de resolución para	1	Valor ofertado (horas)	0,5	0,5
		Tiempo de resolución para	1	Valor ofertado (horas)	1	1
		Tiempo de resolución para	1	Valor ofertado (horas)	1	1
		Tiempo de resolución para	1	Valor ofertado (horas)	1	1
C. Coste de posibles ampliaciones	10	Ampliación del throughput mínimo que atraviesa todos los niveles de	3	Importe ofertado (I sin IVA)	0	0
		Ampliación de la troncal de Hispalnet a 40 Gb.	2,5	Importe ofertado (I sin IVA)	0	0
		Ampliación del conexionado entre las dos salas del CASSIs a 40 Gb.	2	Importe ofertado (I sin IVA)	0	0
		Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios	1,5	Importe ofertado (I sin IVA)	14.700,22	0
		Ampliación de licencia del sistema de gestión de logs en SGB/día	1	Importe ofertado (I sin IVA)	17.722,80	0
D. Precio de venta a Emasesa de la Red Común a la finalización del contrato.	3	Precio de venta a Emasesa de la Red Común a la finalización del contrato.	3	Importe ofertado (I sin IVA)	16.396,48	0

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

- Excluir de la licitación a la UTE INDRA-FUJITSU, por las razones que se detallan en informe de la Jefa de Servicio de Tecnologías de la Información de fecha 05 de noviembre de 2019, cuyo contenido asume.
- Tomar conocimiento del informe de valoración de los sobres numero dos relativos a los criterios sujetos a juicio de valor del resto de empresas, 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 26 de noviembre, la Mesa de Contratación toma conocimiento de las incidencias que presentan las ofertas de las empresas “U.T.E. TELEFÓNICA-MAGTEL” y “ACUNTIA” en el Criterio “D” (*PRECIO DE VENTA A EMASESA DEL EQUIPAMIENTO DE LA RED COMÚN A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO*) de los Criterios de valoración objetiva del LOTE 1 de este contrato, observadas por el Servicio de Tecnologías de la Información en la fase de valoración de ofertas, resolviendo que “se trata de incidencias subsanables (dado que el documento no forma parte y no es objeto de valoración sino que, por el contrario, se trata de una información complementaria y que resulta necesario conocer para la ejecución del contrato) instando a la unidad administrativa del Servicio de Tecnologías de la Información para que requiera a ambas empresas a fin de que procedan a su subsanación, mediante la presentación de la documentación que justifique el valor ofertado en dicho criterio”

En la sesión de 19 de diciembre de 2019, la Mesa de Contratación, toma conocimiento, asumiendo su contenido, del informe emitido por la Jefe del Servicio de Tecnologías de la Información, de 18 de diciembre de 2019 en el que se manifiesta que se considera que tanto ACUNTIA, S.A.U. Como la U.T.E. Telefónica de España, S.A.U. y Magtel Operaciones, S.L.U. han subsanado las incidencias observadas en relación con el Criterio “D” (*PRECIO DE VENTA A EMASESA DEL EQUIPAMIENTO DE LA RED COMÚN A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO*) de los Criterios de valoración objetiva del LOTE 1 de este contrato, que se pusieron de manifiesto en la Mesa de Contratación del 26 de noviembre de 2019.

Asimismo, la Mesa de Contratación toma conocimiento, asumiendo su contenido, del informe emitido por la Jefe del Servicio de Tecnologías de la Información, de 18 de diciembre de 2019 en el que no se aprecian bajas desproporcionadas de las ofertas presentadas, y se propone la valoración de los criterios objetivos de las ofertas, según el siguiente cuadro:

Criterio	Peso	LOTE 1		Valoración	ACUNTIA	UTE TELEFONICA -
		Subcriterio	Pto. Máx.			
A. Valoración económica de la oferta.	27	Valoración económica de la oferta.	27	Importe ofertado (€ sin IVA)	3.609.230,10 €	3.011.806,93 €
				Puntuación	12,93	21,68
B. Valoración de la calidad del servicio que supere los exigidos en los pliegos	10	Tiempo de resolución para peticiones de prioridad Crítica.	2	Valor ofertado (horas)	0,25	0,25
				Puntuación	2	2
		Tiempo de implementación de los nuevos servicios.	2	Valor ofertado (meses)	2	2
				Puntuación	2	2
		Disponibilidad del servicio.	1	Valor ofertado (%)	99,98	99,98
				Puntuación	1	1
		Tiempo de resolución para incidencias de prioridad Crítica.	1	Valor ofertado (horas)	0,5	0,5
				Puntuación	1	1
		Tiempo de resolución para incidencias de prioridad Muy Alta.	1	Valor ofertado (horas)	1	1
				Puntuación	1	1
Tiempo de resolución para incidencias de prioridad Alta.	1	Valor ofertado (horas)	1	1		
		Puntuación	1	1		
Tiempo de resolución para peticiones de prioridad Muy Alta.	1	Valor ofertado (horas)	1	1		
		Puntuación	1	1		
Tiempo de resolución para peticiones de prioridad Alta, Media y Baja.	1	Valor ofertado (horas)	1	1		
		Puntuación	1	1		
C. Coste de posibles ampliaciones	10	Ampliación del throughput mínimo que atraviesa todos los niveles de firewall a 10Gb.	3	Importe ofertado (€ sin IVA)	0,00 €	0,00 €
				Puntuación	3	3
		Ampliación de la troncal de Hispagnet a 40 Gb.	2,5	Importe ofertado (€ sin IVA)	0,00 €	0,00 €
				Puntuación	2,5	2,5
		Ampliación del conexionado entre las dos salas del CASSIS a 40 Gb.	2	Importe ofertado (€ sin IVA)	0,00 €	0,00 €
		Puntuación	2	2		
Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales.	1,5	Importe ofertado (€ sin IVA)	14.700,22 €	0,00 €		
		Puntuación	0	1,5		
Ampliación de licencia del sistema de gestión de logs en 5Gb/día adicionales.	1	Importe ofertado (€ sin IVA)	17.722,80 €	0,00 €		
		Puntuación	0	1		
D. Precio de venta a Emasesa de la Red Común a la finalización del contrato.	3	Precio de venta a Emasesa de la Red Común a la finalización del contrato.	3	Importe ofertado (€ sin IVA)	16.396,48 €	0,00 €
				Puntuación	0	3
Puntuación total	50				30,43	44,68

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 U.T.E. TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y MAGTEL OPERACIONES, S.L.U:

Licitador	Puntuación juicio de valor	Puntuación objetiva	Total	Orden de puntuación
UTE TELEFONICA-MAGTEL	35,5	44,68	80,18	1
ACUNTIA	48,5	30,43	78,93	2

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 27 de febrero de 2020, se clasifican las proposiciones y se adjudica el Lote 1 del contrato a la U.T.E. TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y MAGTEL OPERACIONES, S.L.U. Con fecha 2 de marzo se publica la adjudicación en la Plataforma de contratación del Sector Público, notificándose a los interesados, y constando el recibí de dicha notificación por parte de ACUNTIA el 3 de marzo de 2020.

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.

Con fecha 16 de abril, el órgano de contratación acuerda la continuación del procedimiento, amparándose en la excepción de suspensión de plazos prevista en el apartado 4 de la D.A. 3ª del R.D. 463/2020, de 14 de marzo, por considerarse los servicios objeto del contrato como esenciales para el funcionamiento de los Servicios municipales, *“debido a que son la infraestructura de las comunicaciones del Ayuntamiento, sus OOAA y las empresas municipales. Esta infraestructura es imprescindible para garantizar las comunicaciones por teléfono, tanto fijo como móviles, el trabajo en red desde cualquier terminal telemático, el guardado de datos en las bases de datos comunes, así como cualquier tipo de teletrabajo que se quiera instrumentar, incluyendo la celebración de mesas de contratación, Plenos u otros órganos de gobierno del Ayuntamiento...”*.

El citado acuerdo, junto con el informe que le sirve de fundamento, y la información sobre reanudación de plazos se publica en la Plataforma de Contratación el día 21 de abril, precisando que *“La reanudación del cómputo de plazos en el presente expediente acordada por acuerdo de Junta de Gobierno de 16 de abril de 2020, que se acompaña al presente oficio, comenzará a contar a partir de la recepción de su notificación individualizada a cada uno de los licitadores -mediante correo electrónico- en la que se indicará, de forma individualizada, los días que faltan para finalizar el plazo de formalización del contrato o, en su caso, interposición del recurso especial en materia de contratación.”*, constando en el expediente (Folios 542 a 544, P.S. 3) la recepción por los interesados, con fecha 21 de abril, de los correos electrónicos a los que el oficio hace referencia.

CUARTO.- El día 29 de abril de 2020, tiene entrada en el Registro Electrónico del Ayuntamiento de Sevilla escrito de Recurso Especial en materia de Contratación,

formulado por la representación de la mercantil ACUNTIA S.A.U., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla, de 27 de febrero de 2020 por el que se adjudica a la U.T.E. TELEFÓNICA-MAGTEL, el LOTE 1 de los servicios de *“Desarrollo de la Red de Telecomunicaciones Metropolitana HISPALNET para el Ayuntamiento de Sevilla, sus Organismos Autónomos y Empresas Municipales de Sevilla”*.

Con fecha 30 de abril fecha, se cursa por este Tribunal petición de remisión de copia del expediente e informe a la unidad tramitadora del expediente de contratación.

El 9 de mayo, la unidad tramitadora del expediente, remite la documentación correspondiente, manifestando el traslado del recurso a los interesados para alegaciones el pasado día 5 y su recepción en la misma fecha, concluyendo, en consecuencia el plazo de alegaciones el día 12 de mayo.

Con fecha 11 de mayo, se presentan alegaciones al recurso, por parte de la representación de la UTE TELEFÓNICA-MAGTEL, oponiéndose al mismo.

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, principalmente los R.D. 463/2020, 11/2020 y 15/2020, 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 servicios 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 las recurrentes, conforme al art. 48 de la LCSP.

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

1.- Considera el recurrente que la oferta realizada por la adjudicataria en los criterios automáticos C 4 y C 5 (“Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales” y “Ampliación de licencia del sistema de gestión de logs en 5GB/día adicionales”), es una oferta de contenido tecnológicamente imposible de cumplir, y cuyo servicio de imposible realización se ha ofertado, además a precio 0.

Defiende, así el recurso que la “adjudicación ha conculcado los principios rectores de la contratación pública, ya que resuelve la adjudicación en favor de una oferta que no cumple con los requisitos legalmente exigibles de acuerdo con los Pliegos de la licitación”, defendiendo la imposibilidad tecnológica y precio encubierto o indeterminado, por debajo del coste de producción, al considerar que “no es posible, ni comercial ni técnicamente, que las ampliaciones relacionadas con el número de licencias de acceso remoto VPN-SSL y de

capacidad del sistema de gestión de logs en 5GB/día adicionales se haga al coste 0 que plasma la oferta de la UTE adjudicataria”, tratándose de una oferta de imposible cumplimiento, determinante, por ello, de nulidad y exclusión.

2.- Defiende el recurrente que la oferta relativa al criterio D, “Precio de venta a EMASESA de la Red Común a la finalización del contrato” es “incompatible con la ley rectora de la licitación, la cesión gratuita o donación al final de la vida ordinaria del contrato licitado de los elementos de la Red Común para los que, necesariamente, el Pliego impone la fijación de un “precio”, dentro del marco de onerosidad del contrato, para la compra de tales elementos.”

CUARTO.- Por lo que respecta a la primera de las alegaciones, considera el recurrente que se ha producido una “indebida apreciación técnica por parte del Órgano de contratación e imposibilidad tecnológica de la oferta adjudicataria.”

Respecto al criterio C.4 (ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales), durante el proceso de licitación, ACUNTIA puso de manifiesto ante el Órgano de contratación, en sus Alegaciones del 15 de noviembre de 2019, la improcedencia de la valoración de las ofertas efectuada por el Órgano de contratación, defendiendo que “De la regulación contenida en el Anexo I al PCAP sobre el modo de puntuación de estas ofertas, en concreto en su punto 7, páginas 28-42, se infiere que los 1,5 puntos otorgados a la UTE TELEFONICA-MAGTEL lo serían como consecuencia de que su valor ha sido “un 20 % inferior a la media de las ofertas presentadas” y que la “UTE adjudicataria ha formulado una oferta en la que incluye, a coste 0, licencia con ampliaciones ilimitadas y para usuarios concurrentes ilimitados” lo cual “no es ni técnica, ni comercial, -ni jurídicamente posible-, puesto que la herramienta para la funcionalidad VPN-SSL que identifican los Pliegos de Prescripciones Técnicas (Anexo I, pág. 11) es un cluster de equipos del fabricante Pulse Secure, con 100 usuarios concurrentes (pág. 25 del Anexo PPT).

(...)

Y ello porque el fabricante Pulse Secure no ofrece para este producto la posibilidad de contratar la licencia para usuarios concurrentes ilimitados. Así se puede ver en la Hoja de producto del fabricante, en el que las licencias disponibles de usuarios concurrentes van desde 10 a 25.000 usuarios, pero no existe, ni se comercializa, ni puede por tanto ofertarse en la licitación, una licencia de usuarios concurrentes ilimitados. Se aporta Hoja de fabricante como Documento nº. 2, y correo electrónico de los responsables de canal de fabricante.

De hecho, como puede verse en la documentación aportada, el producto actual PSA5000 sólo soporta hasta 2.500 usuarios concurrentes, por lo que no es posible ofrecer un uso concurrente ilimitado de la tecnología requerida por los Pliegos, en concreto, para los equipos del fabricante Pulse Secure, al mismo precio que uno que contempla concurrencias limitadas.

Sin embargo, en opinión del Informe de 14 de febrero de 2020, del Servicio de Tecnologías de la Información del Ayuntamiento de Sevilla, ello estaría justificado porque se pueden adquirir licencias de software de uso ilimitado en el mercado.

En cuanto al criterio C5 de ampliación del sistema de gestión de logs en 5GB/día adicionales, defiende el recurrente que también en este caso la oferta presentada implica una “posibilidad de ampliación de datos ilimitada que no es técnicamente posible”, respecto de la cual “considera el Órgano de contratación, haciendo suyas las apreciaciones técnicas, que esta forma de ofertar el servicio sería posible si el adjudicatario opta por ‘licencias de

software de uso ilimitado', pero se olvida de tomar en consideración las vinculaciones tecnológicas impuestas por el Pliego.

(...)

Así, el Anexo I del PPT es muy estricto cuando, en su pág. 11, establece que uno de los productos utilizados en Hispalnet para el sistema de gestión de logs es la herramienta del fabricante Splunk versión 6.4, con una licencia de 5 GB/día (pág. 25), ya que dicho producto funciona mediante licenciamiento basado en la cantidad de datos ingestados por la herramienta (en GB/día).

En concreto, en la pág. 25 del dicho Anexo I PPT se especifica "La licencia actual del sistema de gestión de logs de 5 GB/día deberá ampliarse por parte del adjudicatario obligatoriamente como mínimo hasta los 10 GB".

Nótese que el producto licenciado que el fabricante Splunk tiene desplegado en el Ayuntamiento de Sevilla, y que es el que se solicita ampliar, no ofrece la contratación de una licencia de ingesta de datos ilimitada. Vid. a este respecto la Hoja de fabricante al respecto que se aporta como Documento nº 4 y correo electrónico del responsable de canal de fabricante.

De todo ello se desprende, además, como en el caso anteriormente analizado sobre la licencia de acceso en remoto VPN, que el criterio de valoración C5 se entiende referido al coste que, de manera unitaria, tendrían las posibles ampliaciones adicionales a los 10 GB/día que se exigen en condición de mínimo por el Pliego. Tampoco aquí el PPT especifica un límite superior a estas ampliaciones, ni cuántas ampliaciones de este tipo se podrían llegar a solicitar durante la vigencia del contrato, por lo que tampoco aquí cabe asumir que las posibles ampliaciones (ilimitadas) han sido contempladas ya en la propuesta inicialmente ofertada.

Con la interpretación asumida por el Órgano de contratación, en fin, se estaría admitiendo, de manera encubierta, una oferta con un precio indeterminado, o indeterminable y por debajo del coste de producción/adquisición del adjudicatario.

(...) lo solicitado por los Pliegos como criterio de valoración tanto en el caso del Criterio C4 (ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL) como en el caso del Criterio C5 (ampliación del sistema de gestión de logs en 5 GB/día adicionales) es un precio de referencia unitario para cada una de las posibles ampliaciones.

Así se interpretó, igualmente, por el Órgano de contratación, en respuesta explícita directa a una pregunta formulada por licitador en el trámite conferido al efecto: "Tal y como se indica en el PCAP en el criterio de valoración (pág. 36) "se valorarán los costes de las posibles ampliaciones que pueda sufrir la red por encima de los mínimos exigidos en el anexo de la red propietaria".

Concluye así el recurso que "es evidente que las licencias necesarias del fabricante Pulse Secure y del fabricante Splunk, requeridas ambas por los Pliegos, tienen siempre un coste de mercado mayor que 0 €, por lo que no es admisible una oferta que no incorpora dicho coste. Y (...) no es posible camuflar un coste 0 € con la premisa de que se haya incluido en la oferta una contratación previa de una licencia para usuarios concurrentes ilimitados (Pulse Secure) o una ingesta ilimitada (Splunk), puesto que dichos fabricantes no tienen ese tipo de licencia en su portafolio."

En respuesta a las alegaciones formuladas por el recurrente en relación al punto primero, es decir la imposibilidad de ofertar un valor 0 en "*Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales*" y en la "*Ampliación de licencia del sistema de gestión de logs en 5GB/día adicionales*", y a la consideración de la oferta de la adjudicataria como de "*contenido tecnológicamente imposible de cumplir, y cuyo servicio*

de imposible realización se ha ofertado, además a precio 0, el informe elaborado por los técnicos municipales, se reitera en el informe emitido en fecha 14 de febrero, que consta en el expediente, y en el que, se defendía que “se pueden adquirir licencias de software de uso ilimitado, es decir, se paga por la licencia pero no existe limitación en el número de usuarios que pueden utilizar el software de forma concurrente. Por lo tanto es posible ofertar una ampliación de licencias sin costes sin conculcar ninguna norma; si lo que la U.T.E. TELEFONICA-MAGTEL, S.L propuesta como adjudicataria ha hecho es optar por ofertar una licencia ilimitada para cubrir los mínimos establecidos en el PPT, importe que estaría incluido en la oferta económica, esto les permitiría ofertar las sucesivas ampliaciones de licencias a coste 0.”, manteniendo, en definitiva la posibilidad de “que podría ser viable comercialmente ofertar precio 0, para los productos en cuestión, prueba de ello es el hecho de que la propia empresa recurrente incluye en su oferta precios con valor 0 para determinadas ítems incluidos en este mismo criterio “Coste de Posibles Ampliaciones”, como se puede observar en el cuadro incluido al principio de este informe.” (cuadro criterios de valoración evaluables mediante la utilización de fórmulas).

El informe manifiesta, además que la documentación aportada como acreditación del fabricante (Doc. 2. Hoja de fabricante Pulse Secure, así como email del responsable del canal de fabricante y Doc. 4. Hoja de fabricante Splunk, así como email de responsable de canal de fabricante), son “hojas de fabricante extraídas probablemente de Internet, en inglés, sin traducción jurada y sin firmar, a las que se acompañan unos correos electrónicos de los responsables de canal de fabricante” y que “el documento 5 se compone de una serie de emails intercambiados entre personal técnico de la CEMS y EMASESA, solicitando una oferta para ampliación de licencias Pulse Secure a la propia ACUNTIA (AXIANS), así como la oferta que esta misma entidad hace a las empresas municipales para dicha ampliación, a los que se acompaña una hoja en inglés sobre un tipo determinado de licencia.”, sin que, a su juicio, los documentos aportados prueben nada, “puesto que el contenido de los mismos sólo se refiere a la información comercial difundida en Internet o a las condiciones comerciales que las empresas suministradoras de dichas licencias (Pulse secure y Splunk) mantienen con AXIANS, pero dicha información no es extensible a la relación comercial, las tarifas y condiciones que estas empresas puedan mantener con la adjudicataria.”

En esta misma línea, el informe jurídico remitido al Tribunal por el órgano de contratación, cuestiona el valor probatorio de los documentos aportados, concluyendo que éstos no cumplen lo dispuesto en el artículo 268 de la LEC, señalando que “Los Documentos 2 y 4 que anexa al recurso contienen folios en inglés escaneados en color, parece que de la página web de los fabricantes, que no aparecen firmados por ningún responsable de la empresa. Sobre los medios de prueba el artículo 56.4 de la LCSP permite que los hechos se acrediten por cualquier medio de prueba admitido en derecho; en idéntico sentido se pronuncia el artículo 77.1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común, remitiéndose a la LECiv para la valoración de los medios de prueba. A tal efecto el artículo 268 de ésta, a la hora de regular la forma de presentación de los documentos privados, establece lo siguiente:

- 1. Los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados. Estos documentos podrán ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente.*
- 2. Si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, ya sea en soporte papel o mediante imagen digitalizada en la forma descrita en el apartado anterior, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes.”*

El citado informe jurídico, se pronuncia, asimismo, sobre la consideración que se hace en la página 12 del recurso relativa a que “*la resolución de adjudicación del contrato no contiene pie de recurso alguno*”, adjuntando al informe, como DOCUMENTO 1, el contenido de la notificación de adjudicación que se remitió al recurrente y en el que se contenía, como este Tribunal ha podido constatar, expresamente lo siguiente:

“Lo que comunico para su conocimiento y efectos, haciéndole constar que contra el acto o acuerdo anteriormente expresado, podrá interponerse Recurso Especial en materia de contratación en el plazo de 15 días hábiles contados desde la recepción de la presente

notificación, de conformidad con lo prevenido en los artículos 44 y 50.1.d) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP). Contra la resolución dictada en este procedimiento tan sólo cabrá la interposición de Recurso Contencioso Administrativo conforme lo establecido en los artículos 59.a de la LCSP y 10.1.k) y l), y 11.1.f) de la ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”

En sus alegaciones al recurso, la UTE adjudicataria, asevera que las afirmaciones en las que ACUNTIA basa su recurso parten de “hechos erróneos y por lo tanto las conclusiones que obtiene son igualmente erróneas, lógicamente como consecuencia de su posición interesada en el procedimiento”, partiendo de que “es cierto que los pliegos establecían la obligación de ofertar y valorar económicamente la ampliación de las licencias del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales y también es cierto que ACUNTIA fijó el importe para ello en 14.700,22 € y la UTE, tras analizar todos los aspectos a tener en consideración sobre ese particular y valorando la oferta en su conjunto, decidió ofertarlo por 0 €. Esto no supone ninguna irregularidad, ya que como ha puesto de manifiesto el propio Órgano de Contratación, no existe ninguna imposibilidad técnica para hacerlo, es perfectamente posible. Es cierto que si el cliente en la fase de ejecución del contrato solicita un número de licencias elevadísimo, el margen comercial o la rentabilidad se verá resentido, incluso en un escenario imposible, al parecer de esta parte, como plantea la recurrente se podría incurrir en pérdidas, pero eso no hace que no sea posible técnicamente. Lo es perfectamente, y para ello únicamente hay que acudir al mercado a adquirir licencias, como bien ha manifestado el Ayuntamiento.”

Destaca asimismo que la recurrente trata de demostrar que la UTE no podría cumplir con la ampliación de licencias ofertadas y “lo pretende acreditar con un e-mail remitido por el proveedor. Ese e-mail desde luego no demuestra que mi cliente no pueda adquirir cuantas licencias deseé. Ese e-mail acredita lo que el proveedor puede ofrecer a ACUNTIA, pero no lo que el proveedor ha ofrecido a la UTE, que no tiene porque coincidir con lo ofertado a otros operadores del mercado. La oferta realizada por ese proveedor a mi mandante, que es confidencial y no existe la obligación de hacerla pública por esos motivos, no tiene porque ajustarse a los términos expresados en el e-mail y de hecho no lo es. Pero además con independencia de cual sea esa oferta, la UTE puede adquirir cuantas licencias quiera, sin límite alguno a ese proveedor o a cualquier otro.

Lo verdaderamente cierto, y esto se ajusta literalmente a los pliegos, es que la UTE ha ofertado un servicio a precio 0 € y ACUNTIA el mismo servicio lo ha ofrecido a un coste de 14.700,22 €, como la diferencia entre ambos precios es superior al 20%, corresponde otorgar la máxima puntuación a mi representada y 0 puntos al otro licitador. Esa es la correcta y estricta interpretación de los Pliegos y es lo que se ha hecho.”

En sus alegaciones, se destacan, además, por la UTE, los siguientes aspectos, que determinan y explican que se haya realizado la oferta de esta ampliación a un coste de 0 €, sin que ello les vaya a suponer incurrir en pérdidas:

- El primer aspecto a destacar es que el lote 1 que es el que aquí nos ocupa, tiene un importe de licitación de 5.435.211,97 € (IVA incluido), y la partida objeto de discusión ha sido ofertada por ACUNTIA en 14.700,22 €. Es decir estamos en todo caso ante una partida insignificante en la globalidad del contrato. Por supuesto el margen de beneficio que ha previsto mi representada si su oferta resulta la adjudicataria, es muy superior a los costes que puedan tener esas licencias adicionales que el Ayuntamiento pueda solicitar. Este es uno de los motivos por los que se meditó y se decidió ofrecer ese aumento de licencias a coste 0 €.
- Para fijar el precio se ha valorado la posibilidad real de que exista un número ilimitado o muy elevado de solicitud de licencias por parte del Ayuntamiento, y se ha concluido que ese riesgo es prácticamente nulo y por eso se ha ofertado 0 €. Las razones son varias, la primera es que para que se superen el número de 2500 usuarios concurrentes adicionales, el Ayuntamiento tiene que asumir un coste en adquisición de equipos propios para hacer uso de esas licencias, obviamente ese coste es más elevado mientras más licencias se soliciten. Es por ello que se consideró poco probable que el Ayuntamiento solicitara un número de licencias muy elevado y que por lo tanto el riesgo en ese apartado de la oferta era muy contenido. De igual forma también hay que tener en cuenta que incluso en una situación muy excepcional como la motivada por el estado de alarma derivado del COVID-19, que la recurrente menciona en su recurso, el

número de licencias de las que se está haciendo uso es de 1000. Eso evidencia que en ningún caso se puede prever que el Ayuntamiento vaya a necesitar un número ilimitado de licencias, sino que las mismas van a resultar contenidas y muy difícilmente va a superar el número de 2500.

• Se ha considerado el principio de buena fe contractual, por el que las partes que intervienen en el contrato actuarán haciendo una correcta aplicación del mismo y no harán, por ejemplo, un uso irresponsable de las licencias a su disposición, aunque estas sean ilimitadas. Es decir partimos de la premisa de que el Ayuntamiento sólo va a usar las licencias que les resulten necesarias y ninguna más, y obviamente sus necesidades siempre van a tener un tope, nunca van a ser infinitas y reiteramos muy probablemente siempre menos de 2500.

El escrito de alegaciones, recuerda, asimismo que también ACUNTIA” ha incurrido en la misma práctica que ahora califica como irregular”, enumerando algunos ejemplos en su oferta, como la ampliación de la troncal de Hispalnet a 40 Gb, ofertada a precio 0 €, la ampliación del conexionado de las dos salas del CASSIs a 40Gb y la Ampliación del throughput mínimo que atraviesa todos los niveles de firewall a 10Gb, concluyendo que “Estamos por lo tanto ante un supuesto de mera decisión comercial o financiera de las licitadoras, no de un incumplimiento técnico o de los pliegos, ni de ninguna práctica irregular al amparo de la legislación de contratación pública.”

Argumentos similares mantiene para oponerse a la alegación relativa a ampliación del sistema de gestión de logs en 5gb/día adicionales, defendiendo su posibilidad técnica y el compromiso de cumplimiento de su oferta.

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.

Conforme al PPT y el PCAP, constituye el objeto del Lote 1 del contrato:

“Lote 1: Infraestructuras.

En este lote se incluye todo lo relacionado con la parte de red propietaria descrita en el apartado anterior y por tanto no depende de servicios de operador. Se orienta en dos grandes actividades: la explotación de la red, y la instalación de las ampliaciones y renovaciones de infraestructura. Dentro del primer concepto engloba aspectos como la supervisión, operación y mantenimiento a todos los niveles, incluyendo relaciones con otros proveedores (operadores, empresas de fibra óptica, RIPE, etc.). La ampliación de infraestructuras puede ser como consecuencia del crecimiento vegetativo de la red o bien por la demanda de nuevos servicios cuya implementación lleve asociado nuevo equipamiento. La renovación del equipamiento viene motivada por la continua necesidad de disponer de la tecnología más actual.

Para conocer en detalle las características funcionales y técnicas de la red, así como para poder determinar el alcance de los trabajos a desarrollar, las empresas licitadoras podrán solicitar el anexo de Red Propietaria previa firma del correspondiente acuerdo de confidencialidad, puesto que se trata de información de carácter reservado que no debe ser difundida públicamente”

El citado Anexo I PPT, Red Propietaria Hispalnet, al referirse al Equipamiento inicial, establece entre los subsistemas de que se compone el Centro de Seguridad (pág. 11)

- Acceso remoto VPN-SSL. Ofrecido por un cluster de máquinas del fabricante Pulse, modelo PSA-5000.
- Sistema de gestión de logs. Recolecta información de todos los elementos del CASSI para ponerla a disposición para su búsqueda o tratamiento a todas las entidades, tanto en tiempo real como para análisis forense. Este sistema está compuesto por dos productos: por un lado una herramienta genérica de syslog, y por otra parte de Splunk, versión 6.4.

En el apartado de Actualización tecnológica, pág. 19 y siguientes, se especifican los criterios generales que deben regir las actualizaciones que ha de realizar el adjudicatario para garantizar los objetivos marcados, así como las actualizaciones mínimas que le serán exigidas.

Como actualización mínima equipamiento de Seguridad, la PAG. 25 ANEXO I PPT contempla:

“Sistema de gestión de logs (Splunk).

La licencia actual del sistema de gestión de logs de 5 GB/día deberá ampliarse por parte del adjudicatario obligatoriamente como mínimo hasta los 10 GB/día.

Acceso remoto VPN-SSL.

La licencia actual del sistema de acceso remoto VPN-SSL de 100 usuarios concurrentes deberá ampliarse por parte del adjudicatario obligatoriamente como mínimo hasta los 200 usuarios concurrentes.

En su página 26, el citado Anexo, dispone:

Otros motivos de actualizaciones

Las actualizaciones que se han descrito en los subapartados anteriores tienen carácter de mínimos.

El adjudicatario está obligado a actualizar cualquier equipamiento de la red corporativa para garantizar:

- Que los equipos tengan el soporte de sus fabricantes, para garantizar su funcionalidad ante algún problema, conocido o desconocido, que pueda afectarles.
- Adaptarse durante la duración del contrato al dinamismo del sector, el cual provoca asiduamente la aparición de mejoras, nuevas prestaciones o servicios
- Absorber los aumentos del consumo, realizando ampliaciones de la red, tanto en extensión como en capacidad, con objeto de que permanentemente se encuentre en un estado de correcto dimensionamiento. Esto incluye también aquellos casos en los que el consumo vaya a superar el dimensionamiento mínimo de ampliación especificado en apartados anteriores.

Las nuevas ampliaciones serán asumidas por el adjudicatario dentro de la cuota de servicios de red siempre y cuando dicha nueva ampliación no sea superior al 20% de la red existente en ese momento.

La puntuación máxima alcanzable en la valoración de las ofertas es de 100 puntos, como señala el PPT y los criterios aplicables y su correspondiente distribución de puntos se expresan en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, concretamente para el Lote 1, en las páginas 28 y siguientes del Anexo I PCAP.

Entre los criterios de valoración objetiva, se establece como criterio C el “Coste de posibles ampliaciones”, que supondrá hasta un máximo de 10 puntos, subdividiéndose en 5 subcriterios, los cuales valoran “los costes de las posibles ampliaciones que pueda sufrir la red por encima de los mínimos exigidos en el anexo de red propietaria”. Los subcriterios C4 y C5 se definen y regulan en el Pliego en los siguientes términos:

- *Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales.* Hasta 1,5 puntos. Para calcular la valoración del coste de ampliación se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:
 - Se otorgará 0 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, entonces sería a esa oferta a la que se le otorgarían los 0 puntos.
 - Se otorgará 1,5 puntos al valor que sea un 20% inferior a la media de las ofertas presentadas. Si existiese una oferta que se encontrase por debajo de este valor, entonces sería a esa oferta a la que se le otorgarían los 1,5 puntos.
 - Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional.

En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula

$$V_e = \left(\frac{K_2 - P_0}{K_2 - K_1} \right) \times V_x$$

Siendo:

Vo= la valoración de cada oferta

Po=precio de la ampliación ofertada

K1= Cuantía resultante de restar a la media de las ofertas presentadas el 20% de dicha media, si existiera una oferta de cuantía menor, dicha oferta.

K2= Cuantía resultante de sumar a la media de las ofertas presentadas el 20% de dicha media, o, si existiera una oferta de cuantía mayor, dicha oferta.

Vx= Puntuación máxima a otorgar por el criterio

Si hubiera una sola oferta se valorará de la misma manera, siendo en ese caso:

K1= Cuantía resultante de restar el 20% al precio de licitación o si la oferta fuera de cuantía menor, dicha oferta

K2= Cuantía resultante de sumar el 20% al precio de licitación o si la oferta fuera mayor a esta cantidad y se justificara debidamente, el valor de dicha oferta

• *Ampliación de licencia del sistema de gestión de logs en 5GB/día adicionales. Hasta 1 punto.* Para calcular la valoración del coste de ampliación se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:

- Se otorgará 0 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, entonces sería a esa oferta a la que se le otorgarían los 0 puntos.

- Se otorgará 1 puntos al valor que sea un 20% inferior a la media de las ofertas presentadas. Si existiese una oferta que se encontrase por debajo de este valor, entonces sería a esa oferta a la que se le otorgarían los 1 punto.

- Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional.

En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula:

$$V_o = \left(\frac{K_2 - P_0}{K_2 - K_1} \right) \times V_x$$

Siendo:

Vo= la valoración de cada oferta

Po=precio de ampliación ofertada

K1= Cuantía resultante de restar a la media de las ofertas presentadas el 20% de dicha media, si existiera una oferta de cuantía menor, dicha oferta.

K2= Cuantía resultante de sumar a la media de las ofertas presentadas el 20% de dicha media, o, si existiera una oferta de cuantía mayor, dicha oferta.

Vx= Puntuación máxima a otorgar por el criterio

Si hubiera una sola oferta se valorará de la misma manera, siendo en ese caso:

K1= Cuantía resultante de restar el 20% al precio de licitación o si la oferta fuera de cuantía menor, dicha oferta

K2= Cuantía resultante de sumar el 20% al precio de licitación o si la oferta fuera mayor a esta cantidad y se justificara debidamente, el valor de dicha oferta.

Documentación a aportar:

Los licitadores indicarán sus compromisos en relación al coste de posibles ampliaciones específicas. Se presentará mediante la siguiente tabla en la cual habrá de especificar el valor ofertado en las casillas sombreadas:

<i>Parámetro</i>	<i>Valor ofertado</i>	<i>Unidades</i>
Ampliación del throughput mínimo que atraviesa todos los niveles de firewall a 10Gb.		Euros
Ampliación de la troncal de Hispalnet a 40 Gb.		Euros

Ampliación del conexionado entre las dos salas del CASSIs a 40 Gb.		Euros
Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales.		Euros
Ampliación de licencia del sistema de gestión de logs en 5GB/día adicionales.		Euros

Por lo que respecta a la MODIFICACIÓN DEL CONTRATO, a la que se refiere la Cláusula 11 del Anexo I PCAP, amén de las que procedan como consecuencia de la incorporación a la Red de la Agencia de Turismo, únicamente se establece que :

“No tendrá la consideración de modificación del contrato, de conformidad con lo prevenido en el artículo 309.1 parr. 2 la variación que, durante la correcta ejecución de la prestación de cada lote, se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen una variación del gasto (incremento o decremento del 10 por ciento del precio del contrato en cada uno de los lotes) siempre que exista la correspondiente dotación presupuestaria en cada una de las entidades que integran la Red Hispalnet”

Entre las preguntas y respuestas efectuadas sobre la licitación, consta la aclaración de que los costes de las ampliaciones que se valoran en el criterio C 4, se refieren, como no puede ser de otro modo, a ampliaciones por encima de los mínimos exigidos, ya que dichos mínimos constituyen obligación del contrato, cuyo cumplimiento no otorga puntuación.

Ante la duda planteada en orden a si la ampliación de licencias puede ser de más de 100 usuarios, se responde que la valoración se realiza sobre el criterio tal cual se describe “Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales”, si bien se añade la posibilidad de que durante la vida del contrato “dicho ítem podría aplicarse en varias ocasiones según necesidades y presupuesto”.

Solicitamos aclaración al respecto de las actualizaciones mínimas aumento de las licencias del VPN-SSL y de la licencia de Splunk, pues en el Anexo I del Pliego Técnico son consideradas como mínimas y, por tanto, imputables al ítem de catálogo servicios de red, pero en los criterios de valoración objetivos se consideran como posibles ampliaciones valorándose económicamente de forma adicional. Rogamos nos aclaren si dichas mejoras se deben a un aumento sobre las ampliaciones mínimas requeridas, es decir, serían 100 usuarios adicionales al aumento en 100 usuarios requerido y 5GB/día adicionales a los 5GB/día requeridos en las actualizaciones mínimas del equipamiento de seguridad.	Tal y como se indica en el PCAP en el criterio de valoración C (página 36), “se valorarán los costes de las posibles ampliaciones que pueda sufrir la red por encima de los mínimos exigidos en el anexo de red propietaria”.
En cuanto al precio de ampliación de licencias en 100 usuarios concurrentes del VPN-SSL, no surge la duda de si esta ampliación podría ser de más usuarios pero siempre en bloque de 100	La valoración se realiza sobre el criterio de “Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales”. Durante la vida del contrato dicho ítem podría aplicarse en varias ocasiones según necesidades y presupuesto.

De acuerdo con todo ello, las ofertas presentadas por los licitadores, siguiendo el modelo y conforme a la documentación a aportar para la valoración de estos criterios, cual es, según el Anexo I al PCAP, una “tabla en la cual habrá de especificar el valor ofertado en las casillas sombreadas”, se contienen en las páginas 557 y siguientes del Expediente P.S. 1, a saber:

- TELEFÓNICA-MAGTEL

2.2 Coste de posibles ampliaciones

Parámetro	Valor Ofertado	Unidades
Ampliación del throughput mínimo que atraviesa todos los niveles de firewall a 10Gb.	0,00	Euros
Ampliación de la troncal de Hispalnet a 40 Gb.	0,00	Euros
Ampliación del conexionado entre las dos salas del CASSIs a 40 Gb.	0,00	Euros
Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales.	0,00	Euros
Ampliación de licencia del sistema de gestión de logs en 5GB/días adicionales.	0,00	Euros

- ACUNTIA

C. COSTE DE POSIBLES AMPLIACIONES

Parámetro	Valor ofertado	Unidades
Ampliación del throughput mínimo que atraviesa todos los niveles de firewall a 10Gb.	0,00	Euros
Ampliación de la troncal de Hispalnet a 40 Gb.	0,00	Euros
Ampliación del conexionado entre las dos salas del CASSIs a 40 Gb.	0,00	Euros
Ampliación de licencia de acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales.	14.700,22	Euros
Ampliación de licencia del sistema de gestión de logoss en 5GB/día adicionales.	17.722,80	Euros

A la vista de las ofertas presentadas, y aplicando los parámetros establecidos en los pliegos, el informe de valoración de 18.12.2020 es asumido por la Mesa de Contratación, en la sesión de 19 de diciembre, en la que se propone la clasificación y adjudicación del contrato a la U.T.E. TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y MAGTEL OPERACIONES, S.L.U., propuesta a la que se ajusta el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 27 de febrero.

Como puede extraerse de las alegaciones del recurrente, el fundamento de éstas se polariza en la inviabilidad técnica y económica de la oferta de *"ampliaciones ilimitadas y para usuarios concurrentes ilimitados"*, ya que *"el producto actual PSA5000 sólo soporta hasta 2.500 usuarios concurrentes, por lo que no es posible ofrecer un uso concurrente ilimitado de la tecnología requerida por los Pliegos, en concreto, para los equipos del fabricante Pulse Secure, al mismo precio que uno que contempla concurrencias limitadas."*

Entendiendo, ciertamente a raíz de la consulta formulada, que este criterio de valoración se entiende referido "al coste que, de manera unitaria, tendrían las posibles ampliaciones adicionales, en bloques de 100 usuarios, (...) como el Pliego no especifica un límite superior para estas ampliaciones, ni cuántas ampliaciones de este tipo se podrían llegar a solicitar durante la vigencia del contrato" el recurrente concluye que éstas

ampliaciones son ilimitadas, basando su recurso en la inviabilidad técnica y económica de la oferta de licencias ilimitadas a 0 €.

De manera similar se expresa el recurso por lo que al criterio de ampliación del sistema de gestión de logs en 5GB/día adicionales se refiere, considerando que la “posibilidad de ampliación de datos ilimitada no es técnicamente posible” y que “tienen siempre un coste de mercado mayor que 0 €, por lo que no es admisible una oferta que no incorpora dicho coste”.

El recurso efectúa, así, una serie de alegaciones que parten de la base de las siguientes interpretaciones:

1.- La posibilidad de las ampliaciones de los Criterios C4 y C5, se entiende ilimitadas, lo que no es técnicamente posible, y la oferta a 0 € de las mismas es inviable, concluyendo “una realidad práctica en la que el precio de prestación del servicio es indeterminado o indeterminable de antemano para el adjudicatario pues, en la práctica, viene admitir que el importe ofertado para cubrir el mínimo establecido por el Pliego sería el mismo y absorbería “*las sucesivas ampliaciones de licencias a coste 0*”, circunstancias éstas que no extiende al resto de ampliaciones (C1, C2 y C3), en las que la misma recurrente oferta precio 0, ni a su propia oferta en los criterios C4 y C5, por lo que a la imposibilidad tecnológica se refiere y que por otro lado, pese a su conocimiento, no motivaron un recurso contra los Pliegos.

2.- Cuando el Pliego señala que “se valorarán los costes”, está exigiendo, entiende el recurrente, que haya un coste, no admitiendo la oferta a 0 €, ello, aun conociendo, como expresamente señalan, “la doctrina general sobre la inexistencia de una prohibición de amplio espectro de ofrecimiento de precios iguales a 0 en las licitaciones públicas, de la misma manera que conoce la prohibición sistémica de lo que se denominan como “oferta a pérdida” o, llegado el caso, la abolición de cualquier “oferta que haga inviable la prestación del contrato” pero no se impide, con carácter general, en la LCP que se oferte una determinada prestación/producto a coste 0” y, por supuesto, el valor de las partidas controvertidas en el montante total del contrato.

En esta línea, el propio recurso cita la Resolución 1187/2018, de 28 de diciembre, del Tribunal de Madrid (TACPM), conforme a la cual:

“Para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente, alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, el como el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios – compensando unos con otros– responde a su estrategia legítima de oferta, de modo que el hecho de que –no impidiéndolo el PCAP– oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito”.

Parecen no tenerse en cuenta, sin embargo, una serie de aspectos que este Tribunal considera esenciales, a saber:

1.- El criterio C 4, no valora el número de licencias ofertadas, sino que viene referido al coste de *Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales a la licencia actual del sistema de acceso remoto VPN-SSL de 100 usuarios concurrentes, ampliada por parte del adjudicatario obligatoriamente hasta los 200 usuarios concurrentes.* Por su parte el criterio C 5 valora la *“Ampliación de licencia del sistema de gestión*

de logs en 5GB/día adicionales”, a la licencia actual del sistema de gestión de logs de 5 GB/día deberá ampliarse por parte del adjudicatario obligatoriamente como mínimo hasta los 10 GB/día.

De hecho, en las ofertas presentadas por los licitadores, siguiendo el modelo establecido en los Pliegos, lo que se consigna es el coste de la ampliación concreta que se valora, nada se dice sobre el número de licencias, usuarios concurrentes ni volumen de datos.

2.- En la respuesta a la pregunta formulada a que se viene haciendo referencia, relativa al criterio C 4, se dice literalmente “Durante la vida del contrato dicho ítem podría aplicarse en varias ocasiones según necesidades y presupuesto.”, considerándose como una eventualidad de la ejecución, una posibilidad, en cualquier caso supeditada a las necesidades y presupuesto.

3.- Han de tenerse en cuenta, en cualquier caso las previsiones contenidas en los Pliegos y documentación Anexa, en relación con las ampliaciones que, como criterios de adjudicación, no forman parte, de las obligaciones mínimas del contrato, así como las previsiones y límites, legales, técnicos y presupuestarios para esas ampliaciones y para la modificación del contrato, de ahí que la posibilidad de utilizar el ítem anterior “en varias ocasiones”, se condicione, como señala el órgano de contratación en su respuesta, “a las necesidades y presupuesto”, a lo que habríamos de añadir, y a las infraestructuras disponibles, por cuanto que otra cosa resultaría de todo punto incoherente.

En cualquier caso, y aun considerando el hecho de que la máquina actual, PSA 5000 sólo soporta hasta 2.500 usuarios concurrentes, partiendo de los 100 existentes, más otros 100 que constituyen exigencia mínima, quedaría un saldo de 2.300, lo cual supondrá hacer uso del ítem en controversia, 23 veces durante la vida del contrato.

4.- Si la interpretación de recurrente fue que “este criterio de valoración se entiende referido al coste que, de manera unitaria, tendrían las posibles ampliaciones adicionales, en bloques de 100 usuarios” y que “como el Pliego no especifica un límite superior para estas ampliaciones, ni cuántas ampliaciones de este tipo se podrían llegar a solicitar durante la vigencia del contrato”, concluyendo que, en consecuencia la UTE adjudicataria ha formulado una oferta en la que incluye licencias con ampliaciones ilimitadas y para usuarios concurrentes ilimitados, defendiendo la imposibilidad técnica de dicho carácter ilimitado, tal imposibilidad que predica para la oferta de la adjudicataria, lo sería también para sí misma, ya que la única diferencia entre una y otra oferta es el precio, siendo por tanto éste la única diferencia a considerar.

Partiendo de que la oferta a 0 € es inviable, ya que “tienen siempre un coste de mercado mayor que 0 €, por lo que no es admisible una oferta que no incorpora dicho coste”, ¿habría, pues de entenderse que su oferta de 0 € para las ampliaciones consistentes en Ampliación del throughput mínimo que atraviesa todos los niveles de firewall a 10Gb, -Ampliación de la troncal de Hispalnet a 40 Gb y Ampliación del conexionado entre las dos salas del CASSIs a 40 Gb, es también inviable?

Todo ello, amén, del hecho de que si interpretó que el número de ampliaciones era ilimitado, además de tecnológicamente imposible, y por tanto existe “Imposibilidad tecnológica y precio encubierto o indeterminado, por debajo del coste de producción”, según argumenta en el recurso, debió impugnar los Pliegos en la fase procedimental oportuna, sin que a este Tribunal conste tal hecho, habiendo los mismos adquirido firmeza, y no procediendo con ocasión de la adjudicación poner de manifiesto tales cuestiones, conocidas con

anterioridad, porque la adjudicación no le ha sido favorable. En este sentido, nuestras Resoluciones 25/2018, 27/2019, o 3/2019.

5.- Para la fijación del precio de sus ofertas, los licitadores han partido de un punto de vista inicial equivalente, han tenido conocimiento de lo que constituye la Red Propietaria y sus características, de la situación de partida, e incluso de la situación excepcional motivada por el Estado de Alarma, que la propia recurrente menciona en su escrito.

Considerando y analizando todos los aspectos, valorando la oferta en su conjunto y teniendo en cuenta sus específicos acuerdos y condiciones comerciales con los proveedores, así como el beneficio industrial a que aspiran, cada uno de los licitadores ha efectuado la oferta que ha estimado óptima, sin que por parte de los mismos se haya planteado recurso alguno frente a los Pliegos y demás documentos que rigen la licitación.

El criterio de valoración establecido en el Pliego no es, en cualquier caso el número de ampliaciones, sino el coste de las **posibles** ampliaciones específicas **que pueda** sufrir la red, ampliaciones que, como de la literalidad del Pliego se deriva, son una posibilidad, una eventualidad de la ejecución, y que se concretan en :

- 1.- Ampliación del throughput mínimo que atraviesa todos los niveles de firewall a 10Gb
- 2.- Ampliación de la troncal de Hispalnet a 40 Gb
- 3.- Ampliación del conexionado entre las dos salas del CASSIs a 40 Gb.
- 4.- Ampliación de licencia del acceso remoto VPN-SSL en 100 usuarios concurrentes adicionales
- 5.- Ampliación de licencia del sistema de gestión de logs en 5GB/día adicionales.

Tales ampliaciones, en cualquier caso, habrán de respetar las previsiones que al respecto se contienen en los Pliegos, de los que, en cualquier caso no se deriva de manera clara y tajante, un carácter infinito o ilimitado de las mismas. Se parte de la base, pues, de que será en fase de ejecución, cuando tales ampliaciones se soliciten, en su caso, cuando habrá que determinar su virtualidad, tanto técnica, como económicamente, pues los Pliegos prevén tales ampliaciones como criterios de adjudicación, cuyo coste, en definitiva estaría fuera del presupuesto de lo que constituye el objeto del contrato, ya que no son servicios mínimos exigibles.

Ni los Pliegos, ni las ofertas establecen el carácter ilimitado de las ampliaciones sobre las que el recurrente basa, esencialmente su recurso, interpretación a la que le hace llegar la respuesta dada a la consulta efectuada sobre el subcriterio C4 y que él extiende al C5 (únicos, dos, por otro lado de los 5 subcriterios del apartado C en los que él mismo no hace oferta a 0 €), sin embargo ese carácter ilimitado y tecnológicamente imposible que según él oferta la UTE, no lo aplica a su propia oferta, ¿el hecho de ponerle un precio a cada ampliación hace que sí sean tecnológicamente posibles las ampliaciones ilimitadas?, ¿la imposibilidad tecnológica de la que habla “se salva” con el precio que él oferta?.

A raíz del análisis de cuanto antecede, considera este Tribunal que no es el carácter ilimitado o no de las ampliaciones la cuestión que ha de centrar el debate, ciertamente el número de ampliaciones no deja de adolecer de cierta indeterminación, circunstancia ésta, sin embargo, que no ha sido determinante para impugnar los Pliegos por ningún eventual licitador, ni ha impedido a los licitadores concurrentes formular su oferta, partiendo del conocimiento de la situación actual, tanto tecnológica como de las infraestructuras de la

Red Propietaria, haciendo un ejercicio de estimación de costes y beneficios de la totalidad de su oferta y teniendo en cuenta sus condiciones y acuerdos comerciales específicos.

No es el número de ampliaciones el criterio a valorar, ni por ofertar 1, 2, 20 o infinitas se van a obtener más puntos en cada subcriterio, es el coste de la concreta ampliación descrita el criterio a tener en cuenta, sin que la alusión a la posibilidad durante la ejecución de utilizar el ítem “en varias ocasiones”, (a la que se refiere una aclaración relativa al subcriterio C4), haya de conducir necesariamente a la conclusión de que las ampliaciones van a ser ilimitadas en el sentido que el recurrente viene interpretando, resultando obvia, por incoherente, la presunción de un escenario en el que se pidan ampliaciones no necesarias en cada momento o que la propia infraestructura, por razones tecnológicas, no pueda absorber.

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...”*

QUINTO.- Por lo que respecta al criterio D. Precio de venta a EMASESA del equipamiento de la Red Común a la finalización del contrato, considera el recurrente que la oferta a coste 0 constituye una cesión gratuita, no permitida por los Pliegos, recordando que ya en sus alegaciones de 27 de diciembre de 2019, ACUNTIA puso de manifiesto ante el Órgano de contratación que la UTE adjudicataria había formulado una oferta a precio 0 en cuanto al Criterio D relativo al precio de venta a EMASESA del equipamiento de la Red Común. Oferta que se debía entender excluida al no permitir los Pliegos la formulación de ofertas a “precio 0”.

Manifiesta, asimismo que “La oferta de la UTE adjudicataria suscitó las dudas que refleja el Acta de la Mesa de contratación de 26 de noviembre de 2019” por *“falta de justificación del valor ofertado” en la forma indicada en el Anexo I del PCAP*”, si bien se consideró este aspecto una incidencia subsanable y se requirió a la UTE adjudicataria, y también a la propia recurrente para que aportaran información, complementaria, entendiéndose cumplimentado por ambas, si bien reiteran que “ los Pliegos expresamente exigían en este caso un “precio de compra” y no contemplan ni soportan, desde su clara literalidad, ni la cesión gratuita ni la hipótesis a la que se refiere el mismo Informe de 14 de febrero de 2020 el “precio negativo”.

En relación al valor del precio de venta a EMASESA de la Red Común a la finalización del contrato, al igual que en el punto anterior, el informe técnico se remite al emitido el 14 de febrero de 2020, en el que ya se respondía a la alegación formulada en este punto, señalando que “En primer lugar hay que resaltar que en ningún lugar de los Pliegos de Prescripciones Técnicas ni en los de Cláusulas Administrativas Particulares existe prohibición alguna a ofertar valor cero.

En segundo lugar hay que señalar que lo que dice el PPT literalmente es que: *la empresa adjudicataria se compromete a ofertar un precio de adquisición de los equipos que al final del contrato se estén utilizando para dar el servicio, y a aceptar la opción de compra o no compra que por parte de EMASESA se formule.*

Es decir, lo que se pretende con este párrafo es asegurar que si EMASESA necesita comprar los equipos, en un momento concreto de la vida del contrato o a su finalización, para asegurar la continuidad del servicio, dispone del compromiso de venta de la empresa y de un precio de referencia.

Como se infiere de la documentación presentada por los licitadores, el precio que EMASESA tendría que pagar para ejercer la opción de compra depende del momento en que quiera ejercer dicho derecho. El valor de compra llega ser a cero en ambos casos, aunque con distinta cadencia, dependiendo de los coeficientes de amortización utilizados.

En la práctica sucede que, en ocasiones, este valor puede incluso llegar a ser negativo debido al precio de la desinstalación de equipos obsoletos. Este factor también puede influir en la decisión de compra o no de los equipos por parte de EMASESA a la finalización del contrato”, concluyendo que teniendo en cuenta la documentación complementaria aportada por ambas licitadoras y los coeficientes generalmente admitidos de amortización, ambas ofertas son viables, señalando que “ En las tablas de coeficientes de amortización lineal publicadas por la AEAT observamos que los Equipos para Procesos de Información tienen un coeficiente lineal máximo de 25%, mientras que el aplicable a Sistemas y Programas Informáticos es del 33%,¹ por lo que las fórmulas utilizadas por ambas empresas entrarían dentro de estos coeficientes de amortización”.

El informe técnico, defiende que el PPT no ofrece duda alguna, “puesto que dice literalmente que: *la empresa adjudicataria se compromete a ofertar un precio de adquisición de los equipos que al final del contrato se estén utilizando para dar el servicio, y a aceptar la opción de compra o no compra que por parte de EMASESA se formule*”, y que la insistencia que la oferta de la UTE adjudicataria encubre o

supone una “cesión gratuita”, obedece a una interpretación “desde nuestro punto de vista no sustentada, que pervierte el objeto y espíritu de lo establecido en los pliegos.”

Destaca, asimismo, que tampoco del PCAP se deduce la imposibilidad de oferta a precio 0.

“Como ya se explicaba en el informe, la cláusula que nos ocupa se introdujo en los pliegos para garantizar que un servicio tan crítico para el Ayuntamiento de Sevilla, incluyendo sus Organismos Autónomos y Empresas Municipales; y, por lo tanto, para la ciudadanía en su conjunto, pudiera verse menoscabado o suspendido por una hipotética interrupción del contrato o porque a la finalización del mismo (da igual que fuese con prórroga o sin prórroga) no estuviese contratado y operativo un nuevo servicio. Por ello se solicitaba ese precio de compra, que en ningún caso (se dice literalmente en los pliegos) supone que dicha compra se vaya a realizar, sino que es simplemente una salvaguardia por si no hubiese ninguna otra solución posible a la posible interrupción de los servicios. Desde este punto de vista, el controvertido valor 0 de la oferta no implica, bajo ningún concepto, que sea obligatorio comprar dichos equipos ni que haya que comprarlos a ese precio, sino que, si EMASESA se viese impelida a comprarlos, entonces la empresa adjudicataria estaría obligada a vendérselos y que el precio mínimo que estaría dispuesta a percibir por ello son 0 €, ya que como explica en la justificación que le solicitó la Mesa de Contratación, a partir de cierto momento los equipos ya estarían amortizados. Esto no obsta, y además es evidente, que si la compra hubiese de realizarse, esta debería respetar la legislación vigente en todos sus términos, cuestión que, como bien dice la Mesa de Contratación, habría que dilucidar en tiempo de ejecución del proyecto, puesto que ni siquiera sabemos si se llegará a ejecutar la opción de compra, pero no afecta al proceso de adjudicación.”

Por todo lo expuesto, el informe remitido a este Tribunal, concluye que “nada de lo nuevamente alegado por la empresa recurrente contradice lo ya dicho en el informe de 14 de febrero citado en el presente informe y por lo tanto nos reiteramos en lo dicho en el mismo.”

En sus alegaciones al recurso, la adjudicataria manifiesta que “tanto ACUNTIA como la UTE han calculado ese coste de adquisición en base a la amortización de los equipos y la diferencia es que ACUNTIA, ha acudido a un coeficiente de amortización menor, por lo que su periodo se alarga hasta el año 5, y la UTE aplicó un coeficiente de amortización mayor con lo que su plazo de amortización se redujo a 4 años. De esa forma el valor de los equipos en la contabilidad de la UTE a fecha de finalización del contrato es 0 € y ese es al precio que se ha ofertado, igual que ACUNTIA lo oferta a 0 € en el año 5, que es el de la prórroga del contrato.

De conformidad con las tablas de amortización aceptadas por el Plan General de Contabilidad y por la Agencia Estatal de Administración Tributaria en base a lo dispuesto en Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, la amortización de este tipo de equipos se realizará en un periodo mínimo de 4 años y uno máximo de 8, a elección del contribuyente. La amortización de la UTE se encuentra en ese rango, por lo que su oferta en el año 4 a 0 € es tan válida como la de ACUNTIA en el año 5.”

Las previsiones sobre la segunda cuestión objeto de recurso, se contienen en las páginas 22 y 23 del PPT, el cual, tras referirse a la Cesión inicial del equipamiento de la Red Común al adjudicatario, establece que “Por cuestiones de seguridad y para garantizar que no hay ruptura en la prestación de los servicios, una vez finalizado el contrato, la empresa adjudicataria se compromete a ofertar un precio de adquisición de los equipos que al final del contrato se estén utilizando para dar el servicio, y a aceptar la opción de compra o no compra que por parte de EMASESA se formule”.

Cesión final de la Red Común

A la finalización del contrato, el adjudicatario estará obligado a ofrecer a EMASESA todo el equipamiento que en ese momento forme parte de la red común propietaria.

EMASESA, en caso de que haga uso de esta cláusula, abonará al adjudicatario el coste que éste haya especificado en su oferta para esta operación.”

Sobre tales premisas, en el Anexo I al PCAP establece entre los criterios automáticos el Criterio D, que se enuncia de la siguiente manera:

D. Precio de venta a EMASESA del equipamiento de la Red Común a la finalización del contrato

Supondrá hasta un máximo de 3 puntos.

Se valorará el precio de venta a EMASESA del equipamiento de la Red Común que el adjudicatario está obligado a ofertar a la finalización del contrato, de manera que EMASESA, si así lo considera, pasaría a ser la propietaria del equipamiento de la Red Común que exista en dicho momento.

Para calcular la valoración del precio de venta se realizará una valoración lineal y proporcional de la siguiente forma:

- Se otorgará 0 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, entonces sería a esa oferta a la que se le otorgarían los 0 puntos.

- Se otorgará 3 puntos al valor que sea un 20% inferior a la media de las ofertas presentadas. Si existiese una oferta que se encontrase por debajo de este valor, entonces sería a esa oferta a la que se le otorgarían los 3 puntos.

- Al resto de ofertas se les otorga una puntuación de forma lineal y proporcional.

En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula:

$$V_o = \left(\frac{K2 - P_o}{K2 - K1} \right) \times V_x$$

Nada se establece expresamente, en efecto sobre la imposibilidad de ofertar a precio 0, opción que se ha admitido como posible en los informes Técnicos emitidos al amparo del análisis de las justificaciones y aclaraciones presentadas y las tablas de amortización publicadas por la AEAT, aceptándose por la Mesa de Contratación, apreciación técnica que a este Tribunal no corresponde suplir, entendiéndose ajustada a los cánones de la discrecionalidad técnica, atendiendo, asimismo a la doctrina sobre ofrecimiento de precios iguales a 0 en las licitaciones públicas a que nos referíamos en el Fundamento Cuarto.

Nótese, además, que las ofertas realizadas por los licitadores son de 0 € la de la UTE adjudicataria, y 16.396,48 la de la recurrente, y que el importe total de adjudicación (IVA incluido) del lote 1 del contrato son 3.644.290,02 €.

SEXTO.- Procede, finalmente, referirnos al planteamiento del recurrente según el cual en este caso nos encontraríamos ante errores patentes que dan lugar a arbitrariedad por lo que, con arreglo a dicha doctrina pueden ser revisados por el Tribunal.

Entiende, sin embargo este Tribunal que en la atribución de puntos a que se viene haciendo referencia, no nos encontramos ante el ejercicio de un discrecionalidad técnica como consecuencia de criterios sujetos a juicio de valor, nos hallamos ante criterios de valoración objetiva, donde no cabe discrecionalidad, sino simple y directa aplicación de la fórmula prevista en los Pliegos, esa es la motivación de la puntuación (En este sentido, Resolución 21/2020 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, Resolución nº 139/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales)

En esta línea, y como manifestara el Tribunal Administrativo Central de Recursos en su Resolución 796/2015 “debe recordarse que lo que se discute en este litigio es la valoración efectuada en relación con los criterios evaluables mediante fórmulas. Siendo esto así ha de afirmarse que en la valoración de tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor. Como ya se ha señalado por este Tribunal, una vez abiertos los sobres correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmula, el resultado de la licitación ya es conocido y en esas condiciones no es posible reconocer discrecionalidad alguna a la mesa de contratación a la hora de aplicar la valoración, pues de otro modo no sería posible garantizar la imparcialidad y objetividad de la misma, fundamento último de la doctrina de la discrecionalidad técnica a que aluden las partes”

Tal y como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011 (recurso 4034/08), la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación.

Así se señaló igualmente en resolución 831/2014, que remite a su vez a la 669/2014: *“Pero una vez efectuada la apertura de ambos sobres y una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor, sólo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, ésta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 151 del TRLCSP y en el artículo 30 del Real Decreto 817/2009 y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre concurrencia.*

A la vista de lo anterior, cabe concluir que sólo será válida la exclusión del licitador si: 1) Los errores imputados acreditan sin género de dudas la falta de viabilidad técnica de la oferta o su incoherencia con los requisitos técnicos exigidos en el PPT y 2) Dichos errores pueden ser detectados si necesidad de efectuar un juicio técnico o de valor”, no debiendo basarse la valoración en “hipótesis sobre la viabilidad de la oferta, pues tales hipótesis habrán de ser valoradas en fase de ejecución” (Resolución nº 248/2015).

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 por la mercantil **ACUNTIA, S.A.U.**, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla, de 27 de febrero de 2020 por el que se adjudica a la **U.T.E. TELEFÓNICA-MAGTEL**, el LOTE 1 de los servicios de *“Desarrollo de la Red de Telecomunicaciones Metropolitana HISPALNET para el Ayuntamiento de Sevilla, sus Organismos Autónomos y Empresas Municipales de Sevilla”*, Expte. 2019/000573, tramitado por el Servicio de Tecnologías de la Información del Ayuntamiento de Sevilla.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, en cuanto al Lote 1 se refiere.

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