



EB 2014/24

Resolución 43/2014, de 30 de abril de 2014, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Euskaltel, S.A. contra la Resolución de 14 de febrero de 2014, de adjudicación del contrato de “Servicios de la red de comunicaciones de la Universidad del País Vasco; servicio, mantenimiento, soporte y mejora RED2014”, promovido por la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 14 de febrero de 2014 la Gerente de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (en adelante, UPV-EHU) acordó adjudicar el contrato de “servicios de la red de comunicaciones de la Universidad del País Vasco; servicio, mantenimiento, soporte y mejora RED2014”.

Con entrada en el registro de la UPV/EHU de 6 de marzo de 2014, Euskaltel, S.A. interpone recurso especial en materia de contratación contra la mencionada adjudicación. El expediente de contratación es remitido por el poder adjudicador el día 10 de marzo de 2014, si bien el informe a que hace referencia el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) no se ha remitido a este Órgano hasta el 14 de marzo de 2014.

SEGUNDO: El 13 de marzo de 2014 se dio traslado del recurso a los interesados en el expediente. El 17 de marzo de 2014 se recibe en el correo electrónico del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) la solicitud de UTE formada por Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones España, S.A.U/Telefónica España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) de vista del expediente y el acceso a la documentación administrativa aportada por los licitadores. El propio 17 de marzo de 2014 se solicita de la UPV/EHU la remisión de la citada documentación, que tiene lugar el 19 de marzo de 2014. La vista del expediente tuvo lugar el propio 19 de marzo de 2014 y Telefónica presentó sus alegaciones el día 21 de marzo de 2014.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la legitimación de Euskaltel, S.A. como operador económico recurrente, así como la representación de D. A. S.R. como compareciente

SEGUNDO: El artículo 40.1.a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

Según consta en el anuncio de la licitación, en el presente caso se trata de un contrato de servicios, correspondiente a la categoría nº 5 «Servicios de telecomunicación» del anexo II del TRLCSP con un valor estimado de 6.471.074,40 €.

TERCERO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, de acuerdo con los artículos 3.2 c) y 3.3 a) TRLCSP.

CUARTO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP establece que podrán ser objeto de recurso:

«Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

El operador económico recurre la Resolución de 14 de febrero de 2014 del órgano de contratación de la UPV/EHU que adjudica el contrato a Telefónica.

QUINTO: Expuesto en síntesis, Euskaltel basa su recurso en que:

1.- La UPV/EHU ha modificado sustancialmente los criterios de adjudicación establecidos en el apartado 30.2 b) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor, valorado con 49 puntos. Resalta que la asignación de puntos para cada uno de los criterios asociados a juicios de valor se referencia al correspondiente apartado del Pliego Técnico (en adelante, PT) del concurso.

Reprocha que el informe técnico, documento base de la resolución de adjudicación, realiza un gran número de modificaciones sobre lo establecido en la carátula, de forma que alteran su contenido al:

- Añadir nuevos criterios de segundo y tercer nivel,
- Fraccionar gran parte de las puntuaciones incluidas en el pliego,
- Establecer nuevas ponderaciones y puntuaciones para los nuevos subcriterios,



- Fijar fórmulas para realizar la valoración de las ofertas cuya aplicación ha hecho que resulten asignaciones de puntuación distintas a la que hubiera resultado de la aplicación de la carátula del PCAP.
- Incluir un subcriterio nulo de pleno derecho, al valorar la experiencia de los licitadores como criterio de adjudicación, siendo ésta una característica subjetiva de ellos.

A continuación describe todas las modificaciones, comparando el contenido original del apartado 30.2 b) de la carátula con el del informe técnico sobre el que se fundamenta la resolución recurrida.

Afirma que las modificaciones realizadas por el informe técnico, con posterioridad a la publicación de los criterios de valoración y sus ponderaciones, son reiteradas y resultan sustanciales, contraviniendo los apartados 2, 4 y 5 del artículo 150 TRLCSP. A su parecer, el detalle de los criterios de adjudicación y la ponderación atribuida, precisados en la carátula del PCAP, se han visto modificados a la hora de realizar la valoración concreta de las ofertas, base de la resolución recurrida, contraviniendo lo previsto en el citado artículo, así como los principios de publicidad, transparencia y no discriminación del artículo 1 del propio texto refundido.

Denuncia que en el informe técnico se han añadido subcriterios de segundo y tercer nivel a todos los criterios inicialmente publicados, y que en los criterios segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto octavo y noveno se establecen nuevas ponderaciones de puntuación y se fraccionan los puntos para asignarlos a los nuevos subcriterios de segundo y tercer nivel.

Añade que la carátula del PCAP no recoge nada en cuanto al establecimiento de fórmulas y que, por el contrario, el informe técnico fija fórmulas en los criterios segundo y tercero respecto a las “prestaciones de red” y “escalabilidad”, cuarto en relación a las “características del cortafuegos core” y “características del cortafuegos campus” y octavo para la “disponibilidad del piloto”.

Apoya su argumentación en el informe del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas relativo a la Cuenta de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi-2008 donde, a su vez, se cita la Sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 24 de enero de 2008. También menciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006.

2.- Nulidad de los procedimientos en los que se modifican los criterios de adjudicación.

Afirma Euskaltel que la jurisprudencia en materia de contratación establece que los criterios de adjudicación deben estar previamente establecidos en los pliegos y que los poderes adjudicadores deben atenerse a los mismos, fijando la misma interpretación a lo largo de todo el procedimiento. Invoca diversas sentencias del TJUE que, en virtud de los principios de igualdad de trato y transparencia, «(...) exigen que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa a los



misimos», circunstancias que, a su juicio, infringe la resolución recurrida. En este mismo sentido, alude al Acuerdo 5/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra

Concluye su fundamentación en este apartado diciendo que «(...) la UPV ha procedido a establecer nuevos subcriterios de adjudicación dentro de los ya establecidos; coeficientes de ponderación; fraccionamiento de las puntuaciones realizadas; e incluso fórmulas aplicables como criterios de valoración sobre las puntuaciones predeterminadas. Todos ellos, de haber sido conocidos por los licitadores con carácter previo a la preparación de las ofertas habrían influido directamente en su preparación, ya que sólo teniendo el conocimiento completo de los subcriterios de segundo y tercer nivel y del fraccionamiento por cada uno de ellos de la ponderación y puntuación concreta a asignar se puede realizar correctamente la oferta. En el caso que nos ocupa, la oferta de Euskaltel se realizó sin conocimiento de todas las modificaciones reseñadas, por lo que, de haber sido conocidas, la oferta de Euskaltel habría sido distinta.»

Al hilo de lo anterior considera «(...) no ajustadas al Derecho, por contravenir directamente el contenido del artículo 150 del TRLCSP así como los principios de publicidad, transparencia, igualdad y no discriminación recogidos por el artículo 1 del TRLCSP, las modificaciones recogidas en el Informe Técnico de la UPV con posterioridad al anuncio de licitación respecto a los Criterios de valoración predeterminados en la Carátula del PCAP. Son estas modificaciones con las que finalmente se ha realizado la valoración de las ofertas y las que sustentan el procedimiento y la Resolución recurrida, que, por ello, deberán declararse nulos de pleno derecho.»

3.- Falta de motivación.

Denuncia que el informe técnico no motiva ni justifica las asignaciones de puntuación realizadas, salvo cuando detalla fórmulas matemáticas que están incluidas en la carátula del PCAP. Y pone varios ejemplos en los que, en su opinión, la valoración no es correcta, ni motivada ni justificada. Concluye que «(...) la ponderación general en términos numéricos de las propuestas en el Informe Técnico, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se ha asignado cada puntuación, así como el hecho de poder asignar puntuaciones superiores a las inicialmente establecidas, como la propia UPV ha reconocido expresamente, hacen nula de pleno derecho la Resolución recurrida.»

4.- Falta de Transparencia: inclusión y exclusión arbitraria de criterios de valoración y conceptos a valorar en el informe técnico.

Recuerda Euskaltel que cada uno de los criterios asociados a juicios de valor se referenciaba al correspondiente apartado del PT en el que se detallaba lo solicitado para cada uno de ellos. Considera que se ha seleccionado y puntuado criterios de valoración no recogidos en los pliegos, y que se ha infravalorado e incluso obviado elementos cuya presentación requerían los pliegos. Aporta un total de 5 supuestos en los que, a su juicio, se dan las circunstancias señaladas.

5.- Desigualdad de trato: errores en la valoración de la propuesta del recurrente:

Considera que la resolución recurrida vulnera los principios de igualdad de trato y no discriminación del artículo 1 del TRLCSP a la vista de los errores cometidos por la UPV en la valoración de la oferta de Euskaltel.



Afirma que en el informe de la comisión técnica, emitido con motivo de un recurso anterior (EB 2014/011) en el mismo contrato, la UPV asume expresamente que en dos ocasiones no se tuvo en cuenta en su valoración aspectos efectivamente incluidos en la oferta de Euskaltel.

Posteriormente el recurrente analiza las que, a su parecer, son puntuaciones erróneas asignadas por la UPV en comparación con las correctas que debieron serle asignadas en una de sus dos versiones.

6.- Nulidad de pleno derecho del nuevo criterio de valoración del proyecto de implantación MST.

Denuncia el nuevo subcriterio del proyecto de implantación MST, introducido con posterioridad a la publicación de la carátula del PCAP, que establece que “se valorará la experiencia en proyectos similares”, otorgando a este concepto una valoración de 0,5 puntos.

Menciona el artículo 150.1 del TRLCSP donde se establece que para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económica más ventajosa «deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato». Cita diversas sentencias del TJUE que inciden en que «no pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación las cualidades subjetivas de las empresas licitadoras, sino sólo las características vinculadas con la prestación contractual ofertada.»

Concluye que la inclusión de experiencia en proyectos de instalación MST se debería haber tenido en cuenta, en todo caso, para determinar la solvencia técnica de los licitadores, pero no como criterio de valoración de sus ofertas, por lo que considera que el subcriterio es nulo de pleno derecho.

Finalmente, solicita que se declare nulo de pleno derecho el procedimiento y la Resolución de 14 de febrero de 2014 de adjudicación del contrato, por haber sido modificados los criterios de valoración de las ofertas con posterioridad a la publicación del expediente y basarse la Resolución recurrida en los nuevos criterios modificados, por incluir entre los nuevos criterios uno nulo de pleno derecho como es la valoración de la experiencia de los licitadores, por la inclusión arbitraria de conceptos a valorar, por no concurrir en el procedimiento ni en la resolución recurrida los requisitos mínimos de motivación, por falta de transparencia, por errores de valoración admitidos y por desigualdad de trato en la valoración de su oferta.

SEXTO: La UPV/EHU en el informe de la Vicegerente de Patrimonio y Contratación de 14 de marzo de 2014, que da cumplimiento a lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, expone como aclaración previa que, frente a las alusiones de Euskaltel al informe elaborado por la comisión técnica con motivo de un recurso anterior, los que se han tenido en cuenta y que sirven de motivación a la actual adjudicación son los emitidos el 18 de diciembre de 2013 y el 13 de enero de 2014 por la propia comisión técnica, que fueron notificados a los licitadores junto con la resolución de adjudicación.



En cuanto a la acusación de que la comisión técnica se ha desviado en su informe de los criterios establecidos en los pliegos de la licitación, considera que la alusión del recurrente a la sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2003, acerca de que los criterios de adjudicación «no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación», sin perjuicio de considerar que es correcta, está totalmente descontextualizada. Afirma que en el contrato objeto de recurso, el apartado 30.2 b) de la carátula establece una relación pormenorizada de los criterios de adjudicación, de tal forma que se establecen hasta nueve apartados de valoración, estableciéndose diversos subcriterios dentro de ellos, de tal forma que entre criterios y subcriterios se llegan a valorar hasta veintidós apartados, cada uno de los cuales tiene su propia puntuación. Añade que con tal grado de desglose no le quedaba a la comisión técnica ningún margen para crear nuevos subcriterios, más aun teniendo en cuenta que en cada uno de los criterios se establece una remisión al punto correspondiente del PT que le resultaba de aplicación a fin de que los licitadores tuvieran claro qué es lo que se les pedía y qué es lo que iba a ser objeto de valoración. Denuncia manipulación cuando de la aplicación de una simple regla de tres, que no es otra cosa que una mera expresión del razonamiento lógico seguido por la comisión, el recurrente observa la creación de una nueva fórmula de adjudicación. Recuerda que los criterios en los que fija su atención Euskaltel son de carácter subjetivo, si bien delimitados con un grado de exhaustividad muy importante. Niega que se hayan utilizado nuevos criterios de adjudicación no previstos en la carátula y que se incumplan los principios de igualdad, transparencia, publicidad y no discriminación.

En cuanto a la falta de motivación, observa incongruencia en el recurso cuando acusa a la comisión técnica de incorporar nuevos subcriterios, pormenorizando los iniciales más allá de lo establecido en el pliego, y al mismo tiempo sostener falta de motivación. Sostiene que la motivación ha existido por ser lo que ha permitido al recurrente atacar los argumentos de la comisión técnica.

Sobre los errores cometidos en la valoración de las propuestas se remite al informe de la comisión técnica, donde se reconocen algunos pequeños errores que no alteran el sentido de la adjudicación.

Solicita la desestimación del recurso de Euskaltel contra la Resolución de 14 de febrero de 2014 de adjudicación del contrato.

Junto con el informe de la Vicegerente de Patrimonio y Contratación se adjunta el informe de 6 de marzo 2014 de la comisión técnica elaborado con motivo de la interposición del recurso.

Sobre la modificación de los criterios de adjudicación, la comisión técnica de la UPV/EHU insiste en su informe que los 49 puntos en que se valora el criterio contenido en el apartado 30.2 b) de la carátula del PCAP están divididos en 9 bloques claramente diferenciados y que a cada uno se le ha otorgado una puntuación máxima en función de la importancia del mismo. Afirma que los bloques están motivados en el pliego técnico al señalar qué se pide al licitador y qué se va a valorar. Añade que se han comparado las propuestas de los



licitadores y valorado en función de las puntuaciones fijadas en la carátula o en función de los criterios establecidos en el PT.

A continuación defiende su actuación en cada uno de los criterios de adjudicación y concluye que en todo momento se ha respetado lo establecido en el PT y en la carátula del PCAP, y que lo que Euskaltel denomina nuevos subcriterios no es otra cosa que asignar puntuación con criterios ecuanímenes que dan visibilidad al trabajo de evaluación realizado por la comisión.

Sobre la falta de motivación indica la comisión técnica que el informe de adjudicación se ha hecho sobre la base de los ítems previamente motivados, detallando las características de cada oferta y realizando el juicio de valor correspondiente. A continuación defiende las puntuaciones otorgadas en su informe.

Acerca de la arbitrariedad en la elección de los criterios de adjudicación, la comisión técnica afirma que éstos no coinciden con los intereses comerciales de los licitadores y que por ello no tienen por qué ser arbitrarios. Considera, también, que muchos de los aspectos propuestos por Euskaltel para su valoración son de obligado cumplimiento y no merecen valorarse con puntos adicionales.

A renglón seguido rebate punto por punto la denuncia del recurrente de desigualdad de trato en la valoración de su propuesta, admitiendo la alegación del recurrente sobre la actualización de la plataforma de gestión de red y Wifi, cuya puntuación debería ser de 1,67 puntos en lugar de 1,63 puntos, y la alegación respecto de la funcionalidad VPN por la que le corresponderían 0,2 puntos adicionales y elevaría su puntuación a 1,6 puntos.

Concluye que vistas las alegaciones de Euskaltel y apreciando favorablemente las ya indicadas no habría alteración en el orden de clasificación de las ofertas.

SÉPTIMO: Telefónica en sus alegaciones plantea como cuestiones previas la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo y por la pérdida sobrevenida de interés legítimo del recurrente.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, manifiesta que la resolución de adjudicación fue remitida al adjudicatario y al resto de interesados el día 14 de abril de 2014, siendo éste el “dies a quo”, a partir del cual ha de computarse el plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso especial (artículo 44.2 del TRLCSP), y el 4 marzo de 2014 el día de su vencimiento, por lo que al constar en el recurso el sello de entrada en el registro de la UPV/EHU el día 6 de marzo de 2014, el recurso debe inadmitirse por extemporáneo.

Sobre la segunda cuestión de inadmisibilidad, invoca el artículo 42 del TRLCSP sobre legitimación para la interposición del recurso. Considera que para ser interesado en un procedimiento se ha de tener un interés legítimo (un beneficio) en la resolución administrativa pretendida. Cuestiona si estaría



legitimado para interponer un recurso quien debió ser excluido del procedimiento, y plantea que debe analizarse si existe causa de exclusión en la recurrente y que si fuera así podría oponerse una pérdida sobrevenida del interés legítimo que ha de mantenerse a lo largo de toda la tramitación del recurso (*perpetuatio legitimationis*). Cita jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre legitimación y la diferencia entre interés directo e interés legítimo, con alusiones a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Afirma que si el recurrente hubiera sido excluido del procedimiento de contratación, carecería de la legitimación activa que dice ostentar, por lo que procedería declarar la inadmisión de su recurso. Concluye que a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el interés legitimador para el acceso al proceso contencioso-administrativo debe existir no sólo en el momento inicial, sino además mantenerse durante todo el proceso hasta el momento de su terminación por sentencia firme, pues aunque el artículo 19.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no lo imponga expresamente, así resulta de la interpretación sistemática de los artículos 413 y 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos requisitos son, en su opinión, predicables en el procedimiento administrativo. A su parecer, Euskaltel carece de legitimación por no tener la clasificación exigida en el PCAP y por extralimitarse en la subcontratación que pretende realizar.

En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas en el recurso especial, expuesto con brevedad, Telefónica en sus alegaciones aborda en primer lugar la alteración de los criterios de valoración del apartado 30.2. b) de la carátula del PCAP, y niega tal alteración aduciendo que lo que hace el informe técnico es justificar motivadamente su decisión al trasladar los criterios tenidos en cuenta en el proceso de valoración. Considera, por el contrario, que el hecho de transparentar esos ítems significa que dan cumplimiento a los requerimientos de motivación que todo acto administrativo debe tener.

Incide en la importancia de las funciones que cumple la motivación, asegurando la seriedad en la formación de la voluntad de la administración pública, la garantía del administrado para la impugnación del acto administrativo con posibilidad real de criticar las bases en las que se fundamenta y hacer posible su control jurisdiccional. Prosigue diciendo que la motivación es el instrumento que permite discernir discrecionalidad de arbitrariedad, y que pueda estar contenida en el propio acto o por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, como sucede en el presente caso con el informe técnico que en su apartado 3 “desarrollo del proceso de evaluación” explica expresamente que «(...) el desarrollo del proceso de evaluación comienza con la lectura analítico-sintética de las propuestas, con el objeto de extraer los puntos clave o principales que están relacionados con los criterios de la Tabla de Puntuaciones.»

En segundo lugar, niega que la expresión en el informe técnico de los ítems tenidos en cuenta para realizar la valoración de los criterios de adjudicación suponga su modificación. Añade que los criterios o subcriterios contenidos en la carátula tienen su justificación en el PT y que es de estas características técnicas de donde se extraen todos los ítems considerados en el informe técnico para la valoración de los criterios cuya aplicación requiere de un juicio de valor. Concluye afirmando que «Por lo tanto estamos ante la descripción de los ítems



que han servido para la valoración de cada uno de los apartados (criterios y subcriterios de valoración previstos en el pliego) como soporte de la debida motivación y justificación de la puntuación asignada a cada uno de los licitadores. Motivación que hemos de tener por correctamente realizada por el informe y por el órgano de contratación.» Apoya su parecer con diversas citas jurisprudenciales, en especial con la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005 (asunto C-331/04, ATI EAC), de donde extrae que lo esencial para la resolución del recurso es:

- 1.- Determinar si estamos realmente en la introducción de un subcriterio de valoración o ante la expresión e ítems o elementos que configuran la ratio decidendi del informe técnico.
- 2.- Si estos elementos (subcriterios o ítems) son contradictorios con los criterios de valoración expresados en los pliegos.
- 3.- Si se han modificado los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.
- 4.- Si contienen elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación.

Partiendo de las exigencias de la sentencia citada, analiza el contenido de las páginas 1 a 3 del informe técnico que reflejan los criterios y subcriterios, la forma en que éstos se han valorado y su ponderación, de donde infiere que la actuación de la UPV/EHU sirve para motivar los puntos asignados a cada criterio y subcriterio y, en su momento, para motivar la resolución de adjudicación.

En tercer lugar, en cuanto a la introducción de fórmulas “ex novo” para la valoración de alguno de los subcriterios de adjudicación, asegura que este hecho transparenta que la asignación se ha realizado de forma proporcional al elemento técnico valorado, teniendo en cuenta lo requerido en el pliego y lo ofertado por cada uno de los licitadores, lo cual no es sino la expresión de la motivación del reparto de puntos. Manifiesta que el informe técnico efectuó la valoración sobre unos elementos reglados pero con determinación discrecional de la puntuación que correspondía a cada uno de los elementos del mismo y que sin salirse del máximo de los límites reglados.

En cuarto lugar, Telefónica discrepa con las valoraciones que Euskaltel realiza a los puntos asignados a cada uno de los licitadores en diferentes apartados del informe técnico.

En quinto lugar, considera Telefónica que no hay errores objetivos en la valoración de las propuestas de los licitadores. Niega que se haya puntuado con criterios de valoración no recogidos en el pliego técnico, ya que no son nuevos criterios sino la identificación de los ítems que sirvieron para la valoración. También niega que se haya infravalorado e incluso obviado elementos cuya presentación requería el pliego, puesto que al ser un requisito no necesariamente ha de ser puntuado.



A continuación, rebate uno a uno los argumentos del recurrente sobre las puntuaciones erróneas otorgadas por la UPV.

En sexto lugar, sobre la valoración de la experiencia en proyectos de implantación de MST, afirma Telefónica que en el informe técnico no se asigna puntuación a la experiencia del licitador sino que se limita a consignar que en la oferta ambos licitadores describen detalladamente las fases para la migración MST y ambos demuestran experiencia en este tipo de migraciones. Considera que a Euskaltel se le ha asignado la puntuación máxima y que carecería de la legitimación necesaria para pedir la anulación en un aspecto en el que ha sido favorecido y que no tiene relevancia en la puntuación final al haber obtenido todos los licitadores la puntuación máxima posible.

En último lugar, sobre la propuesta global del proyecto, manifiesta Telefónica que el recurrente pretende sustituir del criterio discrecional de la Administración por el suyo propio sin fundamento y justificación alguna.

Solicita que se acuerde la inadmisión del recurso por haberse interpuesto fuera de plazo o, subsidiariamente, se desestimen por las razones expuestas en su escrito de alegaciones. Subsidiariamente a todo lo anterior y en el caso de que fuera estimado el recurso se acuerde la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la emisión del informe.

También solicita que se practiquen las siguientes pruebas:

1.- Se requiera a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para que informe sobre la clasificación de contratistas con la que cuenta la empresa Euskaltel, S.A. en los diferentes grupos y subgrupos como empresa de servicios.

2.- Se requiera a la Junta Asesora de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Euskadi a fin de que informe en que grupos y subgrupos y con qué categoría está clasificada la empresa Euskaltel, S.A. y si esa clasificación proviene de la obtenida por esa empresa en el año 2008 en la Junta Consultiva de Contratación dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y si ha sido renovada por esta empresa desde el 19 de junio de 2008 (concretando en ese caso en base a qué norma jurídica) o se ha renovado al haber aportado dicha empresa una declaración de que no ha tenido modificaciones su clasificación.

OCTAVO: Con carácter preliminar procede analizar las cuestiones procesales planteadas por Telefónica en sus alegaciones. La primera de ellas se refiere a la extemporaneidad del recurso basándose en que la resolución de adjudicación fue remitida el 14 de febrero de 2014. No obstante, omite que con fecha 27 de febrero de 2014 se efectúa una corrección de errores del apartado tercero de la parte dispositiva de la resolución de adjudicación que afecta, precisamente, a los procedimientos de revisión del acuerdo de adjudicación pues, inicialmente, se acuerda conceder el recurso de reposición cuando la



adjudicación de este contrato, tanto por el tipo contractual al que se refiere como por su valor estimado, ha de ser objeto de recurso especial en materia de contratación. En consecuencia, el plazo para la interposición del recurso especial se debe computar desde la fecha de remisión de la subsanación del error observado y, de esta forma, resulta que el recurso ha sido interpuesto en plazo por no haber transcurrido más de quince días hábiles desde la adopción del acuerdo de corrección de errores (27 de febrero de 2014) hasta la interposición del recurso (6 de marzo de 2014).

A este respecto, cabe indicar que las consecuencias de un inexacto ofrecimiento de recursos están reiteradamente descritas en la jurisprudencia en el sentido de que no es posible apreciar extemporaneidad ante el recurso si el retraso en la interposición es imputable a la errónea información recibida por el recurrente. En este caso en concreto, el plazo debe comenzar a computarse desde que se corrigió debidamente el defecto.

La empresa Telefónica, planteada a modo de excepción procesal, que la recurrente carece de legitimación porque debió haber sido excluida de la licitación por carecer de la clasificación exigible, e infringir las normas del PCAP sobre subcontratación. Este motivo de impugnación debe ser desestimado sin que el OARC / KEAO deba entrar a juzgar si la admisión de la oferta del recurrente fue o no correcta. De acuerdo con el artículo 42 TRLCSP, «Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.» Es evidente que las empresas participantes en la licitación están perjudicadas o afectadas por una adjudicación a un tercero, y que la estimación del recurso podría determinar que, finalmente, la adjudicación les beneficiara. En el supuesto analizado, es igualmente claro que el recurrente tiene la condición de licitador, por lo que no cabe dudar de su legitimación. No es aceptable en este procedimiento de recurso la alegación de Telefónica en el sentido de considerar que dicha condición, y por lo tanto la legitimación para recurrir, se adquirió ilegalmente porque el recurrente debió ser excluido. Si este Órgano determinara en el presente procedimiento la inadmisión de la oferta del recurrente tal decisión estaría afectada por un vicio de incongruencia con la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP) y se cometería un exceso competencial en contra del recurrente, que vería empeorada su situación jurídica respecto a la que tenía antes de interponer la impugnación, lo que está prohibido por el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (la llamada “reformatio in peius”). Debe tenerse en cuenta que, tal y como el legislador lo ha configurado, el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse las Resoluciones 44/2012 y 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del



demandado del pleito civil. La alegación analizada es pues contraria al principio de congruencia y no puede ser aceptada aunque se disfrace de cuestión procesal, pues en realidad hace referencia a un tema de fondo que, por lo expuesto, no puede resolverse en este procedimiento. Finalmente, hay que recordar que ni siquiera en el recurso especial puede impugnarse el acto de admisión de un licitador (ver, por ejemplo, la resolución 238/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Resolución 88/2013 del OARC/KEAO) y que la posición sostenida por este Órgano no implica en absoluto indefensión para la empresa que formula la alegación, pues la supuesta incorrección de la aceptación de la oferta de un licitador sí puede ser alegada, en su caso, con motivo del recurso especial contra un acto impugnable, como, por ejemplo, una hipotética adjudicación de la que éste licitador pudiera ser beneficiario (ver la Resolución 34/2014 del OARC / KEAO). A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 19/6/2003, asunto C-249/01) establece que es contrario a la normativa comunitaria sobre recursos en materia de contratación que se deniegue a un licitador el acceso a los procedimientos de recurso previstos por dicha normativa para impugnar la legalidad de la decisión del poder adjudicador de no considerar que su oferta fuera la más ventajosa debido a que esta oferta tuvo que haber sido descartada previamente por dicha entidad por otras razones y que, por este motivo, el licitador no se ha visto ni puede verse perjudicado por la ilegalidad que alega.

NOVENO: En cuanto a las cuestiones de fondo, en primer lugar, denuncia el recurrente que en el informe técnico, base de la resolución de adjudicación, contiene un gran número de modificaciones sobre lo establecido en el punto 30.2 b) de la carátula del PCAP donde se establecen los criterios de adjudicación, de forma que estas modificaciones se han realizado con posterioridad a la publicación de los criterios de valoración y sus ponderaciones, siendo reiteradas y sustanciales, contraviniendo lo previsto en el artículo 150 del TRLCSP así como los principios de publicidad, transparencia y no discriminación del artículo 1 del propio texto refundido.

Tal y como ha manifestado este Órgano Resolutorio en numerosas ocasiones (Resolución 108/2013), para la jurisprudencia del TJUE, el principio de transparencia exige, entre otras cosas, que la interpretación de los Pliegos sea clara para todos los licitadores y constante a lo largo del procedimiento (STJ de 18/10/2001, C-19/00, STJ de 24/11/2005, C-331/04, STJ de 12/11/2009, C-199/07 y STJ de 22/7/2010, C-423/07) de forma que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas.

Euskaltel invoca la sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008 (asunto C-532/06, Lianakis). A tenor del apartado 36 de esta sentencia «(...) la obligación de transparencia (...), exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.», en su apartado 38 señala que «una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.», mientras que en el apartado 40 concluye que «los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el



procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras.»

Sin embargo, la propia sentencia recoge la doctrina fijada por otra de 24 de noviembre de 2005 (asunto C-331/04, ATI EAC) donde se interpreta que «(...) el derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicataria previó para el criterio en cuestión el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores»

En el contrato objeto de recurso, la pretendida modificación de los criterios de valoración se produce en el informe técnico de 18 de diciembre de 2013 emitido por la comisión técnica de la UPV/EHU, informe que sirve de base a la propuesta de 16 de enero de 2014 de la mesa de contratación y a la propia Resolución de 14 de febrero de 2014 de adjudicación del contrato.

Por tanto, el contenido del informe de la comisión técnica y en especial su apartado 2.- “Método de valoración” deberán examinarse a la luz de los criterios interpretativos señalados en la jurisprudencia comunitaria.

Con el fin de abordar de una manera más gráfica la resolución de la cuestión, se considera conveniente reproducir el apartado 30.2 b) de la carátula del PCAP cuya posible modificación es objeto de debate:

Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (sí/no):	Sí
3 puntos para valorar la propuesta de soporte, mantenimiento y otros	
4 puntos a la propuesta de actualización de la plataforma de gestión de red y WiFi (apartado 3.1 del pliego técnico)	
• 2 puntos para valorar la plataforma hardware	
• 2 puntos para el proyecto de actualización	
10 puntos a la mejora de WiFi de alta densidad (apartado 3.2 del pliego técnico)	
• 2 puntos para valorar la capacidad de los controladores	
• 2 puntos para valorar la tolerancia a fallos	
• 1 punto para valorar la prestaciones de la red	
• 2 puntos para valorar la integración con Cisco Prime	
• 2 puntos para valorar la escalabilidad	
• 1 punto para valorar la capacidad de troubleshooting	
14 puntos a la renovación de cortafuegos (apartado 3.3 del pliego técnico)	
• 4 puntos para valorar las características cortafuegos CORE	
• 4 puntos para valorar las características de los cortafuegos Campus	
• 2 puntos para valorar el plan de implantación y de importación de reglas	
• 2 puntos para valorar una plataforma unificada de gestión	
• 2 puntos para valorar otros aspectos	
1 punto al proyecto de implantación de MST (apartado 3.4 del pliego técnico)	
5 puntos al servicio SIEM (apartado 3.5 del pliego técnico)	
• 3 puntos para la propuesta de servicio	
• 1 punto para el análisis continuo de vulnerabilidades	
• 0,5 puntos para las capacidades de explotación de logs	
• 0,5 puntos para valorar otros aspectos	
3 puntos al soporte avanzado (apartado 3.6 del pliego técnico)	
2 puntos al piloto ISE (apartado 3.7 del pliego técnico)	
7 puntos a la propuesta de proyecto global	

Ponderación total de este grupo: 49 puntos.



El apartado 2.- “Método de valoración” del informe de 18 de diciembre de 2013 expone los ítems con los que se han valorado y evaluado las ofertas recibidas. Mediante estos ítems se amplía aún más los criterios y subcriterios anteriormente reproducidos. De su examen se infiere que el informe técnico completa el contenido inicial de los criterios de adjudicación de tres formas distintas.

1.- Completa el criterio de adjudicación fijando mediante texto el método de valoración.

2.- Además de completar el criterio, desglosa la puntuación inicial del criterio en un primer o segundo nivel, según el caso.

3.- Establece fórmulas para la valoración de criterios de primer o segundo nivel.

Con carácter general, la primera conclusión que se extrae del análisis del “Método de valoración” contenido en el informe técnico es que no se introducen como tal nuevos criterios de adjudicación, pues en todos los casos el método y los ítems valorados se refieren a los criterios previamente establecidos en los pliegos.

En segundo lugar, se observa un verdadero esfuerzo en el informe de la comisión técnica por objetivar unos criterios que son evaluables mediante un juicio de valor.

En lo particular, no cabe reproche alguno cuando el informe técnico completa el criterio inicial aclarando mediante texto el método de valoración, tampoco cuando reparte la puntuación inicial en subcriterios de primer o segundo nivel. Esta actitud de los informantes debe enlazarse con la motivación de la adjudicación del artículo 151.4 del TRLCSP. En este sentido, que el criterio inicial se desglose en subniveles, y que éstos se puntúen o no, no equivale a la introducción de nuevos criterios de adjudicación, sino que se trata de un nuevo paso para objetivar y reglar el criterio de adjudicación que, repetimos, se dilucida mediante juicios de valor. Tampoco se deduce en este proceder la introducción de elementos que de haberse conocido hubieran podido influir en la preparación de la oferta, pues en la mayoría de los casos los criterios de adjudicación están referidos a apartados del PT.

Otro tanto puede decirse de los subcriterios de primer y segundo nivel en los que se introducen fórmulas para la valoración de las ofertas. La introducción de fórmulas en el informe técnico, siempre que se refieran a elementos propios del criterio, logra un mayor grado de objetividad en la valoración que el que se hubiera conseguido mediante opiniones emitidas en uso de la discrecionalidad técnica que autoriza la emisión del juicio de valor.

Por tanto, desde este Órgano resolutorio no se comparte la pretensión del recurrente sobre la nulidad del procedimiento por modificación de los criterios de adjudicación e incumplimiento de los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato.



Mención especial merece la afirmación del recurrente de que en un criterio de adjudicación se valora la experiencia de los licitadores. Efectivamente, según el “Método de valoración” del informe técnico, en el “Proyecto de implantación de MST:

Se valora la experiencia en proyectos similares: 0,5 puntos.
Descripción de la implantación: 0,5 puntos.

Como es bien sabido, la experiencia es uno de los medios de acreditación de solvencia técnica o profesional dirigido a seleccionar cualitativamente y comprobar la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria es clara al distinguir entre criterios de selección cualitativa y criterios de adjudicación. Así en los apartados 31 y 32 del asunto C-532/06, anteriormente aludido, el TJUE señala que:

«31

Sin embargo, los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como «criterios de adjudicación» en el caso de autos se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de «criterios de adjudicación», en el sentido del artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50.

32

En consecuencia, procede declarar que los artículos 23, apartado 1, 32 y 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 se oponen a que, en un procedimiento de licitación, el poder adjudicador tenga en cuenta la experiencia de los licitadores, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento y su capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto como «criterios de adjudicación» y no como «criterios de selección cualitativa»

El criterio en su configuración inicial es correcto porque se valora con un punto el “proyecto de implantación MST”, que cumple con el requisito previsto en el artículo 150.1 de su vinculación con el objeto del contrato, por estar previsto tal proyecto en el apartado 3.4 del PT. Sin embargo, es en el informe de la comisión técnica donde se introduce la experiencia como un subcriterio de adjudicación. Desde este Órgano resolutorio se considera que el criterio era válido en su descripción de la carátula del PCAP y que el vicio de nulidad proviene de que en el informe técnico se valora la experiencia que es propio de la fase previa de selección cualitativa de empresas capacitadas para la ejecución del contrato. A pesar de ello, la valoración de la experiencia no puede, en este caso, acarrear la anulación de un criterio que es correcto pero sí de la puntuación otorgada por ello en el informe técnico, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de lo que realmente se ha valorado como experiencia.

DÉCIMO: Denuncia el recurrente falta motivación en la asignación de puntos por el informe de la comisión técnica, cuyo contenido conocen los licitadores



por haberse dado a conocer junto con la resolución de adjudicación. Este informe, además del apartado 2.- “Método de valoración”, contiene un apartado 3.1.- de “Tabla de evaluación detallada” (pág. 5 a 13) donde se muestra con detalle los resultados obtenidos por cada empresa en los nueve criterios que precisan la realización de un juicio de valor.

Si ya al examinar el “Método de valoración” del informe técnico se ha observado un esfuerzo por reglar y objetivar los criterios de adjudicación, otro tanto debe decirse de la “Tabla de evaluación detallada” que, aunque en ocasiones de manera un tanto críptica, compara de manera exhaustiva las ofertas de los dos licitadores.

Ciñéndonos a los casos concretos en que Euskaltel manifiesta que la puntuación que se le otorga no está correctamente motivada ni justificada, se observa que:

.- En el criterio de “Mejora WIFI de alta densidad”. Tolerancia a fallos: respecto de la oferta de Telefónica afirma el recurrente que «(...) solo ofrecen la conexión de cada controlador con un elemento de red, siendo este un punto de fallo». Interpreta el recurrente esta afirmación como si la expresión “un punto de fallo” supusiera una penalización de un punto en el criterio. Como correctamente apunta Telefónica en sus alegaciones, la expresión “punto de fallo” se refiere a un aspecto, apartado o elemento de fallo, pero no una rebaja de un punto en la valoración.

.- En el criterio “Pilotos ISE”. Disponibilidad del piloto: reprocha el recurrente que se valore el período de duración de la prueba cuando el apartado 3.7 del PT habla de la realización de una prueba a modo piloto con un alcance limitado sin mención alguna a la duración de la prueba, que se incorpora posteriormente en el informe técnico. En este aspecto, omite Euskaltel que el apartado del pliego técnico citado, expresamente limita el piloto ISE de control de acceso a la red para 100 usuarios (pág. 34 pliego técnico), sin que la limitación alcance a la duración de la prueba. Por lo demás, la distinta puntuación debe ser observada como la respuesta que la UPV/EHU otorga a distintas características ofertadas por los licitadores en un mismo criterio.

.- En el criterio de “Renovación de cortafuegos”. Otros aspectos: observa el recurrente falta de motivación porque la puntuación parcial de todos los elementos a valorar (2,2 puntos) es superior a la puntuación establecida para el criterio en la carátula (2 puntos). Siendo cierto lo que afirma el recurrente, no puede hablarse de falta de motivación sino más bien de un error en la distribución de puntos entre los aspectos a valorar, que en el peor de los casos dará lugar a la revisión de la puntuación del informe técnico en ese subcriterio.

El artículo 151.4 señala «La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.» El recurrente denuncia qué aspectos de su oferta no han sido tenidos en cuenta o se han valorado erróneamente. Incluso reprocha qué aspectos no deberían haber sido objeto de valoración y cuáles se han infravalorado e incluso obviado. Todas estas circunstancias niegan que la falta de motivación



le haya impedido interponer un recurso preciso en sus pretensiones. No puede tacharse como ausencia de motivación el hecho de que las argumentaciones esgrimidas por la comisión técnica no satisfagan las expectativas del recurrente en el contrato.

UNDÉCIMO: Considera el recurrente que se ha seleccionado y puntuado criterios de valoración no recogidos en los pliegos, y que se ha infravalorado e incluso obviado elementos cuya presentación requieran los pliegos. Alude a los siguientes casos:

1.- Propuesta de actualización de la plataforma de red Wifi.

Según la carátula del PCAP se valora:

- 2 puntos para valorar la plataforma hardware
- 2 puntos para el proyecto de actualización

El informe técnico, en la tabla de evaluación detallada, valora, por un lado, la plataforma ofertada por cada licitador y sus características, y otorga 1,63 puntos a Euskaltel y 2 puntos a Telefónica. Por otro, valora la descripción del proyecto de actualización y sus fases, dando 1 punto de valoración a los dos licitadores.

Desde este Órgano se considera que la valoración de la plataforma ofertada y el proyecto de actualización son inherentes al criterio y que la puntuación otorgada entra dentro de la discrecionalidad técnica propia de los informes de valoración de juicio de valor.

2.- Mejora Wifi de alta densidad tolerancia a fallos.

Según la carátula del PCAP se otorgan:

- 2 puntos para valorar la tolerancia a fallos.

El informe técnico en el apartado 2.- “Método de valoración” desarrolla el criterio argumentando que se analizarán:

- Las características del controlador de Backup.
- El modo de interconexión entre los elementos de la red de la UPV/EHU.

El informe técnico, en la tabla de evaluación detallada, valora los aspectos señalados y otorga 2 puntos a Telefónica y 1,9 puntos Euskaltel.

La diferencia de puntuación estriba en que el informe técnico destaca que Telefónica únicamente ofrece la conexión de cada controladora con un elemento de red, lo cual considera un “punto de fallo”. El sentido del término “punto de fallo” ha sido tratado en el Fundamento de Derecho anterior, a cuyo contenido nos remitimos.



Por lo demás, no se observa arbitrariedad alguna en las valoraciones efectuadas.

3.- Renovación de Cortafuegos: otros aspectos.

Según la carátula del PCAP se otorgan:

- 2 puntos para valorar otros aspectos.

El informe técnico en el apartado 2.- “Método de valoración” desarrolla el criterio diciendo que se valorará:

- Sistemas de Troubleshooting
- Dominios o FWs virtuales.
- Garthner
- VPN
- Reconocimiento de aplicaciones.

El informe técnico, en la tabla de evaluación detallada, valora con 1,4 puntos la versión Euskaltel-Fortinet y con 1 punto la versión Euskaltel-Cisco; mientras que otorga 1,5 a la propuesta de Telefónica.

El recurrente destaca que ninguno de los aspectos valorados está solicitado en el pliego técnico, por lo que su inclusión como elementos a puntuar carece de la mínima motivación.

Además del subcriterio relativo a “Otros aspectos”, el criterio de renovación de cortafuegos contiene otros 4 subcriterios a valorar como son:

- 4 puntos para valorar las características cortafuegos CORE
- 4 puntos para valorar las características de los cortafuegos Campus
- 2 puntos para valorar el plan de implantación de importación de reglas.
- 2 puntos para valorar una plataforma unificada de gestión.

Los subcriterios reproducidos guardan relación con la prestación contratada, que es el proyecto de renovación de contrafuegos a nivel CORE y Campus. El hecho de valorar otros aspectos no relacionados en el PT tiene coherencia con la división del criterio en subcriterios, ya que con unos subcriterios se valoran las ofertas según las descripciones del PT y con el subcriterio “Otros aspectos” se valoran las características descritas en el “método de valoración” del informe técnico, que la UPV/EHU considera de interés. Además, que Euskaltel obtenga 1,4 puntos en una de sus versiones, frente a los 1,5 puntos de Telefónica, impide que el recurrente invoque ignorancia sobre qué “otros aspectos” se podrían valorar. Por tanto, no se observa arbitrariedad por parte de la UPV/EHU en la valoración del criterio.

4.- Piloto ISE.

Según la carátula del PCAP se otorgan:



- 2 puntos al Piloto ISE.

El informe técnico en el apartado 2.- “Método de valoración” desarrolla el criterio diciendo que se valorará:

- Características del sistema ofertado: 0,5 puntos
- Disponibilidad del piloto 1 punto al máximo, al resto regla de tres
- Pruebas de integración con los Firewalls corporativos: 0,5 puntos

El recurrente observa arbitrariedad porque excluye de la valoración aspectos solicitados en el pliego técnico y valora otros aspectos no contemplados en el mismo.

No puede observarse arbitrariedad en los tres aspectos valorados (características del sistema, disponibilidad del piloto y pruebas de integración con los Firewalls), los dos primeros son consustanciales al criterio y sobre el tercero debe recordarse que los Firewalls o cortafuegos forman parte del sistema de la Red Corporativa de Comunicaciones de la UPV/EHU cuyo servicio, mantenimiento, soporte y mejora es objeto del contrato.

Sobre la disponibilidad del piloto, nos remitimos a lo dicho al respecto en el Fundamento de Derecho anterior.

Reprocha el recurrente que no asigna puntuación alguna a pruebas que sí están expresamente solicitadas en el pliego técnico. Al margen de que las pruebas que señala el recurrente estén o no en el pliego, lo que no puede éste es suplantar la voluntad de quien informa imponiéndole sobre qué aspectos debe versar su valoración.

5.- Propuesta de proyecto global.

Según la carátula del PCAP se otorgan:

- 7 puntos a la propuesta de proyecto global.

El informe técnico en el apartado 2.- “Método de valoración” desarrolla el criterio diciendo que se valorará:

- Descripción del proyecto, actividades, tiempos de actividades, documentación fechas, etc.: 1 punto
- Diseño y escalabilidad de la red de interconexión entre nodos: 2 puntos
- Diseño y escalabilidad de la red con sedes remotas: 2 puntos
- Reutilización del equipamiento WDM de Telnet propiedad de la UPV/EHU: 0,1 puntos
- Mejoras importantes no valoradas que faciliten la gestión de la red de datos de la UPV/EHU: 1,9 puntos

El recurrente muestra su disconformidad con la distribución de puntos entre los subcriterios. Además, considera que la UPV/EHU establece una fórmula



cuantitativa para valorar un aspecto cualitativo como es facilitar la gestión de red de datos.

Al igual que en el apartado anterior, frente al intento del poder adjudicador de objetivar el criterio, el recurrente responde con criterios propios que pretenden sustituir, en su beneficio, a los valorados en el informe de la UPV/EHU.

DECIMOSEGUNDO: Denuncia Euskaltel errores objetivos en la valoración de su propuesta.

1.- Propuesta de actualización de la plataforma de gestión de red y Wifi.

La puntuación debería ser de 1,67 puntos en lugar de 1,63 puntos que en el informe técnico se otorga a la propuesta Euskaltel-Fortinet.

En el informe de la comisión técnica de la UPV/EHU, emitido con motivo de la interposición del recurso, se acepta la corrección.

2.- Mejora Wifi alta densidad. Apartado escalabilidad.

Afirma que a su propuesta se le asignan 1,67 puntos cuando le corresponden 2 puntos. Por el contrario, a Telefónica se le asignan 2 puntos cuando le corresponden 1,75 puntos.

La diferencia está en que el recurrente reclama la valoración de 1000 Access Points (AP) más, pues su oferta contempla licencias para 2000 AP.

En el informe de la comisión técnica se rebate el argumento afirmando que las 1000 licencias que reclama Euskaltel, son propiedad de la UPV/EHU, tiene carácter permanente y no es necesario renovarlas anualmente. Además, estas licencias darían servicio al resto de zonas que no son de alta densidad, por lo que no podrían ser valoradas en este apartado incluso si formaran parte de la oferta.

Por tanto, la reclamación no está justificada.

3.- Renovación de cortafuegos.

3.1.- Apartado características del cortafuegos CORE.

Afirma que a su propuesta (Opción Fortinet) se le asignan 3,06 puntos cuando le corresponden 4 puntos. Por el contrario, a Telefónica se le asignan 3,88 puntos cuando le corresponden 2,08 puntos.

A su juicio, el error se produce porque la UPV/EHU utiliza para la aplicación de las fórmulas a la propuesta de Telefónica unos valores que no son los valores para entornos reales publicados por el fabricante de la opción tecnológica contemplada por este licitador. Sostiene que el poder adjudicador ha utilizado como valores:



- Throughput FW: 77 Gbps en lugar de los 23,6 Gbps que publica el fabricante.
- Throughput IPS: 23,6 Gbps en lugar de los 5,7 Gbps que publica el fabricante.

Continúa diciendo que los datos a que ha tenido acceso la UPV/EHU a través de las páginas web del fabricante reflejan claramente tanto el valor de laboratorio (Raw: 77 Gbps) como el valor de la vida real (Production 23,6 Gbps). Este último que es el efectivamente válido para el servicio demandado por UPV ha sido descartado por su parte para valorar la oferta de Telefónica, tomando el valor de laboratorio cuando en su uso real y diario nunca logrará los valores de laboratorio señalados.

Sostiene que, en cambio, los valores aportados por Euskaltel en su Opción Fortinet son correctos porque son los valores públicos de las especificaciones ofrecidas por el fabricante Fortinet, de ahí la diferencia de puntos que reclama.

Telefónica, por su parte, considera errónea la interpretación de Euskaltel. Expone que ambos licitadores en sus propuestas hacen referencia específica a la documentación de los fabricantes correspondientes a entornos específicos de máximo rendimiento (tráfico UPD con tamaño 1512 bytes) siendo el único valor presentado por ambos licitadores que es medible y comparable directamente entre sí, tal y como ha realizado la UPV/EHU. Denuncia que el recurrente compara en una solución técnica (la suya) los datos de rendimiento en condiciones óptimas y en la otra (la de Telefónica) los datos teóricos en un escenario de funcionamiento conservador. En definitiva, afirma que la puntuación otorgada por el poder adjudicador es correcta.

La UPV/EHU indica que:

.- Los únicos datos de los que ha dispuesto la comisión técnica son los que aparecen en las ofertas y sitios web de los fabricantes, no habiéndose encontrado un estudio de un tercero que permita obtener datos independientes.

.- Los únicos datos presentes en todas las ofertas y sitios web de los fabricantes son los obtenidos según la RFC 3511, por lo que la comisión técnica, de cara a hacer una evaluación objetiva y uniforme de todas las ofertas, ha utilizado en todos los casos dichos datos, tanto en el caso de los cortafuegos Core como en los Campus.

El análisis de este motivo de impugnación debe partir de la base de que, a pesar de que los Pliegos configuran este criterio de adjudicación como sujeto a juicio de valor, el poder adjudicador ha decidido objetivarlo en gran parte mediante la aplicación de una fórmula matemática, opción en principio perfectamente legítima. No obstante, esta opción no desvirtúa el tratamiento jurídico que debe darse al criterio ni, en especial, impide que algunos elementos de la valoración estén sometidos a determinación discrecional por la Administración. Ése es precisamente el caso de la elección de los valores que deben introducirse en la fórmula elegida, cuestión en la que, como demuestran las alegaciones de las partes, cabían varias posibilidades (valores reales,



valores en condiciones óptimas, etc.). Como cualquier elección sujeta a la discrecionalidad del poder adjudicador, se trata de una cuestión en la que este Órgano no puede ejercer otro control que la verificación de que dicha elección y su puesta en práctica respetan el fondo reglado de la potestad, los principios generales del derecho y, muy especialmente por lo que se refiere a este tema concreto, la igualdad de trato de todos los licitadores, sin que quepa arbitrariedad alguna. El recurrente ni alega ni demuestra que la actuación administrativa haya infringido dichos límites, sino que únicamente reprocha la inadecuación de los valores seleccionados por la UPV y, sobre todo, manifiesta que dicha selección le perjudica. Sin embargo, es claro que la selección está comprendida dentro del legítimo ejercicio de la discrecionalidad técnica y que el perjuicio invocado no procede de ninguna actuación arbitraria, sino de la correcta aplicación del criterio de adjudicación, por lo que el motivo de impugnación debe ser desestimado.

3.2.- Apartado características del cortafuegos de campus.

Afirma que a Telefónica se le asignan 3,88 puntos cuando le corresponden 2,08 puntos.

El supuesto y los argumentos esgrimidos por las partes son similares a los del apartado de características del cortafuegos Core, por lo que sirve lo dicho al respecto sobre el uso de la discrecionalidad por la UPV/EHU.

4.- Apartado otros aspectos.

Según el informe técnico la oferta de Euskaltel (Opción Fortinet) no incluye la funcionalidad VPN. El recurrente pone de manifiesto que su oferta sí incluye la funcionalidad VPN y que la puntuación correcta para la propuesta de la opción Fortinet es de 1,6 puntos, siendo errónea la puntuación de 1,4 puntos.

La UPV/EHU estima que la alegación de Euskaltel es correcta, por incluir la funcionalidad VPN en su oferta, por lo que le corresponderían 0,2 puntos adicionales y elevaría su puntuación a 1,6 puntos.

5.- Servicio SIEM.

Constata arbitrariedad en la asignación de 0,7 puntos a Telefónica por el sistema usado (Alient Vault USM), cuando lo que se solicita en el pliego técnico es un SIEM en modo de servicio y no en modo herramienta. A su juicio, así lo establece la UPV/EHU al demandar un Acuerdo de Nivel de Servicio (ANS), y también cuando se indica que es el licitador quien debe tener en cuenta los elementos para la prestación del servicio, siendo éste precisamente uno de los objetivos para solicitar un servicio frente a una herramienta: la UPV/EHU puede abstraerse totalmente de la misma.

La UPV/EHU rebate este parecer diciendo que todas las propuestas de servicio se basan en productos del mismo fabricante, que en el caso de Telefónica propone utilizar una versión profesional con soporte por parte del fabricante, mientras que Euskaltel basa sus dos ofertas en la versión Open Source que el



propio fabricante recomienda para entornos de pruebas e investigación y a la que no proporciona ningún soporte, lo cual puede tener incidencia directa en el servicio ofertado y se debe tener en cuenta como elemento diferenciador a la hora de prestar el servicio.

También reprocha que la UPV/EHU no ha valorado la disponibilidad del servicio (mínima 99,99%) cuando expresamente se solicitaba en el pliego técnico y se demandaba en el pliego técnico mediante un ANS.

La UPV/EHU responde afirmando que la disponibilidad mínima es un requisito cuyo incumplimiento puede suponer la eliminación de la oferta, pero que su presencia no supone automáticamente la suma de puntos adicionales.

Desde este Órgano resolutorio no se observa la arbitrariedad que reclama Euskaltel, sino que las valoraciones efectuadas entran dentro de las facultades discrecionales de la comisión técnica.

6.- Piloto ISE

Según Euskaltel se asignan a su propuesta 0,75 puntos cuando le corresponden 1,5 puntos. A este respecto, nos remitimos a lo señalado al respecto en el Fundamento de Derecho Undécimo de la presente resolución.

DECIMOTERCERO: Reclama nulidad de pleno derecho por introducir un nuevo subcriterio en el criterio de valoración del “Proyecto de implantación MST, que tiene en cuenta “la experiencia en proyectos similares”, otorgando a este concepto 0,5 puntos, y se remite a lo manifestado al respecto al tratar de la modificación de los criterios de adjudicación.

La UPV/EHU defiende su actuación diciendo que la tecnología MST es compleja y que existen muy pocas experiencias en su implantación, que una implantación incorrecta puede llevar a un mal funcionamiento de toda la red, que la experiencia en despliegues similares de MST es un criterio objetivo directamente vinculado con la prestación contractual y que ambas empresas han recibido la máxima puntuación en este apartado.

Telefónica considera que Euskaltel carece de la legitimación necesaria para pedir la anulación de un aspecto en el que ha sido favorecido y que no tiene relevancia en la puntuación final al haber obtenido todos los licitadores la puntuación máxima posible.

Como se ha expresado anteriormente, la valoración de la experiencia en el informe técnico daría lugar a la anulación en de la puntuación este aspecto, sin que tal proceder conlleve la nulidad del criterio correcto en su descripción en la carátula del PCAP.

Sin embargo, debe reseñarse que en lo referente al proyecto de implantación MST en la tabla de evaluación detallada del informe técnico se observan los mismos comentarios para ambas propuestas:



«En la propuesta se describe detalladamente las fases de migración a MST.
El licitador demuestra experiencia en este tipo de migraciones.»

Una lectura conjunta de los comentarios reproducidos nos lleva a la conclusión de que no se valora la experiencia como la realización de trabajos similares en la forma en que se describen en el artículo 78 del TRLCSP cuando se fijan los medios para acreditación de solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios. Por el contrario, lo que el informe técnico toma en cuenta es el conocimiento que ambas propuestas demuestran en el proyecto de implantación MST que se acredita con una descripción detallada de sus fases. El término experiencia equivale en este caso a conocimiento que se expresa mediante el proyecto de implantación, que es lo realmente valorado.

DECIMOCUARTO: La UPV/EHU en el informe técnico emitido con motivo de la interposición del recurso, reconoce errores en:

.- Propuesta de actualización de la plataforma de gestión de red Wifi (1,67 puntos en lugar de 1,63 puntos).

.- Funcionalidad VPN (1,6 puntos en lugar de 1,4 puntos).

Por otro lado, en la valoración del subcriterio “otros aspectos” incluido en el criterio de “Renovación de Cortafuegos”, sobre una puntuación máxima de 2 puntos, la suma total de la puntuación parcial máxima de los elementos a valorar es de 2,2 puntos. Este error en la distribución de los puntos del subcriterio entre los elementos a valorar conlleva que se rehaga la distribución de la puntuación entre dichos elementos dentro del límite máximo de 2 puntos.

Los errores observados darían lugar a la anulación de la Resolución de 14 de febrero de 2014 y a la retroacción de las actuaciones hasta la emisión de un nuevo informe de la comisión técnica que corrija las puntuaciones. Sin embargo, la diferencia en la puntuación de la propuesta de Telefónica, que obtiene un total de 42,16 puntos, y que la propuesta de Euskaltel en su opción más valorada (Fortinet), que obtiene 38,08 puntos, hace que la declaración de nulidad y la retroacción de las actuaciones carezcan de un fin práctico pues el resultado posterior sería siendo que la proposición de Telefónica es la adjudicataria del contrato.

DECIMOQUINTO: No se accede a la petición de Telefónica de solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y a la Junta Asesora de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de País Vasco, porque las cuestiones planteadas sobre legitimación se han resuelto mediante meros razonamientos jurídicos.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del -TRLCSPP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Euskaltel, S.A. contra la Resolución de 14 de febrero de 2014 de adjudicación del contrato de “Servicios de la red de comunicaciones de la Universidad del País Vasco; servicio, mantenimiento, soporte y mejora RED2014”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del expediente prevista en el artículo 45 del TRLCSPP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSPP.

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

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSPP.

Vitoria-Gasteiz, 2014ko apirilaren 30a
Vitoria-Gasteiz, 30 de abril de 2014