Recurso 92/2019
Resolución 253/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

Sevilla, 2 de agosto de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS DE DESARROLLO ORIENTADOS A SOLUCIONES S.L.,** contra la resolución de fecha 13 de febrero de 2019 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Deportes por la que se adjudica el contratos de servicios *"Definición e implantación de la estrategia de movilidad de la Consejería de Educación"* (Expte. 2018/36137), promovido por la citada Consejería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 9 de agosto de 2018, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 4.094.181,82 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 7 de marzo de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de interposición de recurso especial presentado por la entidad SERVICIOS DE DESARROLLO ORIENTADOS A SOLUCIONES S.L**.** (en adelante, SDOS) contra la resolución de adjudicación citada en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. Mediante comunicación de fecha 8 de marzo de 2019, la Secretaría de este Tribunal le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en este Tribunal el 15 de marzo de 2019.

QUINTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 28 de marzo de 2019, se dio traslado del recurso a las entidades licitadoras que habían participado en la licitación, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que consideraran oportunas, habiéndolas presentado

en plazo EVERIS SPAIN S.L.U. (en adelante EVERIS).

SEXTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general todos los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, siendo convocado por una Administración Pública y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que los actos recurridos son susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que «*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.»

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que «*Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*
Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.»

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y notificada a la entidad ahora recurrente el 14 de febrero de 2019, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso en el Registro de este Tribunal el 7 de marzo de 2019, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. La recurrente en su escrito cuestiona la aplicación que la mesa de contratación y el órgano de contratación han hecho del criterio de adjudicación n.º 3, "*Especialización del equipo de trabajo*", valorado mediante la aplicación de fórmulas, considerando que la adjudicataria no debería haber recibido 7,5 puntos, sino solo 1,5.

El órgano de contratación en su informe defiende la correcta aplicación del criterio. En igual sentido EVERIS se opone al recurso en su escrito de alegaciones que, al constar en las actuaciones, damos por reproducido.

Expuesta de forma resumida las posturas de las partes procede a continuación entrar a analizar los distintos motivos del recurso.

La recurrente, tras exponer el criterio sujeto a valoración mediante fórmulas cuya aplicación combate, considera que EVERIS habría presentado una serie de certificados que no cumplían el pliego de cláusulas administrativas particulares, y que en consecuencia, no deberían haber sido objeto de valoración.

Denuncia que la adjudicataria ha obtenido una puntuación de 7.5 puntos sobre un total de 15, cuando realmente solo debería haber obtenido 1.5 puntos.

Al objeto de analizar los distintos motivos en los que se basa el recurso procede antes que nada reproducir el criterio de adjudicación cuya aplicación es el origen de la controversia. Señala el pliego:

	Especialización del equipo de trabajo: *Por la participación en proyectos de desarrollo de aplicaciones NATIVAS móviles que estén publicadas en App Store o Play Store y tengan un número de descargar superior a 100.000, o bien sean aplicaciones NATIVAS móviles empresariales no publicadas en App Store o Play Store pero sean utilizadas de forma regular por más de 10.000 usuarios.* *Por cada app NATIVA desarrolladas en AMBAS tecnologías en los cinco últimos años en los dos entornos Android e IOS. 1,5 Puntos. (hasta un máximo de 15 puntos).*	

3	*No se considerarán aplicaciones desarrolladas exclusivamente en una sola tecnología.* *Cada una de las referencias valoradas se acreditará mediante la presentación de un certificado, firmado por el responsable de informática de la Administración Pública o Empresa Privada responsable de la referencia, en el que se recoja la afirmación de que el desarrollo de la aplicación NATIVA fue contratado a la empresa licitadora, así como las volumetrías anteriormente indicadas con cualquier tipo de evidencia documental (por ejemplo, capturas de sistemas de seguimiento de las plataformas de distribución online u otros mecanismos de seguimiento del uso de las aplicaciones que demuestren la volumetría exigida).* *Dicho criterio redunda en la calidad de desarrollo del contrato, de forma que empresas que dispongan de mayor experiencia en desarrollo de aplicaciones móviles nativas en las dos tecnologías tendrán una mejor calidad en la producción de apps objeto de este contrato."*	15%

Asimismo, al centrarse la controversia en la aplicación del criterio fijado en el pliego procede igualmente recordar que, como venimos señalando reiteradamente (por todas, Resolución 71/2019, de 14 de marzo), el pliego es "lex inter partes" y vincula no solo a los licitadores sino también al órgano de contratación redactor de sus cláusulas, quien tras la aprobación y publicación de aquel se autolimita en su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato. El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que *"(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación*

habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)"

La recurrente entiende que el requisito establecido en el primer párrafo de las descargas hay que unirlo con lo dispuesto en el segundo párrafo, de manera que el número de descargas debe haberse hecho en los últimos cinco años. Por su parte, el órgano de contratación defiende que los requisitos establecidos en los párrafos primero y segundo son disjuntos.

Para dar respuesta a este motivo del recurso debemos partir de cual es la finalidad que persigue el pliego al establecer este criterio de adjudicación, que servirá para interpretarlo. Partiendo de que el criterio se enuncia con la denominación de *"Especialización del equipo de trabajo",* la finalidad se encuentra en el último apartado: "*Dicho criterio redunda en la calidad de desarrollo del contrato, de forma que empresas que dispongan de mayor experiencia en desarrollo de aplicaciones móviles nativas en las dos tecnologías tendrán una mejor calidad en la producción de apps objeto de este contrato".* Es decir, lo que el PCAP pretende es valorar la mayor experiencia de las empresas, lo que ha de redundar en una mejor calidad de las apps que se creen en ejecución del contrato.

Partiendo de estas circunstancias, podemos hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que en la literalidad del pliego aparecen contemplados en dos párrafos distintos la necesidad de un determinado volumen de descargas (párrafo primero) y el criterio para la atribución de puntos, que es donde se introduce el requisito relativo a los cinco últimos años (párrafo segundo). De esta manera, ambos requisitos no aparecen unidos en la descripción del criterio.

En segundo lugar, que el requisito de los cinco años no aparece en el Anexo IX, relativo al "*Sobre 3.-Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas*", cuando se hace referencia al número de descargas, en el que se establece:

"2. Experiencia en Tecnología de desarrollo: relación de aplicaciones NATIVAS desarrolladas en ambas tecnologías IOS y ANDROID con el número de descargas superior a 100.000 (sumando las descargas de las dos stores)".

En tercer lugar, que teniendo el criterio por objeto valorar la mayor experiencia en tecnología de desarrollo, mayor experiencia tendrá una aplicación nativa creada con anterioridad a los cinco años pero que se mantiene su desarrollo en la actualidad, que aquella otra creada, por ejemplo, en el último año, siempre partiendo de que ambas cumplan el requisito del número de descargas.

Y en cuarto lugar, que esta interpretación es las más favorable al principio de libre concurrencia, al permitir una mayor participación de licitadores que cumplan el requisito de las descargas.

Téngase en cuenta que el requisito del pliego no es que se hayan creado las aplicaciones nativas en los cinco años anteriores, sino haber participado en proyectos de desarrollo de aplicaciones, participación que puede haberse prolongado hasta dentro de los cinco años que exige el PCAP.

En este sentido, EVERIS en sus alegaciones desglosa la duración del citado desarrollo en función de los certificados aportados, de manera que todos cumplen el requisito de que se han desarrollado en los últimos cinco años. Así señala que el certificado de la app Sistema UNOi se refiere como fecha desde 2013 hasta la actualidad; en el de la App Mi Movistar, de 2016 a 2018; el de la App Waylet (Repsol), 2016-2018; el de la App Banco Sabadell, 2014-Actualidad; y el de la App Endesa Clientes, 2013- Actualidad.

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso.

SEXTO. A continuación analizaremos la impugnación de los distintos certificados a que se hace referencia en el recurso, en el que, aparte de los años a los que se refieren las descargas, cuestión que ya hemos abordado, se cuestionan otros aspectos.

Respeto del certificado relativo al proyecto UNOi (SANTILLANA), afirma la recurrente que EVERIS ha incluido en esta referencia dos aplicaciones diferentes (UNOi y UNOi Educaçao), de manera que no se pueden sumar dos aplicaciones distintas para obtener la puntuación. El órgano de contratación en su informe señala que en el momento de valorarse las ofertas se cotejó que en las tiendas oficiales de las aplicaciones (Google Play y App Store) se trata de una misma aplicación. EVERIS indica que tal como se señala en el certificado firmado por el responsable del cliente, es una única aplicación móvil (APP) desarrollada para iOs y Android, con dos nombres comerciales distintos asociados a la zona geográfica de publicación (UNOi en América Latina, UNOi Educaçao en Brasil). En consecuencia procede desestimar este motivo.

En segundo lugar, cuestiona que las apps nativas hayan sido desarrolladas en los cinco años, así como el número de descargas relativo a los cinco últimos años, cuestiones que ya hemos abordado.

Respecto del certificado del proyecto Telefónica en el recurso se alega la falta de aportación de la evidencia documental de las volumetrías, no siendo suficiente, a estos efectos, la referencia incluida en el certificado de que las evidencias se encuentran en los sistemas de medición de Telefónica. El órgano de contratación en su informe señala que el PCAP preveía la aportación de "cualquier tipo de evidencia documental", añadiendo una serie de propuestas que no pueden entenderse como una relación cerrada de formas admisibles de acreditar este requisito. Añade que la oferta presentada por EVERIS contiene un certificado firmado por el responsable de informática, como prueba documental, indicando que se cumplen los criterios que se especifican en el PCAP: que han sido desarrolladas en las dos tecnologías, que se han desarrollado en los últimos cinco años y que han tenido mas de 100.000 descargas. En la valoración se considera dicho certificado como la propia prueba documental, al certificar el responsable el número de descargas.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación es preciso reproducir de nuevo el apartado del pliego que regula esta cuestión:

"Cada una de las referencias valoradas se acreditará mediante la presentación de un certificado, firmado por el responsable de informática de la Administración Pública o Empresa Privada responsable de la referencia, en el que se recoja la afirmación de que el desarrollo de la aplicación NATIVA fue contratado a la empresa licitadora, así como las volumetrías anteriormente indicadas con cualquier tipo de evidencia documental (por ejemplo, capturas de sistemas de seguimiento de las plataformas de distribución online u otros mecanismos de seguimiento del uso de las aplicaciones que demuestren la volumetría exigida)."

Es decir, el certificado debe recoger las volumetrías con cualquier tipo de evidencia documental. Así, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra "evidencia" en su segunda acepción significa

"prueba determinante en un proceso". Al exigirse que la misma sea documental requiere que se recoja en un documento. Y la evidencia documental tiene como fin, como señala el final del párrafo, acreditar la volumetría exigida, es decir, el número mínimo de descargas. Tiene razón el órgano de contratación cuando señala que en relación con la evidencia documental el pliego pone dos ejemplos, es decir, no cierra el tipo de evidencia documental que sería admisible, pero una cosa es esa flexibilidad y otra que baste el certificado para acreditar dicho requisito, ya que en ese caso, la exigencia de la evidencia documental adicional quedaría vacía de contenido.

Es definitiva, el pliego, en el aspecto que ahora interesa, establece de forma meridiana que el certificado debe recoger las volumetrías indicadas con cualquier tipo de evidencia documental, señalando dos ejemplos. En consecuencia no basta con que el certificado señale la volumetría de las descargas, como indica el órgano de contratación, sino que es preciso que vaya acompañado de algún tipo de evidencia documental que demuestre la volumetría.

Pues bien, el certificado del proyecto Telefónica, en el apartado relativo a las evidencias de la volumetría señala que *"Las evidencias existen en los sistemas de Medición de telefónica"*. Esta referencia no cumple lo previsto en el pliego ya que en primer lugar, el propio órgano de contratación así lo entiende, al sostener que basta con el certificado como la propia prueba documental, no otorgando, en consecuencia, ningún valor a esa remisión a los sistemas de medición de telefónica, y en segundo lugar porque el pliego exige algún tipo de prueba documental adicional al certificado sin que el propio certificado ni la remisión a los sistemas de medición de la empresa sean equiparables a las capturas de sistemas de seguimiento de las plataformas de distribución online u otros mecanismos de seguimiento del uso de las aplicaciones que demuestren la volumetría exigida.

En consecuencia procede estimar este motivo del recurso, anulando la valoración del certificado en cuestión.

En cuanto a los certificados de los proyectos Repsol y Banco Sabadell, cuestiona el recurso de nuevo la existencia de una evidencia documental, ya que no considera como tales un link a la URL donde, supuestamente, puede comprobarse la volumetría. El órgano de contratación en su recurso considera que la remisión a los enlaces a internet indicados, que conducen a las tiendas de aplicaciones, Google Play y App Store, son un mecanismo válido de seguimiento de las aplicaciones que demuestra la volumetría exigida de descargas.

Respecto de este motivo del recurso cabe señalar que en el certificado de Repsol se señala, como en el de Telefónica, que las evidencias existen en los sistemas de Medición de Repsol, remisión que como hemos señalado no cumple las exigencias del pliego. En el certificado de Banco Sabadell además no se recoge el número de descargas. Por último, y en cuanto a la remisión a los enlaces, si bien, dada la flexibilidad del pliego sobre la evidencia documental podría plantearse su admisibilidad, lo cierto es que no forman parte del certificado, al encontrarse adicionadas tras la firma del mismo. En consecuencia procede estimar el recurso por este motivo.

En definitiva, visto lo manifestado anteriormente, la corrección de la infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de adjudicación impugnado, conforme a lo establecido, con retroacción de las actuaciones al momento del dictado del informe técnico, de 18 de diciembre de 2018, de valoración de las proposiciones mediante criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas.

Por último, a la vista de la estimación del recurso no procede pronunciarse sobre el alegato de indefensión esgrimido por la recurrente ni sobre la imposición de multa solicitada por la entidad interesada.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS DE DESARROLLO ORIENTADOS A SOLUCIONES S.L.,** contra la Resolución de fecha 13 de febrero de 2019 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Deportes por la que se adjudica el contratos de servicios *"Definición e implantación de la estrategia de movilidad de la Consejería de Educación"* (Expte. 2018/36137), promovido por la citada Consejería, en los términos previstos en el fundamento de derecho sexto.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

