

Barcelona, 14 de març de 2019

Resolució: 68/2019 (recurs N-2018-259)

Vista la reclamació presentada per la senyora N.P.B., en nom i representació de l'empresa INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, SA, i el senyor C.d S.d A. en nom i representació de l'empresa GALTIER FRANCO IBÉRICA, SA contra l'adjudicació del contracte d'un servei d'inventari patrimonial de les inversions titularitat de les empreses del grup TMB, licitat per FERROCARRIL METROPOLITÀ DE BARCELONA, SA i TRANSPORTS DE BARCELONA, SA (expedient 15009111), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. L'anunci de la licitació referenciat es va publicar el 8 de juny de 2018 en el perfil de contractant allotjat en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual es van posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives (PCAP) i plec de prescripcions tècniques (PPT), entre altres documents contractuals.

El valor estimat del contracte (VEC) és de 600.000 euros. A la licitació es van presentar les empreses:

- CORE SOLUTIONS, SL (en endavant, CORE).
- INTERVALOR CONSULTING GROUP, SA (en endavant, INTERVALOR).
- INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, SA-GALTIER FRANCO IBÉRICA, SA, presentades en unió temporal d'empreses (en endavant, UTE).

SEGON. Consten en l'expedient l'acta de la mesa de contractació d'admissió provisional de les ofertes de data 9 de juliol de 2018 (document núm. 28), l'acta de la mesa de contractació de qualificació de la documentació acreditativa del compliment dels requisits previs efectuada en data 13 de juliol de 2018 (document núm. 16), l'acta d'obertura del sobre 2 efectuada en

data 16 de juliol de 2018 (document núm. 17 i l'acta pública de l'obertura del sobre 3 en data 23 de juliol de 2018 (document núm. 19), en la qual es va donar lectura de les puntuacions obtingudes per les empreses licitadores del sobre 2:

A les taules següents es detallen les puntuacions desagregades per àmbits.

	CORE SOLUTIONS	Puntuació Teòrica	Observacions TMB
MODEL ORGANITZATIU	6	7	S'adecua bastant a les necessitats del projecte
ENFOCAMENT DEL PROJECTE	7	11	Falta aplicació de visió comptable patrimonial
ENFOCAMENT DEL PROCEDIMENT	3	8	No es planteja un procediment automatitzat, ni un enfocament de com assolir les millores No es garanteix el rigor al 100%, ni s'enfoca l'aïllament dels inventaris cedits per les AAPP (no titularitat de TMB)
INVENTARI FÍSIC	2	9	
CONCILIACIÓ COMPTABLE I FITXERS PER A S4	10	14	El plantejament de fitxers es bo, però no es garanteix la conciliació comptable al 100%
TOTAL PUNTUACIÓ PER JUDICI DE VALOR	28	49	

	UTE GALTIER+IECISA	Puntuació Teòrica	Observacions TMB
MODEL ORGANITZATIU	7	7	S'adecua bastant a les necessitats del projecte
ENFOCAMENT DEL PROJECTE	11	11	Es considera un bon enfocament de projecte
ENFOCAMENT DEL PROCEDIMENT	8	8	Si planteja un procediment automatitzat des de l'inici i propostes de millora, i s'adecua de forma molt precisa als requeriments
INVENTARI FÍSIC	8	9	S'adecua bastant als requeriments i bondat al 100%
CONCILIACIÓ COMPTABLE I FITXERS PER A S4	13	14	El plantejament de fitxers es bo, i s'adecua de forma molt precisa
TOTAL PUNTUACIÓ PER JUDICI DE VALOR	47	49	

	INTERVALOR	Puntuació Teòrica	Observacions TMB
MODEL ORGANITZATIU	7	7	S'adecua bastant a les necessitats del projecte
ENFOCAMENT DEL PROJECTE	9	11	Es considera un bon enfocament de projecte, però parteix de PM com a premisa base, en lloc de prioritzar la comptabilitat patrimonial
ENFOCAMENT DEL PROCEDIMENT	6	8	Planteja propostes de millora en el procediment, però no l'automatitza des del seu arrancament
INVENTARI FÍSIC	7	9	S'adecua bastant als requeriments, i bondat es bona però no al 100%
CONCILIACIÓ COMPTABLE I FITXERS PER A S4	12	14	El plantejament de fitxers es bo, i s'adecua bastant als requeriments
TOTAL PUNTUACIÓ PER JUDICI DE VALOR	41	49	

Resum valoracions totals

- Core Solutions	28 punts,
- UTE Galtier Franco Iberica I Informàtica El Corte Ingles	47 punts
- Intervalor Consulting Group	41 punts

Consta en l'expedient (document núm. 20) la valoració de l'experiència per fórmules (puntuació màxima teòrica, 6 punts) de data 23 de juliol de 2018:

VALORACIÓ EXPERIÈNCIA PER FÓRMULES (SOBRE 3)				CORE SOLUTIONS	UTE GALTIER + IECISA	INTERVALOR
CRITERIS I SUBCRITERIS	Puntuació màxima Criteri		Puntuació màxima subcriteri	Puntuació assolida subcriteri	Puntuació assolida subcriteri	Puntuació assolida subcriteri
Experiència en treballs d' inventari físic i conciliació d'actius patrimonials	4,0	Plantilla de 5.000 treballadors o més	3,0	0,0	0,0	3,0
		Plantilla menys de 5.000 treballadors	1,0	1,0	1,0	1,0
	2,0	Plantilla de 5.000 treballadors o més	1,5	1,5	0,0	0,0
		Plantilla menys de 5.000 treballadors	0,5	0,5	0,5	0,5
	6,0		6,0	3,0	1,5	4,5

- CORE	3 punts
- INTERVALOR	4,5 punts
- UTE	1,5 punts

esdevenint la puntuació de la valoració de l'oferta econòmica inicial (document núm. 22):

Licitador	Import (IVA exclòs)	Puntuació
Core Solutions, SL	355.000	43,48
UTE Galtier franco iberica,SA + Informatica el Corte Inglés,SA	385.000	40,09
Intervalor Consulting Group, SA	343.000	45,00

En data 24 de juliol de 2018 la mesa de contractació de TRANSPORTS METROPOLITANS DE BARCELONA (TMB) va proposar adjudicar el contracte referenciat a favor de l'empresa INTERVALOR (document núm. 23 de l'expedient):

Empresa	Import oferta	Judici Valor	Fórmula	V. Total
Intervalor	343.000,00 €	41,00	49,50	90,50
Galtier - IECISA, UTE	385.000,00 €	47,00	41,59	88,59
Core Solutions	355.000,00 €	28,00	46,48	74,48

(.../...)

La Mesa de Contractació proposa les següents resolucions:

ADJUDICAR aquest procés de licitació a l'oferta de l'empresa Intervalor Consulting Group, SA, per un import de 343.000,00 € + IVA

DELEGAR en el Servei d'Aprovisionaments, Logística i Contractació la preparació del contracte i validació de la documentació, i posteriorment **ADJUDICAR** definitivament la present resolució.

NOTIFICAR la present resolució a l'adjudicatari i a la resta de licitadors, i **PUBLICAR-LA** al Perfil del Contractant.

REQUERIR a l'adjudicatari per tal de formalitzar el contracte en els termes previstos als Plecs de Condicions de la licitació.

I, en la mateixa data, el comitè de contractació va adjudicar el contracte referenciat a favor de l'empresa INTERVALOR (document núm. 24 de l'expedient).

TERCER. En data 30 de juliol de 2018 (document núm. 26) la mesa de contractació es va constituir en acta extraordinària, i va fer públic que s'havia detectat un error: *“en la lectura pública realitzada el dia 23 de juliol de 2018 amb motiu de l'obertura en acte públic del sobre número 3, pel que fa al resultat de la valoració mitjançant judici de valor. Inicialment es va*

calcular sobre la base de 49 punts màxims, i donat que la dada màxima de puntuació recollida i aprovada als Plecs –i publicada a la Plataforma de Contractació de la Generalitat- és de base de 45 punts, es procedeix al re càlcul de la puntuació comunicada inicialment, tot aplicant el criteris de proporcionalitat sobre els 45 punts”.

A aquest acte extraordinari van assistir representants de l'empresa INTERVALOR i de l'UTE licitadora.

QUART. En data 2 d'agost de 2018 (document núm. 31 de l'expedient) la mesa de contractació va proposar nova proposta d'adjudicació seguint la classificació següent:

Empresa	Import oferta	Judici Valor	Fórmula	V. Total
Intervalor	343.000,00 €	37,66	53,50	91,16
Galtier - IECISA, UTE	385.000,00 €	43,17	43,65	86,82
Core Solutions	355.000,00 €	25,72	50,34	76,06

(.../...)

La Mesa de Contractació proposa les següents resolucions:

ADJUDICAR aquest procés de licitació a l'oferta de l'empresa Intervalor Consulting Group, SA, per un import de 343.000,00 € + IVA

DELEGAR en el Servei d'Aprovisionaments, Logística i Contractació la preparació del contracte i validació de la documentació, i posteriorment **ADJUDICAR** definitivament la present resolució.

NOTIFICAR la present resolució a l'adjudicatari i a la resta de licitadors, i **PUBLICAR-LA** al Perfil del Contractant.

REQUERIR a l'adjudicatari per tal de formalitzar el contracte en els termes previstos als Plecs de Condicions de la licitació.

Tenint en compte l'informe tècnic corregit (document núm. 34) amb les prestacions següents:

		<i>Puntuació sobre base 45</i>	
		CORE SOLUTIONS	Puntuació Teòrica
MODEL ORGANITZATIU	S'adecua bastant a les necessitats del projecte	5,51	6,43
ENFOCAMENT DEL PROJECTE	Falta aplicació de visió comptable patrimonial	6,43	10,10
ENFOCAMENT DEL PROCEDIMENT	No es planteja un procediment automatitzat, ni un enfocament de com assolir les millors	2,76	7,35
INVENTARI FÍSIC	No es garanteix el rigor al 100%, ni s'enfoca l'aïllament dels inventaris cedits per les AAPP (no titularitat de TMB)	1,84	8,26
CONCILIACIÓ COMPTABLE I FITXERS PER A S4	El plantejament de fitxers es bo, però no es garanteix la conciliació comptable al 100%	9,18	12,86
TOTAL PUNTUACIÓ PER JUDICI DE VALOR		25,72	45,00

		<i>Puntuació sobre base 45</i>	
		UTE GALTIER+ IECISA	Puntuació Teòrica
MODEL ORGANITZATIU	S'adecua a les necessitats del projecte	6,43	6,43
ENFOCAMENT DEL PROJECTE	Es considera un bon enfocament de projecte	10,10	10,10
ENFOCAMENT DEL PROCEDIMENT	Si planteja un procediment automatitzat des de l'inici i proposes de millora, i s'adecua de forma molt precisa als requeriments	7,35	7,35
INVENTARI FÍSIC	S'adecua bastant als requeriments i bondat al 100%	7,35	8,26
CONCILIACIÓ COMPTABLE I FITXERS PER A S4	El plantejament de fitxers es bo, i s'adecua de forma molt precisa	11,94	12,86
TOTAL PUNTUACIÓ PER JUDICI DE VALOR		43,17	45,00

		<i>Puntuació sobre base 45</i>	
		INTERVALOR	Puntuació Teòrica
MODEL ORGANITZATIU	S'adecua a les necessitats del projecte	6,43	6,43
ENFOCAMENT DEL PROJECTE	Es considera un bon enfocament de projecte, però parteix de PM com a premisa base, en lloc de prioritzar la comptabilitat patrimonial	8,27	10,10
ENFOCAMENT DEL PROCEDIMENT	Planteja propostes de millora en el procediment, però no l'automatitza des del seu arrancament	5,51	7,35
INVENTARI FÍSIC	S'adecua bastant als requeriments, i bondat es bona però no al 100%	6,43	8,26
CONCILIACIÓ COMPTABLE I FITXERS PER A S4	El plantejament de fitxers es bo, i s'adecua bastant als requeriments	11,02	12,86
TOTAL PUNTUACIÓ PER JUDICI DE VALOR		37,66	45,00

La valoració de l'experiència per fórmules del sobre 3 màxima teòrica corregida (document núm. 33):

VALORACIÓ EXPERIÈNCIA PER FÒRMULES (SOBRE 3)				CORE SOLUTIONS	UTE GALTIER + IECISA	INTERVALOR
CRITERIS I SUBCRITERIS		Puntuació màxima Criteri		Puntuació màxima subcriteri	Puntuació assolida subcriteri	Puntuació assolida subcriteri
Experiència en treballs d' Inventari físic i conciliació d'actius patrimonials	Projectes realitzats en Empreses o Grups d'Empreses Sector Transport de viatgers	4,0	Plantilla de 5.000 treballadors o més	3,0	0,0	3,0
			Plantilla menys de 5.000 treballadors	1,0	0,0	1,0
	Projectes realitzats en Empreses o Grups d'Empreses del sector Infraestructures	2,0	Plantilla de 5.000 treballadors o més	1,5	0,0	0,0
			Plantilla menys de 5.000 treballadors	0,5	0,0	0,5
		6,0		6,0	3,0	4,5

- CORE 3 punts
- INTERVALOR 4,5 punts
- UTE 0 punts

i la valoració de l'oferta econòmica (document núm. 32):

Licitador	Import (IVA exclòs)	Puntuació
Core Solutions, SL	355.000	47,34
UTE Galtier franco iberica,SA + Informatica el Corte Inglés,SA	385.000	43,65
Intervalor Consulting Group, SA	343.000	49,00

CINQUÈ. En data 7 d'agost de 2018, el comitè de contractació va ratificar l'adjudicació del contracte a favor de l'empresa INTERVALOR (document núm. 35).

Consta també en l'expedient la formalització del contracte referenciat de data 9 d'agost entre TMB i l'empresa INTERVALOR (document núm. 29), la publicació en el perfil de contractant de l'adjudicació del contracte en data 10 d'agost de 2018 (document núm. 30) i la publicació de la formalització el 22 d'agost de 2018 (document núm. 37), sense que consti cap notificació a les empreses licitadores a l'efecte.

SISÈ. En data 31 d'agost de 2018, les empreses INFORMÀTICA EL CORTE INGLÉS, SA i GALTIER FRANCO IBÉRICA, SA (en endavant, l'UTE reclamant), prèvia la presentació de

l'anunci davant l'entitat contractant, va presentar recurs especial en matèria de contractació davant del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, Tribunal) contra l'adjudicació del contracte. En síntesi, al·leguen:

- La nul·litat de la resolució d'adjudicació per la re-avaluació de l'oferta tècnica de les empreses licitadores (sobre 2) avaluable mitjançant judicis de valor, després de l'obertura de les ofertes econòmiques (sobre 3).
- Considera que resultaria guanyadora amb 90,65 punts.
- La vulneració del principi de transparència per la manca de publicació de l'informe tècnic i manca de la tramitació del procediment legalment establert.
- Que una vegada oberts els sobres econòmics, es va procedir a la convocatòria d'esmena de la valoració de l'oferta tècnica, pel fet que es va computar la valoració amb un límit de 49 punts, en lloc de 45 punts, comportant la puntuació de 43,17 punts a aquestes empreses i de 37,66 a l'empresa INTERVALOR. Aquest reajustament suposa un perjudici greu a aquestes empreses: la puntuació final va ser de 91,16 punts per a INTERVALOR i de 86,82 per a la UTE reclamant.
- La nul·litat de ple dret de la resolució perquè l'adjudicació es va publicar en la Plataforma de serveis de la Generalitat de Catalunya el 20 d'agost de 2018 però es va signar el dia 9 d'agost de 2018, és a dir, es formalitza abans de la notificació als interessats amb incompliment de l'article 83.3 de la Llei 31/2007.

Per tot això, l'UTE reclamant sol·licita que es declari nul·la la resolució impugnada i la seva revocació, així com la suspensió del procediment de contractació durant la tramitació del procediment de la reclamació.

SETÈ. Comunicat en data 3 de setembre de 2018 a Ferrocarrils Metropolitans de Barcelona, SA (FMB) la presentació de la reclamació i sol·licitada la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, en dates 8 i 12 de novembre de 2018, l'entitat contractant va trametre al Tribunal l'expedient administratiu, així com l'informe oposant-se al recurs tot sol·licitant la desestimació íntegra del recurs especial presentat per l'UTE fonamentat, en síntesi, en:

- L'existència d'un error aritmètic en la puntuació dels judicis de valor de 49 punts, quan en realitat eren 45 punts.
- L'entitat contractant va convocar una vista pública extraordinària, modificant proporcionalment la puntuació als 45 punts, com a conseqüència de la comunicació per part de la reclamant de l'existència d'aquesta errada.
- La reclamant només va incloure en el sobre 3 la seva oferta econòmica, per la qual cosa no va obtenir cap puntuació a la resta de factors automàtics previstos al sobre 3.
- L'UTE en cap moment va oposar-se als plecs, no va presentar aclariment i ha pogut presentar recurs especial en matèria de contractació.
- La improcedència de la suspensió del procediment.

VUITÈ. Obert el període d'al·legacions de cinc dies hàbils per aquest Tribunal a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per fer al·legacions si així ho consideraven oportú, l'empresa INTERVALOR ha presentat escrit d'al·legacions oposant-se a la reclamació sobre la base de l'existència d'una errada de càlcul per part de l'entitat adjudicatària.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. En primer lloc, cal examinar si aquest Tribunal és competent per tal de resoldre la reclamació de conformitat amb l'article 101 de la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia i els serveis postals (Llei 31/2007); la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013).

El contracte objecte de la reclamació presenta les següents particularitats: en primer lloc, segons l'apartat A del Quadre de Característiques (QC) les entitats adjudicatòries són FERROCARRIL METROPOLITÀ DE BARCELONA, SA (FMB) i TMB.

FMB és una entitat contractant del sectors dels serveis de ferrocarrils urbans expressament inclosa en la relació del punt 7 de la disposició addicional 2 de la Llei 31/2007. TMB, empresa que desenvolupa la seva activitat en el sector del transport de viatgers, també ha d'entendre's inclosa en aquesta relació no tancada de la Llei 31/2007 sempre que reuneixi la resta de requisits d'aplicació la Llei. D'acord amb la caràtula del PCAP, ambdues entitats s'identifiquen en conjunt, com TMB.

En segon lloc, es tracta d'un contracte de serveis d'inventari, amb un valor estimat de 600.00,00 euros i amb un CPV 72322000 "*Serveis d'informàtica i serveis connexos*".

Per a l'anàlisi del marc normatiu aplicable, cal tenir en compte la Directiva 2014/25/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a la contractació per entitats que operen en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals (en endavant Directiva 2014/25/UE), la qual encara es troba pendent de transposició a l'ordenament espanyol¹ i, per aquest motiu, resulta d'aplicació directa en aquells preceptes que compleixin amb els paràmetres determinats per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) -en síntesi, si es tracta de disposicions incondicionals i prou clares i precises-. Aquest efecte directe només pot ser de caràcter "vertical", atès que són els estats de la Unió Europea els que estan obligats a aplicar-la, i de caràcter "ascendent", de manera que intervé en les relacions entre els particulars i l'Estat, podent ser invocada pels particulars davant les autoritats d'un estat membre, però no per un estat contra un particular, ni per un particular enfront d'un altre particular –l'anomenat efecte directe horitzontal, predicable, en canvi, d'altres actes jurídics de la Unió Europea (en aquest sentit, l'Informe 1/2016, de 6 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya).

Així mateix, cal recordar que, en virtut del principi de primacia del dret comunitari sobre els drets nacionals dels estats membres, a partir del 19 d'abril de 2016 s'han de deixar d'aplicar les disposicions del dret intern de contractes que siguin contràries al dret comunitari directament aplicable i, a més, cal interpretar conforme al dret comunitari totes les disposicions del dret nacional, tant les anteriors com les posteriors a la Directiva, en la mesura que resulti

¹ En el moment d'acordar aquesta Resolució, s'havia publicat l'informe de la ponència del projecte de Llei sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals per la que es transposa a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2014/25/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014 (Boletín Oficial de las Cortes de Generales, Congreso de los Diputados, de 28 de gener de 2019).

possible i d'acord amb les finalitats comunitàries (en aquest sentit, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea -TJUE- de 5 d'octubre de 2004 -assumpte C-397/01).

D'acord amb aquest escenari, cal posar en relleu els preceptes de la Llei 31/2007. L'article 1 d'aquest cos legal estableix que:

“La presente ley tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se recogen en el artículo 3.1 que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tal como se concreta en los artículos 7 a 12, cuando su importe sea igual o superior al que se establece, respecto de cada tipo de contrato, en el artículo 16.”

D'altra banda, l'article 3 de la Llei 31/2007 estableix que:

“1. Quedarán sujetas a la presente ley, siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12, las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 4.

Asimismo quedarán sujetas a la presente ley las asociaciones formadas por varias entidades contratantes.

2. Se entenderá por:

a) Organismo de derecho público: cualquier entidad que reúna los siguientes requisitos: 1.º Creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, 2.º dotada de personalidad jurídica propia y 3.º cuya actividad esté financiada mayoritariamente por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local u otros organismos de Derecho público.

b) Empresa pública: las entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado así como las entidades de igual carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local, las sociedades mercantiles de carácter público y toda aquella entidad u organismo sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirecta, sobre una empresa, cuando: 1.º Tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o 2.º dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o 3.º

puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

c) Entidades contratantes que tengan derechos especiales o exclusivos: aquellas entidades que sin ser poderes adjudicadores ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en los artículos 7 a 12 o varias de estas actividades y tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por un órgano competente de una Administración Pública, de un organismo de derecho público o de una entidad pública empresarial.”

Així mateix, l'article 15.1 del la Llei 31/2007 regula el règim aplicable als contractes de serveis i preveu que:

“1. Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en esta ley.”

I aquest annex II A inclou, com a categoria 7, els serveis d'informàtica i serveis connexos - amb CPV de 50310000-1 a 50324200-4, de 72000000-5 a 72920000-5 (excepte 72318000-7 i des de 727000007 a 72720000-3), 79342410-4.

La mateixa Llei 31/2007, al seu article 16, estableix la seva aplicació als contractes amb un VEC igual o superior als llindars determinats, els quals, en el moment de la licitació del contracte, se situaven en les quantitats següents:

a) 418.000 euros en els contractes de subministraments i serveis

b) 5.225.000 euros en els contractes d'obres

D'acord amb el VEC estipulat per al contracte, cal concloure que aquest contracte es regeix per la Llei 31/2007 i que, per tant, aquest Tribunal, d'acord amb l'article 101 de la Llei 31/2007, és competent per a la seva resolució.

Finalment, i per tot això, tot i que l'UTE reclamant diu presentar recurs especial en matèria de contractació i això no és rebut per l'entitat contractant, d'acord amb la clàusula 8 del PCAP cal qualificar el recurs com a reclamació en els procediments d'adjudicació dels sectors especials dels articles 101 i següents de la Llei 31/2007, per aplicació del que preveu l'article 115.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

SEGON. La reclamació s'ha interposat dins del termini legalment establert, computat en els termes previstos en l'article 104.2 de la Llei 31/2007 des que l'UTE va tenir coneixement de l'adjudicació. També s'ha presentat en forma, perquè s'ha presentat davant el registre d'aquest Tribunal de conformitat amb l'article 104.3 de la Llei 31/2007, i compleix els requisits establerts a l'article 104.1 de la Llei 31/2007 en tant que l'UTE va presentar l'anunci davant l'entitat reclamant prèviament a la presentació de la reclamació.

Respecte a la remissió de l'expedient per part de les entitats contractants, cal lamentar la demora en l'enviament de la documentació excedint el termini fixat en l'article 56 de la LCSP així com el fet que l'expedient emès a aquest Tribunal és un galimaties que no respecta l'estricta ordre cronològic de les actuacions dutes a terme per TMB. En concret, tant el primer informe de valoració de l'experiència en treball, document núm. 9, com el document núm. 33 d'esmena a la valoració d'aquesta experiència, són ambdós de data 23 de juliol de 2018; la data de la valoració del sobre 1 és el 9 de juliol de 2018 corresponent al document núm. 28, ordenat cronològicament a continuació de l'acta de la mesa extraordinària de 30 de juliol de 2018, una vegada adjudicat per primera vegada el contracte en data 24 de juliol de 2018 (document núm. 24); la formalització del contracte de data 9 d'agost de 2018 és el document núm. 29 mentre que la segona proposta d'adjudicació de data 2 d'agost de 2018 és el document núm. 31, el segon informe d'anàlisi de les ofertes econòmiques sense data és el document núm. 32 i la ratificació de l'adjudicació del contracte de data 7 d'agost de 2018 és el document núm. 35 de l'expedient; finalitzant l'expedient amb el mateix informe de solvència de data 13 de juliol de 2018, document núm. 36 que ja consta com a document núm. 16 i amb el document de publicació en el perfil de contractant de la data de publicació de la formalització del contracte en data 22 d'agost de 2018 (document núm. 37).

Tampoc aporta gaire claredat l'informe de l'entitat contractant en tant que si bé explica que hi ha hagut un ajustament de les puntuacions sotmeses a judici de valor de conformitat amb la puntuació màxima que estableix el PCAP, aquest Tribunal observa que també s'ha ajustat la valoració econòmica en el mateix sentit i s'ha adequat la valoració de l'experiència en treballs a allò que realment l'UTE havia aportat en el sobre 3.

Per les raons expressades, cal incidir que tot això ha comportat no només la no-adequació de l'expedient a allò que exigeix l'article 22.4 del Decret 221/2013 – circumstància que hagués comportat el retorn de l'expedient a l'entitat contractant als efectes de la correcta tramesa del mateix-, sinó que entorpeix profundament l'anàlisi i enteniment d'aquest assumpte en ares a la Resolució del mateix, requerint una atenció màxima en l'estudi del mateix i afectant al normal funcionament d'aquest Tribunal.

TERCER. Amb caràcter previ a l'anàlisi del fons de l'assumpte, i com a condició necessària en tractar-se d'una qüestió d'ordre públic, mereix un examen especial el requisit d'admissibilitat de la legitimació de l'UTE reclamant per actuar en aquest procediment de reclamació.

Cal assenyalar, en primer lloc, que, com ha declarat aquest Tribunal en nombroses ocasions, la legitimació *ad causam* es refereix a l'aptitud per a ser part en un procés determinat per tenir interès legítim en l'assumpte (per totes, resolucions 17/2019, 258/2018, 169/2018, 163/2018, 58/2018, 28/2018, 160/2017, 35/2017 i 16/2017). A nivell jurisprudencial, s'ha assimilat el concepte d'interès legítim a la titularitat d'una posició d'avantatge o d'una utilitat jurídica per part de qui exerceix la pretensió que es materialitzaria, si prospera, en l'obtenció d'un benefici de tipus material o jurídic o en l'evitació d'un perjudici, per bé que l'obtenció del benefici o l'evitació del perjudici han de ser certs i no merament hipotètics (en aquest sentit, el Tribunal Suprem, en sentències de 20 de maig de 2008, 11 de febrer de 2003 i 14 de març de 1997, i el Tribunal Constitucional, en sentències núm. 67/2010, 257/88 i 60/82).

En concret, cal portar a col·lació la Sentència de 20 de maig de 2008 de la sala contenciosa administrativa del Tribunal Suprem on va concloure:

“Por lo tanto, para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras). Pues bien, para determinar en el presente caso si el interés que muestra la entidad recurrente excede del mero interés por la legalidad es preciso analizar

si efectivamente concurre alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta y que correspondería al recurrente en caso de prosperar su pretensión.”

L'UTE reclamant al·lega que la seva oferta és la que obté una puntuació més alta, sobre la base de l'apriorisme següent: *“Siguiendo las reglas marcadas por el PCP, en acto público de fecha 23 de juliol de 2018 se ofreció el resultado de la valoración técnica, anunciando una única puntuación, **donde la oferta de nuestra representada obtiene la más alta entre los licitadores: 47 puntos**; que en su momento presumimos, resultaria de la suma de la valoración técnica stricto sensu (hasta 45 puntos) y la puntuación correspondiente a la solvencia técnica (hasta 6 puntos; conforme al apartado Y del Cuadro de Características del Contrato del PCP). Al adjudicatario se le asignaron en ese momento 41 puntos”,* afegint que ella resultaria guanyadora amb 90,65 punts mentre que l'empresa INTERVALOR va obtenir 90 punts.

D'acord amb aquesta afirmació, correspon a aquest Tribunal comprovar si efectivament l'UTE reclamant és l'operador econòmic que obté la millor puntuació i que, per tant, ha de resultar l'adjudicatària del contracte, de manera que l'actuació de TMB ha frustrat aquest resultat i ha afectat els seus drets i expectatives. Per això, cal fer les observacions següents

En primer lloc cal tenir en compte el plantejament de la licitació. Els plecs del contracte, que són la *lex inter partes* del contracte (Resolució núm. 58/2019 per totes), s'estructuren en criteris d'adjudicació sotmesos a judici de valor (apartat X del QC) amb una puntuació màxima de 45 punts i criteris d'adjudicació el valor automàtics que són: l'experiència en treballs (màxim 6 punts) i oferta econòmica (màxim 49 punts) amb un total de la puntuació dels criteris automàtics de 55 punts:

Y	CRITERIS D'ADJUDICACIÓ EL VALOR DELS QUALS ES DETERMINA MITJANÇANT L'APLICACIÓ DE FÓRMULES	
Criteris i subcriteris	Punts	
-Experiència en treballs. Inventari físic i conciliació en Projectes realitzats en empreses o grups d'empreses del sector Transport de viatgers (4 punts): -En empreses amb plantilla de 5.000 treballadors o més (3 punts) -En empreses amb plantilla de menys de 5.000 treballadors (1 punt) -Experiència en treballs. Inventari físic i conciliació en Projectes realitzats en empreses o grups d'empreses del sector Infraestructures (2 punts) -En empreses amb plantilla de 5.000 treballadors o més (1,5 punts) -En empreses amb plantilla de menys de 5.000 treballadors (0,5 punts)	6	
Oferta econòmica: es valorarà amb 49 punts l'oferta econòmica més baixa i de forma proporcional la resta d'ofertes, en funció de l'excés de preu que suposin respecte de la més baixa.	49	
Milliores: X No		
Total	55	

De conformitat amb l'anterior, ni en la primera adjudicació ni en la segona adjudicació resultant de l'adequació de la puntuació al llistat del PCAP, l'UTE reclamant no va obtenir la màxima puntuació ni esdevé la millor classificada, sinó que sempre la millor valoració l'ha obtingut INTERVALOR, amb independència de la valoració de l'experiència en treballs:

- Adjudicació de data 24 de juliol de 2018, resultat oferta de l'UTE reclamant:

$$47,00 \text{ (judici de valor)} + 41,59 \text{ (criteri automàtics)} = 88,59$$

INTERVALOR **90,50**

- Adjudicació de data 2 d'agost de 2018, resultat oferta de l'UTE reclamant:

43,17 (judici de valor) + 43,65 (criteri automàtics) =86,82

INTERVALOR **91,16**

sense que sigui admissible ni pugui prosperar la valoració que sosté l'UTE en la reclamació consistent a defensar que la seva puntuació havia de ser de 90,65 punts, envers a la puntuació obtinguda per INTERVALOR que diu que és de 90 punts, - ja s'ha exposat que, en la primera classificació, l'empresa adjudicatària resultava mereixedora de 90,50 punts- creuant, doncs, puntuacions de la primera i segona classificació, que denoten, al cap i a la fi, que no és la puntuació correcta d'acord amb el PCAP, havent d'estar aquest Tribunal a la puntuació ajustada al PCAP que conté la proposta d'adjudicació de 2 d'agost de 2018 (document núm. 31).

Ultra això, cal afegir que l'UTE reclamant no ha acreditat una posició d'avantatge o d'utilitat jurídica més enllà de la invocació a possibles irregularitats que ella entén com a causes de nul·litat, però que, com s'analitza tot seguit, no tenen una incidència tal com per anul·lar tot el procediment. En concret:

1. Respecte al "ajustament" de les puntuacions i possible afectació als principis d'objectivitat i imparcialitat, és cert que, una vegada oberts els sobres 2 relatius als criteris sotmesos a judici de valor, en principi, i tret d'excepcions (per totes resolucions 44/2018 i 106/2017), no es pot tornar a efectuar o revisar la valoració tècnica atorgada. Tanmateix en aquest supòsit, l'ajust ve exigit per la necessària i obligatòria adequació de les puntuacions a les puntuacions establertes en el PCAP i, això és important, en cap moment s'ha alterat l'ordre de classificació de les proposicions d'adjudicació ni el sentit de l'adjudicació perquè l'empresa INTERVALOR sempre ha estat la millor valorada, sense que cap perjudici es pugui desprendre's d'aquesta adequació mecànica als plecs, ni cap perjudici queda acreditat ni provat per la reclamant.

2. Respecte a la manca de publicació de la primera valoració de la “*solvència tècnica*”, que comporta, segons la reclamant, la vulneració del principi de transparència, cal dir, en primer lloc, que la reclamant confon la valoració de la solvència tècnica –recordem, requisit d'accés i admissibilitat a les licitacions públiques que està previst en l'apartat P, del QC- amb l'experiència en treballs prevista com a criteri valorable automàticament en el sobre 3 (apartat Y del QC) juntament amb l'oferta econòmica. La solvència tècnica ja havia estat comprovada per la mesa de contractació en data 13 de juliol de 2018 (document núm. 16 i document núm. 36 també), donant com a resultat que els tres operadors econòmics presentats a la licitació “*assoleixen els criteris de solvència econòmica i solvència tècnica*”.

En segon lloc, des de la perspectiva de la funció revisora que té encomanada aquest Tribunal (resolucions 41/2018, 21/2019, 12/2019 i 1/2019, per citar les més recents), de l'examen de l'oferta presentades per l'UTE reclamant, es comprova que en el sobre 3 no va fer referència a cap experiència en treballs, fet que causa el canvi de puntuació operat en la valoració d'aquest subcriteri, atès que, si bé inicialment es va puntuar aquest subcriteri amb 1,5 punts (document núm. 9), posteriorment consta en l'expedient la valoració d'aquest subcriteri en 0 punts (document núm. 33), sense que la part reclamant pugui oposar allò que realment mai ha existit, ni aquest canvi de puntuació sigui determinant de les classificacions ni del resultat final de les puntuacions.

En tercer lloc, cal insistir que aquesta licitació es desenvolupa en el marc de la Llei 31/2007, llei que no ha estat adequada encara als nous dictats de la Directiva 2014/25/UE en el sentit de fer efectiva la deguda transparència en les licitacions públiques dels sectors exclosos, tal i com ho ha fet la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP) via l'obligació de publicació dels informes de valoració en el perfil de contractant, ex art. 63.3.e). Dit això, també és cert que aquesta obligació de transparència resulta igualment exigible a les entitats contractants ex art. 14.1.b) de la Llei 19/2014, de 29 de desembre de transparència, accés a la informació pública i bon govern de la Generalitat de Catalunya aplicable tant a l'àmbit de la Generalitat de Catalunya com als ens que integren l'administració local a Catalunya (article 3.1.a). Davant això, i tota vegada que no es preveu que la manca de publicació dels informes en la licitació dels sectors exclosos comporti la nul·litat de ple dret del

procediment, sinó que suposa una irregularitat no invalidant en la mesura que no ha provocat indefensió: atès que el segon informe de l'experiència –que ha estat el que es va tenir en compte a l'hora de calcular les puntuacions totals- ha estat, no ha estat denegat a l'UTE un possible accés a l'expedient perquè no ha estat sol·licitat a tals efectes i l'UTE ha pogut presentar reclamació contra l'adjudicació del contracte.

3. Per últim, davant la possible concurrència d'una causa de nul·litat de ple dret prevista en l'article 109 de la Llei 31/2007 pel fet que l'entitat adjudicadora no va observar el termini establert a l'article 83.3 de la Llei 31/2007, en el sentit que, en aquells supòsits que puguin ser susceptibles de reclamació, l'entitat contractant no pot formalitzar el contracte fins que transcorri el termini de 15 dies hàbils al que fa referència l'article 104.2 de la Llei 31/2007, l'apartat c) lletra 1 de l'article 109 de la Llei 31/2007 disposa:

"c) Cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 83.3 antes de proceder a la formalización del contrato siempre que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 101 y siguientes y, además, hubiera concurrido con alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta".

És a dir, per tal que prosperi aquest supòsit de qüestió de nul·litat, tot i no haver-la plantejat en aquests termes l'UTE reclamant, cal que concorrin de manera acumulativa les circumstàncies següents:

- a) L'incompliment de l'article 83.3 de la Llei 31/2007.
- b) Que per aquesta causa s'hagi privat a l'operador econòmic de la possibilitat d'interposar reclamació.
- c) I la concurrència d'una infracció dels preceptes que regulen el procediment d'adjudicació que per aquesta causa l'hagués impedit esdevenir adjudicatari.

Començant pel darrer requisit, ja s'ha tingut ocasió d'analitzar que, en tant que l'ajust de la puntuació i de la valoració l'experiència de l'UTE no ha alterat l'ordre de la classificació de les ofertes ni el sentit de l'adjudicació, és ajustament sense efectes revisors i sense afectació a tercers que pot comportar, a tot estirar, una infracció del procediment no invalidant en la mesura que no ha provocat ni indefensió ni arbitrarietat

i que respon a la necessitat d'ajustar d'una manera mecànica la puntuació als dictats del PCAP i a la realitat de les ofertes presentades, sense que en cap moment s'hagi creat cap expectativa a l'UTE reclamant.

Partint d'aquesta premissa, ja no pot prosperar la qüestió de nul·litat per aquest motiu. L'anterior no impedeix constatar que, efectivament, l'entitat contractant no ha observat el termini de l'article 83.3 de la Llei 31/2007 ateses les dates del procediment de licitació: ratificació de l'adjudicació en data 7 d'agost de 2018 (cal recordar que la primera adjudicació va ser de data 24 de juliol de 2018), formalització del contracte en data 9 d'agost de 2018, publicació de l'adjudicació en data 10 d'agost de 2018 (document núm. 30) i publicació de la formalització del contracte el 22 d'agost de 2018, però la manca d'observança d'aquest termini ha de ser considerada també com una irregularitat que no pot comportar la nul·litat de tot el procediment ni li ha impedit la interposició d'aquesta reclamació dins de termini.

En definitiva, l'anàlisi de totes les al·legacions de l'UTE reclamant duen a considerar que, no havent-se acreditat cap posició d'avantatge o d'una utilitat jurídica més enllà de la possible causa de nul·litat que tampoc concorre en aquest assumpte, no està legitimada per presentar aquesta reclamació davant TMB.

ACORDA

1.- Inadmetre, per manca de legitimació, la reclamació presentada per la senyora N.P.B., en nom i representació de l'empresa INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, SA, i el senyor C.d S.d A. en nom i representació de l'empresa GALTIER FRANCO IBÉRICA, SA contra l'adjudicació del contracte d'un servei d'inventari patrimonial de les inversions titularitat de les empreses del grup TMB, licitat per FERROCARRIL METROPOLITÀ DE BARCELONA, SA i TRANSPORTS DE BARCELONA, SA (expedient 15009111).

2.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició de la reclamació, no escaient la imposició de la sanció prevista en l'article 106.5 de la Llei 31/2007.

3.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa, i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 108 de la Llei 31/2007, en els termes establerts en l'article 21.3 de la Llei 29/1998.

Aprobat per unanimitat del membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic assistents en la sessió de 14 de març de 2019.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta