

Expte.: eAJ-0020/2022

Asunto: Licitación de un Servicio de desarrollo de proyectos tecnológicos, gestión integral de los mismos y otros servicios conexos en el marco del ecosistema digital de de Promotur Turismo Canarias, S.A., cofinanciado con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (EDER) y/o con Fondos "Next Generation EU" (el Fondo REACT-EU y/o Fondos provenientes del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia).

RESOLUCIÓN DE EXCLUSIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SUJETO A REGULACIÓN ARMONIZADA Y DE TRAMITACIÓN ORDINARIA PROMOVIDO POR PROMOTUR TURISMO CANARIAS S.A PARA LA CONTRATACIÓN DE UN SERVICIO DE DESARROLLO DE PROYECTOS TECNOLÓGICOS, GESTIÓN INTEGRAL DE LOS MISMOS Y OTROS SERVICIOS CONEXOS EN EL MARCO DEL ECOSISTEMA DIGITAL DE PROMOTUR TURISMO CANARIAS, S.A, COFINANCIADO CON EL FONDO EUROPEO REGIONAL DE DESARROLLO (FEDER) Y/O CON EL FONDO REACT-EU O MECANISMO PARA LA RECUPERACIÓN Y LA RESILIENCIA (FONDOS "NEXT GENERATION EU")-LOTE 4.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- El día 19 de septiembre de 2022, a las 16:07 horas, la empresa "DELOITTE ADVISORY, S.L.", presenta oferta a través del Portal de Licitación que emplea Promotur Turismo Canarias S.A, concurriendo así a la licitación electrónica del Lote 4 del procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, tramitado de forma ordinaria bajo número de **expediente eAJ020/2022**, relativo a **Servicios de desarrollo de proyectos tecnológicos, mantenimiento de la infraestructura tecnológica, desarrollo de software, consultoría tecnológica, integración de soluciones de terceros, configuración de oficinas técnicas de gestión, data center e infraestructuras hardware, atención al cliente y seguridad gestionada, cibervigilancia y ciberdefensa para Promotur Turismo Canarias, S.A.**

II.- Con fecha de 27 de septiembre de 2022, se reúne la Mesa de Contratación, previa convocatoria y constitución que se refleja en Acta Primera evacuada al efecto, con el objeto de examinar y calificar la documentación del cumplimiento de los requisitos previos aportada en **Sobre-Archivo Electrónico N.º 1** por las entidades licitadoras que concurren al procedimiento de referencia, acordando en Acta Segunda, donde se deja constancia de dichas actuaciones, otorgar a las entidades licitadoras cuya documentación presenta defectos o que no aportan la totalidad de la exigida, por medio del portal de licitación que utiliza Promotur Turismo Canarias, S.A., un plazo de tres (3) días hábiles

para la subsanación de la documentación aportada en este Sobre electrónico, cuyo cómputo se inicia a partir del día siguiente al requerimiento efectuado.

En el caso de **DELOITTE ADVISORY, S.L.**, la notificación del oportuno requerimiento se produjo el día 04 de octubre de 2022 a las 14:27 horas, es decir, que el plazo para subsanar comprendía desde el día 05 de octubre de 2022 hasta el 07 de octubre de 2022; y, concretamente, los defectos detectados son los siguientes:

- El Formulario del Documento Único Europeo (a partir de aquí, DEUC) está mal rellenado, por lo que deberá cumplimentarse:
 - o La letra B) de la Parte II, relativo al poder de representación de la persona indicada en el DEUC (pág. 4 del DEUC), indicándose el número de protocolo y demás datos identificativos del poder.

Ello sin perjuicio de que, la entidad licitadora podrá aportar, alternativamente a lo anterior, certificación de inscripción en el ROLECE en la que consten los poderes de representación que ostente la persona señalada en el DEUC.

- o La letra C) de la Parte IV, relativa a la solvencia técnica de la entidad (pág. 14 y siguientes del DEUC).

Ello sin perjuicio de que, dado que los medios de acreditación de la solvencia económica o financiera y técnica y profesional señalados podrán ser sustituidos por los que consten en el certificado de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (ROLECE) o en el Registro de Contratistas de la Comunidad Autónoma de Canarias o de la Comunidad Autónoma donde esté radicada su domicilio social, o por acreditación de una clasificación suficiente, la entidad licitadora podrá aportar, alternativamente a lo anterior, certificación de inscripción en el ROLECE o acreditación de la clasificación exigida por los pliegos que rigen la presente licitación.

III.- Cumplido el trámite anterior, se reúne nuevamente la Mesa de Contratación en fecha de 18 de octubre de 2022 para verificar la subsanación requerida a las entidades licitadoras en relación con la documentación de carácter administrativo presentada en **Sobre Electrónico N.º 1** y, para la apertura y evaluación del **Sobre-Archivo Electrónico N.º 2** relativa a la documentación relativa a los criterios que dependen de un juicio de valor.

De las entidades licitadoras requeridas, la Mesa de Contratación constata, en relación con **DELOITTE ADVISORY, S.L.**, que ha subsanado en tiempo y forma la documentación administrativa, por lo que resulta admitida; así como, una vez abierto el Sobre-Archivo Electrónico n.º 2, que presenta propuestas técnicas para cada criterio según el formato y contenido máximo establecido en la Cláusula núm. 12.1 del PCAP, según se plasma en el Acta Tercera.

IV.- Sin perjuicio de lo anterior, retomada la reunión de la Mesa de contratación para la valoración de las propuestas técnicas del Lote 4 de referencia, el día 09 de marzo de 2023, tal y como se describe a continuación que se corresponde con un extracto del Acta Décimo Cuarta:

“(…) **DELOITTE ADVISORY, S.L.**

*En el apartado 1.2 (página 6) relativo a la planificación dentro de su proposición técnica, mientras que debía incluirse el calendario de reuniones, **se indica el tiempo que llevará la elaboración del Plan Director de Seguridad**, siendo el mismo el entregable del servicio de consultoría cuya temporalidad resulta evaluable automáticamente conforme a lo establecido en la Cláusula núm. 9.4.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas y en la Cláusula núm. 12.4.2.c) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), lo que significa que se ha producido una **revelación anticipada de información** que debía contenerse en el Sobre-Archivo Electrónico n.º 3, por ser la misma susceptible de puntuación y que debía incluirse exclusivamente en el Archivo Electrónico n.º 3.*

Esto está expresamente prohibido por la Cláusula núm. 14.1.15 del PCAP, la cual prevé para estos supuestos lo siguiente:

*“No deberá incluirse información de un sobre en otro distinto. La inserción de cualquier tipo de información relativa la oferta de los criterios automáticos evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas en cualesquiera otros sobres o procedimientos **supondrá la automática exclusión del licitador, por afectar a los principios que han de presidir la contratación pública.**”*

La referida consecuencia de exclusión automática se reitera específicamente en el párrafo quinto de la Cláusula núm. 15.3 del PCAP, para el caso de que la información relevante para la aplicación de los criterios de adjudicación de carácter objetivo sea revelada en el Sobre-Archivo electrónico n.º 2, esto es, como en el presente caso, de tal forma que:

*“La inclusión en el Sobre-archivo Número 2 de cualquier información o contenido relativo a cualquiera de los Criterios de adjudicación evaluables automáticamente **supondrá la exclusión de la propuesta del licitador de la licitación.**”*

Idéntica consecuencia se refleja como procedente en la letra a) de la Cláusula núm. 17.6 del PCAP, la cual exige que la Mesa de contratación acuerde “el rechazo de aquellas ofertas por (...) inclu[ir] algún documento dentro de un sobre diferente al indicado en la cláusula 24 y ello comprometa el secreto de la oferta”.

Estas Cláusulas fueron introducidas en el PCAP, tal y como se recuerda en el seno de esta Mesa de contratación, en cumplimiento de los principios de no discriminación e igualdad entre licitadores, así como del carácter confidencial de las proposiciones, una de cuyas materializaciones constituye las exigencias del artículo 157.2 y 3 de la LCSP relativas a la división de la proposición en dos (2) sobres – si se contemplan tanto criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor como otros valorables automáticamente – y la apertura de cada uno de ellos en actos independientes, a fin de “evitar el conocimiento de [la documentación relativa a

los criterios de adjudicación de carácter objetivo] antes de que se haya efectuado la valoración de [la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor]", tal y como señala el artículo 26 del 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 todo ello conforme a la doctrina reiterada (ver, entre otras, la Resolución n.º 4040/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; la Resolución n.º 77/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, de fecha 1 de julio, rec. 62-2016; los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado n.º 62/2008, de fecha 2 de diciembre, y n.º 28/2012, de 20 de noviembre).

A mayor abundamiento, se trae a colación en el marco de esta Mesa de contratación que la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha afirmado, en su sentencia n.º 2444/2022, de 22 de junio (rec. 1888/2020) que:

*"En definitiva, esta confusión en el contenido de los sobres conculca la normativa de contratación, ya que parte del presupuesto de separarse las ofertas cuando tenga el órgano de valoración, de acuerdo al pliego de cláusulas particulares como en el caso, que efectuar una evaluación con elementos subjetivos. Entenderlo de otra manera supone una infracción del deber de secreto de las proposiciones y, en definitiva, conseguir de forma indirecta, aunque no se realice de mala fe, una ventaja competitiva. **La información desvelada con anterioridad sí es determinante en la valoración final en casos como el presente, y constituye un perjuicio para el resto de empresas licitadoras, sin que pueda afirmarse que se trata de una interpretación formalista y desproporcionada; sino, que, se pretende coadyuvar a cumplir con el principio de igualdad en la contratación pública.**"*

Por último, en el marco de la Mesa de contratación se recuerda que, de acuerdo con la Cláusula núm. 12.4 del PCAP, "la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional del presente pliego", reiterándose su contenido en la Cláusula núm. 14.1.7 del PCAP que indica que "la presentación de las proposiciones presume la aceptación incondicional por la persona o entidad licitadora de la totalidad del contenido de las cláusulas y condiciones del presente Pliego y del de Prescripciones Técnicas, sin salvedad alguna".

Por lo tanto, se acuerda por unanimidad de los miembros de la Mesa de contratación la **exclusión** de esta entidad licitadora.

(...)

Por ende, la Mesa de Contratación acuerda unánimemente en este Acta:

I.- PROPONER al órgano de contratación la **EXCLUSIÓN** de las entidades licitadoras (...) **DELOITTE ADVISORY, S.L.**, (...) por las razones aducidas en el cuerpo del presente documento (...)"

A los anteriores antecedentes le resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. – De acuerdo con el apartado 2 del artículo 157 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/UE/24, de 26 de febrero (en lo sucesivo, LCSP), la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación con distinto tipo de valoración, esto es, unos a valorar automática u objetivamente y otros a valorar a través de un juicio de valor, implica que las empresas licitadoras *“deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”*.

Segundo. – De conformidad con el apartado 1 del artículo 139 de la LCSP, la presentación de la proposición supone *“la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, reproduciéndose en los mismos términos por la Cláusula núm. 12.4 del PCAP *in fine*, referida específicamente al Lote 4 y por la Cláusula núm. 14.1.7, así como consta expresamente en el Anexo-Modelo II Solicitud de participación firmado y presentado por la entidad licitadora; por lo que se entiende que, **en virtud del principio de *pacta sunt servanda*, y teniendo en consideración que el Pliego no ha sido impugnado, las entidades licitadoras necesariamente han de estar ahora al contenido del mismo, por constituir *lex contractus*, con el único límite de que sus previsiones no sean *contra legem***, tal y como reitera la doctrina consolidada (ver al respecto la reciente Resolución n.º 890/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 14 de julio, rec. 767/2022).

Siguiendo la estela del artículo citado en el fundamento jurídico anterior, la Cláusula núm. 15.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) exige que en el **Sobre-Archivo Electrónico n.º 2** se incluya la documentación relacionada con los **criterios de adjudicación no evaluables automáticamente**.

Por su parte, la Cláusula núm. 9.4.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas (a partir de aquí, PPT) y la Cláusula núm. 12.4.2.c) del PCAP establecen *“el tiempo de ejecución Consultoría de Seguridad”* como uno de los criterios de adjudicación evaluables automáticamente.

En el marco de lo anterior, la **revelación anticipada de información** está expresamente prohibida por la Cláusula núm. 14.1.15 del PCAP, la cual prevé para estos supuestos lo siguiente:

*“No deberá incluirse información de un sobre en otro distinto. La inserción de cualquier tipo de información relativa la oferta de los criterios automáticos evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas en cualesquiera otros sobres o procedimientos **supondrá la automática exclusión del licitador, por afectar a los principios que han de presidir la contratación pública.**”*

Adicionalmente y en el mismo sentido se pronuncia el párrafo quinto de la Cláusula núm. 15.3 del PACP:

*“La inclusión en el Sobre-archivo Número 2 de cualquier información o contenido relativo a cualquiera de los Criterios de adjudicación evaluables automáticamente **supondrá la exclusión de la propuesta del licitador de la licitación.**”*

Idéntica consecuencia se refleja como procedente en la letra a) de la Cláusula núm. 17.6 del PCAP, la cual exige que la Mesa de contratación acuerde elevar *“el **rechazo de aquellas ofertas por (...) inclu[ir] algún documento dentro de un sobre diferente al indicado (...) y ello comprometa el secreto de la oferta**”*.

Estas Cláusulas fueron introducidas en el PCAP, en cumplimiento de los principios de no discriminación e igualdad entre licitadores, así como del carácter confidencial de las proposiciones, una de cuyas materializaciones constituye las exigencias del preitado artículo 157.2 y 3 de la LCSP relativas a la división de la proposición en dos (2) sobres – si se contemplan tanto criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor como otros valorables automáticamente – y la apertura de cada uno de ellos en actos independientes, a fin de *“**evitar el conocimiento de [la documentación relativa a los criterios de adjudicación de carácter objetivo] antes de que se haya efectuado la valoración de [la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor]**”*, tal y como señala el artículo 26 del 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 todo ello conforme a la doctrina reiterada (ver, entre otras, la Resolución n.º 4040/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; la Resolución n.º 77/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, de fecha 1 de julio, rec. 62-2016; los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado n.º 62/2008, de fecha 2 de diciembre, y n.º 28/2012, de 20 de noviembre).

A mayor abundamiento, procede traer a colación que la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha afirmado, en su sentencia n.º 2444/2022, de 22 de junio (rec. 1888/2020) que:

*“En definitiva, esta confusión en el contenido de los sobres conculca la normativa de contratación, ya que parte del presupuesto de separarse las ofertas cuando tenga el órgano de valoración, de acuerdo al pliego de cláusulas particulares como en el caso, que efectuar una evaluación con elementos subjetivos. Entenderlo de otra manera supone una infracción del deber de secreto de las proposiciones y, en definitiva, conseguir de forma indirecta, aunque no se realice de mala fe, una ventaja competitiva. **La información desvelada con anterioridad sí es determinante en la valoración final en casos como el presente, y constituye un perjuicio para el resto de empresas licitadoras, sin que pueda afirmarse que se trata de una interpretación formalista y desproporcionada;** sino, que, se pretende coadyuvar a cumplir con el principio de igualdad en la contratación pública.”*

En consecuencia, de los hechos consignados en el Acta Décimo Cuarta de la Mesa de Contratación y descritos en el antecedente IV del presente documento se deduce que el Sobre-Archivo Electrónico n.º 2 presentado, en el marco de la licitación del Lote 4 de referencia, por la empresa licitadora DELOITTE ADVISORY, S.L., incluye información que únicamente debería haberse contenido en el Sobre-Archivo Electrónico n.º 3, revelándose anticipadamente la misma y teniendo este hecho relevancia en el sentido de que compromete el secreto de la oferta relativa a los criterios evaluables automáticamente.

De acuerdo con lo anterior, vistos los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos, esta Dirección-Gerencia actuando como órgano de contratación, puesto que, a pesar de la previsión de la Cláusula núm. 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en virtud de las facultades ampliadas a favor de la misma mediante escritura pública de fecha 15 de mayo de 2023, la misma tiene competencia para dictar los actos y ejercer las prerrogativas enumeradas en la Cláusula núm. 2.2 del PCAP en sustitución de la referida Consejera Delegada.

RESUELVE

Primero. - EXCLUIR a la entidad licitadora DELOITTE ADVISORY, S.L que concurre al Lote 4 del expediente tramitado bajo número eAJ0020/2022, por no reunir las condiciones o requisitos para concurrir a la presente licitación, según los argumentos esgrimidos en el cuerpo de este documento, informando a la misma de los motivos por los que se ha acordado su inadmisión en el procedimiento y por lo tanto la no continuación del examen y valoración de la proposición presentada por ella.

Segundo. - REALIZAR las publicaciones y notificaciones preceptivas y oportunas, de conformidad con la legislación vigente que es de aplicación.

Contra la presente resolución podrá interponerse, potestativamente, recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en el plazo de QUINCE (15) DÍAS HÁBILES a contar desde el siguiente a aquel en que se hubiera tenido conocimiento por la entidad licitadora de la posible infracción o acudir directamente a la jurisdicción del orden que corresponda, sin perjuicio de cualquier otro recurso que se estime procedente.

El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en la oficina del órgano de contratación o en el registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias competente para su resolución.

Siendo esta actuación susceptible de ser impugnada mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que está adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela (la Consejería de Turismo y Empleo).

D. Jose Juan Lorenzo Rodríguez

**Director-Gerente
Promotur Turismo Canarias S.A**