

**RECURSO 47/2024
RESOLUCIÓN 63/2024**

Resolución 63/2024, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la empresa Nubalia Cloud Computing, S.L., frente al Decreto del Presidente de la Diputación Provincial de Zamora nº2024-1572, de 2 de abril de 2024, por el que se adjudica el contrato de servicios de suscripción a una suite integrada de herramientas de comunicación y colaboración en la nube para los usuarios de la Diputación Provincial de Zamora, sus entes dependientes, Ayuntamientos menores de 20.000 habitantes, Mancomunidades y Entidades locales menores de la provincia de Zamora, expediente nº 2398/2023.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Decreto del Presidente de la Diputación Provincial de Zamora nº 2024-1572, de 2 de abril de 2024, se adjudica a la empresa Crayon Software Experts Spain, S.L.U. (CRAYON) el contrato de servicios de suscripción a una suite integrada de herramientas de comunicación y colaboración en la nube para los usuarios de la Diputación provincial de Zamora, sus entes dependientes, Ayuntamientos menores de 20.000 habitantes, Mancomunidades y Entidades locales menores de la provincia de Zamora, expediente nº 2398/2023. Esta resolución se notifica el 3 de abril de 2024.

Segundo.- El 22 de abril de 2024 la empresa Nubalia Cloud Computing, S.L. (NUBALIA), representada por D. xxx, interpone recurso especial en materia de contratación en el que insta que se declare la nulidad de la adjudicación del contrato y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la valoración del sobre B, al existir un error en la oferta de CRAYON, que ha provocado un error en el informe de valoración en el que se basa la adjudicación efectuada.

Tercero.- Se han recibido en el Tribunal el expediente y sendos informes del órgano de contratación, uno técnico y otro jurídico. Ambos, de 26 de abril de 2024, se oponen a la estimación del recurso.

Cuarto.- Conferido traslado del recurso a los licitadores, la empresa adjudicataria presenta escrito de alegaciones el 6 de mayo de 2024, en el que, por las consideraciones que expone, solicita la desestimación del recurso.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 46.1 del de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto frente al acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado (495.867 euros) es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

El recurso contra la adjudicación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

3º.- A la vista de la pretensión articulada, la solución del recurso exige determinar si la adjudicación del contrato se ajusta al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y normativa de desarrollo, y en especial, al pliego de cláusulas administrativas particulares y al pliego técnico que constituyen la ley de contrato, tal como viene afirmando reiteradamente nuestra jurisprudencia.

A este respecto conviene recordar que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación.

La vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos, por lo tanto, la Administración debe efectuar la valoración de los productos ofertados por los licitadores conforme

a los criterios recogidos en aquéllos. Respecto de los licitadores, la vinculación determina que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos. En este sentido, el artículo 139.1 de la LCSP dispone que "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea".

Junto a ello, sobre la valoración técnica de las ofertas presentadas por los licitadores y su enjuiciamiento y control por los tribunales, conviene recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado, de manera reiterada, que la Administración goza de discrecionalidad técnica en la ponderación de criterios evaluables en función de juicios de valor; por lo que, al tratarse de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Resulta manifiesto que este Tribunal carece de la suficiente formación para entrar en consideraciones estrictamente técnicas. Ello no obsta para que el Tribunal pueda analizar tal valoración, pero tal examen debe quedar circunscrito a sus aspectos formales, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en error material.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 señala que la "discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando éstos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara que "la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción iuris

tantum sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.

Todo ello en el bien entendido de que, como refiere la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (Rec. 2504/2015) “la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”.

La doctrina de la discrecionalidad técnica se ha acogido plenamente por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. Como señalan, por todas, las Resoluciones del TARCCYL 44/2023, de 23 de marzo, 82/2022, de 9 de junio, 135/2021, de 23 de septiembre, o 164/2019, de 30 de octubre, “Ello supone que, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos, sin perjuicio de que puedan ser objeto de análisis cuestiones como las antes apuntadas (aspectos formales de la valoración -como las normas de competencia o de procedimiento, por ejemplo; que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios; o que se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla). Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

4º.- Expuesto lo anterior, el criterio de adjudicación no valorable en cifras o porcentajes, cuya valoración se pone en cuestión por la recurrente, es el siguiente: “Criterio 4: Prestaciones de Seguridad: hasta 7 puntos”. A tenor del apartado 20 del anexo I del PCAP, conforme al mismo “Se valorarán los

servicios asociados a la seguridad superiores a los mínimos exigidos en el resto de este pliego. En concreto, se prestará una atención especial a los protocolos de copia de seguridad (tipo, periodicidad, facilidad de restauración...), existencia y eficacia de herramienta de prevención de pérdida de datos (DLP), detección de malware en ficheros adjuntos al correo, tiempo de retención y otras prestaciones que las ofertas puedan incluir en materia de seguridad.

»Para valorar este criterio el adjudicatario deberá presentar un documento denominado `Otras prestaciones de seguridad´. (...)” .

Pues bien, señala la recurrente que “en el documento denominado `Criterio 4: Prestaciones de Seguridad´ de la documentación del Sobre B de la oferta presentada por CRAYON, en los apartados 2.1 y 2.2, se establece lo siguiente:

» `2.1 Papelera de Reciclaje y retenciones de Office 365

»Papelera de reciclaje: Exchange Online

»Los elementos eliminados de los buzones de correo de Exchange Online se conservan durante un máximo de 44 días´ .

» `2.2 Protección de eliminación de emails.

»Office 365 da la posibilidad de recuperar contenido eliminado de forma accidental durante un máximo de 44 días´”.

En el informe de valoración del sobre B de 26 de febrero de 2024, a propósito de la valoración del criterio en cuestión, señala que “(...). La oferta de Crayón destacar la posibilidad de recuperar datos eliminados durante un periodo de 44 días en el caso de correo electrónico y 93 días en el caso de almacenamiento (OneDrive y SharePoint) mientras que en el caso de NUBALIA CLOUD COMPUTING SL el tiempo de retención es de 30 días.

»Se valora con 5 puntos la oferta de CRAYON SOFTWARE EXPERTS SPAIN, SL y con 3 puntos la oferta de NUBALIA CLOUD COMPUTING SL derivada de la diferencia en el tiempo de retención”.

Pues bien, el recurso se funda en que la oferta de CRAYON comete un error aritmético a la hora de establecer el tiempo de recuperación de los datos eliminados en el correo electrónico, que dice se acredita en el enlace de la

página Web oficial de Microsoft: <https://learn.microsoft.com/es-es/exchange/recipients-in-exchange-online/manage-usermailboxes/change-deleted-item-retention>, en el que se expone la siguiente forma de cambiar la retención de elementos eliminados de los buzones de correo de Exchange Online: "Cambiar el tiempo que se conservan los elementos eliminados permanentemente para un buzón de correo de Exchange Online. Si ha eliminado permanentemente un elemento en Microsoft Outlook o Outlook en la Web (anteriormente conocido como Outlook Web App), el elemento se mueve a una carpeta (eliminaciones de elementos recuperables) y se mantiene allí durante 14 días de forma predeterminada. Puede cambiar el tiempo que se conservan los elementos, hasta un máximo de 30 días".

Considera que el error de la oferta de la adjudicataria consiste "en haber sumado, indebidamente, los 14 días de tiempo predeterminado de conservación, a los 30 días de plazo máximo de conservación", cuando "el tiempo máximo es de 30 días, es decir, el mismo tiempo que el ofertado por NUBALIA", por ello señala que "existe un error en la valoración del Criterio 4 (motivado por el error de la oferta de CRAYON) que debe ser subsanado, por lo que, en consecuencia, procede que se vuelva a realizar la valoración del Criterio 4 por parte de la Mesa de Contratación lo que, teniendo en cuenta la escasísima diferencia de puntuación total entre ambas ofertas (38 puntos de la oferta de CRAYON frente a 37,14 puntos de la oferta de NUBALIA), puede tener como resultado la adjudicación del contrato a favor de NUBALIA".

5º.- El órgano de contratación en el informe técnico al recurso concluye lo siguiente: "El informe de valoración de los criterios del sobre B evacuado por el técnico que suscribe, se hizo en base a las ofertas presentadas por los dos licitadores.

»Es cierto que la oferta de la empresa CRAYON no parece estar alineada con la información referida en la página web indicada pero, como se expone arriba, la valoración se hizo en base a la oferta presentada por el licitador (CRAYON) y documentación obrante en el expediente.

»El dato que motiva la alegación (tiempo de retención de 44 días) deberá ser comprobado durante la ejecución del contrato y, de no cumplirse, se tomarán las medidas oportunas.

»Por tanto, según el técnico que suscribe, no se detecta ningún error en la valoración ni en la adjudicación que implique volver a realizar la

valoración del Criterio 4 por parte de la Mesa de Contratación tal y como se indica en la alegación”.

El informe jurídico al recurso propone también su desestimación. Tras exponer las notas caracterizadoras del error material o aritmético, según la doctrina y jurisprudencia, señala que la “recurrente fundamenta (...) la existencia de ese error en la información que se indica en la página web de Microsoft por lo que de conformidad con todo lo anteriormente expuesto no podemos considerar que en la valoración de las ofertas que en su momento se efectuó se cometiera error material o aritmético alguno; efectivamente para considerar que existe este error material o aritmético es exigible que el mismo se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos que constan en el expediente administrativo (y como hemos visto no es el caso) sin necesidad de mayores razonamientos o interpretaciones y que se deduzca de forma clara, patente, manifiesta y ostensible de dicho expediente.

»Tampoco por ello puede considerarse que en la valoración de los criterios subjetivos se haya incurrido en arbitrariedad alguna o discriminación de los licitadores.

»Por todo ello estimamos que no son conformes a Derecho las pretensiones del recurrente al solicitar en su recurso la retroacción del procedimiento al momento de valoración de los criterios subjetivos y la consideración de que la oferta formulada por CRAYON SOFTWARE EXPERTS SPAIN, SL, por lo que respecta al período de recuperación, sea de 30 días.

»En efecto, la oferta formulada por la empresa adjudicataria en relación con el asunto controvertido es de 44 días, oferta que tiene el carácter de documento contractual, que vincula a las partes y que no puede ser modificada. Debe tenerse en cuenta a estos efectos la reiterada doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales según la cual ante una oferta ya presentada solo cabe formular aclaración de la oferta en los casos en que pueda advertirse un error en la misma que afecte a aspectos puramente formales o a errores de carácter material o aritmético sin abrir la posibilidad de una modificación sustancial de la proposición (...).

»A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que con carácter general no cabe retrotraer el procedimiento a la fase de valoración de los criterios subjetivos (como solicita la recurrente) una vez que ya se conoce la oferta relativa a los criterios objetivos. (...).”

6º.- Frente a lo que sostiene la recurrente, la empresa adjudicataria en sus alegaciones al recurso afirma que su oferta es correcta y no adolece de error alguno. Señala CRAYON que "Basta para ello con remitirse al propio enlace que aporta la recurrente en su escrito de recurso:

<https://learn.microsoft.com/es-es/exchange/recipients-in-exchange-online/manageuser-mailboxes/change-deleted-item-retention>

»Partiendo de la premisa de que esta parte no pone en duda que el tiempo predeterminado de la carpeta de eliminaciones de elementos a que se refiere el párrafo anterior se puede aumentar a un máximo de 30 días, lo cierto es que también es posible cambiar el periodo de tiempo que se conservan los elementos eliminados permanentemente, como se indica en dicho enlace, y que reproducimos a continuación:

Sugerencia

Para mantener los elementos eliminados durante más de 30 días, coloque el buzón en In-Place suspensión o suspensión por juicio. Esto funciona porque, cuando un buzón se pone en retención, los elementos eliminados se conservan y la configuración de retención de los elementos eliminados se omite. Consulte [In-Place Hold and Litigation Hold](#).

» (...). De este modo, y tal como se describe en el siguiente enlace, es posible aplicar políticas de retención de datos en base a las necesidades de la organización:

<https://learn.microsoft.com/es-es/exchange/security-and-compliance/in-place-andlitigation-holds> (...).

»Se acredita por tanto dicha posibilidad de aumentar el periodo de retención más allá de 30 días, para lo cual es necesario tener en cuenta las cuotas o límites de almacenamiento de cada buzón, ya que, si se superan, sí se borrarían elementos del buzón (los más antiguos):

<https://learn.microsoft.com/es-es/exchange/security-and-compliance/in-place-andlitigation-holds#holds-and-mailbox-quotas>

»Así, una vez activada la política de In-Place suspensión, el buzón pasa a tener una cuota o límite de 100 GB en la carpeta Recoverable Items y se puede establecer que se retengan los elementos por 44 días siempre que no se supere la cuota de almacenamiento. Esta es una tarea de personalización que CRAYON realiza en fase de ejecución del proyecto.

»Por tanto, más allá de los parámetros predeterminados que invoca la recurrente, es posible parametrizar y ampliar los plazos de recuperación de información, y así ha sido ofertado por mi representada.

»Ello no obstante, cuenta con diversas condiciones que han sido asimismo expuestas en la oferta técnica presentada por CRAYON y que se reproducen a continuación:

2.2 Protección de eliminación de emails

Office 365 da la posibilidad de recuperar contenido eliminado de forma accidental durante un máximo de 44 días, pero hay que tener en cuenta algunas limitaciones importantes:

- ∞ Si un usuario vacía su Papelera de reciclaje o la carpeta Elementos recuperables, el contenido no será recuperable.
- ∞ El contenido se puede recuperar solo para el usuario original y otros no pueden acceder a él a menos que primero se recupere y luego se transfiera a otra persona.
- ∞ El contenido en la Papelera de reciclaje cuenta como parte de la cuota de almacenamiento de cada usuario.

»Por todo ello, CRAYON se reitera en la oferta presentada, que es conforme, tal como se ha acreditado, a lo establecido por el fabricante Microsoft en su página Web oficial, y que no es sino consecuencia de su conocimiento y *expertise* trasladado a los requerimientos y necesidades del órgano de contratación y valorados en el Criterio 4 de la oferta técnica, y que mi representada llevará a efecto en la fase de ejecución del contrato. (...)”.

7º.- En atención a las consideraciones que han sido expuestas, no cabe apreciar en este caso el error material o aritmético en el que se sostiene la pretensión ejercitada en el recurso.

Como afirma informe jurídico al recurso, el Consejo de Estado, en su dictamen núm. 43.184/1981, de 11 de junio, ya sostuvo que “Cuando la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que en cualquier momento podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos, se está refiriendo a los que la doctrina, desde Savigny, denomina ‘errores obstativos’, que se producen siempre que una declaración de voluntad no coincide con el sentido exacto de la voluntad misma que se quiso expresar. Son errores de expresión, equivocaciones gramaticales o de cálculo, tales como el lapsus, la errata, el nombre equivocado, la omisión involuntaria, el error en la suma de cantidades, etc. Únicamente este tipo de errores y no los que vienen de la voluntad (in re, in persona, in causa) son los que pueden

rectificarse en cualquier momento. Porque no se trata de anular ningún acto o resolución, sino de reconducirlo a los propios términos en que debió ser pronunciado”.

Las alegaciones realizadas por la adjudicataria en vía de recurso descartan que nos encontremos en tal situación, en la medida en que reafirma que su oferta, tal como aparece formulada en la licitación, se refiere a un período de recuperación 44 días y justifica la forma o técnicas mediante las que es posible mantener los elementos eliminados durante más de 30 días, acudiendo a la información que proporciona el mismo enlace que aporta la recurrente a la página web oficial de Microsoft.

De este modo, no cabe entender acreditado el error aritmético que se invoca en el recurso ni, en consecuencia, el error en la valoración en la que se basa la adjudicación, lo que conduce a desestimar la pretensión de anulación ejercitada.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 59 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Nubalia Cloud Computing, S.L., frente al Decreto del Presidente de la Diputación Provincial de Zamora nº2024-1572, de 2 de abril de 2024, por el que se adjudica el contrato de servicios de suscripción a una suite integrada de herramientas de comunicación y colaboración en la nube para los usuarios de la Diputación provincial de Zamora, sus entes dependientes, Ayuntamientos menores de 20.000 habitantes, Mancomunidades y Entidades locales menores de la provincia de Zamora, expediente nº 2398/2023.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la

interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).