

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 1 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don N.S.G., en nombre y representación de Telefónica de España, S.A. y de Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante Telefónica), licitadoras en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getafe por el que se adjudica el contrato para la prestación de “Servicios de telecomunicación e infraestructura telemática para el Ayuntamiento de Getafe”, número expediente 76/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 25 de febrero de 2016 y 19 de abril de 2016 se publicó respectivamente, en el DOUE y en el BOE, y el 20 de abril de 2016 en el perfil de contratante del citado Ayuntamiento, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios valorables mediante fórmula, con un valor estimado de 2.760.000 euros.

Conviene advertir que en la cláusula 12 del PCAP, relativo a Propositiones y documentación regula cómo debe presentarse la documentación para la licitación y

distingue el contenido del sobre 1 “documentación administrativa” y en el apartado g) indica *“memoria técnica de la oferta presentada por el licitador, con el contenido que se describe en la cláusula 9 del pliego de prescripciones técnicas”*. El sobre número 2 denominado “Proposición” se corresponde con la oferta y deberá contener los documentos que a continuación se detallan:

- “1) La proposición, redactada con arreglo al modelo inserto a continuación.*
- 2) La documentación, en su caso, que, como criterios que servirán de base para la adjudicación del expediente, se señala en los apartados 2 a 11 del Anexo a este pliego”.*

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en su apartado 9 “contenido de las ofertas” describe la estructura según la cual deberá elaborarse la memoria técnica de las ofertas presentadas. Debe recoger un proyecto en el que se contemplen las especificaciones técnicas y condiciones descritas en dicho pliego, así como una propuesta de estructura para los servicios prestados y el equipamiento suministrado. Para la elaboración de la propuesta los licitadores deberán basarse en los requerimientos recogidos en el PPT.

La cláusula 15 del PCAP, relativa a los criterios de adjudicación establece que la propuesta de adjudicación se realizará de acuerdo con los criterios de adjudicación relacionados en el Anexo a este pliego, según el cual *“La valoración de la ofertas podrá alcanzar una puntuación máxima de 200 puntos, sumando las valoraciones individuales de los siguientes apartados, según las fórmulas y criterios objetivos expresados en cada caso:*

- 1. Precio: Hasta 100 puntos.*
- 2. Ancho de banda para Centros: Hasta 24 puntos.*
 - 2.1 Ancho de banda ofertado para Centros de nivel 0: Hasta 3 puntos.*
Ancho de banda mínimo exigido: 1Gbps garantizados en cada Centro.
 - 2.2 Ancho de banda ofertado para Centros de nivel 1: Hasta 12 puntos.*
Ancho de banda mínimo exigido: 100 Mbps garantizados en cada Centro.
 - 2.3 Ancho de banda ofertado para Centros de nivel 2: Hasta 6 puntos.*

Ancho mínimo exigido: 10 Mbps garantizados por Centro.

2.4 Ancho de banda ofertado para Centros de nivel 3: Hasta 3 puntos.

Ancho mínimo exigido: 2 Mbps garantizados por Centro.

-3. Acceso a Internet corporativo: Hasta 20 puntos.

Caudal mínimo exigido: Dos accesos simétricos garantizados de 100 y 50 Mbps.

El ancho de banda ofertado se define como la suma del caudal de los dos canales.

-4. Servicio de telefonía y líneas de backup: Hasta 15 puntos.

La oferta del servicio de telefonía completo cumpliendo los requisitos establecidos en el pliego se valorará con 5 puntos si todos los enlaces de acceso de centralita a red telefónica del proveedor son de fibra óptica y o si se emplea otra tecnología menos fiable. Se darán 7 puntos adicionales si el adjudicatario instala líneas de backup (mediante accesos primarios con redundancia física respecto al enlace principal, tanto si este se implementa con tecnología de red de nueva generación como con primarios RDSI), cuya finalidad será la de permitir que el Ayuntamiento siga cursando llamadas con el exterior en caso de caída del enlace principal.

Finalmente se adjudicarán hasta 3 puntos adicionales a las ofertas que incluyan extensiones y terminales de telefonía en la nube integradas en la telefonía corporativa.

-5. Plataforma cloud de respaldo: Hasta 10 puntos.

Aquellas ofertas que incluyan plataforma cloud de respaldo deberán ubicar ésta en un data center que cumpla como mínimo con la certificación TIER III. Las ofertas que no cumplan con este requisito se valorarán con 0 puntos en este apartado.

-6. Usuarios de comunicaciones unificadas: Hasta 10 puntos.

Comprenderán al menos las siguientes características:

- Número de usuarios mínimo: 60.*
- Todas aquellas que se den en la telefonía tradicional.*
- Softphone para PCWindows.*

- *Integración avanzada con cascodos.*
- *Softphone para Smartphone.*
- *Comunicador (web, PC y móvil 3G).*
- *Presencia y Mensajería instantánea.*

Aspecto de valoración: número usuarios integrados en el sistema de comunicaciones unificadas.

- 7. *Actualización, configuración y mantenimiento del equipamiento LAN (Red de Área Local) y seguridad perimetral: Hasta 5 puntos.*

Se valorará el número de incidencias de configuración mensuales máximo ofertada, con un mínimo de 8.

- 8. *Precio cuota mensual para nuevos Centros: Hasta 5 puntos.*

8.1. *Precio cuota mensual para nuevos Centros de nivel 1: Hasta 3 puntos.*

8.2. *Precio cuota mensual para nuevos Centros de nivel 2: Hasta 1,5 puntos.*

8.3. *Precio cuota mensual para nuevos Centros de nivel 3: Hasta 0,5 puntos.*

- 9. *Renovación total del parque de terminales móviles a los 18 meses del contrato (6 meses de adelanto a lo indicado en el pliego): 5 puntos.*

- 10. *Soluciones de Gestión y seguridad del dispositivo móvil para todos los sistemas operativos que tenga el Ayuntamiento desplegados: Hasta 4 puntos.*

- 11. *Instalación a petición y mantenimiento de líneas de acceso a Internet temporales: 2 puntos”.*

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 2 licitadoras, una de ellas la recurrente.

En la reunión de la Mesa de contratación de 27 de junio de 2016, se hace constar por los técnicos municipales, que los apartados 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 10 de los criterios de valoración de la oferta de Vodafone se encuentran dentro de la Memoria Técnica incluida en el sobre número 1 y solamente se encuentran en el sobre

número 2 aquellos aspectos que son de valoración económica. En consecuencia, siguiendo el criterio adoptado por los tribunales competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación, acuerdan que la inclusión de documentación en el sobre incorrecto se trata de una irregularidad formal que no puede tener efectos invalidantes ya que no existe una merma material alguna de las garantías de la contratación y no se ven afectados los principios de igualdad de trato y no discriminación, dado que no se contemplan en el expediente que nos ocupa criterios cuya cuantificación dependan de un juicio de valor.

Del análisis de las ofertas presentadas por ambos licitantes resultó la puntuación obtenida por cada uno de ellos y reflejada en el Acta número 3 de la Mesa de Contratación de fecha 26 de septiembre de 2016, en la que se propone clasificar las proposiciones presentadas según el orden decreciente de valoración siguiente:

| | Licitador | Puntuación total |
|---|--|-------------------------|
| 1 | Vodafone España | 173,8489 |
| 2 | UTE Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U. | 133,9009 |

Tercero.- El día 18 de noviembre de 2016 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Telefónica, en el que se solicita que se anule su exclusión y que se ordene al órgano de contratación que anule el acto de adjudicación que se recurre y la retroacción de las actuaciones en el expediente de referencia al momento en el que debió rechazarse la proposición de Vodafone.

Cuarto.- Con fecha 22 de noviembre de 2016 se remite a este Tribunal el recurso, el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

En el indicado informe el órgano de contratación sostiene la adecuación a derecho de la decisión de la Mesa de contratación.

Quinto.- Con fecha 22 de noviembre de 2016 el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación.

Sexto.- Con la misma fecha se concedió a los interesados trámite de audiencia, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiéndose presentado escrito de alegaciones de la empresa Vodafone, en la que solicita la desestimación del recurso por tratarse de un contrato con exclusivamente criterios de valoración objetivos y tratarse de un simple error formal consistente en la inclusión de documentación del sobre 2 en el sobre 1, que no incide en modo alguno en la valoración de la oferta de los licitadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Telefónica ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, el mismo se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a

2.760.000 euros, por lo tanto sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición cabe señalar que el Acuerdo por el que se adjudica el procedimiento para la prestación de los servicios de telecomunicación e infraestructura telemática para el Ayuntamiento de Getafe se adoptó el 19 de octubre de 2016, que fue notificado el 31 de octubre. El recurso ha sido interpuesto el día 18 de noviembre de 2016 por lo que está en plazo.

Quinto.- El recurrente solicita la anulación de la adjudicación por vulneración de los artículos 145 y 160 del TRLCSP y del PCAP que rige esta licitación al incluir la adjudicataria en el sobre 1 documentación correspondiente a la proposición económica, que debía permanecer secreta hasta el momento en que las ofertas debieran ser abiertas.

Por otra parte el órgano de contratación así como la adjudicataria reconocen que los aspectos relativos a los criterios de valoración 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 10 de la oferta de Vodafone se encuentran dentro de la Memoria Técnica incluida en el sobre número 1 “documentación administrativa”, a pesar de lo cual dado que *“no se contemplan en el expediente que nos ocupa criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”*, por lo que no se ven afectados los principios de igualdad de trato y no discriminación, resulta procedente la actuación de la Mesa de contratación.

Según el escrito de alegaciones, tanto la oferta económica de Vodafone como los aspectos relativos al criterio establecido en el apartado 8 del Anexo del PCAP, -el precio cuota mensual para nuevos Centros niveles 1, 2 y 3- y en el apartado 11 -líneas de acceso a internet temporales-, se han incluido en el sobre 2, y el resto de la documentación relativa a otros criterios no sometidos a un juicio de valor, sino a criterios objetivos, se incluyeron en el sobre 1, incurriendo en una irregularidad que en ningún caso puede influir en la valoración de la oferta ni crear desigualdad entre los licitadores.

Procede por tanto determinar si la inclusión de documentación de los criterios objetivos incluida en el sobre correspondiente a la documentación administrativa determina necesariamente la exclusión del proceso licitador como afirma el recurrente o si se trata de una irregularidad formal como sostiene el órgano de contratación.

Los principios de transparencia, publicidad y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos consagrados en el artículo 1 del TRLCSP constituyen pilares básicos de la contratación pública y su aplicación en la adjudicación de los contratos determina que esta se realice de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. De conformidad con lo cual los artículos 145.1, 145.2, 150.2 y 160.1 del TRLCSP establecen que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública debiendo respetarse el orden para el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 145.2 del TRLCSP *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”*, estableciendo a su vez el artículo 160.1 para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones que: *“El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, (...)”*. En el mismo sentido, la separación de sobres se desarrolla por el artículo 80 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Es criterio general aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que los pliegos tienen el carácter de *lex contractus* y vinculan tanto a los licitadores como al órgano

de contratación, estableciendo el PCAP que rige en esta licitación, en su cláusula 12, que se incluirá en el sobre 2 *“la documentación referida los criterios que servirán de base para la adjudicación del expediente en los apartados 2 a 11 del Anexo”*, si bien todos ellos son relativos a criterios de valoración objetiva que hacen referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Lo sucedido y no discutido por las partes es que la recurrente incluyó en el sobre correspondiente a documentación administrativa información relativa a 9 de los 11 criterios de adjudicación valorables mediante fórmula distintos al precio exteriorizándolos antes del momento procedimental oportuno, hasta el que se debían mantener secretos.

Es cierto que la cláusula 12 del PCAP debería separar la fase de selección de licitadores de la valoración de las ofertas y que la inclusión de una memoria técnica de la oferta presentada se corresponde con otra fase del procedimiento. Sin embargo el pliego no fue impugnado y es claro en cuanto al contenido de cada sobre.

Son numerosos los pronunciamientos de los distintos órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, los cuales mantienen una doctrina prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la ley. A modo de resumen cabe citar el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en su Resolución 22/2013, de 17 de enero (Recurso 328/2012), ha resumido los criterios que ha venido aplicando: *“Este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones*

147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 299/2011, referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011)".

La inclusión en el sobre correspondiente a documentación administrativa que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad en la valoración de las proposiciones, pues en tales casos habría de producirse la exclusión de la oferta en cuestión.

La separación de las fases de procedimiento a que se refieren los artículos 145 y 160 antes mencionados pretende garantizar la objetividad e imparcialidad de la Mesa además de la necesaria transparencia y publicidad que el TRLCSP requiere para la apertura de las proposiciones de los licitadores en cuanto a los criterios valorables en cifras o porcentajes. Mientras al acto de apertura de la documentación prevista en el artículo 146 del TRLCSP carece de especiales formalismos, el acto de apertura de la proposición debe hacerse con sujeción a las disposiciones legales relativas no solo a la necesidad de hacerlo en acto público sino además observando un especial orden en el conocimiento y valoración de los diferentes elementos que la componen. Es decir, no se trata solo de establecer un procedimiento ordenado de apertura en cuyo caso podría admitirse que la falta de cumplimiento no determinase de forma inevitable la exclusión de las empresas incumplidoras, si no que el verdadero propósito de dicho formalismo es garantista de un trato no discriminatorio

e igualitario, de la transparencia y publicidad del procedimiento, de manera que cuando la apertura del sobre que contiene los requisitos previos para contratar implique el conocimiento total o parcial de la oferta por incluir datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse la exclusión de dicho licitador.

La regla del secreto de las proposiciones tiene por base dos principios básicos: el primero, evitar manipulaciones de los licitadores y garantizar la fiabilidad del sistema con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del mismo favoreciendo la presentación de ofertas competitivas al desconocer las de las demás empresas. Cabe recordar que la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa se hace en sesión no pública de la Mesa de contratación mientras que las proposiciones deben ser abiertas en sesión pública. En segundo lugar, se pretende garantizar que las ofertas económicas no sean conocidas cuando sean objeto de valoración de proposiciones técnicas susceptibles de juicio de valor, para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en esos aspectos sujetos a fórmula o porcentaje. Por otra parte el secreto de las proposiciones no alcanza solo a los demás licitadores sino también a los gestores del expediente de contratación, incluidos los miembros de la Mesa de contratación. Ello supone que la presentación de la documentación ha de hacerse con observancia de los requisitos formales exigible y cumplimiento de todas y cada uno de los trámites procedimentales previstos.

Aunque en el supuesto que nos ocupa, tal como alega la recurrente únicamente se valoran criterios sujetos a fórmula sin que hayan de intervenir otros criterios en el resultado y sin que conocer o no previamente algunos de los elementos de la oferta puedan influir en la puntuación, lo cierto es que se ha alterado la igualdad de los licitadores al quebrar el secreto de una de las ofertas. Cabe preguntarse qué sentido tiene tanta formalidad respecto a la apertura de las ofertas en acto público en que tanto la Administración como el resto de competidores conocerán las ofertas, si se admitiera como defecto intrascendente que parte de las proposiciones se hayan abierto y conocido días antes. En definitiva, el error en la

introducción en un sobre o en otro de documentación valorable mediante fórmula, no tendría trascendencia si no fuera porque dichos formalismos pretendan garantizar un principio esencial de la contratación, cual es el secreto de las ofertas hasta la apertura conjunta y en acto público único de todas las ofertas.

En el mismo sentido se pronuncian el informe 43/02, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva del Estado en relación con la inclusión de documentación técnica en el sobre de administrativa, criterio reiterado en el informe 20/07, de 26 de marzo; los Informes 62/08, de 2 de diciembre y 30/11, de 15 de diciembre, de la Junta Consultiva del Estado; asimismo los Informes 20/2008, de 27 de noviembre, de la JCCA de Andalucía y 9/2012, de la misma Junta Consultiva y el Informe 12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Aragón.

Por todo lo anterior, se estima que habiéndose incluido en el sobre de documentación administrativa información concreta que permite conocer algunos aspectos de la oferta económica no se ha respetado el secreto de las ofertas y procede la exclusión de Vodafone.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don N.S.G., en nombre y representación de Telefónica de España, S.A. y de Telefónica Móviles España, S.A.U., licitadoras en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getafe por el que se adjudica en el contrato para la prestación de “Servicios de telecomunicación e infraestructura

telemática para el Ayuntamiento de Getafe”, procediendo la exclusión de la oferta de Vodafone.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.