

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

En Madrid, a 16 de enero de 2019.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don A.G.M. en nombre y representación de Orange Espagne S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación por la que se le excluye de la licitación del lote 1 y contra la adjudicación y su exclusión del contrato mixto de “Servicios de Telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente: 300/2018/00711, tramitado por el Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 12 y 13 de septiembre de 2018, se publicó respectivamente, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE anuncio de licitación del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, un valor estimado de 74.587.346,38 euros y dividido en cinco lotes.

Interesa destacar a efectos de resolver el presente recurso el apartado 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP): *“19.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación.*

Sobre de documentación criterios evaluables mediante juicios de valor:

Cada licitador deberá presentar en su oferta una Memoria Técnica, de acuerdo con lo requerido en la cláusula 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

Sobre de documentación criterios evaluables mediante fórmula:

Cada licitador deberá presentar su oferta económica de acuerdo con el Modelo de proposición; y así mismo, deberán aportar el catálogo de servicios con los precios unitarios ofertados, que incluya la siguiente información:

Lote Índice Código Descripción del Servicio Precio unitario (IVA no incluido)."

Interesa destacar también el apartado 3.11 "Modelo de facturación" del Pliego de Prescripciones Técnicas: "Los licitadores ofertarán un Catálogo de Servicios, donde se desglosarán de forma detallada los diferentes servicios incluidos en su oferta indicando precio de alta y precio mensual sin IVA, tanto para los obligatoriamente exigibles como para otros servicios adicionales que los licitadores opten por ofertar y que pueden ser interesantes para IAM para su contratación adicional, en algún momento del periodo de ejecución del contrato, usando para ello la Reserva sin Cargo en los lotes previstos o realizando la oportuna modificación.

Como mínimo se deberán incluir los servicios ofertados y nombrados en el PPTP en cada lote, así como al menos los servicios actualmente disponibles para el público en general".

Así como el apartado 6.3 del pliego de prescripciones técnicas (PPT):

"6.3 Requisitos técnicos y funcionales por servicio.

Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos técnicos y funcionales que se detallan a continuación, el adjudicatario de este Lote será responsable, como mínimo, de suministrar, operar y mantener todos los medios y servicios detallados en la Situación Actual".

La cláusula 6 expone con profusión cada grupo de servicios y los subservicios que alberga, se procede a resumir con los enunciados dicha exposición:

1. Servicio de interconexión de datos: (Dividido en 7 servicios detallados de interconexión de datos)

2. Servicios de acceso a la red pública de voz fija: (Dividido en 7 servicios detallados de acceso a la red pública de voz fija).
3. Servicio de gestión y operación de la plataforma corporativa de Telefonía: (Dividido en 13 servicios detallados de acceso a la red pública de voz fija).
4. Acceso a Internet Corporativo y no Corporativo: (Dividido 6 servicios detallados de acceso a Internet Corporativo y no Corporativo).
5. Servicio de Registro de Dominios de Internet (DNS)
6. Servicio de Caché de Contenidos: (Dividido en 2 servicios)
7. Servicio de Distribución de Contenidos Multimedia
8. Servicios de Ciberseguridad (SOC), protección DDoS y acceso seguro a red: (Dividido en 4 servicios de Ciberseguridad (SOC), protección DDoS y acceso seguro a red).

A la licitación del lote 1 se presentaron dos ofertas, la de la recurrente y la de Telefónica España S.A.

Segundo.- Con fecha 26 de noviembre de 2018 la Mesa de Contratación del IAM del Ayuntamiento de Madrid, acuerda excluir a Orange de la licitación referida por incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones en cuanto a la aportación de un catálogo de servicios completo y sus precios como parte de la oferta económica.

Dicho acuerdo fue notificado el día 28 de noviembre de 2018.

Por ello, el 30 de noviembre de 2018 la empresa solicitó acceso al expediente administrativo, para así constatar, entre otras cuestiones, las posibles infracciones del ordenamiento jurídico.

Con fecha 5 de diciembre el órgano de contratación dio vista del expediente, retirando con anterioridad la totalidad de la documentación técnica y el catálogo de servicios de la otra licitadora, Telefónica España S.A., al haber sido declarada confidencial.

Con fecha 21 de diciembre de 2018 se adjudica el contrato de referencia reflejando el acuerdo la motivación de la exclusión a la licitación de Orange.

Tercero.- Con fecha 20 de diciembre de 2018 se presentó por la representación de Orange recurso especial en materia de contratación, contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta a la licitación. En el mismo, señala la recurrente que el catálogo de servicios presentado alcanza lo requerido en los PCAP y PPT. Asimismo indica que dicho catalogo no está considerado en los PCAP como valorable mediante criterios automáticos, por lo que en este momento no se puede pretender su valoración. Por ello considera necesario comprobar el expediente de licitación a fin de asegurar que las razones de su exclusión son correctas.

Su argumentación se basa en que el órgano de contratación ha vulnerado el derecho a un recurso efectivo, al no permitir que pueda tomar vista del expediente completo, acceder a las versiones electrónicas de los informes técnicos emitidos y especialmente acceder a la documentación completa del otro licitador.

Con fecha 2 de enero de 2019, el recurrente presenta ante este Tribunal nuevo recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 1 del contrato a Telefónica España S.A., y su exclusión, alegando los mismos motivos que en el anterior recurso.

Al día siguiente a la presentación del primer recurso y el 8 de enero de 2019 en cuanto al segundo, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, para que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (LCSP).

Con fecha 2 y 9 de enero de 2018, se ha remitido copia del expediente administrativo y el informe del órgano de contratación.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida a la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Asimismo el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de las mismas.

Cuarto.- Los actos en principio son susceptibles de recurso especial al tratarse de la exclusión de un licitador mediante notificación del acuerdo de la mesa de contratación y posterior adjudicación todo ello en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

En cuanto al objeto del recurso contra la adjudicación del lote 1, está basado que en los mismos motivos que el interpuesto contra el acuerdo de la mesa de contratación, por el que se excluye su oferta a la licitación, obligando a considerar siguiendo la doctrina de este Tribunal valga por todas la resolución número 37/2011, de 13 de junio: *“Sobre la posibilidad de impugnación de forma sucesiva de estos dos actos. A este respecto la Abogacía General del Estado en su Circular 3/2010 en cuanto a esta posibilidad considera que si consta notificación formal del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, el licitador excluido no podrá interponer recurso especial respecto de la adjudicación y dice: ‘La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial en contra el acto de trámite cualificado (artículo 310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, (...) y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato(...). Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario’.*

Este Tribunal comparte el criterio de la Abogacía General del Estado, y aprecia que se dan en este caso los requisitos en ella contenidos ya que consta que la Mesa de Contratación en su reunión de 8 de abril de 2011, en la sesión pública celebrada para apertura de proposiciones, dio a conocer la puntuación otorgada a los criterios

de adjudicación valorables mediante juicio de valor, resultando excluida la empresa recurrente que tuvo conocimiento de ello por estar presente en el acto, como reconoce en el escrito de interposición del recurso”.

Por lo anterior en este caso no cabe la interposición del recurso especial contra este segundo acto al haber sido interpuesto un recurso contra el primero y por los mismos motivos por lo que procede su inadmisión.

Quinto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el día 27 de noviembre de 2018, practicada la notificación al día siguiente e interpuesto el recurso el 20 de diciembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Sexto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta presentada por la recurrente basada en la no aportación del catálogo completo de servicios que se precisa en los pliegos de condiciones.

En primer lugar debemos referirnos a la petición de acceso a la documentación declarada confidencial por Telefónica.

La recurrente alega que sin el acceso a la documentación no examinada del expediente, concretamente el catálogo de servicios presentado por Telefónica, no puede ejercer adecuadamente su derecho de defensa, según se aduce.

Resultan de aplicación los principios inspiradores la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuyos artículos se establece la obligación de transparencia de los poderes públicos y el suministro de información sobre sus actividades, con las limitaciones determinadas en la misma. Igualmente, el derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten viene recogido por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, asuntos T- 461/08 y T- 298/09. En este mismo sentido cabe citar la Resolución 47/2014 de 19 de marzo, de este Tribunal.

En el presente caso la recurrente ha fundamentado perfectamente su recurso tras el acceso al expediente que efectuó en la sede del órgano de contratación, decayendo por esta razón su derecho a la vista del expediente en la sede de este Tribunal. Se debe advertir además que el motivo de su recurso es su exclusión de la licitación, por lo que la documentación del hoy adjudicatario no ofrecerá dato alguno que favorezca o hubiere favorecido a su derecho ni se argumenta que esa documentación presente defectos que motiven igualmente su exclusión, por lo que debe denegarse el acceso solicitado.

En segundo lugar, como cuestión de fondo alega la recurrente que la presentación y alcance de ese catálogo de servicios no está recogida en los pliegos de condiciones, como tampoco está recogida su valoración.

Alega así mismo la imposibilidad de conocer de antemano el contenido requerido por el órgano de contratación de ese catálogo y la inexistencia de cláusula alguna que prevea la exclusión de la oferta por la no presentación del referido documento.

Opone el órgano de contratación la perfecta definición en los pliegos de condiciones de los servicios mínimos exigidos, del contenido y alcance del catálogo, referenciando exactamente las cláusulas y apartados en los que se encuentran detallados en cada uno de los pliegos.

Asimismo, ofrece un amplio estudio sobre los servicios mínimos requeridos y los que constan en el catálogo presentado cuyo resumen es el siguiente:

“1. Servicio de interconexión de datos: El Catálogo de Servicios de la empresa ORANGE no aporta los 7 servicios detallados de interconexión de datos.

2. Servicios de acceso a la red pública de voz fija: El Catálogo de Servicios de la empresa ORANGE no aporta 4 de los 7 servicios detallados de acceso a la red pública de voz fija.

3. Servicio de gestión y operación de la plataforma corporativa de Telefonía: El Catálogo de Servicios de la empresa ORANGE no aporta 8 de los 13 servicios detallados de acceso a la red pública de voz fija.

4. Acceso a Internet Corporativo y no Corporativo: El Catálogo de Servicios de la empresa ORANGE no aporta 4 de los 6 servicios detallados de acceso a Internet Corporativo y no Corporativo.

5. Servicio de Registro de Dominios de Internet (DNS): El Catálogo de Servicios de la empresa ORANGE no aporta el servicio de Registro de Dominios de Internet.

6. Servicio de Caché de Contenidos: El Catálogo de Servicios de la empresa ORANGE cubre el servicio de caché de contenidos.

7. Servicio de Distribución de Contenidos Multimedia: El Catálogo de Servicios de la empresa ORANGE cubre el servicio de distribución de contenidos multimedia.

8. Servicios de Ciberseguridad (SOC), protección DDoS y acceso seguro a red: El Catálogo de Servicios de la empresa ORANGE no aporta los 4 servicios de Ciberseguridad (SOC), protección DDoS y acceso seguro a red”.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los

mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Los pliegos de condiciones que nos ocupan recogen explícitamente la obligatoriedad de presentar el catálogo completo de los servicios que oferta cada licitadora con unos datos concretos. Servicios que son de dos tipos, obligatorios, por así figurar en el PPT y voluntarios que forman parte de la oferta que cada licitador presente.

No se puede confundir los servicios mínimos exigidos con la oferta propuesta por cada licitador, no obstante la segunda inexorablemente deberá contener los primeros pues en caso contrario dicha oferta será excluida de la licitación.

Este Tribunal ha estudiado el catálogo presentado por Orange y siguiendo las manifestaciones del órgano de contratación ha comprobado que efectivamente no recoge la totalidad de los servicios requeridos en los pliegos.

Se ha de advertir que el catálogo forma parte de la oferta económica, por lo que siguiendo lo establecido en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es imposible su subsanación, toda vez que conllevaría la alteración de la oferta inicialmente propuesta.

Por último destacar que este catálogo en ningún momento ha sido valorado de forma independiente por el órgano de contratación, decayendo ante esta realidad la argumentación esgrimida por el recurrente sobre valoraciones de las ofertas no recogidas en los pliegos.

Por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Acumular los recursos interpuestos por don A.G.M. en nombre y representación de Orange Espagne S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 27 de noviembre y contra el acuerdo de adjudicación de fecha 27 de diciembre por la que se excluye a esta empresa de la licitación del lote 1 del contrato mixto de “Servicios de Telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente: 300/2018/00711, tramitado por el Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid.

Segundo.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Antonio García Martínez en nombre y representación de Orange Espagne S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación por la que se excluye a esta empresa de la licitación del lote 1 del contrato mixto de “Servicios de Telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente: 300/2018/00711, tramitado por el Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid

Tercero.- Inadmitir el recurso presentado por don A.G.M. en nombre y representación de Orange Espagne S.A., contra la adjudicación y su exclusión de la licitación del lote 1 del contrato mixto de “Servicios de Telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente: 300/2018/00711, tramitado por el Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid.

Cuarto.- 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 58 de la LCSP.

Quinto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto.- 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 59 de la LCSP.