

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

En Madrid, a 27 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.F.A., en nombre y representación de “Asesoría e Infraestructuras de Comunicación, S.L.”, (en adelante AMIC) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de modernización y mantenimiento de la red corporativa y de los sistemas que la soportan”, del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, expediente 023SER, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de agosto de 2017, se publica en el DOUE y en el perfil del Contratante del Ayuntamiento de las Rozas de Madrid, poniendo los pliegos a disposición en esa fecha, y el 14 de agosto en el BOE, la convocatoria de licitación para la prestación del servicio mencionado con pluralidad de criterios, todos objetivos y un valor estimado del contrato de 1.145.977,62 euros.

Interesa destacar en relación con el motivo del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula XVII establece siete

criterios de adjudicación, todos cuantificables por fórmulas, constando la descripción del criterio y la forma de atribución de la puntuación. Entre ellos y valorado con 15 de los 100 puntos, el VI que es al que se refiere el recurso:

“VI. Nivel de soporte crítico con presencia global internacional (al menos en Europa y Estados Unidos), 15 puntos.

- Se otorgaran 15 puntos a las ofertas que se comprometan y ejecuten que el nivel de soporte crítico (servicio 24*7 de resolución de incidencias), descrito en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) 5.1.4, tenga presencia global internacional, al menos Europa y Estados Unidos.”*

El PPT en su apartado 5.1.4 exige que *“El contratista deberá justificar su capacidad para asumir el servicio a través del cumplimiento de los siguientes mínimos que garanticen un óptimo en el cumplimiento:*

- (...)*
- Nivel de soporte crítico del servicio. El centro de soporte debe de justificar el cumplimiento de sus procedimientos conforme a los estándares necesarios en este tipo de prestaciones, en las competencias del ámbito del proyecto:*
 - Sistema certificado de gestión de los servicios, conforme al estándar ISO/IEC 20000-1 con competencias específicas para el ámbito del proyecto: mantenimiento correctivo y gestión de fallos, mantenimiento preventivo, soporte a la operación y administración, gestión de garantía de fabricantes y monitorización asistida”.*

Segundo.- A la licitación han concurrido tres empresas, ninguna de ellas es la recurrente.

El 24 de agosto de 2017, la representación de AMIC presentó ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación en el que solicita que se anulen los pliegos por los que ha de regirse el contrato, por lo que se refiere a la exigencia del criterio de adjudicación del apartado VI.- Nivel de soporte crítico con presencia global internacional (al menos Europa y Estados Unidos), de la cláusula XVII del PCAP, por entender que es abusivo y limita la concurrencia, y no se justifica en un

contrato de “Servicios de modernización y mantenimiento de la Red Corporativa” del Ayuntamiento de Las Rozas, cuyo ámbito geográfico se limita a sus edificios corporativos a lo largo de todo el municipio. Por todo ello solicita se acuerde la anulación del procedimiento.

El órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe 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 informe sostiene que el criterio discutido es una mejora vinculada al objeto del contrato que implica un beneficio significativo en su ejecución sin resultar su valoración restrictiva de concurrencia. En consecuencia, solicita la desestimación del recurso.

Tercero.- Con fecha 13 de septiembre de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento de licitación, no habiéndose presentado ningún escrito de alegaciones.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), que pretende concurrir al procedimiento en mejores condiciones, consiguiendo la eliminación del criterio de adjudicación impugnado.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha presentado en tiempo y forma, pues la publicación de la convocatoria tuvo lugar el 3 de agosto de 2017, poniéndose a disposición de los interesados los pliegos el mismo día, y el recurso se interpuso el día 24 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra los pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Señala la recurrente que el criterio de adjudicación que otorga 15 puntos a las ofertas que se comprometan y ejecuten que el nivel de soporte crítico, servicio 24x7 de resolución de incidencias, descrito en el apartado 5.1.4 del PPT, tenga presencia global internacional, al menos en Europa y Estados Unidos, es desproporcionada al objeto del contrato (mantenimiento de la red corporativa local) y resulta discriminatorio y restrictivo de la libertad de concurrencia.

Opone el órgano de contratación que tal y como están redactados los Pliegos objeto de este contrato puede presentarse cualquier licitador que reúna las condiciones del artículo 54 TRLCSP, incluida la mercantil recurrente, porque la cláusula XVII, punto 1, apartado VI, relativa al *“Nivel de soporte crítico con presencia global internacional”*, no hace referencia a las condiciones de la prestación del contrato ni siquiera a las obligaciones que necesariamente debe asumir el contratista. Se trata más bien de una mejora como criterio de valoración de la oferta directamente vinculada al objeto del contrato, definido en el apartado 2 del PPT como *“la prestación de aquellos servicios que el Ayuntamiento precise para garantizar la continuidad, privacidad e integridad de las comunicaciones en el marco de los servicios tecnológicos prestados en el marco de las comunicaciones de red local y hasta el perímetro de titularidad municipal”*.

Expone que dentro de la llamada *“protección perímetro/ de la plataforma”* en la cláusula 6.5 del PPT se recogen unos requisitos específicos de seguridad entre

los que se encuentran la *“prevención de amenazas en tiempo real, detectando un amplio abanico de malware y exploits de vulneraciones (virus, spyware, gusanos, etc.) y que el departamento de informática ha informado que ‘A mayor abundamiento, se ha incluido la presencia global internacional como mejora del nivel de soporte crítico porque desafortunadamente este Ayuntamiento ya ha sido víctima de varios ataques causados por el virus ‘cryptolocker’ en los que ha sido muy positivo contar con un sistema de soporte ante incidencias críticas con presencia global, que ha contribuido a que la resolución y repercusión de dichos ataques haya sido debidamente minimizada y neutralizada’.”*

El artículo 150.1 del TRLCSP establece que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”,* enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva, pues termina con una referencia a *“otros semejantes”*, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios. En tal sentido, los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación (calidad, precio, cantidad, plazo de ejecución, coste de utilización o rentabilidad técnica).

La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta. Esta diferenciación se ha utilizado, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto C-532/06 (Dimos Alexandroupolis), distingue entre los criterios que pueden utilizarse como *“criterios de adjudicación”* y *“criterios de selección cualitativa”* destinados los primeros a la adjudicación del contrato y a la selección de los operadores los segundos. Asimismo establece esta Sentencia normas para la elección de criterios de adjudicación. Así, señala que si bien es cierto que *“los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1 de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa. (...) Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa sino que están vinculados, en esencia a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.”*

Es de sobra conocido que los criterios de adjudicación, además de relacionados con el objeto del contrato y dirigidos a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, deben ser objetivos de manera que no impliquen discriminación alguna entre los licitadores, tal y como entre otras muchas se ha indicado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, asunto C-31/87, 47 o en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01 EVN y Wienstrom GmbH contra República de Austria *“Debe recordarse que el principio de igualdad de trato de los participantes en una licitación, que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias, de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-0000, apartado 73), significa, por una parte, que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas*

por la entidad adjudicadora (sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 34)”.

En el TRLCSP se atiende a preservar este principio de igualdad, entre otras, con la prevención contenida en el apartado d) de su artículo 32 que señala que serán causa de nulidad *“Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”*

En el caso analizado se comprueba que no se trata de requisitos de solvencia, necesarios para contratar con la Administración, sino de criterios de adjudicación. Además tres licitadoras han presentado oferta a este procedimiento y no han realizado alegaciones o impugnado el criterio objeto de debate, no quedando acreditado en modo alguno el carácter restrictivo del criterio. Por todo ello debemos considerar que no existe evidencia de que se haya producido una restricción indebida de la concurrencia.

Por otra parte, en cuanto al contenido del criterio y su valoración, ni se hace referencia a marcas, productos o fabricantes singularizados ni es este criterio el único considerado, ni tampoco resulta su valoración determinante (15/100 puntos) para la adjudicación del contrato, por lo que tampoco se puede considerar que el mismo limite las oportunidades de los potenciales licitadores.

Debe desatacarse que el hecho de que la red corporativa este referida a los equipos e instalaciones existentes en los edificios municipales, no obsta para que se vea atacada por *hackers* que pueden operar desde ámbitos territoriales superiores al del municipio y que podrían poner en peligro los servicios no solo internos sino también externos del Ayuntamiento (Policía Local, Servicios de emergencias, etc.). En consecuencia, razones de seguridad de la red pueden hacer aconsejable la introducción del criterio de valoración examinado.

Como ha señalado este Tribunal en otras ocasiones no resulta restrictivo de la libre competencia el establecimiento de requisitos, o prescripciones en los pliegos que encuentren justificación en las necesidades del órgano de contratación, correspondiendo al mismo determinar las mismas y la forma de satisfacerlas a través de la contratación pública. En relación con el reparto de puntos que se realiza, y la determinación de la ponderación de la puntuación que se otorga a cada cuestión entra dentro del criterio discrecional técnico del órgano de contratación su determinación, sin que a priori pueda señalarse que existe desproporción, falta de relación con el objeto del contrato o vulneración de la igualdad o la concurrencia con tal determinación.

Por todo ello, habiéndose justificado idoneidad del criterio de acuerdo con las necesidades objeto del contrato, procede desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.F.A., en nombre y representación de “Asesoría e Infraestructuras de Comunicación, S.L.” contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de modernización y mantenimiento de la red corporativa y de los sistemas que la soportan”, del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid. Expediente 023SER.

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.