

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

En Madrid, a 26 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Tradeseegur S.A. (Tradeseegur) contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local por la cual se le excluye y acuerda adjudicar a la empresa Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas de Seguridad S.L. (SICE Seguridad), del contrato mixto de “Suministro, instalación y mantenimiento del nuevo sistema de videovigilancia municipal y lectura de matrículas de altas prestaciones, así como el mantenimiento del sistema de videovigilancia municipal del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes”, expediente 02.07.01.01 2022/45-SS_REYES, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del sector Público el 5 de agosto de 2022 se abre la convocatoria, con un valor estimado de 1.913.828,40 euros. En la misma fecha se publican los Pliegos, rectificándolos el 17 de agosto.

Segundo.- Se presenta recurso especial en materia de contratación el 9 de enero de 2023. Se solicita la nulidad del procedimiento por nulidad absoluta del Pliego de Prescripciones Técnicas al exigir que los fabricantes de equipos de redes de comunicaciones se encuentren en listados en un ranking denominado Cuadrante Mágico de Gartner que no se elabora sobre la base de características objetivas que puedan ser necesarias para la prestación el servicio objeto del contrato, sino conforme a criterios de carácter subjetivos. Por tanto, y como justificaremos, tal disposición del Pliego de Prescripciones Técnicas incurre en una flagrante vulneración de la libre competencia y concurrencia de los licitadores, constituyendo un claro vicio de nulidad de pleno derecho que debe conllevar la anulación de los actos administrativos aquí impugnados y la declaración de nulidad del apartado 2.4.7 del tan mencionado PPT, que dice:

“Para asegurar a calidad de la infraestructura aportada, se requiere que los equipos ofertados, deberán ser de fabricantes que aparecen como líderes al menos una vez en los últimos 4 años en el Cuadrante Mágico de Gartner de redes de comunicaciones”.

Tercero.- Con fecha 13 de enero de 2023, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a que se refiere 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 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- Se ha dado traslado del recurso al adjudicatario en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP, habiendo presentado alegaciones en plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa licitadora excluida de 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). Y que resultaría adjudicataria, de no ser por la exclusión.

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso *prima facie* se interpone en plazo. El 15 de diciembre se notifican los acuerdos impugnados, presentándose el recurso dentro, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los acuerdos de exclusión y de adjudicación de un contrato de servicios, que son actos recurribles, conforme a los artículos 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente impugna por nulidad de pleno derecho la prescripción técnica recogida en antecedentes:

(i) El requisito exigido en el apartado 2.4.7 del PPT vulnera los principios informadores en materia contractual al resultar arbitrario y restringir la libre competencia y concurrencia de los licitadores, por lo que no puede determinar por sí mismo la exclusión de un licitador, siendo una causa de nulidad de pleno derecho del PPT.

(ii) De no haber sido excluida por dicha circunstancia, y fuera cual fuera la puntuación que hubiera obtenido en el apartado de red de comunicaciones conforme al cumplimiento de las exigencias técnicas del PPT, UTE Tradeseegur-CISS, que ostentaba la mejor oferta económica, hubiera resultado adjudicataria del contrato mixto.

En lo que interesa al objeto del recurso, la impugnación del primer punto se basa en:

(i) Descripción y finalidad del Cuadrante Mágico de Gartner.

(ii) El Cuadrante Mágico de Gartner no determina los mejores fabricantes, a nivel técnico, de equipos de redes de comunicaciones IT.

y (iii) La admisibilidad de la utilización del Cuadrante Mágico de Gartner como herramienta de selección de proveedores.

Extensamente se describe la finalidad del cuadrante, su implementación como consecuencia de las opiniones emitidas por los clientes de los servicios y además se afirma que no tiene vinculación alguna con el objeto del contrato: un criterio no valorable mediante fórmulas (sujeto a juicio de valor) basado en la aparición de los fabricantes como líderes en un informe de una consultora tecnológica que sólo posiciona a los proveedores por las tendencias del mercado y posicionamiento estratégico, y no, por las especificaciones técnicas concretas del equipo de red de comunicación ofertado, determina su falta de vinculación al objeto del contrato. La aparición o no de los fabricantes en el Cuadrante Mágico de Gartner no puede en ningún caso determinar la admisión o exclusión de un licitador.

El recurrente licitador no ha tenido conocimiento de las consecuencias del incumplimiento de la prescripción hasta su exclusión, siendo de aplicación la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea al respecto (Sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan) y del Tribunal Supremo, en su Sentencia 398/2021 (rec. 4883/2019).

Fundamenta la nulidad en la imprecisión de los Pliegos en relación con los criterios de valoración (Resolución número 200/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC, de 27 de febrero, y las demás que se

citan). *“Procede declarar la nulidad de pleno derecho del párrafo donde se exige la aparición de los fabricantes como líderes en el Cuadrante Mágico de Gartner de la Cláusula 2.4.7 del PPT, al vulnerar el artículo 47.1.a) por infracción de la igualdad ante la Ley y no discriminación amparada en el artículo 14 de nuestra Constitución, por imponer restricciones desvinculadas del objeto del Contrato y que vulneran los principios de objetividad, proporcionalidad y libre competencia entre licitadores, ya que limita la libertad del licitador para proponer una oferta lo más ventajosa posible de una manera discrecional, y ello debido a que esta limitación en ningún caso puede contemplarse como un criterio que permita concretar la mejor oferta que satisfaga las necesidades del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes”.*

El órgano de contratación solita la desestimación del recurso, por tratarse de una impugnación indirecta de los Pliegos y, por tanto extemporánea, con cita de doctrina contractual:

“Debe recordarse que, el Cuadrante Mágico de Gartner es el resultado de la investigación realizada por la empresa Gartner Inc. (empresa consultora y de investigación) sobre diferentes materias, entre ellas, TI. El Cuadrante Mágico de Gartner se utiliza como referencia internacional para determinar qué empresas o fabricantes son las que mejor compiten en el mercado, valorando sus productos, negocio a largo plazo y otras variables que ayudan al cliente final a considerar los mejores proveedores de tecnología. Aunque el informe que elaboran es privado, la información de los proveedores de TI que aparecen en dicho Cuadrante Mágico de Gartner es pública ya que es publicitada por los propios proveedores.

Dicha cláusula 2.4.7, como decimos, era de pleno conocimiento por todos los licitadores, incluido el ahora recurrente, sin que pueda considerarse a la misma incomprensible o carente de claridad. Esto es, todos los licitadores pudieron comprender las condiciones de la licitación, y, de no haber estado de acuerdo con aquellas, podrían haber impugnado los pliegos en el plazo otorgado a tal fin, algo que no sucedió.

Esto supone que el licitador asumió de forma incondicionada y sin salvedades el contenido de la totalidad de las condiciones recogidas en los pliegos, incluida la cláusula que ahora señala como nula de pleno derecho. No acomodándose su

proposición a dicho clausulado, no cabía más que acordar su exclusión del procedimiento, de la misma forma que sucedió con otras 2 mercantiles que se encontraban en la misma situación.

Así, tanto el acuerdo de exclusión como el de adjudicación a la mercantil que sí cumplía con todos los requisitos y que había obtenido la mejor puntuación, resultan acomodadas a derecho”.

El mismo argumento emplea el adjudicatario, quien concluye tras la transcripción de doctrina y jurisprudencia al caso: *“podemos concluir que no existe causa alguna de nulidad de pleno derecho del requerimiento que establece la cláusula aludida por la UTE recurrente, no habiéndose situado a la misma en una situación de desigualdad y desprotección, y como consecuencia de todo ello, las alegaciones de la recurrente frente al acuerdo de su exclusión y el de adjudicación a favor de mi representada, deben ser desestimadas en su integridad”.*

A juicio de este Tribunal el apartado 2.4.7 del Pliego de Condiciones Técnicas Particulares contiene un mandato claro y preciso: *“Para asegurar la calidad de la infraestructura aportada, se requiere que los equipos ofertados, deberán ser de fabricantes que aparecen como líderes al menos una vez en los últimos 4 años en el Cuadrante Mágico de Gartner de redes de comunicaciones”.*

El acuerdo de exclusión se verifica respecto de las empresas Viba Seguridad Inteligente S.L.U, Teva Seguridad S.L. y a la UTE San Sebastián de los Reyes formada por Tradeseegur S.A. y Covert Intelligent Security Systems S.A. (“UTE Tradeseegur-CISS”). Todas ellas a consecuencia de una aclaración solicitada por el servicio técnico. Proponiendo la exclusión a la Mesa en informe de 28 de noviembre sobre la valoración de los criterios de adjudicación no sujetos a fórmula. Consta en la respuesta del recurrente a los servicios técnicos: *“En su oferta se indica que los equipos de la red de comunicaciones serán de los fabricantes KTI Networks y H3C, que no cumplen el requisito especificado en el PPT, en el punto 2.4.7 RED DE COMUNICACIONES (pag. 29) de aparecer como líder en el Cuadrante Mágico de Gartner de redes de comunicaciones IP los últimos 4 años, según se ha explicado*

anteriormente.

En la respuesta a la solicitud de aclaración no realiza ninguna modificación y sigue ofreciendo equipos del mismo fabricante que no cumple dicho requisito”.

No compete a este Tribunal valorar la relevancia de la exigencia técnica para el objeto del contrato, sino simplemente si existe, si está clara y si es un incumplimiento que puede llevar aparejada la exclusión. Todas las extensas explicaciones del recurrente sobre la finalidad del cuadrante de marras, su relación con el objeto del contrato y su admisibilidad como requisito atañen a aspectos técnicos en los que no puede ser sustituido el criterio administrativo por una valoración jurídica del Tribunal de Contratos. Están amparados por la discrecionalidad del órgano de contratación, al que corresponde definir sus necesidades y la forma de satisfacerlas (artículo 28.1 LCSP).

Ciertamente, la discrecionalidad no ampara otras prescripciones técnicas que las necesarias al objeto del contrato, pues las mismas *“proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”* (artículo 126).

Y en base a esos principios son impugnables. Pero, en plazo. Cabe citar aquí el artículo 44, apartado 2.a) de la LCSP, según el cual:

“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”.

El artículo 50.1.b) del mismo texto normativo indica, en relación al cómputo del plazo de quince días hábiles para la interposición del recurso, que:

“b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden

acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.

A falta de impugnación, prima el principio de vinculación positiva a los Pliegos (artículo 139.1 LCSP):

“1. 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”.

Este Tribunal no aprecia que se den las condiciones de aplicación de la doctrina e-Vigilo, para saltar estos plazos, y admitir la impugnación indirecta de los pliegos, porque la cláusula es clara y pudo ser impugnada en su momento. Como decimos en el reciente Recurso 5/2023, de 17 de enero:

“Vistas las alegaciones de las partes, procede destacar que la jurisprudencia viene admitiendo excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurran en motivos de nulidad de pleno derecho, motivos que se deben apreciar de forma excepcional y restrictiva.

La STS de 22 de marzo de 2021 resume de manera diáfana los criterios jurisprudenciales al respecto: <5º Por tanto, lo relevante para esta casación se ventila en dos planos: la posibilidad de impugnar los pliegos al atacarse directamente un acto de aplicación y por qué causas o motivos.

3. Delimitado así lo relevante para esta casación cabe decir lo siguiente respecto de la posibilidad de impugnación indirecta:

1º Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del

contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).

2º Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

3º En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).

4º A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad". En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas.

4. Aparte de las causas de impugnación indirecta deducibles de tal sentencia eVigilo, a estos efectos se plantea cuál es el alcance de las irregularidades que afectan a los principios de la contratación pública del artículo 18 de la Directiva 2014/24, si la causa de la ilicitud de los pliegos -la ausencia de criterios de valoración de las ofertas- debe integrarse en los motivos de nulidad del artículo 47.1

o si cabe su extensión a cualquier otra infracción conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015. Esta Sala entiende que debe integrarse con los motivos de nulidad de pleno Derecho por las siguientes razones:

1º Se trata de compaginar una excepción a la regla general de que los pliegos firmes y consentidos son inatacables por las razones expuestas en el anterior punto 3 de este Fundamento de Derecho. Por tanto, tal posibilidad de impugnación indirecta debe apreciarse restrictiva y excepcionalmente.

2º Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo -como referencia-, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio, de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017).

3º Esa referencia a los casos de nulidad de pleno Derecho se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP 2017 que prevé lo siguiente: " Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho >.

Aplicando el criterio jurisprudencia al caso que nos ocupa, procede destacar en primer lugar, que no se aprecia que se den las exigencias requeridas por el TJUE en la citada sentencia e-Vigilo en cuanto que "licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Dado que la cláusula controvertida es una transcripción del artículo 90.1.a) de la LCSP, siendo clara y diáfana, resulta evidente que la recurrente pudo comprender las condiciones de la licitación en el momento de presentar su oferta, pudiendo haber recurrido los pliegos en el momento procedimental oportuno, en lugar de esperar a la fase de adjudicación del contrato en el que se materializó su exclusión, ya que en la fecha de publicación de los pliegos era perfectamente conocedor de las circunstancias que

ahora alega para impugnarlos.

Por consiguiente, este Tribunal no aprecia que se den los requisitos exigidos por el TJUE (sentencia e-Vigilo) para que proceda la impugnación indirecta de los pliegos”.

Tampoco se aprecia el cumplimiento a los requisitos que para tal fin son exigidos por la jurisprudencia del TS, en cuanto que el recurso debe fundamentarse en una causa de nulidad de pleno derecho”.

Aplicando esta doctrina al caso presente, el apartado 2.4.7 del Pliego de Condiciones Técnicas es claro y preciso, pudiendo el recurrente impugnarlo en su momento, no se dan las circunstancias para apreciar al caso la doctrina e-Vigilo.

Tampoco se aprecia causa alguna de nulidad de pleno derecho. No se desarrolla este punto por el recurrente, centrado en la improcedencia técnica del requisito de *“aparecer como líder en el Cuadrante Mágico de Gartner de redes de comunicaciones IP los últimos 4 años”*, pero de existir sería una cuestión de anulabilidad, no de nulidad de pleno derecho, y podría haberlo alegado perfectamente en un recurso contra Pliegos. No se aprecia vulneración del principio de igualdad ni de ninguna otra infracción incurso en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (por remisión del 39 de la LCSP). De hecho, es un requisito que cumplen 4 licitadores, que continuaron en el procedimiento. Y los otros licitadores requeridos por los servicios técnicos acerca del cumplimiento del requisito no lo cuestionaron, sino que ofrecieron otros equipos que sí cumplían con el cuadrante:

“En la respuesta a la solicitud de aclaración indican que acatan las condiciones del pliego y proponen nuevos fabricantes que cumplen dicho requisito referente al Cuadrante Mágico de Gartner (sin variar el precio de la oferta). No obstante, al tratarse de un cambio de los términos de su oferta inicial cuyos datos se dan por ciertos, se solicita a la Mesa decida si dicha modificación es admisible o se excluye de la licitación al presente pliego”.

También, es un requerimiento, cuya exigencia se puede constatar fácilmente

en los pliegos de prescripciones técnicas de muchas licitaciones publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público, que no están recurridas.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación empresa Tradesegur S.A. contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local por la cual se le excluye y acuerda adjudicar a la empresa Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas de Seguridad S.L., del contrato mixto de “Suministro, instalación y mantenimiento del nuevo sistema de videovigilancia municipal y lectura de matrículas de altas prestaciones, así como el mantenimiento del sistema de videovigilancia municipal del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes”, expediente 02.07.01.01 2022/45-San Sebastián de los Reyes.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento ex artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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.