

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

En Madrid, a 15 de febrero de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, (en adelante TELEFÓNICA) contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de “Servicios de infraestructura de red (LAN, WAN, WIFI), acceso a internet y comunicaciones de voz del Ayuntamiento de Coslada”, Expediente: 2022/13, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 9 de enero de 2024, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la adjudicación del contrato de referencia.

El valor estimado de contrato asciende a 1.127.080 euros y dispone de un plazo de ejecución de 48 meses.

Segundo. - El 30 de enero de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por TELEFÓNICA, contra los Pliegos que han de regir la licitación del contrato de referencia.

Tercero. - El 7 de febrero de 2023, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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. - 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 se ha presentado por una empresa potencial licitadora, por lo que está legitimada en base a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Este Tribunal tiene acordado como criterio interpretativo de la legitimación del recurrente no licitador el análisis exclusivamente del perjuicio que le causen las cláusulas de los pliegos de condiciones al recurrente, sin atender a la presentación o no de proposición.

Dicho criterio se basa fundamentalmente en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 28/11/2018, asunto C-328/17, ECLI: EU:C:2018:958) que se enmarca en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, sobre el procedimiento de recurso en contratación pública, que señala que *“Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.”*

La propia jurisprudencia citada del TJUE entiende legitimado al operador económico que no ha presentado oferta si impugna cláusulas de los pliegos que le impiden dicha presentación incluyendo no solo las condiciones de solvencia de la empresa o aptitudes para contratar, sino también aquellas cláusulas que le impidan presentar una oferta viable y justificada.

En el presente caso, se entiende que confluye esta circunstancia al impugnar la prohibición de subcontratación que consta en los pliegos, que puede afectar de manera determinante a la presentación de su oferta.

Por todo ello consideramos que en este concreto caso el recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP está legitimado para la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones al considerar que sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso y que le han podido impedir la presentación de oferta.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 9 de enero de 2024, e interpuesto el recurso el día

30 del mismo mes, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra los liegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto. - El recurso se fundamenta en que el apartado 12 del PCAP se prohíbe la subcontratación, considerando que esta prohibición no es ajustada a Derecho.

La recurrente manifiesta que en dicho apartado se establece una prohibición generalizada y absoluta a la subcontratación, sin entrar en mayores justificaciones que el indicar la especialización del servicio: *“...Al ser un servicio muy especializado se debe considerar que la subcontratación no cabe para poder garantizar la calidad necesaria en el global de las telecomunicaciones del Ayuntamiento...”*.

A su juicio, esta cláusula vulnera el artículo 215 de la LCSP, ya que esta justificación no encaja en ninguna de las excepciones establecidas en la LCSP al no tratarse de un contrato de carácter secreto, reservado o en el que deban aplicarse medidas de seguridad especial y por ende, considera que esta justificación no resulta ajustada a la posibilidad reconocida en el artículo 215.1 de la LCSP.

Además, el deber de motivación anunciado en el artículo 215.2.e) es especialmente relevante siendo esta obligación reconocida de forma más genérica en el artículo 116.1 de la LCSP sobre la motivación de los actos administrativos en materia contractual.

Añade que el artículo 215.1 y 2 e) de la LCSP señala que la prohibición de subcontratar no puede suponer, en ningún caso, una restricción efectiva de la competencia y somete las decisiones administrativas en este ámbito a la previa justificación en el expediente administrativo; es decir, debe quedar constancia de las prestaciones y el motivo por el que se excluyen de la posibilidad de subcontratar.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la posibilidad de excluir la subcontratación es legalmente posible si así se justifica en relación con los supuestos establecidos en el art. 215 de la LCSP.

La justificación realizada por el Ayuntamiento se basa en el criterio expresado por los técnicos municipales de identificar como tarea crítica a una única tarea coincidente con la totalidad de la infraestructura de comunicaciones a modo de red multiservicio, habida cuenta que la LCSP no limita el alcance de dicho criterio discrecional ni el número de tareas críticas que pueden ser apreciadas ni prohíbe que estas puedan ser la totalidad de las que deban conformar el servicio, máxime si el objeto, como en el presente caso, no es divisible en lotes. La justificación por tanto se ampara en el art. 215.2e) de la LCSP.

Por otra parte, esa identificación del servicio como única tarea crítica ha sido coherente con la exigencia de solicitar las medidas de seguridad de la información para el servicio considerado en su conjunto (cláusula 11 del CCP).

Por tanto, a su juicio, la LCSP permite al órgano de contratación identificar tareas críticas sin limitar cuantas pueden ser, por lo que no está prohibido la identificación de la totalidad de las que puedan conformar el servicio si así se ha justificado por los responsables del mismo.

Respecto a la exigencia de que la justificación debe concurrir en el expediente, advierte que este último término es literalmente el empleado por la ley contractual por lo que dado que es la Ley la que ampara que la comprobación de la suficiencia de la motivación pueda realizarse respecto del conjunto del expediente y no respecto solo un apartado. La motivación realizada por tanto por el Ayuntamiento no solo no es insuficiente, sino que es redundante al haberse señalado en los documentos y apartados reseñados en la respuesta publicada en la plataforma, así como en informe suscrito por la Técnico de informática con fecha 6 de febrero de 2024 que se adjunta como anexo I del informe al recurso.

Considera que concurre también la posibilidad de excluir la subcontratación atendiendo a que la ejecución del contrato debe acompañarse de medidas de seguridad especiales tal y como resulta de la cláusula 11 del CCP que dispone que *“...Los licitadores deberán aportar la certificación acreditativa en estándares de seguridad de la información como el certificado Esquema Nacional de Seguridad con categoría ALTA que cubra los procesos de operación, asistencia técnica, soporte a infraestructuras y el resto de actividad objeto de este contrato...”*. Estas medidas de seguridad derivan de lo establecido en Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad y Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la cláusula que prohíbe la subcontratación es ajustada a Derecho.

El artículo 215.1 y 2 de la LCSP al regular la subcontratación dispone que:

“...1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: (...)

d) *En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.*

e) *De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75 en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación...*

El artículo 75.4 de la LCSP dispone:

“...4. En el caso de los contratos de obras , los contratos de servicios , o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera...”

La doctrina de este Tribunal respecto a la subcontratación, compartida por otros tribunales de resolución de recursos contractuales, sostiene que, de acuerdo con el artículo 215 de la LCSP, la regla general es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al

contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos. El primero, contemplado en la letra d) del artículo 215.2 de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación. El segundo supuesto, recogido en la letra e) del artículo 215.2 de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos, determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal. Además, la determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

Esta doctrina es coherente con los principios inspiradores de la normativa comunitaria, así en su considerando 32 la Directiva 2004/18/CE indica la conveniencia de prever disposiciones en materia de subcontratación, con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, resultando igualmente aconsejable que la prohibición total de subcontratar se justifique adecuadamente en el expediente, en la medida que una cláusula que prohíbe la subcontratación puede resultar contraria al espíritu de la ley.

Por tanto, en el supuesto del apartado 215.2.e) de la LCSP solamente pueden sustraerse a la subcontratación las partidas esenciales o críticas para el objeto del contrato, que deben ejecutarse por el contratista principal. Esta limitación debe preverse expresa y motivadamente en el Pliego.

Procede, por tanto, analizar los pliegos con objeto de determinar si se cumplen las circunstancias descritas.

El apartado 1.1 del PCAP establece: *“...El objeto del contrato son los servicios de infraestructura de red (LAN/WAN/WiFi), acceso a Internet y comunicaciones de voz del Ayto. de Coslada, así como la infraestructura y los servicios de soporte/mantenimiento necesarios para su explotación...”*.

El apartado 1.2 establece en lo referente a la naturaleza del contrato: “...*CONTRATO MIXTO, de conformidad con el apartado 1 del artículo 18 de la LCSP, se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a varios de distinta clase. En este caso servicios y suministro. Se atenderá al carácter de la prestación principal, en este caso, de servicios, de acuerdo a la letra a) del mismo artículo...*”.

En el apartado 12 se hace constar: “...¿Se permite la subcontratación? SI: [] NO: [X]: Motivo: _____

Motivo: Al ser un servicio muy especializado se debe considerar que la subcontratación no cabe para poder garantizar la calidad necesaria en el global de las telecomunicaciones del Ayuntamiento...”.

Conviene destacar, en primer lugar, que nos encontramos ante un contrato mixto de servicios y suministro.

En el apartado 4 del PPT se detallan las fases del proyecto, diferenciando claramente tres fases para la consecución de la prestación de los servicios objeto del presente pliego:

Fase de implantación: comprende el suministro, la instalación, configuración, puesta en marcha y realización de las pruebas de aceptación del servicio, antes de su puesta en producción. El adjudicatario debe señalar en su oferta el compromiso sobre el plazo máximo para realizar el suministro de los equipos, el despliegue de la nueva infraestructura (o de la actualización de la infraestructura ya existente) relativa a centralita IP y terminales así como de la parte LAN (switches, routers, etc), y la migración de los servicios que se vienen prestando por el actual proveedor (acceso a internet, anillo de fibra, canales de voz a PSTN).

Fase de migración: comprende el traspaso de todos los servicios desde la solución actualmente operativa en el Ayuntamiento hasta la nueva solución implantada por el adjudicatario. El licitante deberá entregar un documento de

migración con los pasos/fases a efectuar que incluya el posible impacto en los usuarios finales (trabajadores del Ayuntamiento y ciudadanos) así como los tiempos estimados de afectación del servicio si los hubiera, debiendo estos ser minimizados lo máximo posible. Este documento de migración será revisado y validado por el Ayuntamiento antes de comenzar los trabajos de migración.

Fase de operación y mantenimiento: en esta fase se prestarán de manera efectiva los servicios de operación y mantenimiento solicitados más adelante en este pliego. Los servicios contemplados en el presente pliego de servicios de infraestructuras y servicios de red, acceso a internet y comunicaciones de voz deberán estar en situación de pasar a “fase de operación” desde el mismo momento en el que finalice la fase de migración, salvo acuerdo expreso entre el adjudicatario y el ayuntamiento en el establecimiento de otra fecha. La duración de esta fase será la recogida en el Pliego de cláusulas administrativas en cuanto a lo expuesto como duración del contrato.

Por tanto, se establecen tres fases bien diferenciadas con las consiguientes tareas específicas que cada una de ellas lleva aparejada.

La justificación que consta en el apartado 12 del PCAP “...*Al ser un servicio muy especializado se debe considerar que la subcontratación no cabe para poder garantizar la calidad necesaria en el global de las telecomunicaciones del Ayuntamiento...*” resulta claramente insuficiente, si bien esta explicación se vio ampliada en la contestación a la consulta que fue publicada en el perfil del contratante.

La defensa del órgano de contratación se fundamenta básicamente en que, si bien la justificación debe concurrir en el expediente, nada impide que la motivación pueda realizarse respecto del conjunto del expediente y no respecto solo un apartado, de modo que la motivación realizada por tanto por el Ayuntamiento no solo no es insuficiente sino que es redundante al haberse señalado en los documentos y apartados reseñados en la respuesta publicada y que constan en el expediente de contratación. Pues bien, aun admitiendo dichas alegaciones, aunque lo deseable a

efectos informativos y de control de legalidad sería que se incluyera una memoria específica al respecto, lo cierto es que a lo largo del expediente no se justifica en modo suficiente la excepcionalidad de la prohibición para subcontratar.

En contra de lo alegado por el órgano de contratación, no se justifica el otorgamiento de carácter crítico a todas las tareas que suponen el cumplimiento del objeto del contrato por el hecho de la no división en lotes de dicho objeto, ni por el hecho de que se exija a los licitadores aportar la certificación acreditativa en estándares de seguridad de la información como el certificado Esquema Nacional de Seguridad con categoría ALTA. Una cosa es que el servicio sea declarado crítico por el órgano de contratación, en cuanto a la trascendencia que pudiera tener para la gestión de los intereses municipales y otra cosa es que todas las tareas descritas para la ejecución del contrato deban ser necesariamente críticas en el sentido recogido en la LCSP respecto a la subcontratación.

La excepcionalidad de la limitación de la subcontratación exige un análisis mucho más profundo de las tareas necesarias, para justificar, de manera clara, en base a qué criterios esa tarea debe ser realizada necesariamente por la adjudicataria sin que sea posible la subcontratación, sin que ello sea óbice para que el órgano de contratación pueda llegar a justificar que todas las tareas tienen ese carácter. La LCSP permite al órgano de contratación identificar tareas críticas sin limitar cuantas pueden ser, por lo que puede afirmarse que no está prohibido la identificación de la totalidad de las que puedan conformar el servicio, siempre que así se haya justificado por el órgano de contratación.

En el caso que nos ocupa, no se ha llevado a cabo ese análisis específico, realizando una justificación genérica que no cumple las exigencias legales, por lo que procede la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los pliegos y del procedimiento de licitación.

Sexto.- Dada la resolución del recurso, no procede pronunciamiento sobre las medidas cautelares solicitadas.

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. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de “Servicios de infraestructura de red (LAN, WAN, WIFI), acceso a internet y comunicaciones de voz del Ayuntamiento de Coslada”, Expediente: EXPTE2022/13.

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.- 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.