

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

En Madrid, a 31 de julio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don F.M.B., en nombre y representación de France Telecom España, S.A.U. ("Orange") contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de junio de 2013, del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, por el que se aprueban los Pliegos de Condiciones que han de regir la contratación de los "Servicios Integrales de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones", este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, de fecha 17 de junio de 2013, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Condiciones Técnicas (PCT) por los que habría de regirse la licitación del contrato de "Servicios Integrales de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones" con un valor estimado de 6.446.281,02 euros, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios.

El anuncio de licitación correspondiente fue publicado el 20 y 27 de junio de 2013, respectivamente en el DOUE y en el BOCM.

La cláusula 1 del PCAP dispone que el objeto del procedimiento de licitación es la contratación de servicios integrales de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Asimismo se exige para acreditar la solvencia la aportación de documento de clasificación: Grupo V, subgrupos 3 y 4, categoría D.

Por su parte el PCT señala que los servicios objeto del contrato se dividen en tres bloques:

“-Servicio avanzado de las Tecnologías de la Información del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, que garantice su correcto funcionamiento mediante la adecuada gestión administración, configuración, monitorización control y resolución de incidencias relacionadas con las TIC.

-Servicio avanzado de las Comunicaciones del Ayuntamiento de Alcalá de Henares que unifique y gestione todos los elementos que intervienen en el ámbito de las comunicaciones como la voz IP, telefonía fija y móvil, acceso a internet de banda ancha, red privada de datos e infraestructuras, TIC ofreciendo cobertura a todas las sedes del Ayuntamiento.

-Evolución de la Plataforma TIC del Ayuntamiento Alcalá de Henares que permita remodelar, optimizar y mejorar continuamente los elementos en el ámbito tanto de las tecnológicas de la información como de las comunicaciones, con el objetivo de elevar su nivel de servicio a lo largo del periodo del presente contrato, su infraestructura, sus componentes, y las funcionalidades que prestan”.

Segundo.- Con fecha 8 de julio de 2013 France Telecom España, S.A.U. ("Orange") interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación contra el indicado Acuerdo de la Junta de Gobierno Local ante el propio Ayuntamiento de Alcalá de Henares, que lo remitió a este Tribunal, el día 10, acompañado del expediente administrativo y del 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).

La recurrente solicita la anulación de la licitación pública y los pliegos, y que se suspenda el procedimiento de licitación de acuerdo con lo establecido en el artículo 111 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

El petitum de su recurso se fundamenta, en la, a su juicio, inadecuada unificación en el contrato de prestaciones que considera distintas al tratarse de tres servicios diferentes, entre los que no existe la vinculación y complementariedad necesaria para ser licitados en un solo contrato, sin división en lotes. Entiende que ello es contrario al principio de libre concurrencia puesto que el objeto del contrato determina que se haya exigido una clasificación que restringe arbitraria y discrecionalmente la participación de licitadores.

Por su parte el órgano de contratación defiende la vinculación de las tipologías de los servicios que forman parte del contrato, señalando que permiten la obtención de sinergias técnicas y económicas, poniendo múltiples ejemplos de licitaciones de contratos públicos en que así ha sido, incluso con la participación en tales procesos de la recurrente. Añadiendo respecto de la clasificación exigida que se exige el grupo V (operador de telecomunicaciones) puesto que el peso de los servicios de telecomunicaciones es mayor que el resto en el conjunto del contrato, requiriendo además una licencia específica y el cumplimiento de determinados requisitos regulatorios que determinan la necesidad de estar clasificado en el grupo V. Explica también que *“los proveedores de servicios de tecnologías de la información que no sean a su vez operadores de telecomunicaciones difícilmente podrán prestar servicios de comunicaciones electrónicas, ni siquiera por medio de la subcontratación o la constitución de una UTE habida cuenta de que para ser operador de telecomunicaciones se precisa una licencia específica y unos requisitos regulatorios determinados pues el mercado de las telecomunicaciones se encuentra regulado. No sucede así a la inversa (...) los servicios de voz y datos, constituyen la*

base para la prestación de los servicios de tecnologías de la información, lo que no sucede al contrario ya que estos son servicios completamente independientes de los primeros". Concluye argumentando que las exigencias del PCAP en cuanto a clasificación no afectan a la libre competencia en tanto en cuanto el mismo no impide participar en la licitación a través de figuras jurídicas como las uniones temporales de empresarios o la subcontratación permitida expresamente en los pliegos.

Cuarto.- No se ha procedido a conceder el trámite de audiencia previsto en el artículo 46.3 del TRLCSP en tanto no constan en el expediente otros interesados.

Quinto.- Con fecha 18 de julio de 2013 se solicitó por este Tribunal asesoramiento técnico independiente, de acuerdo con el artículo 82 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) en relación con el contenido concreto de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, habiéndose recibido información por parte de los servicios técnicos del organismo Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, el día 23 de julio.

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.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, en tanto aun no siendo licitador acredita su interés en la licitación puesto que su objeto

social está vinculado con el objeto del contrato.

También queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Siendo el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, esta regla general tiene una concreción en el apartado a) del punto 2 del artículo 44 del TRLCSP cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, en cuyo caso el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme se dispone en el artículo 158 del texto refundido. Así, de acuerdo con el citado artículo 158 habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario se facilita el acceso por otros medios.

Concretamente el citado precepto dice que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”*. La aplicación de este precepto en relación con el 44.2 nos llevar a concluir que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede ser anterior, puede coincidir, o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, mientras que en el caso de que se hubiera accedido a los mismos de forma telemática, si no es posible conocer la fecha efectiva en que el recurrente tuvo acceso a los pliegos, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha límite establecida para la presentación de ofertas indicada en

la convocatoria de licitación, que es el único hito en que puede darse por cierto el conocimiento del contenido de los pliegos por parte de los licitadores.

En este caso sin embargo, no es preciso aplicar dicha presunción para determinar el dies a quo del plazo para la interposición del recurso especial, puesto que el propio recurrente reconoce que ha tenido conocimiento de los pliegos, tanto del de Cláusulas Administrativas, como del de Condiciones Técnicas. Habiéndose publicado la convocatoria en el DOUE el día 20 de junio, que la recurrente identifica como la fecha del Acuerdo de aprobación de los pliegos que por tanto puede ser considerado como día inicial del cómputo.

Por lo tanto el recurso interpuesto el día 10 de julio se presentó en plazo.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra los pliegos y la convocatoria de licitación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 5 del Anexo II del TRLCSP con un valor estimado superior a 200.000 euros y por tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.a), en relación con el artículo 16.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la inadecuada unificación en el contrato de prestaciones que considera distintas al tratarse de tres servicios distintos, entre los que no existe la vinculación y complementariedad necesaria para ser licitados en un solo contrato, sin división en lotes, así como en la vulneración del principio de concurrencia derivada de la clasificación exigida para acreditar la solvencia.

Procede por tanto examinar ambas cuestiones por separado:

1.- Posibilidad de licitar en un solo contrato las prestaciones que constituyen el mismo.

El objeto del contrato tiene tres prestaciones diferenciadas por el propio PPT, el servicio de las Tecnologías de la Información, el servicio de comunicaciones, y la evolución de la plataforma de ambas (tecnologías de la información y comunicación TIC).

El artículo 25.2 del TRLCSP relativo a los contratos mixtos, establece la posibilidad de fusión en su solo contrato de prestaciones pertenecientes a distintos contratos tipo, *“cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.”* Debe considerarse que si es posible fusionar en un solo contrato prestaciones pertenecientes a distintos tipos contractuales, con mayor motivo cabe dicha unificación de prestaciones cuando las mismas obedecen o responden a un mismo tipo contractual, como en el presente caso, de un contrato de servicios. Ahora bien, aun tratándose de un mismo tipo contractual, la acumulación de prestaciones en un mismo contrato, debe guardar la necesaria racionalidad, de manera que es necesario que exista vinculación entre las prestaciones a acumular y que sean complementarias.

Aduce la recurrente las actividades de servicios de tecnologías de la información y de la comunicación *“son completamente distintas y no complementarias”*, con el fundamento de que el servicio avanzado de tecnologías de la información se encuadra dentro de la definición de los Servicios de explotación y control de sistemas informáticos e infraestructuras informáticas. (Subgrupo 5, Grupo V del Anexo II del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

Por su parte el órgano de contratación señala que ninguno de los servicios denominados *“Servicios Avanzados de las Tecnologías de la información sería viable y podría prestarse sin el servicio Carrier, es decir, el servicio que posibilita la*

prestación del primero, que es el servicio de comunicaciones oportuno”.

El anexo II del TRLCSP recoge en la categoría 5 de los contratos de servicios los “Servicios de telecomunicación” a los que asigna el código CPC 752.

En el cuadro de correspondencias entre los códigos CPV y la CPC de la Directiva 2004/18/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios publicado en el DOUE de 15 de marzo de 2008, se recogen entre otros muchos servicios asociados al código CPC 752, los servicios telefónicos y de transmisión de datos, de telefonía móvil, servicios de Mensajes Cortos (SMS), servicios de mensajería y de información electrónicas, servicios de mensajería electrónica, servicios de intercambio electrónico de de datos, servicios de correo electrónico, servicios de información electrónica, servicios de información con valor añadido, servicios de telecomunicaciones integradas, servicios de transmisión de datos, servicios de Internet, etc. Como se aprecia en la relación anterior, en la Directiva 2004/18/ CE, se considera que tanto los servicios de tecnología de las información (servicios de información electrónica, servicios de información con valor añadido, servicios de telecomunicaciones integradas, servicios de transmisión de datos, servicios de Internet), como los servicios de comunicaciones (los servicios telefónicos y de transmisión de datos, de telefonía móvil, servicios de Mensajes Cortos (SMS), servicios de mensajería y de información electrónicas) deben integrarse bajo el mismo código CPC, lo que da idea de la similitud de la naturaleza de las actividades objeto del contrato.

Sin embargo, cabe aun plantearse si es preciso que el objeto del contrato se divida en lotes. La legislación de contratos consigna el principio de unidad y no fraccionamiento de los contratos, pero también permite el fraccionamiento en lotes cuando constituyan una unidad funcional susceptible de realización independiente. Por otro lado la acumulación innecesaria de prestaciones de un mismo contrato puede suponer una práctica contraria a los principios de concurrencia y libre

competencia en la contratación pública.

El artículo 86 del TRLCSP establece que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Por otra parte, el principio de concurrencia, invocado por la recurrente, tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación mediante división del objeto en lotes, intensificando la competencia. Sin embargo, si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre concurrencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que “podrá” establecer tales lotes, en los términos del artículo 86 del TRLCSP. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo, suponga una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento.

Sin embargo, en el ámbito objetivo de las Telecomunicaciones debe considerarse lo dispuesto en el Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación, que en concreto en su artículo 5 señala que *“el objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan”*. Se invierte así en el ámbito de la contratación de las telecomunicaciones la regla de que se podrán establecer lotes potestativamente siempre de forma justificada, cuando sean susceptibles de utilización o

aprovechamiento separado, puesto que en este caso la regla general es que se deberán establecer lotes para los servicios que sean susceptibles de contratación independiente. Si bien este Real Decreto resulta de aplicación en virtud de su artículo 2, a la Administración General del Estado y sus OAAA, el mismo debe ser tenido en cuenta desde el punto de vista interpretativo del artículo 86 del TRLCSP, en relación con el principio de libre concurrencia.

La colisión de ambos principios de unidad de contrato y concurrencia, ha de resolverse a la luz de la propia normativa de contratación, es decir determinando si el objeto del contrato es fraccionable por ser sus partes susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituir una unidad funcional o porque lo exija la naturaleza del contrato.

Así pues, en el expediente que nos ocupa consta que el órgano de contratación ha considerado necesario, por razones organizativas, integrar todo el servicio de telecomunicaciones (comunicaciones y tecnologías TIC) del Ayuntamiento consiguiendo sinergias tanto técnicas como económicas. Así, el informe remitido a este Tribunal en virtud del artículo 46.2 del TRLCSP indica por ejemplo que los servicios de las tecnologías de la información dependen de los servicios de comunicaciones electrónicas de manera que no es posible prestar los primeros sin los segundos, y califica como sinergia técnica la posibilidad de que sobre un único circuito de datos se puedan transportar voz y datos conjuntamente en un entorno basado en tecnología IP en una única plataforma tecnológica que además de la conectividad incluya el equipamiento informático, la seguridad física y lógica el correo electrónico, lo que a su vez lleva consigo una indudable sinergia económica y organizativa.

Por otro lado el deslinde de los servicios en función del perfil de proveedor de cada uno de ellos exigiría, de considerar las alegaciones de la recurrente, que cada una de las prestaciones de los tres bloques de servicios a prestar se contratara separadamente pues cada una de ellas podría ser prestada eventualmente por un

tipo distinto de proveedor. De esta forma empresas que tienen la condición de consultoras TIC podrían también solicitar que se incluyeran en un lote independiente por ejemplo el servicio de oficina técnica de soporte y apoyo, o empresas que tuvieran el perfil de fabricante el equipamiento de comunicaciones (cortafuegos) y software. Ello conduciría a un fraccionamiento del contrato, que además de colisionar con la eficacia y la economía en la gestión, podría ser contrario al principio de unidad antes mencionado.

Por tanto, corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación en uno o en varios lotes, habiendo quedado justificado en el presente caso la necesidad de licitación conjunta del servicio y los inconvenientes de la división en lotes para el cumplimiento de las necesidades administrativas y de interés general que se pretenden satisfacer con el contrato. Dichas razones han de prevalecer sobre el principio que pretende favorecer la máxima concurrencia mediante la división en lotes, por lo que procede desestimar la alegación de la recurrente.

2.- En cuanto a la clasificación, como más arriba se ha expuesto, el PCAP requiere para acreditar la solvencia de los licitadores la aportación de documento de clasificación en el Grupo V, subgrupos 3 y 4, categoría D. Aduce la recurrente que la clasificación exigida no ampara alguno de los servicios licitados e impiden y restringen la participación de licitadores, aunque no especifica qué servicios considera no amparados por la indicada clasificación, ni en qué forma considera que la misma vulnera el principio de libre concurrencia.

Por su parte el órgano de contratación justifica la exigencia de la indicada clasificación en que el peso de los servicios de telecomunicaciones en el contrato es mayor que el resto en el conjunto del mismo, requiriendo además una licencia específica y el cumplimiento de determinados requisitos regulatorios que determinan la necesidad de estar clasificado en el Grupo V.

Examinada la exigencia de clasificación por parte de este Tribunal se considera que la misma es acorde al objeto del contrato, no apreciándose tampoco vulneración del principio de libre concurrencia con su exigencia.

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.- Desestimar el recurso interpuesto por Don F.M.B., en nombre y representación de France Telecom España, S.A.U. ("Orange") contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de junio de 2013 del Ayuntamiento de Alcalá de Henares por el que se aprueban los Pliegos de Condiciones que han de regir la contratación de los "Servicios Integrales de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones".

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.