

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

En Madrid, a 20 de junio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil ASAC COMUNICACIONES, S.L., (en adelante ASAC) contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 17 de mayo de 2024, por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de servicios denominado “TRANSFORMACIÓN CLOUD (SERVICIOS EN NUBE), MODERNIZACIÓN INFRAESTRUCTURAS Y ROBUSTECIMIENTO ENTORNO DISASTER RECOVERY” licitado por el Ayuntamiento de Mejorada del Campo con cargo al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia – Financiado por la Unión Europea – NEXTGENERATION EU, número de expediente 3381/2024, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 4 de marzo de 2024 se publicó en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Mejorada del Campo el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato, licitado mediante procedimiento abierto simplificado con criterio único de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 130.525,40 euros y su plazo de ejecución es de ocho meses.

Segundo. - Al procedimiento presentaron oferta cuatro licitadores, entre ellos el recurrente.

Efectuada por la Mesa de contratación la apertura y calificación de la documentación relativa al cumplimiento de requisitos previos y, abiertos los archivos electrónicos comprensivos de las ofertas, en sesión celebrada el 26 de marzo de 2024, una vez valoradas las ofertas y clasificadas, se propone la adjudicación del contrato a la ahora recurrente, a quien se requiere por plazo de siete días hábiles para que presente la documentación administrativa que se relaciona en la cláusula 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).

Calificada por la Mesa, en sesión de 30 de abril de 2024, la documentación aportada por ASAC, se acuerda conceder a este licitador un plazo de 3 días naturales para que aporte la siguiente documentación:

Documento que justifique contar con la Certificación Tier III en Operaciones (Operational Sustainability) relativa a la fase 3, exigido tanto en la prescripción 14.2 del Pliego de prescripciones técnicas como en el apartado f) de la cláusula 26 del Pliego de cláusulas administrativas particulares.

En el acta de la sesión celebrada por el mismo órgano de asistencia en fecha 16 de mayo de 2024 se recoge que por parte de ASAC *“no se aporta documento que justifique contar con la Certificación Tier III en Operaciones (Operational Sustainability) relativa a la fase 3, por lo que no cumple con lo exigido en la prescripción 14.2 del Pliego de prescripciones técnicas”* y se acuerda la exclusión de este licitador por este motivo y se propone como nuevo adjudicatario del contrato a AEIROS SERVICIOS S.L.

No consta adjudicación del contrato, habiendo el órgano de contratación acordado la suspensión de la tramitación del expediente mediante Decreto de Alcaldía de 31 de mayo de 2024.

Tercero. - El 28 de mayo de 2024 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por ASAC, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 16 de mayo de 2024, por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de referencia. Se solicita en el escrito de interposición la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento.

El 12 de junio de 2024 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), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. - Solicitada medida cautelar de suspensión por ASAC, el órgano de contratación procedió, en fecha 31 de mayo de 2024, a la suspensión de oficio de la tramitación del expediente hasta la resolución del recurso, que fue publicada en la Plataforma de Contratación en la misma fecha, enviando el expediente y el informe con el expediente ya suspendido.

Quinto. - 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. - La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador excluido de la licitación con un interés legítimo, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión se adoptó el 16 de mayo, siendo publicado el día 20 del mismo mes e interpuesto el recurso el 28 de mayo, 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 el acuerdo de exclusión 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.b) de la LCSP.

Quinto. - Antes de entrar en el fondo del asunto resulta de interés transcribir la letra f) de la cláusula 26 del PCAP, que bajo el título “REQUERIMIENTO AL LICITADOR PROPUESTO COMO ADJUDICATARIO”, señala lo siguiente:

“El licitador propuesto como adjudicatario por la Mesa de Contratación, deberá aportar en el plazo máximo de SIETE (7) DÍAS HÁBILES, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, la siguiente documentación:

(...)

f) Documentación exigida en la prescripción 14.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas.”

Se transcribe igualmente la prescripción 14.2 del PPT, que recoge lo siguiente:

...14.2. Requisitos mínimos de documentación técnica

Los licitadores deberán presentar, como requisitos mínimos exigibles (el no cumplimiento de alguno de ellos conlleva la exclusión automática del licitador del proceso de adjudicación), la siguiente documentación técnica:

Certificados en vigor

Para el Data Center Principal:

- *Certificación Tier III*

Declaración responsable del licitador comprometiéndose al mantenimiento de las certificaciones requeridas y las valorables durante todo el periodo de vigencia del contrato y, en su caso, someterse a las correspondientes auditorías que podrán ser requeridas por el Ayuntamiento de Mejorada del Campo.

Una declaración responsable acerca de que los servicios ofertados se alojan en Data Centers ubicados en España Península y que todos los servicios profesionales se prestarán en castellano. Junto a esta declaración el licitador deberá indicar las ubicaciones físicas del Data Center ofertado, incluida localidad y provincia...

La recurrente fundamenta su recurso en la indebida exclusión del procedimiento de licitación al considerar que la Mesa de contratación le solicitó un certificado de Tier III en operaciones (Operational Sustainability), distinto del previsto por el pliego, el Tier III (Constructed Facility), de acuerdo con lo establecido en la

prescripción 3.1 del PPT; certificado que sí aportó la recurrente, ciñéndose a lo establecido en pliegos.

Entiende ASAC que el requerimiento de subsanación efectuado por la Mesa (Certificación Tier III en Operaciones (Operational sustainability) se contradice y altera los términos del PPT, que en su cláusula 3.1. especifica que el Tier III requerido es el Constructed Facility en el CPD principal, siendo los pliegos ley del contrato.

Señala que, dentro del plazo de presentación de ofertas, se evacuó una sola consulta pregunta de las 4 formuladas, la número 3, en relación a la certificación de TIER, del siguiente tenor:

...Pregunta: Buenos días,

En la página 4 del PPT solicitan Certificación mínima TIER III (Constructed Facility) en el CPD principal.

¿También sería válido ser TIER 3 compliance y que el CPD principal este incluido en el Plan de Infraestructuras Críticas del Estado?

Gracias”

“Respuesta: Buenos días, la respuesta del servicio técnico a su pregunta es la siguiente. Saludos.

No existe inconveniente en aceptar la opción planteada en la pregunta...

Alega que existen tres clases de certificado Tier III: Design Documents, Constructed Facility y Operational Sustainability, habiendo aportado ASAC los dos primeros y, siendo el segundo el exigido en la prescripción 3.1 del PPT.

Y entiende que, si los licitadores hubiesen tenido conocimiento, con la publicación de los pliegos de que el certificado que iba a exigirse no era el establecido en el apartado 3.1., sino el requerido a posteriori, hubiesen podido impugnarlo por vulneración de los principios de igualdad, transparencia y no discriminación, pues el

Tier III en operaciones sólo lo cumple un CPD en España, adquirido por uno de los licitadores, Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U.

Añade que la pregunta nº 2 efectuada durante el plazo de presentación de ofertas, menciona lo siguiente:

“Pregunta. Buenos días. ¿Nos podrían indicar si el CPD y la infraestructura que se describe en el apartado 3.1 puede ser objeto de subcontratación? Muchas gracias.

Respuesta Buenos días. En respuesta a la pregunta planteada: Subcontratar el CPD si el adjudicatario subcontrata el alojamiento, gestión y mantenimiento del CPD: NO ES POSIBLE.”

Por su parte, el órgano de contratación alega que de la redacción del PPT y especialmente de la prescripción 14.2 del PPT se deduce que la Certificación Tier III ha de contar con las tres fases de esa certificación y no con alguna de ellas.

Informa que la certificación Tier III verifica que el centro de datos (CPD) esté diseñado, construido y operado de acuerdo con las especificaciones del estándar Tier III, sin que por el licitador se aporte justificación de que el CPD que ofrece en su oferta cuenta con la certificación Tier III en la tercera fase denominada “operaciones” (Operational Sustainability).

Por este motivo, la documentación aportada por ASAC en el expediente no cumplen con las exigencias de la prescripción 14.2 del PPT.

Y añade para las dos fases para las que la recurrente manifiesta contar con Certificación Tier III: en Diseño (Design documents) e Instalación (Constructed facility), aporta documento para su justificación. Sin embargo, siguiendo el propio link aportado en ese documento (<https://uptimeinstitute.com/uptime-institute-awards/list/datacenter/asac-datacenter-1/541>) aparecen como expiradas tales certificaciones con lo que de la propia prueba aportada por el recurrente se desprende

que se incumple por su parte el cumplimiento de ninguna de las fases de la certificación Tier III. Acompaña el órgano de contratación a su informe copia de la información que consta en el citado hipervínculo en el Anexo 2 consultado el día de la firma del informe.

Señala, por último, que la recurrente ha transcrito de forma incompleta en su recurso la contestación dada a la pregunta planteada en PLACE, siendo el texto completo el siguiente:

...PREGUNTA:

Buenos días.

¿Nos podrían indicar si el CPD y la infraestructura que se describe en el apartado 3.1 puede ser objeto de subcontratación?

Muchas gracias”

“RESPUESTA:

Subcontratar el CPD si el adjudicatario subcontrata el alojamiento, gestión y mantenimiento del CPD: NO ES POSIBLE.

Subcontratar el CPD si el adjudicatario contrata los servicios de un proveedor que únicamente brinde el alojamiento: SÍ ES POSIBLE. Pero la empresa subcontratada deberá cumplir con los requerimientos que se exigen al adjudicatario especialmente en lo relativo al cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad en categoría ALTA (ENS)...

Se constata, por tanto, que no es cierto la afirmación de la recurrente de que se trata de “una licitación sin posibilidad de subcontratación”.

Vistas las alegaciones de las partes, la cuestión se circunscribe a dilucidar si los pliegos exigían el Certificado Tier III en sus tres modalidades, como apunta el órgano de contratación o sólo en la de Constructed Facility como defiende el recurrente.

El PPT recoge en su apartado 3.1 que debe cumplirse el requisito de Certificación mínima TIER III (Constructed Facility) en el CPD principal. Y señala en su apartado 14.2, como causa de exclusión automática, la falta de presentación de Certificación Tier III en vigor para el Data Center Principal.

En ningún lugar del PPT se exige certificación Tier III en relación con “operaciones” (Operational Sustainability).

Y el PCAP, en lo concerniente a la documentación a presentar por el propuesto como adjudicatario, se remite a la documentación exigida en la prescripción 14.2 del PPT, que como ya hemos señalado se refiere genéricamente a Certificación Tier III.

No cabe, por tanto, sino acoger plenamente las alegaciones de la mercantil recurrente, pues los pliegos no recogen la obligación de presentar certificación Tier III en sus tres fases o tipos de certificado, cuestión eminentemente técnica en la que este Tribunal no puede entrar a valorar más allá de poder determinar que si las tres fases fueron necesarias para el órgano de contratación, esta necesidad no fue plasmada en los pliegos.

Procede en este punto traer a colación la consolidada doctrina de que los pliegos son la ley del contrato y obligan por igual a los licitadores y al órgano de contratación.

Por su parte, el artículo 139.1 de la LCSP establece “*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*”.

Por consiguiente, la exclusión de la recurrente no fue ajustada a Derecho, procediendo la estimación del recurso y la retroacción de las actuaciones al momento

anterior a su exclusión, sin que sea posible que este Tribunal se pronuncie en este momento con relación a lo alegado por el órgano de contratación en su informe al recurso en lo concerniente a la expiración de las certificaciones aportadas por la recurrente en Diseño (Design documents) e Instalación (Constructed facility), que no fueron valoradas en el seno de la licitación a efectos de exclusión de ASAC.

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 la mercantil ASAC COMUNICACIONES, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 17 de mayo de 2024, por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de servicios denominado “TRANSFORMACIÓN CLOUD (SERVICIOS EN NUBE), MODERNIZACIÓN INFRAESTRUCTURAS Y ROBUSTECIMIENTO ENTORNO DISASTER RECOVERY” licitado por el Ayuntamiento de Mejorada del Campo con cargo al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia – Financiado por la Unión Europea – NEXTGENERATIONEU, número de expediente 3381/2024.

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.