



Recurso nº 020/2013 C.A. Murcia 001/2013

Resolución nº 052/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.R.D.A., en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que regulan la contratación de servicios TIC y suministro de CPD; mediante regulación armonizada, procedimiento abierto, con criterios para la adjudicación y tramitación urgente del Ayuntamiento de Molina de Segura, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por resolución de 28 de diciembre de 2012 la Junta Gobierno Local del Ayuntamiento de Molina de Segura aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas del contrato referenciado en el encabezamiento.

En lo que interesa a los efectos de la presente resolución, se trata de un contrato mixto de servicios y suministros de equipos TIC (así figura en el expediente de contratación pero no en los anuncios de licitación), no dividido en lotes, de 48 meses de duración, sin prórrogas y valor estimado de 1.536.001 euros. El plazo máximo de presentación de las solicitudes de participación se fijó para el 12 de febrero de 2013, habiéndose declarado la urgente tramitación del procedimiento.

Segundo. Previo su anuncio al órgano de contratación efectuado el 14 de enero de 2013, VODAFONE ESPAÑA, S.L.U. formuló en la misma fecha recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas. En él, tras exponer reunir los requisitos de legitimación, plazo, ser el acto recurrible y el Tribunal competente, así como haber cumplido los requisitos



formales, expuso las razones de fondo que tuvo por conveniente. En ellos, y a modo de resumen: a) que dichos documentos suponen una discriminación a los posibles licitadores e infringen el principio de transparencia. Ello es así porque el contrato no separa en lotes los diferentes servicios y suministros conforme requiere la normativa aplicable (R.D. 541/2001, de 18 de mayo de 2001), así como las recomendaciones de organismos oficiales (Comisión Nacional de Telecomunicaciones). La obligación de licitar a todo el contrato perjudica a todas empresas que no están en condiciones de cubrir todos los servicios y suministros, y beneficia, singularmente, a la empresa TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U. (TESAU), que es la única empresa en condiciones de licitar a la totalidad del contrato; b) que incluyen los pliegos la exigencia de determinadas soluciones tecnológicas sin carácter genérico o admisión de equivalentes, lo que infringe el artículo 117 del TRLCSP, e imposibilita a VODAFONE ESPAÑA S.A.U. a participar en la licitación. Del propio modo, sostiene, al no permitirse la subcontratación y siendo TESAU la única empresa en condiciones de prestar dichas soluciones tecnológicas, se está impidiendo que otras empresas puedan participar subcontratando ulteriormente con TESAU. Indica las páginas del PPT en las que se contiene esas especificaciones técnicas solo al alcance de TESAU. Así mismo, algunos criterios de puntuación son igualmente discriminatorios pues los umbrales superiores de puntuación solo podrán ser alcanzados por TESAU. Solicita la anulación de los pliegos y la formulación de unos nuevos que respeten los criterios objetivos expuestos en la reclamación.

Tercero. El órgano de contratación remitió informe en el que, en esencia, indicaba respecto de la no división del contrato en lotes, que “la complejidad que supone la renovación de servicios TIC y suministro de CPD es muy alta y para asegurar el éxito y coordinar el elevado número de servicios de forma correcta en el menor tiempo posible, se requiere que sean realizados todos por una única empresa, con responsabilidad global y única para todo el paquete de servicios TIC y suministro CPD (...)”, así como que, reproduciendo la motivación del PPT: “la gestión, administración y mantenimiento de los servicios TIC requiere de una gran interacción entre el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria prestadora de los servicios, por lo que se pretende delimitar las responsabilidades, y evitar situaciones de conflicto entre varios interlocutores independientes que no benefician al Ayuntamiento, y que puedan mermar la calidad del



Servicio Global y aumentar los tiempos de implantación. Es por esto por lo que es difícil y arriesgado separar el proyecto en varios lotes”. Respecto de las críticas a las especificaciones técnicas, se niega que solo un operador pueda ofertar todos los servicios, la previsión de que el operador sea Tier 1 es por razón de la calidad requerida, las previsiones de ADSL’s de teletrabajo son a futuro y se desconoce su ubicación, los software Factel y Sofia, deben ser entendidos a modo orientativo, siendo admisibles otros de características similares. TESAU no es el actual prestador de servicios de datos y son varios los operadores con canalización propia. No existe límite a las tecnologías que puedan ofertar los licitadores, de modo que son varios los operadores que pueden optar al contrato, y que, en todo caso, podrían hacer uso de la figura de la UTE, prevista en el TRLCSP.

Cuarto. Interpuesto el recurso, con fecha 28 de enero de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de 4 de octubre de 2012, y publicado en el BOE el día 21 de noviembre de 2012, que incluye los actos adoptados por aquellos entes, organismos y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3 del TRLCSP, integrados en las Corporaciones Locales del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, incluso aunque no tengan la condición de Administración Pública.

Segundo. El recurrente ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP, al tener interés en participar en la licitación.

Tercero. El recurso se dirige contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas, conforme al artículo 40 del TRLCSP.



Cuarto. En la interposición del recurso se han cumplido los requisitos de forma y plazos establecidos en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. El recurrente plantea dos cuestiones principales, a saber, la restricción a la libre concurrencia causada por falta de división en lotes del contrato y por la exigencia de soluciones técnicas definidas (vulneración de la neutralidad tecnológica) que impiden, igualmente, la libre concurrencia en la contratación. Al hilo de esta última cuestión se plantean diversas cuestiones más concretas, como la referente a la subcontratación o criterios de puntuación.

Sexto. Son diversos los preceptos del TRLCSP que se refieren a la división en lotes de un contrato, sin que exista una diferenciación en el trato entre aquellos supuestos de objeto de contrato fraccionable y aquellos otros en que, por razones de oportunidad, la administración contratante opta por incluir en un mismo contrato diversas prestaciones que podrían instrumentarse en diferentes contratos. El tratamiento que la ley establece puede sistematizarse del siguiente modo: 1. La ley no prohíbe, con carácter general, la división en lotes del objeto de un contrato; 2. La división en lotes constituye una elección de la administración contratante; 3. Presupuesto necesario de esta opción de contratación es que los lotes sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto; 4. La decisión de la separación en lotes del objeto del contrato debe estar debidamente justificada en el expediente; 5. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, medida que tiende a prevenir el fraude de ley en la contratación pública; 6. Cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes, con las particularidades previstas en las normas de cuantificación a efecto de umbral de los contratos.

Aun cuando la ley no establece una prohibición general del fraccionamiento en lotes del objeto de los contratos, si puede deducirse de sus previsiones y cautelas que la regla general es la no división o fraccionamiento, como este Tribunal Administrativo tuvo



ocasión se señalar en la resolución 227/2012: *“Como puede apreciarse, el artículo 86 del TRLCSP (al igual que el 109.2) parte de la regla general de no división del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato 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.*

De otro lado habrá que estar asimismo a lo dispuesto en el artículo 1 del TRLCSP, el cual además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia –que podría colisionar con la regla general de no división del contrato-, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, en los términos siguientes: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

En consecuencia, a los efectos de resolver la posible colisión entre los principios señalados y valorar si será exigible o no proceder a dividir en lotes el objeto del contrato aquí impugnado, habrá de aplicarse la normativa de contratación, prestando especial atención, dado el objeto del contrato, a las características del mercado provisor de las necesidades que se pretende contratar (...).”

Para resolver este conflicto entre ambos principios, el recurrente sostiene dos referencias, una normativa, el Real Decreto 541/2001, de desarrollo del Texto Refundido de la Contratos de las Administraciones Públicas, y otra consistente en el criterio del órgano regulador Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y referida a las características del mercado.



El recurrente invoca que el Real Decreto 541/2001 exige, de acuerdo a su artículo 5 lotes separados: *“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. En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados”*.

Sin embargo, tal Real Decreto no resulta de aplicación a la Administración Local conforme a su artículo 2.1., sino a la Administración General del Estado, sus organismos públicos sujetos al TRLCSP, y Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. No obstante ello, se trata de un referente normativo que puede ser tenido en cuenta para resolver el conflicto a que ha hecho referencia entre los principios recogidos en el artículo 1 TRLCSP y el artículo 86 TRLCSP en relación a otras administraciones públicas.

También debe tomarse como referente en relación a las características del mercado provisor la resolución de 29 de abril de 2010, que cita el recurrente, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuyo valor, a los efectos que nos ocupan radica en el compendio de criterios expresados por el regulador que contiene. En dicha resolución, a modo de recopilación en lo que a la división en lotes se refiere, se dice: *“Puede por tanto concluirse que, en sus distintas Resoluciones adoptadas al respecto, esta Comisión ha señalado – de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de la actuación administrativa – la importancia de asegurar que, en la medida de lo posible, las Administraciones públicas procedan a la separación por lotes de los servicios de comunicaciones electrónicas que desean contratar. Sin que por otra parte sea posible establecer una regla absoluta que niegue cualquier tipo de flexibilidad en la convocatoria y contratación de estos servicios, más aún en un entorno como el actual donde se está procediendo a la paulatina convergencia entre redes y servicios que propiciará la prestación de distintos servicios a través de una única red, con las consiguientes eficiencias que dicha evolución tecnológica propiciará”*.

Ambos referentes alcanzan una misma conclusión y es que, cuando el objeto de la contratación administrativa son las tecnologías de la información y comunicación(TIC) la



separación en lotes resulta conveniente-obligatoria en el caso de la Administración General del Estado-, siempre que sea posible o que resulte justificada la no división en lotes.

Séptimo. Pues bien, este Tribunal Administrativo comparte el alcance general de dicha formulación, esto es, que los contratos administrativos que tienen por objeto las tecnologías de la información y comunicación (TIC) deben separar en lotes las prestaciones siempre que sea posible y no exista una razón justificada para su tratamiento unitario. Ello se debe a que bajo la denominación TIC se comprenden servicios diferenciados que permiten una prestación independiente por diferentes operadores y empresarios, y que la unificación en su licitación puede afectar a la libre concurrencia al requerir a los potenciales licitadores estar en disposición de prestar todos los servicios cuando, en realidad, el mercado de las TIC no refleja esta unificación.

Así mismo, el Tribunal considera que la previsión del artículo 5.2, último inciso del R.D. 541/2001: *“(...) En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados”* constituye una medida adecuada para no discriminar o perjudicar a aquéllas empresas u operadores cuya actividad permite cubrir un mayor ámbito de prestaciones de TIC.

Octavo. Partiendo, pues, de estas premisas, resulta necesario analizar si la motivación o justificación realizada en el expediente por parte de la Administración contratante resulta adecuada para la no división en lotes del objeto del contrato. Los servicios que constituyen el objeto del contrato son los siguientes:

** Servicio redundado de datos mediante caudal simétrico suministrado a través de fibra óptica, para interconexión de CPD en local y CPD en Cloud.*

** Servicio redundado de datos para Acceso Corporativo a Internet mediante caudal simétrico suministrado a través de fibra óptica, con protección de acceso a Internet (antispam, antivirus, antimalware, filtrado de contenidos, etc.).*



** Servicio de datos para acceso no corporativo a Internet mediante caudal asimétrico suministrado a través de cable de pares, coaxial, o vía radio (ADSL, o similar).*

** Servicio de comunicaciones de telefonía fija que permitan al Ayuntamiento de Molina de Segura disponer de la infraestructura actual y futura necesaria para su servicio de voz.*

** Servicio corporativo de comunicaciones en movilidad del Ayuntamiento (telefonía móvil, incluido voz y datos).*

** Servicio de mantenimiento, optimización y gestión de todos los sistemas que en este pliego se describen durante el periodo de aplicación del contrato, así como el suministro de todo el material necesario para su implantación.*

Dicha enumeración revela como primer dato que existe posibilidad de fraccionamiento al comprender suministros y servicios claramente diferenciados, debiendo indicarse que es la Administración contratante la que ha decidido incluir en un único contrato esa variedad de servicios y suministros, decisión que en sí misma no añade cohesión al grupo o interdependencia a los servicios. Asimismo, debe advertirse por otro lado, que el escrito de recurso carece de una propuesta de división en lotes, sino que se limita a solicitar la misma como cuestión de principios.

La motivación de no fraccionar en lotes el objeto se contiene en el PPT: “Para lograr el éxito, y ante la importancia, y la extensión del proyecto, se apuesta por una única empresa adjudicataria, con responsabilidad global y única para todo el paquete de servicios TIC, con una misma infraestructura que facilite la evolución y despliegue de los servicios solicitados. La gestión, administración y mantenimiento de los servicios TIC requiere una gran interacción entre el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria prestadora de los servicios, por lo que se pretende delimitar las responsabilidades, y evitar situaciones de conflicto entre varios interlocutores independientes que no benefician al Ayuntamiento, y que puedan mermar la calidad del Servicio Global y aumentar los tiempos de implantación”.

La justificación del informe del órgano de contratación al recurso, a la que se ha hecho referencia en los antecedentes, es práctica reproducción de la contenida en el PPT.



El Tribunal considera esta motivación genérica y no justificativa de la solución unificadora adoptada. La motivación requerida debe interrelacionar las distintas prestaciones recogidas en el objeto del contrato de modo conclusivo, es decir, analizando la relación entre ellas y por qué razón o razones entiende la administración contratante que su licitación debe ser unificada. Esta carencia de motivación real y concreta determina en este punto la estimación del recurso.

Por ello, el alcance de la estimación es parcial en este punto, anulando los pliegos y prescripciones, debiendo la Administración contratante justificar, en nuevos pliegos en la forma indicada, su decisión de no fraccionar en lotes si considera que así debe permanecer el objeto del contrato.

Noveno. El segundo motivo del recurso denuncia, carácter general, infracción del principio de neutralidad tecnológica recogido en el ámbito de la contratación administrativa en el artículo del 117 TRLCSP. Concreta la vulneración en los siguientes términos: a) TESAU es la única empresa que dispone de determinados productos y soluciones, razón por la que debiera el pliego obligar a TESAU a ofertar al resto de los licitadores la posibilidad de subcontratar; b) el pliego prohíbe la subcontratación; c) el PPT identifica soluciones tecnológicas cuando debiera limitarse a su cita, añadiendo la expresión equivalente o similar; d) en concreto considera son aspectos o técnicas que solo puede cumplir TESAU: la exigencia de un CPD clasificación Tier IV (pág. 7 PPT), la exigencia de canalización propia en todas las sedes municipales (pag. 20), la exigencia de que las comunicaciones de datos y alojamiento Cloud en Tier IV de infraestructura propia (pág. 27), que los cables de fibra óptica se suministren a través de canalización propiedad de la adjudicataria (pág. 28, 29), elaboración de informes Factel y Sofía, para consumos de fijo y móvil, con exigencia de técnicos de al menos dos años (pág. 39), puntuación del tiempo para inicio de los servicios de comunicaciones de fijo, móvil y datos (pág. 44 y 45).

Décimo. En relación a la subcontratación plantea el recurso dos cuestiones distintas, a saber, que el pliego no permite la subcontratación y que el pliego debiera obligar a TESAU a subcontratar con el eventual adjudicatario. Respecto de la primera cuestión, el pliego prevé en la cláusula 24 la subcontratación, razón por la que no puede accederse a la pretensión. En relación a la segunda cuestión, se está proponiendo, en



realidad, la obligación de la empresa que tiene una posición dominante en el mercado a ceder sus instalaciones a los competidores. Es igualmente claro que no son los pliegos de un contrato del sector público el lugar ni la administración entre cuyas facultades se encuentra tal imposición.

Undécimo. En lo que a aspectos o técnicas que solo puede ofrecer TESAU el recurso debe desestimarse por no quedar acreditado ni que TESAU dispone de esos medios o técnicas, ni que ningún otro operador dispone de ellos. A esta carencia probatoria se suma el informe del órgano de contratación cuando indica que “todos los servicios y suministros requeridos en el PPT pueden actualmente ser ofertados por varios operadores y suministradores en los plazos establecidos para empezar a dar el servicio al Ayuntamiento de Molina de Segura”, “Telefónica de España, S.A. no es actualmente el operador que está dando los servicios de datos, tal como asegura el documento de Vodafone refiriéndose a las páginas 44 y 45 del PPT.(...)”, “De forma errónea, Vodafone considera que el único operador que puede prestar todo el servicio de canalización propia es Telefónica de España, S.A., refiriéndose a la página 45 del PPT, ya que hay varios operadores con canalización propia que pueden (sic) dar el “Servicio garantizado por red terrestre con canalización propia”, y en ningún caso se está excluyendo cualquier tipo de tecnología”.

La desestimación en este punto tiene una excepción, debido al propio informe del Ayuntamiento cuando señala en relación al software Factel y Sofía “debe entenderse que los software especificados en la citada cláusula se exponen solo a modo orientativo, por lo que sería perfectamente admisible otro software de características similares”. Ello es así porque el PPT no hace referencia a dicha expresión de similares o semejantes y por tanto, debe quedar incluida.

Décimo segundo. Por último, el recurso considera discriminatoria en favor de TESAU la puntuación del concepto menor tiempo en comenzar a prestar el servicio de telefonía fija, móvil y datos, a razón de 6 puntos para el menor tiempo y la aplicación de determinada fórmula para los restantes tiempos. Sin embargo, tal argumento no puede ser aceptado por diversos motivos. En primer lugar porque no se prueba que TESAU sea la actual prestataria del servicio de datos (nada dice el informe del órgano de contratación respecto de la telefonía móvil y fija); en segundo lugar, porque se



considera razonable la puntuación de estos conceptos a la vista del carácter urgente de la tramitación del procedimiento de contratación, aun cuando esto pudiera favorecer, fuera quien fuera, al actual prestador de los respectivos servicios; en tercer lugar, porque la ponderación de los tres apartados en la puntuación global (18 puntos sobre 100) no es, en sí misma, decisiva para predeterminar la adjudicación.

Así mismo, considera el recurso que beneficia a TESAU, y perjudica a los restantes posibles licitadores, la valoración de la estabilidad del servicio de telefonía fija garantizado por red terrestre con canalización propia. Este motivo debe igualmente ser desestimado por las carencias probatorias indicadas más arriba.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso formulado por D. A.R.D.A., en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que regulan la contratación de servicios TIC y suministro de CPD; mediante regulación armonizada, procedimiento abierto, con criterios para la adjudicación y tramitación urgente del Ayuntamiento de Molina de Segura, y en consecuencia:

a.- Anular los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas para que sean, en su caso, sustituidas por otros pliegos en los que se motive justificadamente, en la forma indicada, su decisión de no fraccionar en lotes si considera que así debe permanecer el objeto del contrato.

b.- Anular la referencia del PPT a las soluciones técnicas Factel y Sofia, y el requisito de experiencia en los mismos, debiendo añadirse, si en los nuevos pliegos se mantienen tales soluciones técnicas, la expresión “u otros equivalentes” o “semejantes”.

Se desestima el recurso en todo lo demás.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el plazo 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.