



Recurso nº 219/2015

Resolución nº 411/2015

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

En Madrid, a 30 de Abril de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. J. M. C. , en nombre y representación de la empresa ACT SISTEMAS, S.L., contra el acuerdo de exclusión de la licitación de dicha empresa adoptado por el Secretario General de la Entidad Pública Empresarial RED.ES con fecha 13 de febrero de 2015, en el expediente para la contratación del servicio de “*Adecuación del Centro de Proceso de Datos del Hospital del Campus de la Salud (expediente núm. 150/14-SV)*”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Entidad Pública Empresarial RED.ES convocó mediante anuncio publicado en el DOUE con fecha 15 de noviembre de 2014, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto, del contrato de servicios más arriba citado, con un plazo de duración de doce meses y un valor estimado de 555.000,00 euros, fijándose como fecha límite para la presentación de ofertas el día 15 de diciembre de 2014.

En el “pliego de condiciones particulares” correspondiente a la indicada licitación – Apartado 10- se establecían distintos criterios para la adjudicación del contrato, todos ellos de carácter “objetivo” o cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas: por un lado el “criterio económico”, con una ponderación de 80%, y por otro lado “otros criterios cuantificables” (años de servicio de garantía y potencia térmica de refrigeración de la sala de servidores), con una ponderación de 20%.

Segundo. A la licitación de referencia concurren la empresa recurrente y otras seis empresas.

Tercero. La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de 2014, procedió a la apertura y examen de la documentación administrativa presentada por los

licitadores en el “sobre nº 1”, acordando requerir a tres de ellas para subsanar determinados defectos u omisiones subsanables advertidos en dicha documentación.

Cuarto. En la siguiente sesión celebrada el día 9 de enero de 2015, se acordó la exclusión de la licitación de las tres empresas a las que se había requerido para la subsanación de defectos u omisiones, por no haber aportado la documentación necesaria al efecto, y la admisión a la licitación de las restantes cuatro empresas –entre ellas, la ahora recurrente-.

Quinto. Con fecha 12 de enero de 2015 la Mesa de contratación procedió a la apertura del “sobre nº 4” correspondiente a las licitadoras admitidas (así calificado de acuerdo con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones Generales, a pesar de no requerirse la aportación de cuatro sobres en la licitación de referencia).

Tras la celebración del acto público de apertura se procedió a la valoración de las ofertas presentadas, valoración que arrojó el siguiente resultado:

ACT SISTEMAS, S.L.: 10 puntos

ELECNOR, S.A.: 9,65 puntos

FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.A.: 8,47 puntos

FIBRATEL, S.L.: 6,12 puntos

Una vez identificada la oferta de ACT SISTEMAS como la mejor valorada y, en consecuencia, la más ventajosa económicamente, la Mesa acordó según se recoge en el Acta de la sesión, solicitar a dicha mercantil al amparo del Apartado 3.6 del Pliego de Condiciones Particulares, la “información técnica que permita comprobar el cumplimiento de los requisitos técnicos valorables y obligatorios para cada sistema”, enumerando a continuación, agrupada en 24 puntos, la documentación a presentar por el licitador requerido.

Por su interés, cabe transcribir en este punto el contenido del Apartado 3.6 del Pliego de Condiciones Particulares rector de la licitación:

“3.6 COMPROBACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS OBLIGATORIOS Y VALORABLES

Red.es se reserva el derecho a solicitar, al licitador que haya obtenido la mayor puntuación total, la información que precise y que estime pertinente para comprobar la veracidad y cumplimiento de aquellos para su valoración. En el caso de que Red.es solicite dicha información, el licitador deberá presentarla en el plazo que se señale en la solicitud.

Toda la información debe presentarse en papel, deberá adjuntarse en soporte electrónico.

El licitador deberá presentar la Información únicamente dando respuesta a los requerimientos planteados por Red.es sin que sea posible incorporar información o documentación adicional no solicitada por la entidad pública. Asimismo, Red.es podrá solicitar la Información de forma estructurada y con formatos normalizados.

En el supuesto de que, tras las correspondientes verificaciones, Red.es comprobare que la propuesta del licitador incumple alguno de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, dicha oferta no se tendrá en cuenta en el presente procedimiento de licitación. En el caso de que Red.es, para cada uno de los criterios cuantificables, compruebe que el valor resultante de las verificaciones realizadas determina una puntuación inferior a la correspondiente al valor ofertado, Red.es procederá a modificar a la baja la puntuación obtenida en dichos criterios ajustándola al valor efectivamente verificado. Si el valor resultante de la comprobación del criterio supusiera una variación de más de un 10% del ofertado, y siempre en el sentido de reducir la puntuación obtenida en estos criterios cuantificables, la propuesta será excluida. En el caso de que el valor obtenido en las comprobaciones determine una puntuación superior a la correspondiente al valor ofertado para el criterio cuantificable, la puntuación de dichos criterios no será modificada, manteniéndose la correspondiente al valor consignado por el licitador en su oferta, aunque será exigible el valor resultante de la comprobación.

En caso de que como consecuencia de la comprobación de los requisitos mínimos, el licitador que inicialmente haya obtenido la mayor puntuación pierda tal condición, por resultar excluido del procedimiento por incumplir los requisitos mínimos, Red.es procederá a solicitar la Información al siguiente licitador mejor puntuado (y así sucesivamente), al objeto de realizar las mismas verificaciones”.

Sexto. El acuerdo de la Mesa de contratación se trasladó al licitador mediante comunicación de la Secretaria de la Mesa de 15 de enero de 2015 en la que, además de darle a aquél traslado del requerimiento de información adoptado, se le indicó que la

información habría de remitirse en formato papel y en formato digital antes de las 13 h del día 19 de enero.

Séptimo. Tras revisar la información aportada por ACT SISTEMAS en contestación al anterior requerimiento, con fecha 11 de febrero de 2015 se emitió informe por la Directora Adjunta de Servicios Públicos y el Director de Servicios Públicos Digitales haciendo constar la disconformidad de la cubierta del cable de cobre ofertado con lo previsto en el PPT, concretamente se indica que la norma que debería cumplir dicha cubierta en relación con su “comportamiento frente a la llama” según el PPT, IEC-60332-3-22, no cubriría ni sería equivalente a la correspondiente a la cubierta ofertada, concluyendo que “se incumple el requisito mínimo señalado”, y proponiendo en consecuencia, la exclusión de la licitación de la entidad ACT SISTEMAS.

En este punto cabe señalar que el PPT, en su apartado 3.2.2., indica la normativa a cumplir por la cubierta de los cables empleados en la ejecución del contrato, que –según se establece- ha de ser una cubierta del tipo LSZH (libre de halógenos), y, entre las ocho normas técnicas cuyo cumplimiento en concreto se exige al efecto, se cita la norma IEC 60332-3-22, en relación con el “método de ensayo del cable frente a su comportamiento a la llama”.

De acuerdo con lo indicado en el informe técnico la Mesa de contratación, con fecha 12 de febrero de 2015, acordó proponer la exclusión de la licitación de ACT SISTEMAS, y procedió a solicitar la información correspondiente al licitador mejor puntuado, “tras el recálculo de las notas”, siendo éste ELECNOR, S.A.

Octavo. Con fecha 13 de febrero de 2015 el Secretario General de RED.ES acordó la exclusión de ACT SISTEMAS de la licitación, por “incumplimiento del requisito mínimo obligatorio relativo a las especificaciones de cableado de cobre del PPT establecidas en el apartado 3.2.3 y 3.2.2. del Pliego de Prescripciones Técnicas por no conformidad de la cubierta del cable de cobre en cuanto a la normativa exigida sobre su comportamiento a la llama”, explicando detalladamente las razones por las que se habría alcanzado dicha conclusión.

Dicho acuerdo fue notificado a ACT SISTEMAS mediante comunicación de fecha 17 de febrero de 2015.

Noveno. Con fecha 3 de marzo de 2015 la recurrente presentó ante el órgano de contratación escrito en el que, además de manifestar su disconformidad con la decisión de exclusión por las razones que en el mismo se recogen, solicitaba por una parte le fuera admitida la aportación de nueva documentación y, por otra parte, al amparo de los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se le permitiera al acceso al expediente de contratación, tanto a la documentación obrante en el mismo correspondiente a la entidad recurrente, como del resto de los licitadores.

En contestación a dicha solicitud, se le comunica mediante escrito de 5 de marzo de 2015 que “el órgano de contratación no puede facilitar a un licitador la totalidad de la información o documentación presentada por el resto de licitadores ya que forman parte de la propuesta técnica presentada por dichas mercantiles”, añadiendo que “únicamente, se podría dar acceso a una información concreta que se hubiera solicitado, si ésta resultara necesaria para la preparación e interposición del recurso, y siempre que la citada información no hubiera sido declarada confidencial por el licitador”.

Décimo. En relación con la tramitación del expediente de licitación con posterioridad a la exclusión ACT SISTEMAS, cabe destacar que con fecha 20 de febrero de 2015 la Mesa de contratación acordó conceder a ELECNOR, S.A. una ampliación, en cinco días, del plazo inicialmente concedido a la empresa –desconocemos cuál fue éste- para la presentación de la documentación técnica requerida, ante la solicitud formulada al efecto por la empresa alegando la extensión de los datos requeridos.

Con fecha 4 de marzo de 2015 la Mesa de contratación acordó, en primer lugar, la aceptación de ELECNOR, S.A, una vez revisada la documentación aportada por dicha empresa y, en segundo lugar, la elevación al órgano de contratación de la siguiente “clasificación de licitadores”: “1º ELECNOR, S.A.; 2º ACT SISTEMAS; 3º FCC SERVICIOS INDUSTRIALES Y ENERGÉTICOS, S.A.” (entendemos que la inclusión entre las empresas clasificadas de ACT SISTEMAS responde a un error material, dado

que dicha empresa habría sido ya excluida de la licitación, no apareciendo, por lo demás, en dicha clasificación la empresa FIBRATEL, S.L.).

De acuerdo con la propuesta de la Mesa el Director General de RED.ES, mediante acuerdo de 9 de marzo de 2015, estableció la clasificación de licitadores, y ordenó que se requiriera a ELECNOR, S.A. la aportación de la documentación prevista en 151.2 del TRLCSP –documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y Seguridad Social, y acreditación de la constitución de garantía definitiva- en el plazo de 10 días hábiles.

Undécimo. Contra el acuerdo del órgano de contratación decidiendo la exclusión de la empresa recurrente de la licitación dicha empresa, previo anuncio ante el órgano de contratación, ha interpuesto recurso especial en materia de contratación, solicitándose la anulación del acto impugnado, por las razones y con los efectos que más adelante analizaremos.

Duodécimo. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe -informe suscrito por el Subdirector de la Asesoría Jurídica de RED.ES con fecha 13 de marzo de 2015-.

De conformidad con el artículo 46.3 del mismo texto legal, la Secretaría de este Tribunal dio traslado de los recursos interpuestos a las restantes empresas participantes en la licitación en orden a la formulación de las alegaciones que a su derecho convinieran, no habiendo cumplimentado este trámite ninguna de ellas.

Decimotercero. Este Tribunal, en su reunión de fecha 16 de marzo de 2015, ha acordado adoptar la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en los apartados 1º y 5º del artículo 41 del TRLCSP.

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley a cuyo tenor: *“Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. En efecto, ACT SISTEMAS ostenta un claro interés legítimo, en la medida en que ha concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, habiendo resultado excluida del procedimiento, acto éste que mediante el presente recurso pretende dejar sin efecto.

Tercero. El contrato objeto del recurso es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 del TRLCSP.

Por su parte, el acto objeto del recurso es la decisión de exclusión del procedimiento acordada por el órgano de contratación, acto cuya impugnabilidad está expresamente recogida en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

En consecuencia, el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada dicha interposición al órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

En efecto, el anuncio del recurso se presentó en el Registro de RED.ES el día 4 de marzo de 2015, y el recurso se ha presentado en el Registro de este Tribunal con fecha 6 de marzo de 2015, ambos dentro del plazo señalado de quince días hábiles.

Quinto. Por lo que se refiere a las razones que sustentan la impugnación del acuerdo de exclusión de la licitación de ACT SISTEMAS adoptado por el órgano de contratación, cuatro son los argumentos invocados por la entidad recurrente al efecto, que procedemos a sistematizar de la siguiente manera:

- i) En primer lugar, considera que la entidad recurrente debería haberle permitido el acceso al expediente de contratación, según solicitó, y que la denegación del derecho de acceso al expediente solicitado por la empresa le ha producido una efectiva indefensión a la hora de hacer valer sus intereses legítimos en el expediente de referencia.
- ii) En segundo lugar, mantiene la recurrente que el plazo que se le concedió para la aportación de la documentación técnica correspondiente a su oferta, “tan sólo de escasos dos días hábiles”, resultaba insuficiente, dada la extensión de la documentación exigida.
- iii) En tercer lugar, la empresa recurrente defiende que el órgano de contratación, al detectar la discrepancia entre la documentación aportada y el PPT relativa a los requerimientos técnicos de la cubierta de los cables, debería haber concedido a la empresa un plazo para la aclaración y/o subsanación de los documentos aportados, en lugar de proceder directamente a la exclusión de la oferta, decisión ésta que considera desproporcionada.
- iv) Finalmente, se afirma que “la diferencia en el material derivada del cumplimiento de un método de ensayo u otro es irrelevante y funcionalmente inexistente”, por las razones que se expresan al efecto en el recurso, y, en apoyo de dicha afirmación, se señala que RED.ES, en supuestos idénticos, ha admitido la ejecución del contrato sin observar el cumplimiento del requerimiento técnico cuyo incumplimiento habría dado lugar, en este caso, a la exclusión de la recurrente.

Sexto. Con carácter previo al examen de los concretos motivos de impugnación planteados por el recurrente, consideramos oportuno analizar el especial trámite de requerimiento de información al licitador -y subsiguiente verificación de la información

aportada- contemplado en el Apartado 3.6 del Pliego de Condiciones Particulares rector de la licitación, cuya aplicación en este supuesto ha dado lugar, precisamente, a la exclusión de ACT SISTEMAS por considerar el órgano de contratación que como resultado de dicha verificación, se habría comprobado el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas por la oferta presentada por aquélla.

Tal como resulta del Apartado 3.6 del Pliego de Condiciones Particulares que ha quedado anteriormente transcrito, se puede comprobar que en el mismo se habilita a RED.ES a solicitar al “licitador que haya obtenido la mayor puntuación” determinada información – concretamente, la información que “*precise*” la entidad contratante, y que la misma “*estime pertinente para comprobar la veracidad y cumplimiento*” de los “*requisitos obligatorios y valorables*”, a efectos de su “*valoración*”-; si, como resultado de la información aportada por el licitador, se comprobase que “*la propuesta del licitador incumple alguno de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas*”, la oferta resultaría excluida -“*no se tendrá en cuenta*”-, procediéndose a solicitar la información al siguiente licitador mejor puntuado, a los mismos efectos. Por otro lado, se establece que si, a la vista de la información aportada por el licitador se comprobase que “*el valor resultante de las verificaciones realizadas determina una puntuación inferior a la correspondiente al valor ofertado*”, se procedería a modificar la puntuación asignada a la empresa, en los términos indicados al efecto.

El trámite previsto en el Apartado comentado llama, de entrada, especialmente la atención de este Tribunal, tal como el mismo se encuentra configurado, por distintas razones:

- i) El trámite implica la instauración de una fase en el procedimiento de licitación que no parece encontrarse contemplada en la normativa legal de aplicación –fase de requerimiento de información y verificación del cumplimiento de las condiciones exigidas en el PPT con carácter previo a la adjudicación-, teniendo dicha fase la trascendencia esencial de permitir o impedir la continuación de un licitador en el procedimiento selectivo, y dar lugar, o no, a la adjudicación en su favor del contrato.

- ii) El trámite que se establece, a pesar de la trascendencia esencial que tiene para la empresa requerida –pues, insistimos, de la superación del mismo depende que pueda ser propuesta como adjudicataria- se articula como un trámite “potestativo” para la entidad contratante, al indicarse en el Pliego que ésta “se reserva el derecho” a requerir la aportación de la información que se precise, mas sin indicar en qué casos procederá, o no, la exigencia de la misma, es decir, en qué casos podrá la entidad hacer uso del derecho que se “reserva”.
- iii) No se aclara en el pliego si la potestad de requerir la información en cuestión corresponde a la Mesa de contratación o al órgano de contratación.
- iv) No se fija el plazo dentro del cual ha de aportarse la documentación por parte del licitador requerido, limitándose el pliego a señalar que el licitador habrá de aportar la información requerida “en el plazo que se señale en la solicitud”.
- v) No se concreta en el Pliego cuál es la información o documentación que podrá ser requerida al licitador, limitándose a señalar que se tratará de la “información que precise y que estime pertinente para comprobar la veracidad y cumplimiento de aquellos para su valoración”.

Partiendo de las anteriores consideraciones, y tras efectuar un detenido análisis del trámite en cuestión, observamos que el mismo resulta contrario a la legalidad, siendo a nuestro juicio, nulo de pleno derecho el Apartado 3.6 del Pliego de Condiciones Particulares rector de la licitación, por las razones que procedemos a exponer a continuación.

Séptimo. La primera y principal razón por la cual llegamos a la conclusión apuntada, es decir, a considerar nulo de pleno derecho el Apartado 3.6 del Pliego de Condiciones Particulares rector de la presente licitación, es la constatación de que el trámite analizado, efectivamente, no se encuentra contemplado en la normativa que rige el procedimiento de contratación, y ello sería precisamente razón suficiente, a nuestro juicio, para considerar que la exclusión de una empresa licitadora –en particular, de la empresa que había presentado la oferta más ventajosa económicamente- con base en la falta de aportación de la información a través del mismo requerida resultaría irregular.

En efecto, de acuerdo con el procedimiento diseñado en el TRLCSP, una vez valoradas las ofertas los licitadores, de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en el pliego –pudiendo, a tal efecto, solicitarse cuantos informes técnicos se estime pertinentes-, el órgano de contratación ha de clasificar, por orden decreciente, las proposiciones presentadas, debiendo requerirse al licitador mejor situado en la clasificación para la presentación, en el plazo de diez días hábiles, de la documentación indicada en el artículo 151.2 del TRLCSP (a saber, documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de la constitución de la garantía definitiva exigida, y de la disposición de los medios que, en su caso, se hubiese “comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2 [del TRLCSP]”), para, una vez aportada la misma, proceder a la adjudicación en su favor del contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Pues bien, **mas allá del requerimiento contemplado en el artículo 151.2 del TRLCSP** –y, en su caso, el que se pueda formular al licitador para la acreditación del cumplimiento de las condiciones de solvencia y, en general, de todas aquellas legalmente exigidas para contratar con la Administración, al amparo de lo dispuesto en el artículo 146.4 del TRLCSP, en aquellos casos en que en los pliegos se contemple la sustitución de la aportación de dicha documentación por una declaración responsable del licitador-, **no se prevé en la Ley la exigencia de aportación de ninguna otra documentación o información por parte de la empresa cuya oferta sea la más ventajosa económicamente, y, en particular, la acreditación del cumplimiento de las condiciones técnicas de ejecución del contrato previstas en el PPT, como condición necesaria para continuar en el procedimiento de licitación, y poder ser declarado adjudicatario del mismo.**

En este sentido cabe traer a colación nuestra Resolución 281/2011 en la que, tras afirmar que *“el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas debe producirse en la fase de ejecución el contrato, no pudiendo excluir a ningún licitador durante el proceso de valoración y selección de ofertas por no acreditar el cumplimiento de los requisitos que únicamente son exigibles al adjudicatario”*, ya que lo contrario *“supondría una limitación a la libertad de acceso y a la libre competencia,*

*principios básicos que deben regir la contratación del sector público”, se dejó sin efecto la exclusión que se había acordado en un procedimiento de licitación de una de las empresas licitadoras, cuya proposición se había identificado como la más ventajosa económicamente, y a la que se había requerido para que acreditara la efectiva disposición de determinado número de oficinas abiertas al público exigido en el PPT, habiendo sido excluida por no dar debido cumplimiento a dicho requerimiento. Sostenía en el recurso interpuesto contra dicha exclusión la empresa en cuestión que la disposición de la red de oficinas exigida en el PPT no era exigible al “licitador” sino al “adjudicatario” (es decir, no podía exigirse dicha acreditación antes de producirse la adjudicación del contrato en su favor), precisamente por tratarse de una condición de ejecución del contrato, que únicamente ha de exigirse a quien efectivamente resulte adjudicatario, una vez iniciada la ejecución del contrato, mas no antes. Acogiendo la argumentación de la empresa, en la Resolución indicamos que *“es la empresa adjudicataria la que tiene que disponer de la red de oficinas requerida [...] y deberá disponer de ella en el momento en que vaya a comenzar la prestación el servicio objeto del contrato, pues es en ese momento cuando pueden los usuarios tener que utilizarlas para el depósito y recogida de cartas certificadas y paquetería [...]. El órgano de contratación podrá exigir a la empresa que cumpla escrupulosamente dicha cláusula VI del pliego de condiciones técnicas y efectuar las comprobaciones que estime pertinentes, pero no resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 135.2 de la LCSP [actual artículo 151.2 del TRLCSP] exigirle, con carácter previo a la adjudicación, que “acredite en el plazo de 10 días hábiles que dispone de la citada red de oficinas abierta al público”. Y es que, según señalamos, **“la documentación que se puede requerir a la empresa que haya presentado la oferta que resulte ser la económicamente más ventajosa, antes de la adjudicación, está tasada en el citado artículo 135.2 [actual 151.2]”**.**

Tal como se explica en la Resolución de referencia, lo que sí se puede exigir a los licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, es un compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales “suficientes para ello”, como medida adicional de solvencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 64.2 del TRLCSP (artículo 56.2 de la LCSP). Y, en los casos en que el PCAP así lo prevea, procede exigir al licitador cuya oferta hubiera resultado la más ventajosa, de conformidad con lo previsto

en el artículo 151.2 del TRLCSP (artículo 135.2 de la LCSP) que justifique, en el plazo de diez días, que dispone efectivamente de los medios comprometidos. Mas, no exigiéndose en el pliego el compromiso de adscripción de medios al amparo del artículo 64.2 del TRLCSP, no procede exigir, al cumplimentar el trámite previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP, la acreditación de la disposición de los medios exigidos para la ejecución del contrato.

Trasladando las consideraciones contenidas en la Resolución de referencia al caso ahora sometido a examen, podemos comprobar que el PCP no establece, al definir los requisitos de solvencia exigibles a los licitadores –Apartado 7-, o en algún otro pasaje, la necesidad de aportar un compromiso de adscripción de determinados medios a la ejecución del contrato. Por lo tanto, no resulta procedente la exigencia de acreditación de disposición de los medios materiales necesarios para la ejecución el contrato, ya se trate los enumerados en particular en el requerimiento que se formuló a ACT SISTEMAS – entre ellos, el material correspondiente al cableado- u otros derivados del PPT.

A diferencia del caso que analizamos en nuestra Resolución 281/2011, en el supuesto ahora analizado el trámite del requerimiento se encuentra expresamente previsto en el PCAP. Mas dicha circunstancia no permite, a nuestro juicio, justificar la exigencia del mismo, en la medida en que los pliegos no hayan sido impugnados por los licitadores en el momento procedimental oportuno, sino que teniendo en cuenta que, como ya señalamos en aquella Resolución, la exigencia de información en cuestión supone una “limitación a la libertad de acceso y a la libre competencia”, ambos principios esenciales que deben regir la contratación del sector público, debe concluirse que si una cláusula de un pliego recoge la misma, ésta debe ser considerada nula de pleno derecho.

La anterior conclusión se considera plenamente coherente, por lo demás, con las reglas que rigen nuestro sistema de contratación, en cuanto a las distintas fases (preparación, adjudicación y formalización, por un lado, ejecución, por otro) en que se articula el contrato administrativo. Y es que no hay que olvidar que todo licitador, por el solo hecho de presentar su proposición en un procedimiento de licitación, asume la obligación de ejecutar las prestaciones en los términos previstos en el PPT –mejorados, en su caso, por su oferta-, en el caso de resultar adjudicatario del contrato, tal como resulta de lo

dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, a cuyo tenor la presentación de las proposiciones “supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones [las previstas en los pliegos], sin salvedad o reserva alguna”.

Y precisamente por asumir dicha obligación, que posteriormente se plasma formalmente a través del acto de suscripción del contrato, en el caso de que, una vez iniciada la ejecución del contrato, el adjudicatario incumpla alguna de las condiciones establecidas en los pliegos –concretamente, en el PPT-, ha de asumir, a su vez, las responsabilidades que la normativa de aplicación articula para tales casos, y que comprende desde la imposición de las penalidades establecidas para el caso de cumplimiento irregular, hasta la resolución del contrato, en función del grado de gravedad y culpabilidad de la conducta, la pérdida de la garantía definitiva, la obligación de indemnizar a la Administración contratante los daños y perjuicios ocasionados por el cumplimiento defectuoso, y la eventual incursión en causa de prohibición de contratar con las Administraciones Públicas.

Es por ello por lo que no parece razonable considerar aplicable una suerte de “presunción” de no cumplimiento del PPT en los exactos términos previstos en el mismo por parte del licitador que hubiera presentado la oferta mejor valorada, con traslado al mismo de la carga de la “prueba” de que va a cumplir el contrato de acuerdo con las condiciones exigidas al efecto –prueba que, por lo demás, en muchos casos podría resultar altamente compleja, en función de los requisitos y condiciones técnicas exigidas-, de manera que si no presenta la acreditación oportuna pueda ser excluido de la licitación.

Octavo. La conclusión alcanzada sería distinta en el caso de que de la información aportada por los propios licitadores en sus proposiciones pudiera derivarse una contradicción entre dicha proposición y las exigencias del PPT. En ese caso, según doctrina reiterada de este Tribunal, sí nos encontraríamos ante una causa válida de exclusión de la licitación.

Mas no es este el caso que se plantea en el supuesto aquí examinado, en el que no se ha apreciado por parte de la Mesa de contratación contradicción alguna entre la proposición de ACT SISTEMAS y el PPT. En efecto –y por más que el órgano de

contratación, en su informe, insista en calificar la documentación remitida por ACT SISTEMAS en contestación al requerimiento de información como “oferta”, “propuesta” o “proposición”-, lo cierto es que la proposición u oferta de de ACT está conformada, estrictamente, por los documentos incluidos por dicha empresa en el “sobre nº 4”, referentes a los criterios de valoración previstos en el PCAP –Apartado 10-, que serían tres, precio (o “criterio económico”), incremento de la extensión temporal de la garantía más allá del período exigido en el PPT, e incremento de la potencia térmica de la refrigeración de la sala de servidores por encima de la prevista en el PPT. Y ninguna contradicción con el PPT deriva de la información contenida en tal proposición, por lo que en ningún caso se puede afirmar que la oferta de ACT SISTEMAS vulnere el PPT, como plantea el órgano de contratación.

Tampoco el supuesto ante el que nos encontramos es identificable con los casos en que en el pliego se exige a los licitadores la aportación de información directamente vinculada con su concreta proposición. Así, en el caso examinado por nuestra Resolución 470/2014, considerábamos admisible la exigencia de acreditación por parte de la empresa cuya proposición hubiera resultado la más ventajosa de la efectiva disposición de los medios concretamente ofertados (como mejoras previstas en el pliego) por dicha empresa para la ejecución del contrato, dándole a dicha exigencia el tratamiento previsto en el artículo 64.2 del TRLCSP.

Sin embargo, en el caso objeto de análisis, la información que fue requerida a ACT SISTEMAS S.L., como se ha señalado anteriormente, no guarda relación con la proposición presentada por dicho licitador, sino que se refiere a las condiciones de ejecución y características de los medios materiales previstos con carácter general en el PPT.

Noveno. De cuanto ha quedado expuesto deriva, por las razones indicadas, la nulidad del Apartado 3.6 del PCP, que instaura una fase en el procedimiento de licitación que no resulta compatible con la normativa legal de aplicación, mediante la cual se puede producir una clara vulneración del principio de concurrencia, esencial en materia de contratación del sector público.

Procede en consecuencia declarar la nulidad del Apartado 3.6 del PCP.

En cuanto a los efectos de dicha nulidad, consideramos que ésta no debe afectar al contenido restante del Pliego, que desplegaría todos sus efectos, salvo en lo relativo al trámite de requerimiento de información previsto en aquélla, que no resultaría de aplicación.

En cuanto al procedimiento de contratación, consideramos que la declaración de nulidad del Apartado 3.6 del PCP no habría de afectar a la tramitación del mismo desde su inicio, sino únicamente desde el momento en que, al amparo de lo dispuesto en aquélla, la Mesa de contratación acordó requerir a ACT SISTEMAS la aportación de la documentación mencionada en la comunicación de 15 de enero de 2015, debiendo, en virtud del principio de conservación de aquellos actos y trámites posteriores al que resulta objeto de anulación cuyo contenido deba reputarse inalterado recogido en el artículo 66 de la LRJPAC, mantenerse la eficacia de todos aquellos actos del procedimiento de contratación anteriores a aquél.

Décimo. La anterior conclusión haría innecesario el examen de los distintos motivos de impugnación planteados por la empresa recurrente, en los que, sin discutir la legalidad del trámite de requerimiento de información en sí mismo considerado, sí se cuestiona la actuación de la entidad contratante en la aplicación del mismo, actuación que condujo a la –a su juicio- indebida exclusión de la empresa, dada la brevedad del plazo que se le dio para la presentación de la información, o la omisión del trámite de subsanación o aclaración, que entiende, habría sido procedente realizar, cuestionando igualmente la actuación de la entidad al no permitirle el acceso al expediente de contratación, cuando – con posterioridad a su exclusión y, según afirma, para poder defenderse adecuadamente frente al acto de exclusión- así lo solicitó.

No podemos, sin embargo, dejar de llamar la atención sobre algunos aspectos que, con carácter adicional al motivo principal de estimación del recurso, avalarían la irregularidad de la exclusión de ACT SISTEMAS acordada por el órgano de contratación, no ya sólo por aquel motivo -nulidad de pleno derecho del Apartado 3.6 del PCAP por establecer un trámite de requerimiento de información que, en sí mismo, no puede exigirse en el procedimiento de contratación-, sino, por un lado, por los concretos términos como aparece regulado dicho trámite en el Apartado 3.6 del PCAP, que otorgan al mismo

incertidumbre sobre algunos de sus aspectos esenciales, que no quedan definidos, lo que mal se compadece con el principio de seguridad jurídica, o, finalmente, por la concreta actuación de la Mesa y del órgano de contratación en el procedimiento de licitación en relación con el requerimiento de información a ACT SISTEMAS y su posterior exclusión de la licitación.

1.- Así, según se ha advertido anteriormente, el trámite previsto en el Apartado 3.6 del PCAP que se establece como un trámite de carácter “potestativo” para la entidad contratante, dado que en la cláusula citada se establece que RED.ES “se reserva el derecho” a requerir la aportación de la información que se precise, pero no indica en qué casos procederá o no la exigencia de la misma, es decir, en qué casos podrá la entidad hacer uso del derecho que se “reserva”, introduciendo con ello un elemento de discrecionalidad en un trámite esencial del procedimiento –esencial por cuanto del mismo depende la continuidad o no en el mismo de la licitadora mejor valorada-, poco coherente con las exigencias del principio de seguridad jurídica.

2.- En el pliego no se indica cuál es el órgano competente para el ejercicio de la potestad de requerimiento de información que se “reserva” la entidad contratante, en particular no se aclara si se trata de una decisión que pueda adoptar la Mesa de contratación o el órgano de contratación, lo que puede suponer la introducción de un nuevo factor de inseguridad para los licitadores, si bien a juicio de este Tribunal, a falta de referencia específica sobre el particular podría considerarse que la referencia a la entidad contratante debería entenderse hecha al órgano de contratación, cuando lo cierto es que en el caso examinado, fue la propia Mesa de contratación la que haciendo uso de la potestad reservada a la entidad contratante, acordó requerir a ACT SISTEMAS para la aportación de la información requerida, asumiendo, pues, el ejercicio de aquélla.

3.- En el Apartado 3.6 del PCAP no se fija el plazo dentro del cual ha de aportarse la documentación por parte del licitador requerido, limitándose a señalar que el licitador habrá de aportar la información requerida “en el plazo que se señale en la solicitud”.

En el procedimiento de licitación objeto de análisis según puede comprobarse, la Mesa de contratación, en su sesión de 12 de enero de 2015, tras identificar la oferta de ACT SISTEMAS como la más favorable, acordó solicitar a dicha mercantil, al amparo del

Apartado 3.6 del Pliego de Condiciones Particulares, la “información técnica que permita comprobar el cumplimiento de los requisitos técnicos valorables y obligatorios para cada sistema”, enumerando a continuación la documentación a presentar por el licitador requerido, sin indicar cuál era el plazo que se concedería a la empresa para la aportación de la documentación, extremo éste que sí se concretó en la ulterior de la comunicación de la Secretaria de la Mesa al licitador del requerimiento de información acordado por la Mesa, de 15 de enero de 2015, notificada al licitador el día 15 de enero (jueves), en la que sí se concretaba el plazo concedido al efecto, al señalarse que el mismo finalizaría antes de las 13 h del día 19 de enero (por tanto, tres días hábiles).

Acerca del plazo concedido a ACT SISTEMAS, son varias las consideraciones que cabe realizar:

- En primer lugar, debe llamarse la atención sobre la brevedad del plazo concedido para la presentación de la documentación, teniendo en cuenta la extensión de la misma, extremo éste que sólo teniendo en cuenta la propia extensión del escrito enumerando la misma cabría apreciar.

El órgano de contratación sostiene, en el informe, que dicho plazo “*se considera suficientemente amplio teniendo en cuenta [...] que la recurrente conocía de antemano el volumen y alcance de la información debido a la diversidad y cantidad de requisitos requeridos en los Pliegos y debía estar en disposición de entregarla a requerimiento de Red.es tal como advertía el Pliego de Condiciones Particulares*”.

Sin embargo, se advierte que a pesar de afirmar categóricamente el órgano de contratación en su informe que el plazo para la entrega de la documentación requerida era suficientemente amplio, dicha afirmación resulta, cuando menos, poco coherente con la actuación de la Mesa de contratación en el procedimiento de licitación, por cuanto, como puede comprobarse, con fecha 20 de febrero ésta acordó conceder a ELECNOR, S.A. –empresa que había resultado la segunda mejor clasificada- una ampliación, en cinco días, del plazo inicialmente concedido a la empresa (plazo éste que, por lo demás, desconocemos cuál fue) para la presentación de la documentación técnica requerida –que era la misma que había

sido previamente requerida a ACT SISTEMAS-, ante la solicitud formulada al efecto por la empresa alegando la extensión de los datos requeridos.

No puede, por lo demás, compartirse el argumento del órgano de contratación, que considera que la empresa debía estar en disposición de toda la documentación que se le requería en el mismo momento en que se le trasladó el requerimiento, por estar así previsto en el PCP, y ello por cuanto, por un lado en el PCP únicamente se indicaba la *posibilidad* de la entidad contratante de requerir información, no pudiendo conocer el licitador si, en el caso concreto, se iba a hacer uso, o no, efectivamente, de dicha potestad, a lo que debe añadirse, a mayor abundamiento, que en el Apartado 3.6 del PCP no se indicaba cuál sería la concreta documentación a requerir a la empresa cuya proposición hubiera sido identificada como la más ventajosa, dejando la concreción de la misma a la valoración de la entidad contratante en el momento de la formulación del requerimiento, luego difícilmente podría conocer la empresa cuál era la documentación que en concreto le sería requerida.

- En segundo lugar debe señalarse que, al margen de que consideremos que el plazo de tres días hábiles concedido a ACT SISTEMAS para aportar la documentación que se le requería no resulte *razonable* en atención a la extensión de la misma (lo que, como hemos dicho, *de facto* confirmó la propia Mesa de contratación al aceptar la solicitud de ampliación del plazo de la siguiente empresa requerida basándose precisamente en la extensión de la información solicitada), lo cierto es que el plazo concedido no resulta *ajustado a derecho*.

En efecto, y sin tener en cuenta la circunstancia -ciertamente llamativa, por lo demás- de que el plazo concedido a la empresa para la aportación de la documentación fuera decidido, de manera unilateral, por la Secretaria de la Mesa de contratación, en lugar de ser valorado y decidido por la Mesa de contratación, sin que, por lo demás, se indique en el requerimiento el precepto en el que se basaría la determinación del concreto plazo escogido, analizada la normativa de aplicación podemos llegar a la conclusión de que el plazo de tres días hábiles concedido no encuentra fundamento legal.

En efecto, al tratarse de un trámite –el contemplado en el Apartado 3.6 del PCAP- no previsto específicamente en el TRLCSP o, con carácter general, en la normativa sobre contratación del sector público, por venir establecido exclusivamente en el PCAP, entraría en aplicación, con carácter supletorio, el artículo 76.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual: *“Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondientes se fije un plazo distinto”*.

Por lo tanto, el plazo que habría debido concederse a ACT SISTEMAS tendría que haber sido, en todo caso, de diez días hábiles, conclusión a la que, por lo demás, igualmente se llegaría si se optara por la aplicación supletoria del plazo previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP –dadas las similitudes entre el requerimiento que se le formuló y el trámite de requerimiento de información previsto en dicho precepto- sin que en modo alguno se encuentre justificada la concesión de un plazo inferior.

Las consideraciones expuestas confirman, como se ha señalado, la conclusión a la que habíamos llegado anteriormente, en el sentido de considerar irregular la exclusión de la licitación de ACT SISTEMAS, no sólo por la razón que había sido ya previamente desarrollada –nulidad de pleno derecho de la cláusula del PCAP por establecer un trámite de requerimiento de información que puede conducir a la exclusión de una empresa de la licitación, cuando no se encuentra dicho trámite contemplado en la legislación aplicable-, sino que, a mayor abundamiento, los términos en que aparece regulado dicho trámite (falta de definición de los supuestos en que procede hacer uso de la potestad de requerimiento, documentos concretos que han de ser objeto del requerimiento, órgano al que corresponde acordar el requerimiento, plazo dentro del cual la entidad requerida puede presentar la documentación....), con la consiguiente vulneración del principio de seguridad jurídica, y, finalmente, por la concreta actuación de la Mesa y del órgano de contratación en el procedimiento de licitación en relación con el requerimiento de información a ACT SISTEMAS y su posterior exclusión de la licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso presentado por D. F. J. M. C. , en nombre y representación de la empresa ACT SISTEMAS, S.L contra el acuerdo de exclusión de la licitación de dicha empresa adoptado por el Secretario General de la Entidad Pública Empresarial RED.ES con fecha 13 de febrero de 2015, en el expediente para la contratación del servicio de “*Adecuación del Centro de Proceso de Datos del Hospital del Campus de la Salud (expediente núm. 150/14-SV)*”, declarando la nulidad del Apartado 3.6 del PCAP y dejando sin efecto el procedimiento de licitación desde la formulación a la empresa recurrente del requerimiento acordado por la Mesa de contratación en su reunión de 12 de enero de 2015, en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Noveno de la presente Resolución.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.