



ASAMBLEA DE MADRID



Recurso especial nº 2/2017

Resolución nº 2/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA ASAMBLEA DE MADRID**

En Madrid, a 13 de junio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por Don Jerónimo Retamal Salguero, en nombre y representación de VITEL, S.A., y D. Guillermo Alonso Santoro, en nombre y representación de SPICA, S.L., entidades mercantiles que se presentaron conjuntamente a la licitación, contra la Resolución de 3 de mayo de 2017, de adjudicación del contrato en el procedimiento abierto para la contratación de la solución "llave en mano" para el diseño, suministro, instalación, integración e implementación y puesta en funcionamiento de los sistemas de sonido, video, audio, conferencias, votaciones, comunicaciones (red segmentada, conexiones en escaños, señal y cableado) del salón de Plenos, anejos y otros espacios de la Asamblea de Madrid, CPASU/2016/02, este Tribunal Administrativo ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN



ASAMBLEA DE MADRID

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 17 septiembre de 2016, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* –recogido en el perfil de contratante de la Asamblea de Madrid del siguiente día 19–, y el siguiente 26 de septiembre, en el *Boletín Oficial del Estado* –recogido en el perfil de contratante de la Asamblea de Madrid el propio día 26–, respectivamente, se publicó la convocatoria de la licitación para la contratación de la solución “llave en mano” para el diseño, suministro, instalación, integración e implementación y puesta en funcionamiento de los sistemas de sonido, video, audio, conferencias, votaciones, comunicaciones (red segmentada, conexiones en escaños, señal y cableado) del salón de Plenos, anejos y otros espacios de la Asamblea de Madrid, CPASU/2016/02, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de dos millones cuatrocientos ochenta mil euros (2.480.000 euros), estando sujeto a regulación armonizada (SARA).

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación, en su Cláusula 9.C) –que los recurrentes entienden incumplida– dispone lo que sigue:



“C) Sobre n.º 3 de «Oferta Económica».

La proposición económica, que estará firmada por el licitador o su representante, contendrá el precio total del suministro “llave en mano” y el precio de mantenimiento por año. La proposición se redactará según el modelo que figura como Anexo I del presente Pliego.

Los precios se formularán en euros (número y letra). Si en la oferta económica hubiera discrepancias entre algún precio expresado en letra y el expresado en número, prevalecerá el importe expresado en letra.

Los precios ofertados incluirán cualquier tipo de tributo, carga o arbitrio fiscal de carácter europeo (en su caso), excepción hecha del impuesto sobre el valor añadido (IVA), cuyo importe, tal y como figura en el modelo, se indicará como mención independiente.”

El Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), en su prescripción 27.1, establece, en relación al mantenimiento, lo que sigue, que interesa reproducir aquí:



ASAMBLEA DE MADRID

"El adjudicatario está obligado a tener almacenado el listado de stock recomendado por las empresas, así como de aquellos componentes que el adjudicatario pudiere ofertar, con el objetivo de que el tiempo de sustitución de estos componentes en el caso de que resulten averiados sea el menor posible. Concluido el plazo de mantenimiento contractual, la Asamblea podrá optar por comprar total o parcialmente las piezas de recambio de los sistemas. Se valorará como mejora general y única la rebaja porcentual en bloque de los precios unitarios oficiales de recambios, piezas y materiales del modo siguiente: i. Del 10 al 17 por ciento de rebaja: como mejora ordinaria. ii. Del 18 al 25 por ciento: como mejora extraordinaria. De cada intervención demandada se cumplimentará el correspondiente por parte de trabajo, donde quedará reflejado el servicio prestado, motivo de la incidencia y materiales o repuestos instalados. El licitador incluirá en sus ofertas los listados valorados de los repuestos que las empresas fabricantes aconsejen tener de sus equipos, elementos o materiales y que el adjudicatario hubiese incorporado en su diseño e instalación."

Asimismo, la prescripción 28 del propio PPTP, en su punto 4, II.6, dispone que los licitadores, en su oferta, deberán incluir preceptivamente la siguiente documentación; entre otra y por lo que atañe al objeto del presente recurso:

"4. ASPECTOS RELATIVOS AL MANTENIMIENTO Y LAS GARANTÍAS. Los licitadores en su oferta deberán incluir, con arreglo a los formatos contenidos en el Capítulo V "Anexos", preceptivamente, la siguiente documentación:

ii. Alcance del mantenimiento de todos los sistemas que forman el objeto del presente contrato, quedando excluidas aquellas que omitan este servicio respecto de alguno de ellos:

6. Listados de repuestos, piezas y materiales recomendados por los fabricantes para sustitución que el licitador, como adjudicatario final, deberá tener en todo momento disponible para el cumplimiento de la garantía y el servicio de mantenimiento por los plazos que correspondan. Los listados se presentarán con el valor de los precios unitarios oficiales de los repuestos y piezas para el año en curso selladas por el fabricante. Estos listados serán incorporados en las ofertas. Las adiciones para disponibilidad inmediata de piezas por parte de los adjudicatarios que permitan reparaciones inmediatas se valorarán y serán consideradas en este apartado, siempre que se mantengan por todo el plazo de garantía y mantenimiento, cuando sean relevantes, estos es, cuando comporten un monto igual o superior al 25 por ciento del precio total de los listados recomendados por los fabricantes."

La misma prescripción 28 establece ulteriormente lo que sigue:

"Las ofertas que se presenten incompletas, esto es, sin alguno de los apartados podrán ser subsanadas dentro de los tres días hábiles inmediatos a contar desde





ASAMBLEA DE MADRID

la notificación del defecto documental, salvo que se especifique en el presente Pliego la automática exclusión. El transcurso de dicho plazo, sin que sean corregidos los defectos u omisiones subsanables por parte del adjudicatario, comportará la automática exclusión del candidato."

Tercero.- Para resolver algunas dudas que le suscitaban las prescripciones anteriores, consta en el expediente remitido a este Tribunal Administrativo que la empresa hoy adjudicataria formuló algunas cuestiones en fase previa a la presentación de ofertas, que, con las respectivas respuestas ofrecidas por la Administración, fueron objeto de publicación en el perfil del contratante, y que se reproducen a continuación: consultas 10.^a y 11.^a.

"DÉCIMA:

En la pg. 66 del PPT se indica:

"El adjudicatario está obligado a tener almacenado el listado de stock recomendado por las empresas, así como de aquellos componentes que el adjudicatario pudiere ofertar, con el objetivo de que el tiempo de sustitución de estos componentes en el caso de que resulten averiados sea el menor posible. Concluido el plazo de mantenimiento contractual, la Asamblea podrá optar por comprar total o parcialmente las piezas de recambio de los sistemas. Se valorará como mejora general y única la rebaja porcentual en bloque de los precios unitarios oficiales de recambios, piezas y materiales del modo siguiente:

- i. Del 10 al 17 por ciento de rebaja: como mejora ordinaria."*
- ii. Del 18 al 25 por ciento: como mejora extraordinaria."*

Por otro lado en la "Cláusula 9.ª Forma y contenido de las proposiciones. B) Sobre n.º 2 de «Oferta Técnica» se indica.

"Esta propuesta no podrá contener proposición económica alguna. Cualquier referencia directa o indirecta a los aspectos económicos en este sobre acarreará la automática exclusión de la oferta."

PREGUNTA:

El incluir este dato en el Sobre N.º 2 ¿no entra en contradicción con esta exigencia del PCAP, indicado en la pg. 12:

RESPUESTA:

Cierto. No obstante, el porcentaje especificado en abstracto no comporta esa exclusión, siempre que no se incorporen en dicho sobre los precios unitarios, que necesaria y únicamente deben incorporarse en el correspondiente a la oferta económica. En todo caso la mejor opción es que se indique en qué rango de porcentajes de rebaja está la oferta, si en el primero de 10 al 17 % o en el





ASAMBLEA DE MADRID

segundo del 18 al 25%, sin especificar el porcentaje concreto, que, en todo caso, debe figurar necesariamente en el sobre 3.

Queda respondido con la respuesta previa y con la siguiente."

"UNDECIMA

¿A qué se refiere la Asamblea de Madrid con "precios unitarios oficiales de recambios, piezas y materiales"? ¿Debe ser el Licitante quien indique estos precios oficiales? En caso afirmativo, dónde se debe indicar este dato?" RESPUESTA: Precios unitarios oficiales son las [sic] principales recambios, piezas y materiales de los fabricantes que empleen en las diversas soluciones los oferentes vinculadas al ulterior mantenimiento. Sí, será el oferente, con arreglo al precio oficial fijado por el fabricante. La Asamblea se reserva el derecho de verificarlos con el fabricante. Acerca del sobre en el que introducir y cómo los descuentos ya se ha respondido anteriormente."

Cuarto.- A la licitación se presentaron cuatro licitadoras, quedando dos de ellas definitivamente excluidas, en aplicación de lo dispuesto en la Cláusula 9ª del Pliego: referencia a criterios cuantificables automáticamente en un sobre distinto al número 3.

En informe técnico de 21 de febrero de 2017, emitido por el Jefe de la Sección Audiovisuales y el Jefe del Departamento de Informática, se procedió a la valoración de las dos licitadoras admitidas, en lo referente a los criterios que dependen de un juicio de valor y, por informe de 7 de marzo de 2017, de los mismos responsables, se valoraron los criterios cuantificables automáticamente.

La Mesa de Contratación, en sesión 2017/04, de fecha 7 de abril, adoptó el acuerdo de elevar al Órgano de Contratación Propuesta de clasificación, requerimiento y adjudicación en el procedimiento que nos ocupa a la empresa TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.

La Mesa de la Asamblea de Madrid, en su calidad de Órgano de Contratación, por unanimidad y en su reunión 24/2017, del siguiente 17 de abril, adoptó el siguiente acuerdo:

"La Mesa,





ASAMBLEA DE MADRID

VISTOS

Primero: La documentación presentada al procedimiento abierto incoado para la contratación de la solución "llave en mano" para el diseño, suministro, instalación, integración e implementación y puesta en funcionamiento de los sistemas de sonido, video, audio, conferencias, votaciones, comunicaciones (red segmentada, conexiones en escaños, señal y cableado) del Salón de Plenos, anejos y otros espacios de la Asamblea de Madrid, CPASU/2016/02, por las empresas AUDITEL INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L.; SONO TECNOLOGÍA AUDIOVISUAL, S.L.; TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.; y la UTE formada por VITEL, S.A. y SPICA, S.L.

La Mesa de Contratación en su reunión de 26 de enero de 2017, sesión 2017/02, acordó admitir en el procedimiento a todas las empresas.

Segundo: El informe técnico de 21 de febrero de 2017, emitido por el Jefe de la Sección de Audiovisuales y el Jefe del Departamento de Informática, relativo a la documentación presentada por los licitadores y la ponderación asignada, en aplicación de los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación.

En el referido informe, se excluye de licitación a AUDITEL INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L. y SONO TECNOLOGÍA AUDIOVISUAL, S.L., en cumplimiento de la cláusula 9ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que dispone que cualquier referencia a criterios cuantificables automáticamente en un sobre distinto al número 3 determinará la exclusión de la oferta. En ambos casos se hacen alusiones expresas a los plazos de mantenimiento y garantía ofrecidos.

Estos plazos se incluyen dentro de los criterios cuantificables automáticamente según la prescripción técnica 10ª del Pliego de Prescripciones Técnicas.

En el referido informe, se excluye de licitación a AUDITEL INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L. y SONO TECNOLOGÍA AUDIOVISUAL, S.L., en cumplimiento de la cláusula 9ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que dispone que cualquier referencia a criterios cuantificables automáticamente en un sobre distinto al número 3 determinará la exclusión de la oferta. En ambos casos se hacen alusiones expresas a los plazos de mantenimiento y garantía ofrecidos.

Estos plazos se incluyen dentro de los criterios cuantificables automáticamente según la prescripción técnica 10ª del Pliego de Prescripciones Técnicas.

La Mesa de Contratación en su reunión de 1 de marzo de 2017, sesión 2017/03, acordó la exclusión de AUDITEL INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L. y SONO TECNOLOGÍA AUDIOVISUAL, S.L., y se informó de dicha circunstancia en la sesión pública del mismo día.





ASAMBLEA DE MADRID

Tercero: El informe técnico de 7 de marzo de 2017, emitido por el Jefe de la Sección de Audiovisuales y el Jefe del Departamento de Informática, relativo a la documentación presentada por los licitadores y la ponderación asignada, en aplicación de los criterios cuantificables automáticamente de los que se disponen en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación.

Cuarto: La notificación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Asamblea de Madrid al órgano de contratación, el día 22 de marzo de 2017 (RGEA 928/17, de 23-03-17), de suspensión del procedimiento CPASU/2016/02 por interposición de recurso especial en materia de contratación formalizado por la empresa AUDITEL INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.L.

Quinto: La Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Asamblea de Madrid, de 4 de abril de 2017 (RGEA 1161/17, de 4-04-17), que desestima el recurso presentado y deja sin efecto la suspensión del procedimiento CPASU/2016/02.

La Mesa de Contratación en su reunión de 7 de abril de 2017, sesión 2017/04, acordó aprobar el informe técnico 7 de marzo de 2017, emitido por el Jefe de la Sección de Audiovisuales y el Jefe del Departamento de Informática, y proponer al órgano de contratación según la clasificación que contiene.



ACUERDA

Primero.- Clasificación, requerimiento y adjudicación.

A) Clasificación.

Las proposiciones presentadas y admitidas al procedimiento quedan clasificadas como se reseña a continuación:

Cláusula 13ª P.C.A.P. CRITERIOS	EMPRESAS			
	TELEFÓNICA Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U.	(UTE) VITEL, S.A. y SPICA, S.L.	AUDITEL Ingeniería y Servicios, S.L.	SONO Tecnología Audiovisual S.L.
Criterio 1: Precio	65,00	57,78	EXCLUIDA: Cláusula 9ª del Pliego: referencia a criterios cuantificables	EXCLUIDA: Cláusula 9ª del Pliego: referencia a criterios
Criterio 2: Calidad Técnica Global	19,45	17,61		
Criterio 3: Mantenimiento y garantías	3,42	4,05		
Tramo Automático	0,00	0,00		



ASAMBLEA DE MADRID

Tramo Juicio Valor	3,42	4,05	automática-mente en un sobre distinto al número 3.	cuantificables automática-mente en un sobre distinto al número 3.
Criterio 4: Formación de los técnicos de la Asamblea	3,32	3,07		
Criterio 5: Estética de las soluciones	1,93	2,00		
Criterio 6: Otras Mejoras	0,25	0,00		
TOTAL	93,37	84,51		

B) Requerimiento.

La empresa que ha presentado la oferta más ventajosa, TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., deberá presentar en el plazo de diez días hábiles desde el siguiente a la notificación, la documentación que a continuación se reseña:

- Documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.
- Documentos acreditativos de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, conforme al artículo 64.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que le reclame el Órgano de Contratación.
- Documentación acreditativa de haber constituido garantía definitiva. La empresa TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., presenta una proposición económica de un millón seiscientos cuarenta y nueve mil ciento treinta y dos euros con cinco céntimos (1.649.132,05 €), sin inclusión del IVA, por lo que el importe de la garantía definitiva que se requiere según lo previsto en la cláusula 16ª del Pliego que rige la contratación, asciende a ochenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y seis euros con sesenta céntimos (82.456,60 €).

C) Adjudicación.

Una vez cumplimentada la presentación de la documentación que se dispone en el apartado B), la adjudicación del referido procedimiento abierto, CPASU/2016/02, se producirá, en un plazo no superior a cinco días hábiles desde que se reciba la documentación requerida, a favor de la empresa TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., por el precio de un millón seiscientos cuarenta y nueve mil ciento treinta y dos euros con cinco céntimos (1.649.132,05 €), sin inclusión del IVA [1.995.449,78 €, IVA incluido], con el siguiente desglose:





ASAMBLEA DE MADRID

CONCEPTO	IMPORTE	IMPORTE
	sin IVA	IVA incluido
Solución "llave en mano"	1.559.862,01 €	1.887.433,03 €
Servicio de mantenimiento, 1 año	89.270,04 €	108.016,75 €
TOTAL	1.649.132,05 €	1.995.449,78 €

El plazo de ejecución, en los términos dispuestos en la cláusula 18ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación, será de ochenta y cuatro días naturales. En todo caso, será inamovible la fecha de conclusión definitiva de la implantación de los sistemas (incluida sus pruebas), que tendrá lugar el día 16 de septiembre de 2017.

Concluida la ejecución y formalizada la recepción de la solución, se iniciará el plazo de garantía por el plazo de dos años y el plazo de inicio de la prestación del servicio de mantenimiento por el plazo mínimo de un año, prorrogable.

Según dispone en el apartado 5 de la cláusula 5ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la contratación, la adjudicación quedará sujeta a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente en el presupuesto del ejercicio 2017 y siguiente, conforme al Acuerdo de Mesa de 17 de mayo de 2016, para atender las obligaciones económicas que para la Asamblea de Madrid se deriven del cumplimiento de este contrato.

Segundo.- De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento citado en el apartado B) del punto anterior, se entenderá que el licitador ha retirado la oferta, lo que comportaría la incautación de la garantía provisional depositada, procediéndose a recabar la misma documentación al licitador siguiente por el orden en el que hayan quedado clasificadas las ofertas.

En este supuesto, se propone a la Mesa de la Cámara, la adjudicación del referido procedimiento abierto, CPASU/2016/02, al licitador que, por orden de clasificación, haya sido requerido y haya presentado la documentación preceptiva.

Tercero.- Delegar la adjudicación del referido procedimiento abierto, CPASU/2016/02, en la Presidencia de la Asamblea de Madrid, por virtud del artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Una vez cumplimentada la presentación de la documentación que se dispone en el apartado primero, la adjudicación deberá realizarse en un plazo no superior a cinco días hábiles.





ASAMBLEA DE MADRID

Se delega, asimismo, en la Presidencia de la Cámara el requerimiento que deba realizarse en el supuesto de hecho contemplado en el apartado segundo del presente Acuerdo."

Quinto.- El 3 de mayo de 2017, mediante resolución de la Presidencia de la Asamblea de Madrid, por delegación de la Mesa de la Cámara, se adjudica el contrato a la empresa TELEFÓNICA, SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.A.U.

De dicha resolución se dio la oportuna comunicación a la adjudicataria, así como al resto de licitadores. En la misma se realiza la siguiente precisión (último párrafo del apartado tercero de la Resolución objeto de recurso): *"En el momento de la formalización, la empresa adjudicataria aportará para su incorporación como anexo contractual, la documentación aplicable correspondiente a las piezas de recambio oficiales de la anualidad, debidamente selladas por el fabricante, sin perjuicio del resto de documentación a la que los pliegos otorgan carácter de documento contractual"*.



Sexto.- El 9 de mayo de 2017 las empresas hoy recurrentes requirieron el informe técnico de valoración de las ofertas técnicas, de 21 de febrero de 2017, así como los sobres 1, 2 y 3 de la oferta presentada por TELEFÓNICA, SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.A.U.

Con fecha 16 de mayo de 2017 (nº de Registro de Salida 674) se les dio traslado del informe solicitado, se puso a su disposición el sobre nº 3 y, se puso en su conocimiento que, dado que la empresa afectada había declarado la confidencialidad de la oferta técnica, se procedía a requerir a ésta para que confirmara y, en su caso, motivara tal confidencialidad.

El 23 de mayo de 2017 (Registro de entrada nº 1855) tuvo entrada en la Asamblea de Madrid escrito de TELEFÓNICA, SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.A.U.; escrito en el que el representante de dicha mercantil indica los documentos de su oferta técnica que se reputan de carácter confidencial, con exposición de los motivos de dicha confidencialidad. De este escrito se remitió copia a las recurrentes al día siguiente, 24 de mayo.



ASAMBLEA DE MADRID

En esa misma fecha se le remite a la actora el informe técnico de valoración de la oferta económica, de 7 de marzo de 2017.

Séptimo.- El 23 de mayo de 2017 VITEL, S.A., y SPICA, S.L., presentaron en el Registro General de la Asamblea de Madrid (RGEA nº 1876), escrito de anuncio de interposición de recurso especial en materia de contratación.

Con fecha 29 de mayo de 2017 tuvo entrada en este Tribunal Administrativo (Registro de entrada nº 11) escrito de interposición del recurso, fundamentado en dos motivos, a saber:

1.º) Infracción de los principios de publicidad y transparencia, que le genera indefensión al no haber tenido acceso a la totalidad de la oferta presentada por la empresa adjudicataria.

2.º) Incumplimiento insubsanable, por parte de la empresa adjudicataria, del PCAP y del PPTP, que debía suponer la exclusión del licitante adjudicatario, con infracción del principio de igualdad de trato.



Octavo.- El 31 de mayo de 2017, a requerimiento de este Tribunal Administrativo, el Servicio de Contratación de la Asamblea de Madrid, remitió copia del expediente de contratación –con inclusión de los sobres 2 y 3 de la oferta de la adjudicataria y de las recurrentes- y documento rubricado “informe”, comprensivo de un extracto de la documentación obrante en el expediente.

A requerimiento de este Tribunal Administrativo, se le remitió el informe complementario al que se refiere el artículo 46.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP); informe de fecha 5 de junio de 2017 (Registro de Entrada en el Tribunal nº 13, de 6 de junio).

Noveno.- Con fecha 1 de junio de 2017, este Tribunal Administrativo, a la vista del expediente, acordó aceptar la solicitud de abstención de uno de sus miembros, al haber intervenido como perito informando los Pliegos de contratación, al amparo de lo



ASAMBLEA DE MADRID

previsto en el artículo 23.2.d) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Décimo.- El anterior 30 de mayo de 2017 este Tribunal Administrativo había dado el preceptivo traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, todo ello en cumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 46.3 del TRLCSP.

En dicho plazo se han presentado alegaciones por parte de la licitadora adjudicataria, TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U. En dichas alegaciones la referida mercantil insiste en la confidencialidad de los documentos declarados por ella como tales y señala que ha obrado como se le indicó en la respuesta a la consulta formulada a la Administración contratante, respuesta que es de público conocimiento, a través del perfil del contratante de la Asamblea de Madrid.

A los anteriores antecedentes le son de aplicación los siguientes



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del, antes referido, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en el artículo 88 bis del Reglamento de Régimen Interior de la Asamblea de Madrid, corresponde a este Tribunal Administrativo la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso se ha interpuesto contra el acto de adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada, por lo que estamos en presencia de un acto recurrible, de acuerdo con lo establecido en los apartados 1.a) y 2.c) del artículo 40 del TRLCSP.



ASAMBLEA DE MADRID

Tercero.- Ostentan legitimación para recurrir las empresas VITEL, S.A., Y SPICA, S.L. (con compromiso de UTE), al tratarse de personas jurídicas *"cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso"*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al haberse presentado conjuntamente a la licitación en el procedimiento de contratación de referencia, y no haber resultado adjudicatarias.

Asimismo queda acreditada, con la documentación adjuntada al escrito de interposición de recurso, la representación de los firmantes del recurso.

Cuarto.- El recurso, interpuesto el 29 de mayo de 2017, tiene por objeto el acuerdo de adjudicación del contrato que les fuera notificado el anterior 5 de mayo. Por lo tanto, la impugnación se formalizó dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.



Asimismo, sin entrar en la cuestión de su eficacia, en los antecedentes consta que se ha cumplido con el trámite de anuncio previo, previsto en el apartado primero del citado artículo.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, se alega por las recurrentes, como primer motivo del recurso, la *"Infracción de los principios de publicidad y de transparencia que deben regir el procedimiento de licitación"*. Infracción de la que se sostiene que le ha causado una *"grave indefensión"*, por no haber podido acceder a la totalidad del expediente administrativo de contratación, incluidas las ofertas de los licitantes, con la consecuencia de *"que ve cercenado su derecho a comprobar el correcto cumplimiento de las ofertas presentadas tanto en sus obligaciones formales como en las especificaciones técnicas requeridas"*.

1. Sobre esta primera alegación debe traerse a colación lo dispuesto por los artículos 140.1 y 153 del TRLCSP.

El primero de ellos, respecto de la *"Confidencialidad"* y por cuanto aquí importa, establece:



ASAMBLEA DE MADRID

"1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas".

Por su parte, el artículo 153, al regular las "Obligaciones de información sobre el resultado del procedimiento", concreta la información no publicable; y dispone:

"El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)."

En la misma línea, la Directiva de la Unión Europea 2014/24, de 26 de febrero de 2014, prevé en su artículo 21.1:



"Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas."

Y, en su artículo 55.3, dispensa a los poderes adjudicadores de la obligación de comunicar determinados datos relativos a la adjudicación del contrato, la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, "cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o perjudicar la competencia leal entre operadores económicos".



ASAMBLEA DE MADRID

Por último, ha de tenerse presente que la cláusula 28.ª del PCAP, en la que se regula el "Deber de confidencialidad", establece lo siguiente:

"1. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá con carácter indefinido desde el conocimiento de esa información.

2. El órgano de contratación no podrá divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial. A estos efectos, los licitadores deberán incorporar en cada uno de los sobres una relación con la documentación a la que hayan dado ese carácter".

2. De igual modo, y por cuanto afecta a la tramitación del presente procedimiento de recurso, debe considerarse lo establecido por el artículo 46 del TRLCSP. Su apartado 5 prescribe lo siguiente:

"5. El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento."

Esta prescripción resulta de especial relevancia en atención a la solicitud subsidiaria que a este Tribunal Administrativo le realizan los recurrentes, a cuyo tenor:

"Subsidiariamente, y para el improbable supuesto en que no fuera estimada el incumplimiento de la oferta presentada por TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFROMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., a efectos de evitar la indefensión de esta parte en el planteamiento del presente recurso, se solicita se acuerde el acceso y entrega del expediente de licitación y en concreto la oferta técnica y la documentación que debe acompañar la misma, dando oportuno traslado para realizar las comprobaciones oportunas respecto al cumplimiento de los pliegos contractuales y especialmente las especificaciones técnicas requeridas."





ASAMBLEA DE MADRID

Pues bien, en el reproducido precepto se aborda una cuestión de extraordinaria delicadeza —que por lo demás no es exclusiva de los recursos especiales en materia de contratación—, cual es la de compatibilizar la confidencialidad de los datos obrantes en el expediente administrativo y el derecho de defensa de los licitadores, principios que deben cohonestarse sin que ninguno de ellos padezca.

Y la solución de la ley al respecto descansa en la entrega al prudente criterio del Tribunal Administrativo del necesario —y difícil— punto de equilibrio que, por su propia lógica, de un lado, en ningún caso dará satisfacción a todas las partes y, de otro, debe tender a preservar el acervo de *know-how* de los competidores. Un punto de equilibrio no concretado por el legislador.

Obvio resulta que, para pronunciarnos en el supuesto que nos ocupa sobre la solicitud formalizada y antes reproducida, previamente habremos de considerar el conjunto de las alegaciones de los actores.



3. Presupuesto dicho marco normativo, a efectos de determinar la amplitud del derecho de acceso al contenido del expediente y la posible colisión con el deber de confidencialidad, cabe exponer la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación pública, así como la de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación.

El Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, examina el alcance y extensión que ha de darse al principio de confidencialidad y su relación con otros principios con los que entra en conflicto, como son el principio de transparencia, en concurrencia con el de publicidad de las licitaciones y el de acceso a su información. Y afirma, en criterio luego reiterado por la resolución 10/2015:

“Esta concurrencia de derechos no siempre puede resolverse de manera pacífica: ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador



ASAMBLEA DE MADRID

adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado mas allá de lo necesario como ha declarado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas Resoluciones, entre otras, la nº 199/2011 y la nº 62/2012".

En idéntico sentido se pronuncia el Informe de la Junta Consultiva de Cataluña 11/2013, de 26 de julio, que argumenta que *"la confidencialidad no puede significar vulneración de los principios de publicidad y transparencia, en el sentido de dejar sin contenido el derecho de otros licitadores a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de selección y adjudicación, de manera que necesariamente, debe buscarse el equilibrio y proporcionalidad en la ponderación de los diferentes intereses en juego"*.

Estos principios se encuentran reiterados en múltiples resoluciones de los órganos encargados de los recursos especiales en materia de contratación; por todas, las del Tribunal Administrativo Central 199 y 280/2011, 62/2012, 45/2013, 288, 417 y 825/2014, 46, 56, 119 o 131/2015. De esta doctrina el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid extrae, en su Resolución 43/2014, las siguientes conclusiones, luego reiteradas en otras resoluciones, como las 203/2014 y la 22/2015:



"1) Que el principio de confidencialidad no es absoluto, sino que debe ponerse en relación con los principios de transparencia, publicidad y contradicción en cuanto debe permitir el acceso a los recursos, debe buscarse un equilibrio y proporcionalidad adecuados para no causar indefensión. 2) La confidencialidad no puede ser una cláusula genérica o de estilo que afecte a toda la documentación presentada por un candidato. 3) El licitador debe manifestar, expresamente, qué parte de la documentación se considera confidencial y justificarlo adecuadamente. 4) En caso de discrepancia, el órgano de contratación tiene potestad para determinar qué documentación de la manifestada por el licitador, puede tener el carácter de confidencial y motivarlo, igualmente, en el expediente. 5) El interés público, los secretos industriales, técnicos o comerciales, derechos de propiedad intelectual o información que afecte a la competencia leal entre empresas y los contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales son el campo propicio para apreciar el carácter confidencial."



ASAMBLEA DE MADRID

Sexto.- En el supuesto que nos ocupa, la empresa ahora adjudicataria, en el momento inicial de presentación de su oferta declaró confidencial, con carácter genérico, la oferta técnica contenida en el sobre 2.

1. Es evidente que dicha declaración, carente de motivación, no era sino "*una cláusula genérica o de estilo*" que, como tal, no debía ser aceptada por el Poder Adjudicador.

Y así actuó dicho Poder, a tenor de los antecedentes, evitando la producción de una actuación incurra en fraude de ley: habiendo solicitado la hoy recurrente —mediante escrito de fecha 9 de mayo— el traslado del informe técnico y el acceso a la documentación comprendida en los sobres números 1, 2 y 3, la Asamblea de Madrid, implícitamente, no admitió tal declaración genérica de confidencialidad y requirió a la empresa adjudicataria, TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., en orden a que concretara debidamente la documentación que entendía debía tener carácter confidencial. Todo ello conforme a las conclusiones primera y segunda, de las anteriormente reproducidas, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 43/2014: "[...] *el principio de confidencialidad no es absoluto [...]*" y "*El licitador debe manifestar, expresamente, qué parte de la documentación se considera confidencial y justificarlo adecuadamente*".



2. La empresa requerida asumió el criterio de la Asamblea y, conforme obra en los antecedentes, presentó un listado detallado, comprensivo de los documentos que se reputan de carácter confidencial, de los que integran la oferta técnica. Dicho listado va acompañado de los motivos que, a juicio de aquélla, justifican la declaración de confidencialidad y que radican, sintéticamente, en las siguientes argumentaciones:

1) los documentos declarados confidenciales contienen aspectos que derivan de un diseño que es propiedad intelectual de la empresa; su conocimiento por las competidoras permitiría obtener ventaja para futuras licitaciones;



ASAMBLEA DE MADRID

2) las soluciones técnicas ofertadas no son estándar, por lo que constituyen un elemento estratégico de la empresa;

3) la documentación recoge información indirecta de acuerdos a los que se ha llegado con terceros proveedores de equipos y servicios, cuyo conocimiento por terceros podría poner en riesgo el mantenimiento de estos acuerdos comerciales, así como deducir aspectos de futuras ofertas en el mercado empresarial, otorgándoles una ventaja;

4) la oferta contiene información de la estructura organizativa, procedimientos operativos, políticas de gestión y herramientas internas en áreas sensibles, como la operación y mantenimiento; y

5) la existencia de datos personales protegidos por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

3. La extractada motivación, así como el concreto alcance de la confidencialidad, fue admitida, de nuevo tácitamente, por la Asamblea de Madrid, dando traslado de la misma a las recurrentes como respuesta al acceso a la documentación que por éstas se había realizado. La comunicación se cursó al día siguiente de su recepción, esto es, con fecha de 24 de mayo.

4. Siendo conscientes de la brevedad de los plazos con los que está diseñado el presente recurso, es lo cierto que no consta en el expediente que, con carácter previo a la formal interposición del recurso el siguiente día 29, se formalizara ante el órgano de contratación discrepancia por parte de los hoy recurrentes respecto de lo manifestado por la empresa adjudicataria y asumido por la Asamblea de Madrid.

Es cierto que consta en el expediente un correo electrónico firmado por una persona del departamento comercial de una de las dos licitadores recurrentes, del siguiente tenor literal:

"Estimados Señores

Acusamos recibo de la comunicación por la que nos dan traslado del escrito remitido por Telefónica Soluciones por el que ratifica la declaración de



ASAMBLEA DE MADRID

Confidencialidad prácticamente a la totalidad de su propuesta, excluyendo de la misma, únicamente materias totalmente irrelevantes a los efectos que nos ocupan. Sin que nos conste que la Mesa de la Asamblea, conforme es competente, haya determinado la documentación que debe mantenerse afecta o no a dicha confidencialidad, de acuerdo que la casuística establecida por el TACRC y las Juntas Administrativas de contratación. Teniendo en cuenta, además de la irrelevancia de la documentación puesta a disposición, que se ha notificado dos días antes de la terminación del plazo para que esta parte pueda elaborar el correspondiente Recurso especial en materia de contratación anunciado, no consideramos necesario el examen de los documentos que nos indican, haciéndoles constar nuevamente la indefensión que produce a esta empresa la imposibilidad de acceso a la documentación relevante requerida".

Sin entrar en la naturaleza de dicha comunicación —que no se dirige a la Mesa de la Asamblea y está remitida por un miembro del departamento comercial de una de las dos empresas recurrentes a la dirección de correo electrónico del "Perfil de Contratante Asamblea"—, es claro que, como lo había sido la inicial de la adjudicataria, estamos ante *"una cláusula genérica o de estilo"*, que en modo alguno concreta ni motiva porqué se afirma que se hace *"constar nuevamente la indefensión que produce a esta empresa la imposibilidad de acceso a la documentación relevante requerida"*. Y si la inicial cláusula genérica de la adjudicataria debe rechazarse, por cuanto podría incurrir en fraude de ley, lo mismo debe concluirse respecto de la comunicada por un miembro del departamento comercial de una de las dos empresas recurrentes, máxime considerando el informal tenor de queja con el que está redactada, concluyendo que *"no consideramos necesario el examen de los documentos que nos indican"*; queja que en modo alguno se dirige a la Mesa de la Asamblea, a la que sí se habían dirigido los representantes legales de las dos empresas recurrentes —justamente el día anterior—, procediendo a anunciar la interposición del recurso.

Obvio resulta que si dicha discrepancia se hubiera formalizado por las recurrentes ante la Mesa de la Cámara, nos habríamos encontrado ante el supuesto concluido por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid: *"En caso de discrepancia, el órgano de contratación tiene potestad para determinar qué documentación de la manifestada por el licitador, puede tener el carácter de confidencial y motivarlo, igualmente, en el expediente"*.





ASAMBLEA DE MADRID

5. En atención a los hechos concurrentes, no puede compartirse lo razonado por los recurrentes –más allá de las acertadas consideraciones, de orden general, que sobre el alcance de la confidencialidad se realizan–. En efecto, lo que se afirma es lo que sigue (pág. 5):

"A pesar de tener competencia el Órgano de contratación para determinar la documentación a la que debe o no alcanzar dicha confidencialidad, al día de la fecha de presentación del presente recurso, a esta parte continúan sin habérsele dado acceso al mismo. Interesa poner de manifiesto, que ante la insistencia de esta parte, y solo tras la presentación del preceptivo anuncio del Recurso, con fecha 24 de mayo, (a dos días del vencimiento del plazo para la presentación del Recurso) la Asamblea de Madrid, nos ha dado traslado el Informe de Evaluación de fecha 7 de marzo de 2017, del que en su momento realizaremos las oportunas alegaciones, y de un escrito de TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., de fecha 23 de mayo, (documentos n° 7 y 8) presentado a requerimiento de la Asamblea de Madrid, ratificando la extensión de la declaración de confidencialidad, prácticamente a toda la documentación técnica de la oferta. Sin que por parte de la Asamblea de Madrid, se haya realizado la determinación a la que la legislación le obliga, discriminar efectivamente qué documentación podría o no estar afecta a dicha confidencialidad. Sin perjuicio de lo expuesto, la justificación de la adjudicataria, incurre en fraude de ley, porque en absoluto son de recibo la extensión de confidencialidad que realiza ni está incurso en la casuística establecida por la doctrina para tal fin."



Sin embargo, del expediente se colige que:

- de un lado, la Asamblea de Madrid –siquiera de forma implícita– sí discriminó qué documentación se reputaba de carácter confidencial, asumiendo los razonamientos de la empresa adjudicataria y, en consecuencia, dando traslado a los actores de todo aquello que entendió que



ASAMBLEA DE MADRID

no revestía tal carácter, ajustándose a lo dispuesto en la cláusula 28ª.2 del PCAP.

- de otro, las dos empresas hoy recurrentes no formalizaron discrepancia alguna ante la Mesa de la Asamblea, ante la que sí habían formalizado el anuncio del recurso, con el efecto que dicha discrepancia hubiera tenido de compeler al órgano de contratación a un pronunciamiento expreso; y sin que, al día de la fecha, se hayan explicitado las concretas razones que, a juicio de los actores, privan de sentido a las justificaciones ofrecidas por la adjudicataria para afirmar la declaración de confidencialidad de los documentos por la misma referidos.

6. Por lo demás, para contrarrestar la confidencialidad y cohonestarla, en la medida de lo posible, con el principio de publicidad, debe tenerse en cuenta que las recurrentes han tenido acceso al resto del expediente no declarado confidencial y, muy especialmente, a sendos informes técnicos de valoración, tanto el de 21 de febrero, en el que se ponderan los criterios sujetos a un juicio de valor, como el de 7 de marzo, en el que se evalúan los criterios automáticos, y que constituyen la fundamentación del acuerdo de adjudicación. Dichos informes contienen una ponderación suficientemente motivada de los criterios de adjudicación y su aplicación a las empresas licitadoras no excluidas de la licitación, quedando así enervada la alegación de *"grave indefensión"*.

En consecuencia, es un hecho que, de un lado, la recurrente ha tenido conocimiento de la aplicación de los criterios de adjudicación y, de otro, la adjudicataria matizó su inicial declaración de confidencialidad y, lo que es más importante, la justificó; justificación que fue considerada adecuada por la Asamblea de Madrid, motivo por el que no hizo uso de su potestad para discriminar qué documentación tiene o no carácter confidencial, sin que las empresas recurrentes formalizaran ante el órgano de contratación la discrepancia que manifiestan en el recurso.

Por lo expuesto, a juicio de este Tribunal Administrativo no puede tener acogida el reproche que, en este sentido, han efectuado las recurrentes.





ASAMBLEA DE MADRID

7. A mayor abundamiento, es preciso traer a colación el informe remitido, con fecha de 5 de junio, por la Directora de Gestión Administrativa. En el mismo se viene a asumir, de modo motivado, el criterio manifestado por la adjudicataria respecto de la declaración de confidencialidad, que, de este modo, se confirma de modo expreso, justificado en que *"al ser una propuesta de solución "llave en mano", se añan en las ofertas propuestas tecnológicas, arquitectura de sistemas, propuestas de interconexión de quipos, basados en acuerdos previos entre fabricantes y el oferente, incluso una propuesta de diseño y estética, así como los medios materiales, técnicos humanos y su estrategia de coordinación para la consecución de la ejecución de un contrato que, con una simple remisión al título de su objeto, se puede inferir la alta complejidad, no solo en su ejecución, sino también en su diseño, interconexión y arquitectura tecnológica"*; añadiendo que *"es en suma, precisamente, en este tipo de expedientes donde las nuevas tecnologías o soluciones técnicas incorporadas, los medios de producción y de gestión, el know-how o incluso el propio diseño de los protocolos de actuación son elementos esenciales"*. Todo lo cual le lleva a asumir el alcance y motivación ofrecida por la licitante que resultó adjudicataria.



En la ponderación entre el principio de transparencia y la confidencialidad es fundamental la motivación que se ofrezca para justificar la declaración de confidencialidad y, en este caso, tanto la licitadora como la Asamblea de Madrid han justificado tal declaración de modo adecuado, a juicio de este Tribunal Administrativo: nos encontramos en presencia de un contrato cuyo objeto es altamente tecnificado, en cuyas ofertas se incluyen datos que reflejan el know-how de las licitadoras, así como modos de operar o procedimientos de trabajo que forman parte de sus estrategias técnicas. Además, al tratarse de una solución "llave en mano" las licitadoras se encuentran obligadas a llegar a acuerdos comerciales cuyo conocimiento por otros competidores puede llevar a falsear la competencia en futuras licitaciones, por lo que concurren las motivaciones que justifican la confidencialidad, al amparo del artículo 140.1 del TRLCSP.

Y de lo anterior se colige, respecto de la solicitud subsidiaria que se nos formula por los actores, que este Tribunal Administrativo, en su condición de órgano



ASAMBLEA DE MADRID

competente para la resolución del recurso y conforme a lo dispuesto por el artículo 46.5 del propio TRLCSP, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, por lo que procede no acceder a la entrega de la oferta técnica obrante en el expediente de licitación. Entendemos cumplida y razonada la justificación ofrecida por la empresa adjudicataria, que ha sido confirmada por la Asamblea de Madrid.

Séptimo.- Como segundo motivo de fondo del recurso, alegan las recurrentes la vulneración del principio de igualdad de trato a todos los licitadores, al permitir a la adjudicataria presentar, con posterioridad a la adjudicación, documentación que debía haber incorporado a su oferta, con el consiguiente incumplimiento, a su juicio, del PCAP y del PPTP; en concreto de las cláusulas que han sido reproducidas en los antecedentes de la presente resolución y, singularmente, de la cláusula 28ª.4.II.6 del PPTP:

"4. ASPECTOS RELATIVOS AL MANTENIMIENTO Y LAS GARANTÍAS. Los licitadores en su oferta deberán incluir, con arreglo a los formatos contenidos en el Capítulo V "Anexos", preceptivamente, la siguiente documentación:

[...]

6. Listados de repuestos, piezas y materiales recomendados por los fabricantes para sustitución que el licitador, como adjudicatario final, deberá tener en todo momento disponible para el cumplimiento de la garantía y el servicio de mantenimiento por los plazos que correspondan. Los listados se presentarán con el valor de los precios unitarios oficiales de los repuestos y piezas para el año en curso selladas por el fabricante. Estos listados serán incorporados en las ofertas".

Lo que se alega, en sustancia, es que la empresa que ha resultado adjudicataria no presentó en su oferta el listado de los repuestos recomendados con los precios oficiales sellado por el fabricante, tal y como explicita el PPTP, permitiéndosele en la resolución de adjudicación la subsanación de este defecto que, en opinión de las recurrentes, debiera haber determinado la exclusión de la oferta de la licitadora adjudicataria, por incumplimiento de los Pliegos.





ASAMBLEA DE MADRID

1. Para una correcta resolución del segundo motivo alegado es preciso tomar en consideración la posibilidad de subsanación de las ofertas y el carácter subsanable, o no, del defecto concreto de la documentación de la adjudicataria invocado por las recurrentes.

El examen debe partir de lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, a cuyo tenor, *"las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna"*. Asimismo, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre' (RGLCAP), dispone lo siguiente: *"Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición."*



2. Estos preceptos han sido interpretados en el sentido de que un excesivo formalismo puede menoscabar uno de los principios básicos de la contratación administrativa, enunciado en el artículo 1 del TRLCSP, cual es el de la libre concurrencia, por excluir a licitadores por defectos meramente formales en la documentación.

En este sentido, y con carácter general, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 27/04 y 36/04, ambos de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) viene considerando que *"se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo,*



ASAMBLEA DE MADRID

como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable. Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales”.

Este criterio viene siendo aplicado, igualmente, por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en sus Resoluciones 1084/2016, 124/2016, 463/2014, 92/2014, 225/2013, y en las más recientes 52/2017 y 230/2017, construyendo una doctrina favorable a la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica y económica, con el límite de que no se altere la oferta presentada. En términos de la Resolución 1084/2016, con cita de la 463/2014:



“[...] la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, solo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta”. De esta forma, en la Resolución 945/2016 hemos señalado que “en materia de subsanabilidad el Tribunal, siguiendo en este punto una muy reiterada doctrina y jurisprudencia, aboga por una aplicación antiformalista de los requisitos exigibles a los licitadores en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Como dictamina la citada jurisprudencia, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999). Asimismo, la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal,



ASAMBLEA DE MADRID

como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable. Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales".

Este criterio viene siendo aplicado, igualmente, por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en sus Resoluciones 1084/2016, 124/2016, 463/2014, 92/2014, 225/2013, y en las más recientes 52/2017 y 230/2017, construyendo una doctrina favorable a la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica y económica, con el límite de que no se altere la oferta presentada. En términos de la Resolución 1084/2016, con cita de la 463/2014:



"[...] la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, solo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que "excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta". De esta forma, en la Resolución 945/2016 hemos señalado que "en materia de subsanabilidad el Tribunal, siguiendo en este punto una muy reiterada doctrina y jurisprudencia, aboga por una aplicación antiformalista de los requisitos exigibles a los licitadores en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Como dictamina la citada jurisprudencia, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999). Asimismo, la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estrategias poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal,



ASAMBLEA DE MADRID

no esencial, que son subsanables sin dificultad (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1987 y 19 de enero de 1995, entre otras muchas)."

Lo determinante, en todo caso, es que las subsanaciones *"no pueden comportar modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar extremos inicialmente no previstos"*, conforme ha reiterado el Tribunal Administrativo Central (Resoluciones 64/2012, 35/2014, 876/2014 y 1084/2016). Es precisamente este límite, el de la invariabilidad de la oferta, el que permite cohesionar los principios antiformalista y de libre concurrencia con el invocado principio de igualdad de trato entre los licitadores, también consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.

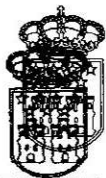
Octavo.- Sentada la anterior doctrina, que este Tribunal Administrativo comparte, procede aplicarla al caso que nos ocupa, en orden a ponderar si, efectivamente, se ha producido una vulneración del principio de igualdad de trato a todos los licitadores.

1. La empresa adjudicataria incluyó en el sobre de la oferta económica, tal y como dispone el PPTP, un listado de repuestos, con indicación de la marca y modelo, los precios unitarios del fabricante, los precios unitarios para la Asamblea y el porcentaje de rebaja respecto a los importes del fabricante.



Empero, es cierto que, como ha quedado reproducido en los antecedentes de hecho y en el fundamento anterior, el PPTP también exige que dichos listados sean sellados por los fabricantes. Incurrir, pues, en este defecto, al menos parcialmente, la empresa que ha resultado adjudicataria.

Ahora bien, como quiera que lo que se invoca por los actores es una vulneración del principio de igualdad de trato, este Tribunal Administrativo no puede dejar de hacer notar que la oferta de las recurrentes se encuentra incurso, exactamente, en las mismas circunstancias y, por ende, en el mismo "incumplimiento" que se atribuye a la empresa adjudicataria. Así es, en su oferta económica es cierto que se incluyen certificados de los fabricantes sobre los repuestos recomendados y lo es también que algunos de esos certificados incorporan los precios oficiales; pero no es menos cierto que otros no



ASAMBLEA DE MADRID
ASAMBLEA DE MADRID

incluyen los requeridos certificados. La conclusión, que estamos seguros habrán de compartir los recurrentes, es que su oferta adolece del mismo defecto que se imputan respecto de la de la empresa que ha resultado adjudicataria.

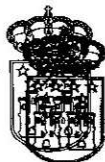
Dicho lo anterior, no hace falta precisar que no estamos en presencia de un incumplimiento que se pueda graduar cuantitativamente, pues lo relevante, a efectos de vulneración de la igualdad que se invoca y, consecuentemente, de la resolución del presente recurso, es si concurre o no el vicio que se afirma.

Por lo expuesto, a juicio de este Tribunal Administrativo no puede tener acogida el reproche que, en este sentido, han efectuado las recurrentes, pues la Administración parlamentaria, en atención al principio de concurrencia, otorgó análogo trato a ambas ofertas, en las que puede apreciarse la concurrencia del mismo defecto, procediendo a su valoración con un criterio antiformalista, ante el entendimiento de que la presentación del listado de los repuestos recomendados con los precios oficiales sellado por el fabricante constituye un defecto formal, fácilmente subsanable.

2. Presupuesto lo anterior, debe ponderarse que —de atender el razonamiento de las recurrentes y considerar, como ellas sostienen, que estamos ante un defecto insubsanable y, en consecuencia, que la adjudicataria debía haber sido excluida— la eventual estimación del presente recurso no conduciría, contrariamente a lo que se afirma en la solicitud que se nos hace, a resultar adjudicatarias del concurso las empresas recurrentes, toda vez que, en aplicación del principio de igualdad de trato que invocan, también debieran ser eventualmente excluidas, por el mismo incumplimiento.



Así se colige de la doctrina de la *"inutilidad práctica del recurso"*, que los órganos encargados de resolver este tipo de recursos especiales han tomado de la jurisprudencia comunitaria y, en concreto, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011, *Evropaïki Dynamiki*, C-401/09P, según la cual *«no procede admitir un motivo de anulación, por inexistencia de interés en ejercitar la acción, cuando, aun suponiendo que sea fundado, la anulación del acto impugnado sobre la base de tal motivo no podría satisfacer al demandante»*. Procedería, pues, negar legitimación a los recurrentes para impugnar la adjudicación que constituye el



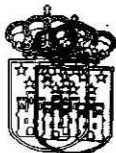
ASAMBLEA DE MADRID

objeto del presente litigio, toda vez que, aun siendo estimatorio el resultado del recurso, no podría tener como efecto la adjudicación a los mismos del contrato, en los términos afirmados en reiteradas resoluciones del Tribunal Administrativo Central; por todas, 237, 288, 290 y 319/2011, 57, 226 y 288/2012, 53, 89, 162, 296, 314, 411, 446, 485, 602, 610 y 641/2013, 351, 746, 760, 821, 830 y 913/2014, o 139, 176 y 197/2015.

Y cabe precisar, primero, que lo que se nos solicita por la actora es que se deje sin efecto la resolución de adjudicación *"y se retrotraiga el Expediente de licitación de referencia al momento de la admisión de la ponderación de las propuestas técnicas y económicas excluyendo la oferta TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U. por haber sido presentada con infracción de las prescripciones establecidas en el PCAP"*. Segundo, que la referida doctrina de la inutilidad práctica del recurso se aplica preferentemente a los recursos que pretenden la revisión de la puntuación asignada a sus ofertas, cuando la suma de los puntos pretendidos no superaría los conseguidos por la entidad adjudicataria. En estos casos, la doctrina mayoritaria –por todas, las resoluciones del Tribunal Administrativo Central 178, 289 y 319/2011, 57 y 288/2012, 162, 171, 197, 348, 356 y 455/2013, 292, 721, 446, 760, 822, 823, 913, 925, 932, 933, 937 y 944/2014, o 31, 37, 113, 122, 157 y 442/2015– niega legitimación al licitador cuya oferta no quedaría posicionada en mejor lugar –resultando por tanto adjudicatario– aun cuando se estimasen sus pretensiones. En la resolución 442/2015, de 14 de mayo, sin ni siquiera adentrarse en la naturaleza de los motivos de impugnación del acto de adjudicación, se le niega en este supuesto legitimación al recurrente por entender que no concurre el interés legítimo que se materializaría en una adjudicación (que es imposible) en su favor.



Es decir, la negación de legitimación activa se justifica en el hecho de que, aunque se estimasen las pretensiones del recurrente, su oferta nunca resultaría adjudicataria del contrato, por lo que no puede apreciarse que en el mismo concorra el interés legítimo que se exige para reconocer dicha legitimación. Y es éste el supuesto que no ocupa, pues, en virtud del principio de igualdad de trato que se invoca, concurriendo en ambas ofertas el mismo "incumplimiento" y reputándose el mismo



ASAMBLEA DE MADRID

insubsanable, habría que excluir tanto la oferta presentada por la empresa que ha resultado adjudicataria como la oferta formalizada por las empresas recurrentes.

A juicio de este Tribunal Administrativo, no ha concurrido una vulneración del principio de igualdad de trato y, de apreciarse que el defecto invocado tiene carácter insubsanable, la conclusión debería ser la de negar legitimación activa a los recurrentes, toda vez que sus posibilidades de ser adjudicatarios son inexistentes.

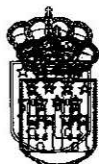
3. Ahora bien, lo que sí ha concurrido en la oferta de la adjudicataria es el defecto invocado por los recurrentes, esto es, la no observancia en sus términos del requisito de presentación de la documentación exigida en la cláusula 28.4.II.6 del PPTP, y lo que hemos de ponderar es si se trata, o no, de un defecto formal cuya subsanación, en el marco del principio de concurrencia, no alteraría los términos de la oferta presentada.

Entiende este Tribunal Administrativo, en primer lugar, que estamos en presencia de un defecto subsanable, toda vez que la omisión apreciada en la documentación presentada por la empresa adjudicataria consiste, exclusivamente, en el sellado por el fabricante del listado de repuestos con los precios oficiales, que sí fue presentado con la oferta. No se trata, por tanto, de subsanar la falta de indicación de los repuestos, tampoco su precio oficial y, menos aún, la rebaja que efectúa el ofertante, sino, exclusivamente, de la acreditación de que tales repuestos son los adecuados y sus precios oficiales se encuentran avalados por el fabricante.



En este orden de consideraciones, debe recordarse que, de acuerdo con el PPTP, prescripción 27ª, constituye un criterio de valoración —como mejora— la rebaja que efectúen los licitadores respecto de los precios oficiales de los repuestos propuestos. Dicha rebaja, así como la indicación del precio oficial, sí fue incorporada a la oferta de la empresa adjudicataria, con la omisión del sellado por el fabricante.

Además, no cabe obviar que los propios pliegos, que —como es sobradamente conocido— constituyen la ley del contrato, habilitaban de forma expresa un trámite de subsanación. Así, dispone expresamente la cláusula 28ª. del PPTP que:



ASAMBLEA DE MADRID

"Las ofertas que se presenten incompletas, esto es, sin alguno de los apartados podrán ser subsanadas dentro de los tres días hábiles inmediatos a contar desde la notificación del defecto documental, salvo que se especifique en el presente Pliego la automática exclusión. El transcurso de dicho plazo, sin que sean corregidos los defectos u omisiones subsanables por parte del adjudicatario, comportará la automática exclusión del candidato."

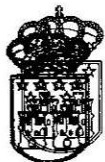
Atendiendo a las anteriores consideraciones, este Tribunal estima que el defecto invocado por las recurrentes concurre, pero se trata de un mero defecto formal, fácilmente subsanable en atención al principio de concurrencia y siempre que al subsanar no se alteren los términos de la oferta presentada.

4. Lo que ocurre, en el caso que nos ocupa, es que, habiéndose delegado la adjudicación del procedimiento en la Presidencia de la Asamblea de Madrid, la documentación a subsanar ha sido requerida, en la resolución de adjudicación, para el momento de la formalización del contrato.

Es bien sabido que los contratos públicos se perfeccionan en virtud del acto de formalización o firma, a tenor del artículo 27 del TRLCSP, lo que supone que el contrato no existe hasta que se realice la formalización indicada. Por tanto, es cierto que la adjudicación no da lugar al nacimiento del contrato, pero no es menos cierto que la adjudicación constituye el momento de la decisión, y ésta debe adoptarse una vez entregada conforme la documentación.



En consecuencia, lo correcto es que la subsanación del defecto se hubiera producido antes de la formal adjudicación del referido procedimiento abierto CPASU/2016/02, en el bien entendido que el sellado de los listados en sí mismo no es objeto de valoración, por cuanto que sólo lo es el porcentaje de rebaja respecto de los precios oficiales, con la consecuencia de que es irrelevante que dicha subsanación se haya producido antes de la propuesta de adjudicación o se produzca en el momento de la adjudicación, por delegación. Lo que ocurre es que, a juicio de este Tribunal Administrativo, sí debe producirse antes de la formal adjudicación y siempre que la subsanación no suponga la variación de la oferta de la adjudicataria, cuestión en la que este Tribunal quiere hacer especial énfasis.



ASAMBLEA DE MADRID

Dicho con otras palabras, la documentación que debe presentarse en orden a subsanar no puede equivaler en modo alguno a la proposición de una nueva oferta. En consecuencia, no sería admisible, en el trámite de subsanación, la modificación del listado de los repuestos, ni de los precios unitarios de los mismos, ni de la rebaja que la licitadora oferta, porque ello supondría una variación de la oferta inaceptable en trámite de subsanación de un defecto formal, conforme a la doctrina expuesta en el fundamento jurídico anterior; de modo que, si no se subsanara el defecto o con la subsanación se modificaran los términos de la oferta, debiera quedar excluida la oferta y no procedería la adjudicación.

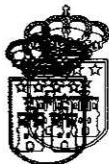
En conclusión, no se reputa adecuado diferir la subsanación al momento de la formalización del contrato, que es lo que se efectúa en la resolución de adjudicación que se impugna, pues ello no sería respetuoso con el procedimiento de contratación, por lo que procede, en los términos precisados en este fundamento jurídico, anular la resolución de adjudicación y retrotraer el procedimiento a un momento anterior, a fin de que se conceda trámite de subsanación, quedando supeditada la adjudicación a la presentación de la documentación sellada por el fabricante, sin alteración de los términos de la oferta inicialmente presentada.



En mérito a cuanto antecede, este Tribunal

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por Don Jerónimo Retamal Salguero, en nombre y representación de VITEL, S.A., y D. Guillermo Alonso Santoro, en nombre y representación de SPICA, S.L., contra la Resolución de la Excm. Sra. Presidenta de la Asamblea de Madrid de 3 de mayo de 2017, de adjudicación por delegación del contrato en el procedimiento abierto para la contratación de la solución



ASAMBLEA DE MADRID

"llave en mano" para el diseño, suministro, instalación, integración e implementación y puesta en funcionamiento de los sistemas de sonido, video, audio, conferencias, votaciones, comunicaciones (red segmentada, conexiones en escaños, señal y cableado) del salón de Plenos, anejos y otros espacios de la Asamblea de Madrid, CPASU/2016/02, en los concretos términos y con el alcance que han quedado explicitados en el fundamento de derecho octavo y, en consecuencia, anular dicha Resolución y retrotraer el procedimiento de contratación a un momento anterior a dicha adjudicación, a fin de conceder un plazo de subsanación en los términos del referido fundamento jurídico, quedando supeditada la adjudicación a la presentación de la documentación sellada por el fabricante, sin alteración de los términos de la oferta inicialmente presentada.

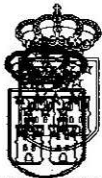
Segundo.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 46.5 del propio TRLCSP, este Tribunal Administrativo debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, por lo que procede no acceder a la entrega de la oferta técnica obrante en el expediente de licitación, solicitada subsidiariamente por los recurrentes.

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.

Cuarto.- Levantar la suspensión del procedimiento decretada *ope legis* en aplicación del artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

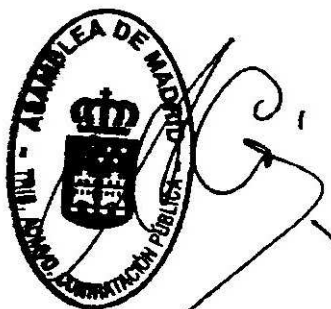
Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, 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



ASAMBLEA DE MADRID
ASAMBLEA DE MADRID

Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Madrid, a 13 de junio de 2017
El Presidente del Tribunal Administrativo de Contratación Pública



Fdo.: Alfonso Arévalo Gutiérrez