

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

Resolución nº 117/2013

En Madrid, a 31 de julio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado Don A.V.R., en nombre y representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de junio de 2013, del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, por el que se aprueban los Pliegos que han de regir la contratación de los "Servicios Integrales de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones", este Tribunal ha adoptado la siguiente,

I. ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

Interesa destacar asimismo en relación con el objeto del recurso, que el apartado 3.2 del PCT bajo la rúbrica “Servicio avanzado de las comunicaciones” señala que “las infraestructuras de comunicaciones para la voz fija, datos e internet del oferente se realizarán preferentemente por medios terrestres y con infraestructura propia del operador”. Correlativamente en el PCAP se asignan 5 puntos en función del medio de acceso por el que se ofertan los servicios, indicando “Acceso fibra óptica para las sedes por medios terrestres para servicios comunicaciones de voz y datos: máximo 5 puntos”.

También debe señalarse que el PCT en el punto 3.1.3 relativo a las infraestructuras, exige que el adjudicatario disponga de un Centro de Procesamiento de Datos (CPD) con la calificación mínima TIER III. Se requiere además que el adjudicatario disponga al menos, otro centro de proceso de datos CPD, para soluciones de respaldo del principal, situado a una distancia de más de 10 km de éste e inferior a 50 km de distancia de la Casa Consistorial. Correlativamente el PCAP otorga puntuación en función de la cercanía de alguno de los CPD, entre 0 y 10 km, 10 puntos, entre 10 y 20 km, 5 puntos y entre 20 y 30, 1 punto.

Otro aspecto a destacar del contenido del PCT, ya que ha sido controvertido por la recurrente, es que el apartado 3.2 del mismo, señala que el adjudicatario se hará cargo de los costes asociados a los servicios de comunicaciones actualmente contratados por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, desde el inicio del contrato hasta la migración de la solución propuesta.

También se indica en el PCT, punto 3.1.1, que “Se valorará positivamente que el adjudicatario disponga de instalaciones ubicadas en el municipio de Alcalá de Henares para garantizar la disponibilidad y rapidez de respuesta en caso de ser preciso”, si bien no se asignan puntos por esta cuestión en el PCAP, y que “el modelo que sea presentado al Ayuntamiento debe estar operativo y debe estar apoyado en plataformas tecnológicas que demuestren que dicho modelo funciona”.

Segundo.- Con fecha 8 de julio de 2013 Vodafone España SAU interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación contra el indicado Acuerdo de la Junta de Gobierno Local ante el propio Ayuntamiento de Alcalá de Henares, que lo remitió a este Tribunal. Dado que el día 10 anterior se había remitido el expediente correspondiente a este contrato como consecuencia de la presentación de otro recurso contra los mismo pliegos, no se ha requerido el envío del expediente, pero sí el informe a que hace referencia el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), dado que cada recurso contiene distintos argumentos, habiéndose remitido el mismo con fecha 19 de julio de 2013.

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

El petitum de su recurso se fundamenta en la, a su juicio, inadecuada unificación en el contrato de prestaciones que considera distintas al tratarse de tres servicios diferentes, entre los que no existe la vinculación y complementariedad necesaria para ser licitados sin división en lotes. Entiende que ello es contrario al principio de libre concurrencia puesto que restringe arbitraria y discrecionalmente la participación de licitadores. Se impugnan asimismo los pliegos por otras cuestiones, como la valoración de la cercanía de un segundo centro CPD, la valoración de que las infraestructuras se realicen por un medio terrestre, la valoración de que el adjudicatario disponga de instalaciones ubicadas en el municipio de Alcalá de Henares y la obligación de que el adjudicatario se haga cargo de los costes asociados a los servicios de comunicaciones contratados por el Ayuntamiento.

Por su parte el órgano de contratación defiende la vinculación de las tipologías de los servicios que forman parte del contrato, señalando que permiten la obtención de sinergias técnicas y económicas, poniendo múltiples ejemplos de licitaciones de contratos públicos en que así ha sido, incluso con la participación en tales procesos de la recurrente.

Respecto del resto de alegaciones efectuadas justifica cada una de las exigencias del PCAP como veremos más adelante, en la calidad del servicio.

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

Quinto.- Con fecha 18 de julio de 2013 se solicitó por este Tribunal asesoramiento técnico independiente, de acuerdo con el artículo 82 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) en relación con el contenido

concreto de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, habiéndose recibido información por parte de los servicios técnicos del organismo Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, el día 23 de julio. En dicha información se especifica el perfil de proveedor de cada uno de los servicios objeto del contrato distinguiendo entre proveedores con el perfil de integrador, consultor TIC, fabricante y por último operador, atribuyendo los servicios de tecnologías de la información principalmente al perfil de integrador, y para algunas prestaciones concretas al perfil de consultor TIC o fabricante. Por su parte los servicios de comunicaciones se atribuyen con carácter general a proveedores con perfil de operador aunque algunos de los servicios como la plataforma para el envío masivo de mensajes, o la red corporativa multiservicio o modernización de infraestructuras encajan también en la tipología de prestador de servicios de tipo integrador, y fabricante.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

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

También queda acreditada la representación del firmante del recurso.

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

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

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

Por lo tanto el recurso interpuesto el día 8 de julio se presentó en plazo.

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

Quinto.- El recurso se fundamenta en la inadecuada unificación en el contrato de prestaciones que considera distintas al tratarse de tres servicios diferentes, entre los que no existe la vinculación y complementariedad necesaria para ser licitados sin división en lotes, así como de determinadas exigencias previstas que considera contrarias al principio de libre competencia.

Procede por tanto examinar cada cuestión por separado:

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

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

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

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

Por su parte el órgano de contratación señala que ninguno de los servicios denominados “Servicios Avanzados de las Tecnologías de la información sería viable y podría prestarse sin el servicio Carrier, es decir, el servicio que posibilidad la prestación del primero, que es el servicio de comunicaciones oportuno”.

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

En el cuadro de correspondencias entre los códigos CPV y la CPC de la Directiva 2004/18/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios publicado en el DOUE de 15 de marzo de 2008, se recogen entre otros muchos servicios asociados al código CPC 752, los servicios telefónicos y de transmisión de datos, de telefonía móvil, servicios de Mensajes Cortos (SMS), servicios de mensajería y de información electrónicas, servicios de mensajería electrónica, servicios de intercambio electrónico de datos, servicios de correo electrónico, servicios de información electrónica, servicios de

información con valor añadido, servicios de telecomunicaciones integradas, servicios de transmisión de datos, servicios de Internet, etc. Como se aprecia en la relación anterior, en la Directiva 2004/18/CE, se considera que tanto los servicios de tecnología de la información (servicios de información electrónica, servicios de información con valor añadido, servicios de telecomunicaciones integradas, servicios de transmisión de datos, servicios de Internet), como los servicios de comunicaciones (los servicios telefónicos y de transmisión de datos, de telefonía móvil, servicios de Mensajes Cortos (SMS), servicios de mensajería y de información electrónicas) deben integrarse bajo el mismo código CPC, lo que da idea de la similitud de la naturaleza de las actividades objeto del contrato.

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

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

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

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

separado, puesto que en este caso la regla general es que se deberán establecer lotes para los servicios que sean susceptibles de contratación independiente. Sin embargo este Real Decreto resulta de aplicación en virtud de su artículo 2, a la Administración General del Estado y sus OOAA, lo que no implica que el mismo no pueda ser tenido en cuenta desde el punto de vista interpretativo del artículo 86 del TRLCSP, en relación con el principio de libre competencia.

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

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

Por otro lado el deslinde de los servicios en función del perfil de proveedor de cada uno de ellos, exigiría de considerar las alegaciones de la recurrente, que cada una de las prestaciones de los tres bloques de servicios a prestar se contratara separadamente pues cada una de ellas podría ser prestada eventualmente por un tipo distinto de proveedor. De esta forma empresas que tienen la condición de consultoras TIC podrían también solicitar que se incluyeran en un lote independiente, por ejemplo, el servicio de oficina técnica de soporte y apoyo, o empresas que tuvieran el perfil de fabricante, el equipamiento de comunicaciones (cortafuegos) y software. Ello conduciría a un fraccionamiento del contrato, que además de colisionar con la eficacia y la economía en la gestión, podría ser contrario al principio de unidad antes mencionado.

Por tanto, corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación en uno o en varios lotes, habiendo quedado justificado en el presente caso la necesidad de licitación conjunta del servicio y los inconvenientes de la división en lotes para el cumplimiento de las necesidades administrativas y de interés general que se pretenden satisfacer con el contrato: Dichas razones han de prevalecer sobre el

principio que pretende favorecer la máxima concurrencia, por lo que procede desestimar la alegación de la recurrente.

2.- Preferencia de medios terrestres con infraestructura propia del operador en relación con el servicio avanzado de telecomunicaciones. Alega la recurrente que dicha preferencia es contraria al principio de neutralidad tecnológica, cuando no existe ninguna razón técnica que lo justifique, más allá de favorecer a un determinado operador que posee ya una infraestructura terrestre implantada y amortizada, mientras que otras operadoras podrían prestar el mismo servicio con la misma calidad con otra tecnología que le permitiría ser más competitiva.

Señala el órgano de contratación que entiende que el uso de medios terrestres para la prestación del servicio de conectividad, tanto de voz como de datos, permite garantizar ratios de disponibilidad mucho mayores que mediante usos aéreos, que los medios terrestres ofrecen garantías de evolución y crecimiento en velocidad mucho mayores que los medios aéreos limitados por el espectro de frecuencias disponibles, lo cual posibilita una mayor flexibilidad a la hora de definir y ofrecer nuevos servicios a lo largo de la duración del contrato.

Como ha señalado este Tribunal en otras ocasiones no resulta restrictivo de la libre competencia el establecimiento de requisitos, o prescripciones en los pliegos que encuentren justificación en las necesidades del órgano de contratación, correspondiendo al mismo determinar las mismas y la forma de satisfacerlas a través de la contratación pública. Desde este punto de vista, este Tribunal considera que la preferencia establecida para que los medios de prestación del servicio sean terrestres es adecuada a derecho. Ahora bien en la misma cláusula del PCAP se otorga esa misma preferencia a la circunstancia de que se trate de infraestructura propia del operador, aunque en la definición literal del criterio de valoración solo se valorará el “Acceso fibra óptica para las sedes por medios terrestres para servicios comunicaciones de voz y datos”, sin contener referencia alguna a la titularidad de la red.

En relación con la titularidad de la red, el artículo 117.2 del TRLCSP establece con carácter de principio general que “Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”.

Además el artículo 11.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, redactado por el apartado cinco del artículo 3 del RDL 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista establece que “Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes y servicios de

comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad.”

De esta forma debe interpretarse el PCT considerando la obligación de interconexión de redes, con el fin de evitar el abuso de posición dominante en el mercado de las empresas prestadoras de servicios y titulares de dichas redes.

Considera este Tribunal que no existe justificación alguna para la preferencia de que la red terrestre sea de la titularidad del operador. Es cierto que dicha preferencia no aparece recogida en el PCT en términos absolutos, y que tampoco se atribuye a la misma puntuación alguna en la interpretación literal de los criterios de valoración definidos en el PCAP, por lo que no se revela como restrictiva de la libre competencia. No obstante lo anterior, debe señalarse que en la fase de valoración no puede ser objeto de puntuación la titularidad de la red de comunicaciones.

3.- Exigencia de un CPD de calificación mínima TIER III. Señala la recurrente que al igual que en el caso anterior, la exigencia de un CPD con calificación mínima de TIER III vulnera la libre competencia, puesto que aduce que el mismo no es necesario para la prestación del servicio, añadiendo que la valoración de la tenencia de un CPD en la Comunidad de Madrid con características superiores a la indicada calificación y de la distancia del mismo, tiene por objeto claramente beneficiar a Telefónica SAU, en tanto en cuanto la misma dispone de un CPD TIER IV en la Comunidad de Madrid, en concreto en Alcalá de Henares (existiendo solo otros tres, dos de BBVA y uno de Enagás). Por lo tanto considera que la puntuación otorgada en función de la cercanía de alguno de los CPD, (entre 0 y 10 km, 10 puntos, entre 10 y 20 km, 5 puntos y entre 20 y 30, 1 punto.), vulnera el principio de libre competencia puesto que es notorio que la compañía Telefónica SAU inauguró recientemente un CPD de tecnología TIER IV, precisamente en el municipio de Alcalá de Henares.

Un CPD es una ubicación donde se concentran los recursos necesarios para el procesamiento de la información de una organización. Dichos recursos consisten esencialmente en unas dependencias debidamente acondicionadas, computadoras y redes de comunicaciones, cuya exigencia en este caso justifica el órgano de contratación en el objetivo de ofrecer el mejor servicio a los ciudadanos. Por su parte la recurrente se limita a indicar que la prestación de los servicios objeto del contrato no precisan de CPD.

Sin embargo, en este punto y al igual que en el caso anterior este Tribunal entiende que corresponde al órgano de contratación determinar sus necesidades y siempre que estén justificadas exigir determinadas prescripciones en los pliegos con los límites del artículo 117 del TRLCSP. Nada obsta para exigir un CPD calificado como TIER III a la luz de lo anterior. Por otro lado, si bien queda acreditado que en la Comunidad de Madrid solo existen cuatro centros Calificados de TIER IV, no lo es menos que el PCT no exige más que

aquéel esté calificado como TIER III, sin perjuicio de que, como criterio de valoración, se tendrán en cuenta características superiores, que como aduce el órgano de contratación no implica la necesidad de tener el TIER IV, sino alguna mejora sobre el mismo, como redundancia, disponibilidad, etc, por lo que no se observa vulneración al principio de libre concurrencia.

4.- Caso distinto es el de la valoración de la distancia del CPD del municipio de Alcalá de Henares, respecto del que en el informe preceptivo se indica que el objeto del pliego es el mantenimiento de servicios mixtos (adjudicatario/consistorio) por lo que aducen que es necesario no incurrir en costes adicionales de desplazamientos ni demoras en transporte de recursos técnicos a otras poblaciones, del mismo modo que esta solicitud está encuadrada dentro del fomento de la economía local del municipio.

En primer lugar debe matizarse que el PCAP no especifica que la asignación de puntos vaya a darse al CPD de tecnología TIER III exigido, pudiendo ser este o el otro CPD exigido,- respecto del que nada se dice en cuanto al grado de seguridad,-el que sea valorado por estar a menos de 10 km de la Casa consistorial. Pero en todo caso procede el examen de la legalidad de la valoración de la distancia del CPD a la misma.

En primer lugar cabe señalar que la justificación de la inclusión de este criterio en el fomento de la economía local del municipio, no es conforme a derecho en tanto supone un tratamiento discriminatorio, principalmente de trabajadores por razón del origen territorial de los mismos, conculcando los artículos 14 y 35 de la CE, 39 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea o el artículo 4, letra c) Estatuto de los

Trabajadores. En este mismo sentido cabe señalar que tampoco es correcto exigir una ubicación física concreta del CPD a valorar, por ello aunque dicha exigencia no consta en el PCT, a la hora de valorar no podría tenerse en cuenta la mención que se consigna en el cuadro de puntuación “cuando al menos un CPD en la Comunidad de Madrid...”.

Más allá de la justificación ofrecida ex post, debe señalarse que los criterios de adjudicación no aparecen enunciados en la ley de forma exhaustiva, pero de forma enunciativa pueden ser, por ejemplo, la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo de entrega o de ejecución, el precio. (Sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC, Construction, C-19/00) y artículo 150 del TRLCSP.

Tales criterios deben permitir una valoración objetiva de las ofertas al objeto de elegir la más ventajosa económicamente, sin dar lugar a la posible apreciación arbitraria de las mismas, deben estar vinculados al objeto del contrato y deben diferenciarse de las prescripciones técnicas exigidas al producto o servicio u obra objeto del contrato.

Debe partirse de la consideración de que los criterios de adjudicación pueden suponer un condicionamiento, una restricción, de la libertad empresarial y, eventualmente, de la libertad fundamental de prestación de servicios. Así se pone muy bien de relieve en el caso resuelto por las Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005 (Comisión - España, C-158/03, y Contse y otros, C-234/03).

Ahora bien, a pesar de suponer cierta carga para los licitadores, los criterios de adjudicación, deben respetar el principio de proporcionalidad, esto es, deben ser: útiles o adecuados para lograr un fin público legítimo; necesarios, por tratarse de la medida útil menos restrictiva de la libertad; y no excesivos o proporcionados, por superar sus beneficios a los perjuicios derivados de la restricción. En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Sentencias antes citadas, las restricciones de las libertades fundamentales impuestas por los criterios de adjudicación de un contrato público deben estar “justificadas por razones imperiosas de interés general”, ser “adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen” y no ir “más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”.

En este caso y a la luz de los anteriores principios este Tribunal considera que la valoración de la distancia a que se encuentre uno de los CPD de la Casa Consistorial de Alcalá de Henares no resulta justificada en relación con el objeto del contrato, puesto que la justificación relativa a abaratar los desplazamientos de personal del Ayuntamiento, no encuentra respaldo en el expediente de contratación, en tanto en cuanto precisamente se trata de contratar la prestación del servicio integral, incluido su mantenimiento, corriendo a cargo de la adjudicataria cualquier coste derivado del mismo, incluido el de los desplazamientos.

5.- Otra de las alegaciones de la recurrente en relación con el contenido del PCAP es la relativa a la asunción de costes que según se indica no están relacionados con el objeto del contrato, aduciendo que ello beneficiaría a Telefónica SAU, actual prestataria del servicio. El órgano de contratación, señala que el Ayuntamiento desea la contratación de servicios tecnológicos sin que ello puede derivar en un doble imputación de costes debido al pago al adjudicatario saliente y entrante de forma simultánea.

Este Tribunal considera que el principio de libertad de pactos que rige, tanto en la contratación civil, como en la contratación administrativa y que para esta última, aparece plasmado en el artículo 25 del TRLCSP "En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración" permite sostener la legalidad del pacto por virtud del cual el órgano de contratación impone al adjudicatario la obligación de hacerse cargo de los costes asociados a los servicios de comunicaciones actualmente contratados por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, desde el inicio del contrato hasta la migración de la solución propuesta. Efectivamente no se considera que dicha cláusula pueda ser discriminatoria, puesto que la circunstancia de que la actual prestadora del servicio sea Telefónica, no significa que la asunción de tales costes sea más ventajosa para ella que para terceros, puesto que en todo caso son costes, ya signifiquen

pagar a un tercero el servicio o dejar de cobrarlo, al ser el mismo adjudicatario. Tampoco se aprecia que implique ninguna otra infracción del ordenamiento jurídico.

6.- Por último debe examinarse la adecuación a derecho del apartado 3.3.1 del PCT cuando establece “el modelo que sea presentado al Ayuntamiento debe estar operativo y debe estar apoyado en plataformas tecnológicas que demuestren que dicho modelo funciona”, respecto del que la recurrente afirma que el Ayuntamiento ya cuenta con otros medios contra el adjudicatario (sic), como la resolución contractual, para el caso de que la solución tecnológica no fuera adecuada al objeto del contrato, pero entendiendo excesivo el análisis anticipado del concreto funcionamiento de las soluciones ofrecidas.

Este Tribunal considera que la exigencia de funcionamiento, o si se quiere operatividad del sistema, es básica y procede en todo tipo de contratos de servicios y especialmente suministros, cuestión distinta es que el funcionamiento posterior del producto no responda a las expectativas establecidas o controles de calidad posteriores, o cualquier otro indicador u objetivo, para cuya solución, como señala la recurrente, la ley establece una serie de mecanismos, como la resolución del contrato. De manera que no se aprecia infracción alguna del ordenamiento en la exigencia de que el sistema propuesto sea operativo y funcione.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

III. ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Don A.V.R., en nombre y representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de junio de 2013 del Ayuntamiento de Alcalá de Henares por el que se aprueban los Pliegos de Condiciones que han de regir la contratación de los "Servicios Integrales de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones", debiendo anularse el criterio de valoración relativo a la distancia de la CPD respecto de la Casa Consistorial, procediendo en consecuencia una nueva convocatoria del contrato.

Asimismo, dado que procede una nueva redacción del indicado criterio de valoración, se recomienda la corrección del cuadro de criterios de valoración, suprimiendo toda mención a la ubicación del CPD en la Comunidad de Madrid.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.