Recurso nº 645/2019
Resolución nº 874/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 25 de julio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. Antonio García Martínez, actuando en nombre y representación de ORANGE ESPAGNE, S.A.U, contra los Pliegos que rigen la convocatoria del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios relativo a "*Servicios de Comunicaciones para RTVE*", número de expediente S-10420-20181231, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 8 de mayo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la convocatoria del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios relativo a "*Servicios de Comunicaciones para RTVE*", número de expediente S-10420-20181231. Se había publicado dicha convocatoria previamente en el perfil del contratante del órgano de contratación, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 6 de mayo de 2019.

El valor estimado del contrato es 25.990.219,20€.

Segundo. En la fecha de la remisión del expediente al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 4 de junio de 2019, no constaban licitadores, pues el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 12 de junio, a las 14. 00 h.

Tercero. Que, tras analizar su contenido, considera la mercantil que existen algunas cuestiones recogidas en los Pliegos que son contrarias a Derecho, por lo que, el 28 de

mayo de 2019 interpuso recurso especial en materia de contratación contra los referidos Pliegos.

En particular, entiende que algunas previsiones del Pliego de Especificaciones Técnicas (en adelante, "el PET") parecen estar orientadas a que la actual prestadora del servicio obtenga mayores facilidades tanto económicas como logísticas para formular una oferta con mejor relación calidad-precio, en claro perjuicio al resto de potenciales licitadores, lo que a su juicio se produce sobre todo en el Lote nº1.

Así, afirma que tanto las especificaciones técnicas requeridas del Lote nº1 como determinados criterios de adjudicación están orientados a la adjudicación en favor de la actual operadora del servicio, destacando entre otros:

(i). Fase de Transición de Entrada: cuatro meses antes de la vigencia del contrato.

Considera que atendiendo al plazo real de transición, la prestación del servicio comenzaría el 1 de diciembre de 2019, de modo que el plazo para la transición comenzaría el 1 de agosto de 2019. Por ello, entiende que el plazo desde la apertura de las ofertas hasta el inicio del período de transición constituiría una restricción desproporcionada de la competencia.

(ii). Requerimientos para la Red Corporativa: obligación de instalar los elementos HW y SW.

En este caso, entiende que como el actual prestador del servicio no tendrá que realizar inversión de instalación en los elementos de HW y SW, entiende que con ello se produce una restricción a la libre competencia beneficiando a la actual prestadora del servicio.

(iii). Requisito relativo a ser Gold Partner de CISCO y de HPE.

Ello, a su juicio, redunda de nuevo en un perjuicio a los licitadores, en beneficio de la actual prestadora del servicio, porque si bien en el pliego se permite la subcontratación, lo cierto es que, afirma, es imposible a nivel de plazos la obtención de la acreditación de Gold Partner.

(iv). Requisito de solución 100% compatible con los terminales actuales de RTVE.

El requisito de la compatibilidad con los equipos propiedad del órgano de contratación implica de nuevo, en su opinión, el otorgamiento de un beneficio en favor de la actual operadora, que es la responsable de la gestión de al solución actual, que sí es compatible plenamente con los actuales terminales.

(v). Infraestructura de Contact Center compatible con el resto de la solución de ToIP.

Se dice que esta infraestructura ya existe y que es propiedad de la actual prestadora del servicio, alquilada al órgano de contratación (pág. 60 del PET), se dice que el licitador ha de proponer otra equivalente que ha de ser compatible con el resto de la solución de ToIP.

De ello, colige la nulidad de los pliegos rectores del expediente de referencia por contener abundantes especificaciones técnicas que restringen la libre competencia de los licitadores. Por ello, solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de los pliegos rectores del expediente S-10420-20181231, habida cuenta de que la restricción a la libre concurrencia de licitadores unida al otorgamiento de ventajas injustificadas al actual prestador del servicio es absoluta y gravemente lesiva tanto para potenciales licitadores como para el interés general, estando en consecuencia totalmente proscrita la inclusión de previsiones en los pliegos que pudieran establecer ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas.

Asimismo, añade que la posibilidad de formular una oferta integradora agrava los efectos de la restricción artificial de la concurrencia, extendiéndolos al Lote nº2 del expediente de contratación.

A mayor abundamiento, entiende que se produce una vulneración del artículo 99.5 de la LCSP, el cual exige, entre otras cosas, que la posibilidad de formular una oferta integradora esté prevista no sólo en los pliegos sino también en el anuncio de licitación. Ello considera que no ha ocurrido así; el anuncio de licitación publicado en el perfil del contratante de RTVE, inserido en la Plataforma de Contratos del Sector Público, en el apartado relativo a las ofertas únicamente hace referencia a la posibilidad de presentar oferta "*a uno o varios lotes*", sin que pueda siquiera inferirse cualquier referencia a la

posibilidad de efectuar ofertas integradoras por los dos lotes licitados. Del mismo modo, tampoco en el anuncio de licitación publicado en el DOUE el 8 de mayo de 2018 se hace referencia alguna a la dicha posibilidad.

En consecuencia, la recurrente solicita la declaración de nulidad de pleno derecho de los pliegos, tanto por la falta de previsión de la posibilidad de formular ofertas integradoras en el anuncio de licitación, como por el agravante que ello puede suponer a la situación ya denunciada en el motivo segundo del recurso especial en materia de contratación, relativo a la restricción artificial a la competencia.

También solicita la declaración de nulidad de los pliegos por su incoherente configuración, al crearse una confusión entre determinados criterios de adjudicación y determinadas especificaciones técnicas de obligado cumplimiento. Teniendo en cuenta que las especificaciones técnicas han de cumplirse en todo caso, cuyo incumplimiento determina la exclusión del procedimiento, no es posible que al tiempo se valoren como criterios de valoración, pues su incumplimiento determinaría la no obtención de la puntuación adicional una vez admitida la oferta del licitador.

Asimismo, interesa que se adopte como medida provisional la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación hasta la resolución expresa del recurso.

Se adjunta al recurso un informe pericial de "*Análisis del Pliego de Especificaciones Técnicas y Condiciones Generales para la Contratación del Servicio Integrado de comunicaciones corporativas fijas y el servicio de comunicaciones de RTVE"* (EXPTE. S-10420-20181231).

Cuarto. El órgano de contratación ha emitido informe, en el que se contesta pormenorizadamente cada una de las alegaciones realizadas por el recurrente, por el orden en que las mismas son suscitadas en su escrito de recurso.

(i). Fase de Transición de Entrada: cuatro meses antes de la vigencia del contrato.

En este punto, el informe del órgano de contratación indica que el plazo de transición de cuatro meses es suficiente para que un operador de cierta solvencia sea capaz de desplegar los servicios requeridos, a tenor del apartado 7.7.1. del PCT.

El adjudicatario no tiene que disponer de la infraestructura en el plazo de un mes antes del inicio del contrato. Las infraestructuras necesarias (Centralita de ToiP, Servidor de Videoconferencia…), se requieren en modo virtual y las tiene que proporcionar el adjudicatario desde sus propias instalaciones. No es preciso, añade el órgano de contratación, su montaje para RTVE, sino que entiende que cualquier operador solvente dispone de infraestructuras compartidas para sus clientes.

En definitiva, entiende que no se ajusta a la realidad que el adjudicatario tenga que desplegar una infraestructura desproporcionada en las sedes de RTVE en el plazo de un mes.

(ii). Requerimientos para la Red Corporativa: obligación de instalar los elementos HW y SW.

El órgano de contratación señala que el apartado 2.2.2. relativo a "*Extensiones de Telefonía IP y CCUU"* del PCT simplemente describe la situación actual de los servicios de Telefonía IP y CCUU de RTVE, indicando:

"*Todos los componentes hardware y software son proporcionados por el proveedor actual en modo servicio, sin que sea propiedad de RTVE."*

El órgano de contratación indica que se propone asegurar mayor concurrencia por lo que los licitadores pueden desplegar la infraestructura requerida en sus dependencias (modelo cloud) y se pone a su disposición los equipos propiedad de RTVE. Asimismo, continúa señalando que este modelo está alineado con la actual tendencia del mercado y permite que los proveedores puedan aprovechar economías de escala, compartiendo plataformas entre múltiples clientes y realizando su gestión unificada en sus centros de proceso de datos. Con ello, entiende que no se favorece al actual adjudicatario en particular, por cuanto que cualquier operadora que preste servicio a grandes empresas dispone de un sistema de Telefonía IP y CCUU virtuales en cloud.

Por otro lado, en cuanto a la no "*obligación de renovación completa de los equipos* ", se indica en el apartado 4.2.7 que "*El licitador deberá renovar, si CRTVE lo estima necesario, el parque de terminales de ToIP existente, teniendo en cuenta que la mayoría de éstos se encuentran fuera de soporte del fabricante…La renovación se realizará según la planificación acordada con RTVE, según las necesidades para mantener la compatibilidad y soporte del fabricante a todo el sistema de Telefonía-IP."*

Con ello, afirma el órgano de contratación, se permite una renovación gradual de los terminales, conviviendo con los actuales, facilitando el proceso de transición, sin exigir el cambio simultáneo de los teléfonos IP, pues entiende que ello resultaría desproporcionado. Además, añade que se trata de una condición que se aplica por igual a todos los licitadores, que entiende facilita la concurrencia, y no es en ningún caso un condicionante. Con ello, sostiene que no se está beneficiando a ningún licitador, pues el coste de los nuevos terminales está previsto en el desglose de costes unitarios, siendo facturado a RTVE dentro del contrato. Se aclara que la mayor parte de los equipos a renovar en el expediente corresponden a equipos de comunicaciones (routers, switches) contemplados en el apartado 3.2.2. "*Renovación de equipos LAN/Wifi"* y que en este caso se trata de un puro suministro e instalación cuyo coste se encuentra previsto en el contrato y que puede realizarse por cualquier licitador que cumpla una mínima solvencia, sin que exista una cláusula técnica que favorezca a ninguno.

(iii). Requisito relativo a ser Gold Partner de CISCO y de HPE.

El PCA establece como requisito de solvencia "*Acreditar estar en posesión del reconocimiento de Gold Partner del fabricante de los equipos ofertados. Si se subcontrata el suministro de equipamiento ofertado, el licitador podrá aportar el certificado de la empresa con la que se subcontrate."*

Considera el órgano de contratación que con dicho requisito no se está discriminando a ningún licitador, en atención a que dicha condición es poseída por un número elevado de operadores. Asimismo, indica que entre los Gold Partners de CISCO se encuentra precisamente la matriz de ORANGE, que es FRANCE TELECOM.

Por otro lado, argumentan que disponen de equipamiento de CISCO y de HPE que, ante cualquier problema técnico que está en garantía, es conveniente que sea reparado por el Servicio Técnico Oficial del fabricante, a los efectos de no poner en riesgo el funcionamiento del equipamiento, evitando la pérdida de la garantía y la causación de daños irreparables en los equipos afectados.

(iv). Requisito de solución 100% compatible con los terminales actuales de RTVE.

Considera el órgano de contratación que el requerimiento no limita la concurrencia, porque los equipos objeto del expediente son equipos estándar y de fabricantes líderes del mercado. RTVE no puede solicitar un equipamiento que no sea totalmente compatible, porque en tal caso se perderían funcionalidades ya implantadas o sería necesario adquirir equipamiento compatible con el que proporcione el adjudicatario. Así, ello haría necesaria una inversión adicional innecesaria e injustificable, y beneficiaría al adjudicatario, el cual podría ofertar equipos incompatibles con los habituales en el mercado.

(v). Infraestructura de Contact Center compatible con el resto de la solución de ToIP.

El órgano de contratación señala que para que RTVE tenga la mayor eficiencia técnica y económica posible, se exige que el sistema de Contact Center sea compatible con el resto de la infraestructura de telefonía IP, puesto que, en caso contrario, sería necesario un incremento de costes añadidos, con el consiguiente perjuicio para RTVE. No se limita la concurrencia, a su juicio, pues cada licitador puede proponer el equipamiento que considere oportuno, siempre que sea compatible con el resto.

Finalmente, señala que el Call Center supone un 0,43% del presupuesto, por lo que apenas tiene impacto en la inversión total a realizar por los licitadores, de modo que no presenta un gran impacto en el importe del contrato.

Por lo que se refiere a los criterios de valoración técnica que rigen la licitación, considera, en esencia, que los requisitos técnicos corresponden a necesidades de servicio, siendo habituales y estándar en el mercado, y en ningún caso se ha buscado, insisten, exigir las características del proveedor actual. Los equipos a suministrar son para reemplazar los actuales en propiedad de RTVE y no son suministrados por el proveedor actual en

exclusiva, sino que podrían ser proporcionados y mantenidos por cualquier suministrador cualificado.

No se hace mención, continúa, a características de equipamiento y/o fabricantes que puedan limitar la concurrencia, respetando las reglas del apartado 126 de la LCSP.

El informe del órgano de contratación aborda igualmente la cuestión relativa a la telefonía móvil, señalando que cualquier operado de ámbito nacional debe disponer de una infraestructura con cobertura en la totalidad del territorio. El PCT requiere en este punto que: "*los licitadores deberán facilitar la cobertura en todo el territorio nacional, mediante diagramas o mapas."*

Además, si tuvieran que llevar a cabo alguna actuación adicional para dar mejor cobertura en alguna dependencia de RTVE, el pliego concede un año para ello:

"El adjudicatario se compromete a asumir las mejoras necesarias de cobertura indoor, sin coste adicional y en el plazo máximo de un año."

En cuanto a la cuestión relativa a la posibilidad de presentar ofertas conjuntas en los anuncios de licitación, se ha subsanado la deficiencia el 30 de mayo de 2019, habiéndose publicado una rectificación del anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Estado. En el pliego de condiciones generales, además, en el Anexo y en la cláusula 9ª, señala que también se contempla la posibilidad de que los licitadores presenten ofertas conjuntas.

Finalmente, en lo referente a los requerimientos mínimos para considerar apta una oferta, en el caso del lote 1 se valora la idoneidad de la oferta aplicando los criterios de valoración subjetivos indicados, que no son coincidentes con los requisitos mínimos como afirma el recurrente.

Termina solicitando que se declare la inadmisión del recurso y subsidiariamente la desestimación del mismo, acordando la no suspensión del procedimiento de contratación.

Quinto. Se ha solicitado en el escrito de interposición del recurso la adopción de medidas provisionales, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, consistentes en suspender el procedimiento de contratación.

La Secretaria del Tribunal, por delegación de este, por Resolución de 11 de junio de 2019, ha acordado la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. La legitimación para la interposición del recurso especial se recoge en el artículo 48 de la LCSP:

"*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados".

Al respecto, conviene recordar que este Tribunal, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en las Sentencias núm. 119/2008, de 13 octubre y

número 38/2010, de 19 de junio, ya ha venido avalando en sus Resoluciones un concepto amplio de legitimación.

Se ha planteado si en los casos en los que una entidad no ha sido parte en un previo procedimiento de licitación, pero el objeto de ese recurso es alguna cláusula del pliego que la rige, y a la vista del contenido de la cláusula que impugna, en la medida en que ese contenido puede limitar su acceso a la licitación, este Tribunal entiende que la mercantil recurrente se encontraría legitimada para interponer el recurso especial. Así aparece en la Resolución de este mismo Tribunal, nº 1065/2017, de 17 de noviembre de 2017, en cuyo Fundamento de derecho Quinto se analiza esta cuestión, de forma favorable a la admisión del recurso, reconociendo legitimación a la recurrente.

En algunos supuestos, se ha planteado la imposibilidad de resultar adjudicataria del contrato como motivo para negar la legitimación del recurrente, pero en este caso no consta que se dé esta imposibilidad, por lo que procede admitir la legitimación del recurrente.

Tercero. El recurso se interpone contra los Pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 25.990.219,20€, siendo por tanto superior al exigido en el artículo 44.1.a) de la LCSP para los actos recurribles.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Quinto. Son objeto de impugnación a través del presente recurso especial en materia de contratación, en primer lugar, las previsiones anteriormente citadas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato, esencialmente porque, a juicio del recurrente, limitan o restringen indebidamente el acceso a la licitación, concediendo ventajas indebidas al actual prestador del servicio frente a potenciales licitadores del contrato.

Debemos partir de los requisitos fijados en la LCSP para el establecimiento de prescripciones técnicas, contenidos en su artículo 126:

“Artículo 126. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas.

1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

2. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

3. Para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal de la Administración Pública contratante, las prescripciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal y como son definidos estos términos en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

Sin perjuicio de lo anterior, siempre que existan requisitos de accesibilidad obligatorios adoptados por un acto jurídico de la Unión Europea, las especificaciones técnicas deberán ser definidas por referencia a esas normas en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

4. Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección

ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

5. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:

a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo;

b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención «o equivalente»;

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);

d) Haciendo referencia a especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características.

6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario

determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».

7. Cuando los órganos de contratación hagan uso de la opción prevista en el apartado 5, letra a), de formular prescripciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, no podrán rechazar una oferta de obras, de suministros o de servicios que se ajusten a una norma nacional que transponga una norma europea, a un documento de idoneidad técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o a un sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, si tales especificaciones tienen por objeto los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales exigidos por las prescripciones técnicas, siempre que en su oferta, el licitador pruebe por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en los artículos 127 y 128, que la obra, el suministro o el servicio conforme a la norma reúne los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales establecidos por el órgano de contratación.

8. Cuando los órganos de contratación hagan uso de la opción de referirse a las especificaciones técnicas previstas en el apartado 5, letra b), no podrán rechazar una oferta basándose en que las obras, los suministros o los servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones técnicas a las que han hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador demuestre por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en el artículo 128, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos exigidos en las correspondientes prescripciones técnicas."

A este respecto, tanto este como otros Tribunales con competencia en materia de contratación pública parten de la existencia de un amplio grado de discrecionalidad por parte del órgano de contratación a la hora de definir las características técnicas de los contratos. Así se ha señalado (resolución 548/2014): "*debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los*

requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: "La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad".

En este sentido, también se ha señalado en resolución 9/2013 TACP de Madrid:

"*Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida". En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, existiendo además otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma.".*

Sexto. Procederemos al análisis de cada una de las cuestiones suscitadas por la recurrente en su escrito de recurso.

(i). Fase de Transición de Entrada: cuatro meses antes de la vigencia del contrato.

En este caso, el recurrente considera (así lo pone de relieve el informe pericial aportado) que el plazo de la fase de transición de entrada fijado es excesivamente corto y que con ello se está beneficiando al actual prestador del servicio. Sin embargo, a ello hay que oponer que según afirma el órgano de contratación no se requiere que el adjudicatario tenga que desplegar una infraestructura en las sedes de RTVE en el plazo de un mes, pues el plazo de cuatro meses está previsto para adecuar las infraestructuras necesarias, como se describen en el apartado 7.7.1 del PCT, al referirse a "*un período de preparación de la implantación del nuevo servicio*", que abarca la duración máxima prevista en el pliego, que es de cuatro meses.

Con ello, se entiende que no se está favoreciendo de facto al actual prestador, sino que asiste la razón al órgano de contratación al indicar que lo que se pretende es facilitar que sea otro licitador, distinto del actual operador, el que resultando adjudicatario esté en condiciones de ejecutar el contrato en idénticas condiciones a la del actual prestador.

(ii). Requerimientos para la Red Corporativa: obligación de instalar los elementos HW y SW.

En este punto, el apartado 4.2 del PCT prevé que la solución aportada por el licitador dé respuesta adecuada a las necesidades demandadas en este servicio, desplegando su propia plataforma en sus dependencias (modelo cloud), y reutilizando la infraestructura actual que sea propiedad de RTVE o sustituyéndola por otra nueva.

Lo que se está solicitando es una infraestructura equivalente que cumpla los requisitos, por lo que con ello no se está limitando la posibilidad de ser admitida a la licitación solamente al actual prestador del servicio. No se ha acreditado la imposibilidad de que operadores distintos del actual prestador puedan disponer de un sistema de telefonía IP y CCUU virtuales en cloud.

En cuanto a la posible renovación de los equipos, en el apartado 4.2.7 se prevé una renovación de acuerdo con lo planificado con CRTVE, pudiendo convivir con los actuales, lo que se aplica a todos los licitadores por igual, no apreciándose que ello beneficie al actual prestador del servicio frente a otros licitadores.

(iii). Requisito relativo a ser Gold Partner de CISCO y de HPE.

El órgano de contratación refiere que dicha mención está justificada por razón de que los equipos objeto del presente expediente son de los fabricantes HP y CISCO, de ahí la necesidad de garantizar un correcto mantenimiento de los mismos acudiendo a empresas especializadas que cuenten con las certificaciones exigidas.

Habiéndose previsto que dicho requisito pueda ser cumplido mediante la aportación del certificado de la entidad subcontratista, sin que exista restricción o limitación alguna al respecto, y aplicándose dicho requisito por igual a todos los licitadores, no se aprecia la existencia de la ventaja indebida que obtiene con ello el actual prestador del servicio frente a otros potenciales adjudicatarios.

La imposibilidad a nivel de plazos para la obtención de la acreditación que refiere en su recurso no está motivada ni acreditada, habida cuenta de la posibilidad de acudir, como se indica, a la subcontratación.

A este respecto conviene matizar que este Tribunal ha admitido la posibilidad de establecer requisitos relacionados con una determinada tecnología cuando ello sea necesario para la ejecución del contrato, como veremos posteriormente.

(iv). Requisito de solución 100% compatible con los terminales actuales de RTVE.

Al hilo de la consideración anterior, y a los efectos de dar adecuada respuesta a la alegación ahora examinada, se ha de recordar que el principio de neutralidad tecnológica no tiene un carácter absoluto, enlazando con el motivo de impugnación anterior.

En la Resolución 837/2015 se indicaba a este respecto que "*el principio de neutralidad tecnológica se concibe como un principio que debe inspirar la actividad reguladora y que supone que la regulación tecnológica debe prestar atención a los efectos de las acciones y no a las acciones y a los medios por ellos mismos. Así concebido, y como se señala en la tan mencionada resolución de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones de 29 de abril de 2013 'Su objetivo consiste en evitar que, a través de la imposición de una determinada tecnología, se pueda influir en las condiciones de libre competencia en que*

debe desarrollarse el sector de las comunicaciones electrónicas. La aplicación concreta de este principio en el marco de la contratación administrativa se traduce en que los pliegos de cláusulas administrativas aseguren a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio, de tal modo que la Administración, al elaborar los mismos, debe evitar imponer condiciones restrictivas, como puede ser el uso de determinadas tecnologías, que dificulten al libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio mencionado. La normativa postula, de este modo, la conveniencia de ofrecer a los operadores, prestadores de servicios, adjudicatarios en concursos públicos, etc., la posibilidad de ofrecer los servicios a través de las tecnologías o infraestructuras que consideren más convenientes, sin limitaciones en la introducción y desarrollo de una tecnología concreta. (…) Este principio inspirador de la actuación de las Administraciones Públicas no puede sin embargo ser incondicionado. En particular, deberá atenderse a la posible existencia de justificaciones objetivas, que podrían hacer decaer la plena aplicación de este principio, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de noviembre de 2009 (recurso contencioso administrativo núm. 54/2006) en la que expresamente se indica lo siguiente: 'La flexibilidad con la que se recoge este principio evidencia de que no se trata de un mandato inexorable, sino que el legislador, por supuesto, pero también el Gobierno, podrían adoptar medidas en las que no fuera posible mantener una absoluta neutralidad entre las distintas tecnologías que concurren en este ámbito. Ahora bien, no cabe duda de que en tal caso dicha medida tecnológicamente no neutral debe estar sólidamente justificada, sin que fuese posible adoptar otra equivalente y respetuosa con el referido principio, y ser proporcionada en relación con los objetivos perseguidos.' En definitiva, puede de nuevo concluirse que el principio de neutralidad tecnológica es parte esencial del ordenamiento regulador del sector de las comunicaciones electrónicas, sin perjuicio de que las Administraciones públicas en el marco de su actuación puedan en caso de que esté justificado de manera objetiva hacer uso de la necesaria flexibilidad que reconoce la normativa sectorial a la hora de aplicar el citado principio.' De acuerdo con la citada resolución, el principio de neutralidad tecnológica puede decaer frente a la existencia de justificaciones objetivas que aconsejen el uso de una tecnología determinada."

Este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones, por referencia a la doctrina emitida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como de otras Juntas Consultivas en la materia, que será válida la exigencia de que se utilicen determinadas marcas o productos cuando existan especialidades en el objeto del contrato que lo justifiquen, salvo que existan en el mercado productos similares, con idéntica o similar funcionalidad.

En este supuesto, la justificación aducida por el órgano de contratación hace referencia a que, en caso de no garantizar la compatibilidad, se perderían funcionalidades ya implantadas o sería necesario adquirir equipamiento compatible con el que proporcionara el adjudicatario, lo que obligaría a realizar una inversión adicional innecesaria e injustificable para una empresa pública como RTVE.

A juicio de este Tribunal, atendida la motivación esgrimida, no cabe sino concluir que la exigencia de la compatibilidad está justificada, sin que con ello se esté predeterminando la adjudicación a favor de un prestador concreto, pues esta compatibilidad no se ha acreditado que solamente concurra en un licitador, como indica el recurrente, el actual prestador del servicio.

(v). Infraestructura de Contact Center compatible con el resto de la solución de ToIP.

Esta alegación, similar a la anterior, ha de correr la misma suerte desestimatoria, pues la incompatibilidad, según se esgrime por el órgano de contratación, conllevaría importantes incrementos de costes añadidos, con perjuicio para RTVE. No se establece un equipamiento obligatorio concreto, sino que podrá proponerse el que el licitador considere oportuno, siempre que sea compatible. De nuevo, no se ha acreditado que tal compatibilidad solamente pueda cumplirse por un solo licitador, estando por lo demás, justificada.

Séptimo. El recurrente añade que la posibilidad de formular una oferta integradora agrava los efectos de la restricción artificial de la concurrencia, extendiéndolos al Lote nº2 del expediente de contratación. Además, entiende que se produce una vulneración del artículo 99.5 de la LCSP, el cual exige, entre otras cosas, que la posibilidad de formular

una oferta integradora esté prevista no sólo en los pliegos sino también en el anuncio de licitación.

Pues bien: los límites en la admisibilidad de las ofertas integradoras en las licitaciones del sector público fueron acertadamente analizados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, citado por el recurrente, del que cabe destacar el concepto y función de la oferta integradora que revela el beneficio que supone su inclusión en los pliegos para incrementar los factores que pueden favorecer el hecho de obtener la oferta más ventajosa: *"podría definirse «oferta integradora» como aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados — según se establezca en el pliego— de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo. Necesariamente, la posibilidad de presentar «oferta integradora» exige que el licitador presente oferta individualizada a cada uno de los lotes que componen aquélla, de modo que se permite comparar la mejora que la «oferta integradora» aporta, constatándose así si el contrato debe ser adjudicado a la oferta del licitador que, respecto al conjunto de la totalidad de los lotes integrados, resulte ser la más ventajosa o, en cambio, adjudicar por lotes individualizados, al representar la suma de todos ellos un resultado más beneficioso en los términos previstos en el pliego. Incluir una posibilidad de esta naturaleza debe facilitar, en suma, la selección de la oferta económicamente más ventajosa al tiempo que no se vea restringida la competencia."*

A continuación, en el citado informe se enumeran los requisitos que se consideran básicos para la admisibilidad de ofertas integradoras:

a) que se autorice su presentación expresamente por el órgano de contratación, previa justificación en el expediente de la idoneidad y ventajas que para el interés público reporta su incorporación.

b) que sean previstas expresamente en el pliego y en los anuncios, detallando con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

c) que se utilicen varios criterios de adjudicación, al ser éste un requisito exigido por el artículo 147 TRLCSP para la presentación de variantes o mejoras. d) todos los requisitos técnicos exigidos en los pliegos para cada lote serán de obligado cumplimiento por las ofertas integradoras.

d) la presentación de una «oferta integradora» puede referirse a varios o a todos los lotes individualmente considerados, según lo que en los pliegos se establezca.

e) su presentación será siempre potestativa para los licitadores, pues, en caso contrario, quebraría el propio principio de defensa de la competencia que quiere preservarse mediante la división en lotes del objeto del contrato.

f) por el mismo motivo, todo licitador que desee presentar una «oferta integradora», deberá necesariamente presentar una oferta individual válida a cada uno de los lotes que integren aquella.

g) cada licitador solo podrá presentar una «oferta integradora» en función de los lotes autorizados a ser integrados (no puede existir simultaneidad de «ofertas integradoras» referidas a los mismos lotes).

h) Los criterios de adjudicación que se apliquen serán idénticos para valorar los lotes individualmente considerados y los lotes integrados en la oferta conjunta, y se deberá identificar en el pliego sobre qué criterios se permite la presentación de una «oferta integradora»

i) el pliego deberá contener la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa, de modo que se posibilite la comparación objetiva.

j) Por último, para que el contrato se adjudique a una «oferta integradora», ha de garantizarse en la valoración que es más ventajosa (según los criterios de adjudicación que se apliquen) que la suma ponderada de las mejores ofertas individualmente consideradas y, en todo caso, es requisito indispensable que iguale o mejore individualmente la puntuación obtenida en cada uno de los lotes integrados a la obtenida por la oferta individual presentada por el mismo licitador. Una vez efectuada la valoración

de las ofertas (individuales y de los lotes integrados) y a los efectos de efectuar la adjudicación, se compararán las mejores ofertas individuales con las diferentes «ofertas integradoras» presentadas por los licitadores, hallando la suma ponderada de la puntuación total de las mejores ofertas individuales, con independencia de que hayan sido formuladas por distintos licitadores, y comparándola con la puntuación total de cada una de las «ofertas integradoras». La propuesta de adjudicación se efectuará en favor de los lotes individuales si la suma ponderada es mayor que la resultante de la mejor «oferta integradora», proponiéndose en caso contrario la adjudicación en beneficio de esta última".

En la actualidad, el artículo 99.5 LCSP dispone en relación a la "oferta integradora" lo siguiente:

"5. Cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.

b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.

c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.

d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite."

Afirma la recurrente que la posibilidad de formular una oferta integradora no cumple los requisitos citados, porque:

- No aparecía prevista en los anuncios de licitación. Sin embargo, afirma el órgano de contratación que el día 30 de mayo de 2019 se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Estado una rectificación a los efectos de hacer referencia a tal posibilidad, que aparecía ya prevista en el Anexo 1 (Modelo de Proposición Económica) y en la Cláusula 9 (Fases del Procedimiento de Adjudicación). Por lo tanto, este requisito sí ha sido cumplido.

- Afirma que la posibilidad de formular oferta integradora es menos atractiva para potenciales licitadores distintos del actual prestador de servicio. Entiende que la ponderación relativa atribuida a cada lote es distinta, mayor en el caso del lote nº1 (0,785) que en el nº2 (0,215), y puesto que "*por aparente coincidencia cuenta con unos pliegos hechos a la medida de sus equipos*", al afectar al lote nº1, que tiene una mayor ponderación, ello determina una ventaja para el actual prestador del servicio frente a otros posibles adjudicatarios.

La premisa de la que parte el recurrente no resulta correcta, por lo que no existe tal limitación de la concurrencia en la posibilidad de presentar oferta integradora por este solo motivo.

No habiéndose aducido ninguna vulneración concreta de la previsión contenida en el apartado quinto del artículo 99 LCSP (a excepción de la omisión en los anuncios de licitación, luego rectificada), tanto la inclusión en el Pliego de la posibilidad de formular ofertas integradoras como el establecimiento de una ponderación de la puntuación de las ofertas individuales en función de criterios objetivos, por tener por ejemplo un distinto presupuesto o valor estimado o una distinta importancia relativa cada uno de los lotes, ha de estimarse ajustada a derecho.

Octavo. También solicita la declaración de nulidad de los pliegos por su incoherente configuración, al crearse una confusión entre determinados criterios de adjudicación y determinadas especificaciones técnicas de obligado cumplimiento. Teniendo en cuenta que las especificaciones técnicas son mínimos, imprescindibles, que han de cumplirse en

todo caso, y cuyo incumplimiento determina la exclusión del procedimiento, no es posible que al tiempo se valoren como criterios de adjudicación, pues su incumplimiento determinaría la no obtención de la puntuación adicional una vez admitida la oferta del licitador.

El artículo 145.5 de la LCSP establece los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación, en los siguientes términos:

«5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores».

En apoyo de su postura, el recurrente cita una resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 22 de septiembre de 2017, que postula y aplica la distinción entre criterios de solvencia y criterios de adjudicación.

Asiste la razón al órgano de contratación en cuanto a la inexistencia de absoluta coincidencia entre lo exigido en el PET y los criterios de adjudicación. En el primer caso, estamos efectivamente ante requisitos mínimos cuyo incumplimiento determina la

exclusión del licitador. En cuanto a la configuración de los criterios de adjudicación en el PCA, se hace hincapié en la calidad de los servicios a ofertar y su adecuación, pues se menciona expresamente tanto la idoneidad de la solución técnica, lo que conlleva una mejora respecto de lo establecido como requisito mínimo en el PET.

De acuerdo con la propia resolución citada por el recurrente: "*No pudiendo establecerse un criterio de valoración que tiene la consideración de mínimo exigible, debe estimarse el motivo de recurso y modificarse el Anexo II del PCAP para que se valore una mejora de lo exigido en el PPT".* Por lo tanto, no se veda la posibilidad de que determinados elementos sean valorados tanto en el PPT como el PCAP, sino que tal valoración no puede ser idéntica: el criterio de adjudicación ha de valorar una mejora respecto de lo establecido en el PPT, que es lo que se ha pretendido recoger en este supuesto, analizar y tener en cuenta aspectos como la calidad y la idoneidad de los servicios ofrecidos, más allá del umbral mínimo fijado en el PPT.

En este punto, por tanto, el recurso ha de ser igualmente desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. Antonio García Martínez, actuando en nombre y representación de ORANGE ESPAGNE, S.A.U, contra los Pliegos que rigen la convocatoria del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios relativo a "*Servicios de Comunicaciones para RTVE*", número de expediente S-10420-20181231.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con el artículo 57.3 LCSP.

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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1. letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.