



Roj: **STSJ M 10236/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:10236**

Id Cendoj: **28079330032016100586**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/09/2016**

Nº de Recurso: **633/2015**

Nº de Resolución: **270/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MALDONADO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2015/0017938

Recurso nº 633/2015

Ponente: Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Recurrente: GSS Venture, S.L.

Representante: Procurador Dña. María Dolores Hernández Vergara

Parte demandada: Canal de Isabel II Gestión, S.A.

Representante: Procurador Dña. Cecilia Díaz- Caneja Rodríguez

Parte codemandada: Atento Teleservicios España, S.A.U.

Representante: Procurador Dña. Blanca Berriatua Horta

Parte codemandada: Konecta BTO, S.L.

Representante: Procurador D. Joaquín Fanjul De Antonio

SENTENCIA NÚM. 270

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

Dña. Fátima Arana Azpitarte

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Dña. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a 29 de Septiembre de 2016.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 633/2015 interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil GSS Venture, S.L, contra contra resoluciones números 83 y 84 de 12 de junio de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que estimaron las reclamaciones formuladas por Atento Teleservicios España, S.A. y Konecta BTO, S.L, respectivamente, frente a la adjudicación



por parte del Canal de Isabel II Gestión, S.A. del contrato 279/2014 sobre "servicios de gestión y atención al cliente del Canal de Isabel II Gestión"; habiendo sido parte demandada Canal de Isabel II Gestión, S.A., representada por el Procurador Dña. Cecilia Díaz- Caneja Rodríguez y parte codemandada Atento Teleservicios España, S.A.U. y Konecta BTO, S.L; representadas por los Procuradores Dña. Blanca Berriatua Horta y D. Joaquín Fanjul De Antonio, respectivamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 28 de Septiembre de 2016.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Pilar Maldonado Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad mercantil GSS Venture, S.L. interpone el presente recurso contencioso administrativo contra resoluciones números 83 y 84 de 12 de junio de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que estimaron las reclamaciones formuladas por Atento Teleservicios España, S.A. y Konecta BTO, S.L, respectivamente, frente a la adjudicación por parte del Canal de Isabel II Gestión, S.A. del contrato 279/2014 sobre "servicios de gestión y atención al cliente del Canal de Isabel II Gestión", anulando la adjudicación recaída y el procedimiento tramitado que deberá iniciarse redactando nuevos pliegos.

SEGUNDO.- Pretende el recurrente se anule las resoluciones impugnadas, alegando que los motivos que han llevado al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid a anular la citada adjudicación fueron los siguientes: a) En la licitación, la valoración de las ofertas técnicas y económicas se realizó simultáneamente; circunstancia ésta que constituiría una causa de nulidad de pleno derecho. b) La adjudicación fue insuficientemente motivada pues el informe de valoración emitido no contenía ninguna explicación sobre las causas de las puntuaciones otorgadas ni un análisis comparativo de unas ofertas con otras. c) Mi oferta no acreditaba la disponibilidad de medios ajenos previstos para la prestación del servicio, lo que supone infracción del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. d) Mi oferta, al plantear la prestación de parte del servicio mediante personal e instalaciones ubicados en Perú, supondría una infracción de las cláusulas sociales de los pliegos, al constituir un fraude de ley destinado a evitar la aplicación de la normativa española y e) Mi oferta, al plantear la prestación de parte del servicio mediante personal e instalaciones ubicados en Perú, supondría una disgregación geográfica de la plataforma contraria al Pliego de Prescripciones Técnicas.

Sobre las mencionadas cuestiones alega, en síntesis, lo siguiente:

En cuanto a la supuesta infracción del procedimiento por simultaneidad de las valoraciones de las ofertas técnicas y económicas, señala, por un lado, la existencia de incongruencia extra petita en las resoluciones recurridas, dado que ninguna de las entidades que interpusieron el recurso especial solicitó la nulidad de procedimiento de adjudicación del contrato porque los pliegos admitieran o excluyeran una valoración simultánea de las ofertas técnicas y económicas ni porqué el órgano de contratación hubiera hecho esa valoración simultánea, siendo una cuestión introducida unilateralmente por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que desconociendo las garantías del procedimiento le sitúa en posición de indefensión, puesto que no se le puso de manifiesto dicho motivo de nulidad, a efectos de alegaciones, tal y como prevé el artículo 113.3 de la Ley 30/1992 . Pero es que, además, no concurre motivo alguno que lleve a apreciar la nulidad de pleno derecho del procedimiento, ya que los pliegos, que no fueron impugnados, no exigían una valoración sucesiva de los criterios y el órgano de contratación actuó conforme a los mismos, sin que el Tribunal Administrativo de Contratación, ni siquiera, cita la normativa que sirva de base para apoyar la nulidad. Tampoco concurre causa de anulabilidad, ya que el supuesto vicio de forma no ha producido indefensión en los términos de la Ley 30/1992 o falta de transparencia y no discriminación según los principios que incorpora la LCSE, como se acredita por el hecho de que los reclamantes no han alegado



indefensión en el recurso especial, ni en la licitación, ni formularon protestas en el acto de apertura de las proposiciones económicas.

Continúa diciendo que los pliegos admiten la valoración simultánea de ambos tipos de ofertas, lo que es conforme a derecho si se tiene en cuenta el régimen jurídico a que se somete el proceso de contratación (Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en agua, energía, transporte y los servicios postales (LCSE)), cuya cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares relativa al régimen jurídico establece que la Ley de Contratos del Sector Público solo rige en la adjudicación del contrato en aquellos aspectos para los que el referido pliego establezca una remisión expresa a dicha ley, y en la cláusula 12 del Pliego, que regula la calificación y apertura de proposiciones, no existe ninguna remisión expresa a la Ley de Contratos de Sector Público. Por otro lado, no se han desconocido los principios de transparencia y no discriminación o igualdad de trato que rige la contratación sometida a la LCSE, sin que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid haya justificado que, en el caso concreto, se haya infringido tales principios, amparándose únicamente en el riesgo de que ello pudiera haber ocurrido.

Finalmente concluye afirmando que, si se analiza el informe de valoración de las ofertas se aprecia que en el mismo se analiza y puntúa, en primer término, la valoración técnica y posteriormente se introducen los criterios económicos.

En cuanto a la inexistencia de falta de motivación argumenta que el Tribunal de Contratación ha centrado su análisis en el informe de valoración de las ofertas sin prestar la más mínima atención, al hecho alegado y acreditado que la valoración comparativa de las ofertas se realizó en las notificaciones de la adjudicación del contrato a cada una de las reclamantes, como exige el artículo 83 de la LCSE (folios 980 a 982 en el caso de Atento Teleservicios España SA y 983 a 985 en el caso de Konecta BTO SL), añadiendo que si se examina el resultado de la comparación de los aspectos técnicos de las diferentes propuestas realizadas por los licitadores, que tanto Conecta como Atento obtuvieron puntuaciones más altas que GSS Venture (salvo el caso de Konecta BTO, S.L. en un criterio técnico), por lo que la cuestión suscitada carece de relevancia práctica.

En cuanto a la justificación de la disponibilidad de medios ajenos, dice que la argumentación del Tribunal es contraria a la Ley y a lo explicitado en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que precisa cuál es la documentación acreditativa de los requisitos de selección cualitativa económica, financiera, técnica y profesional. En lo atinente a la disponibilidad de medios ajenos podrá acreditarse incluso mediante un precontrato u otro título jurídico válido en derecho, que acredite la disponibilidad de los medios solicitados o que dispondrá de los medios en caso de resultar adjudicatario, añadiendo que la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tribunales y Juntas Consultivas aplican un criterio no restrictivo en lo que se refiere a aceptar la acreditación de solvencia por medios ajenos. Por otro lado, la disponibilidad ha de ser actual, esto es, en el momento de ofertar o en el momento de la adjudicación sin requerimiento alguno respecto a su duración que, en caso de quebrar durante la ejecución del contrato, deberá enjuiciarse conforme a las normas reguladoras de esa fase contractual.

En lo atinente a la prestación de parte del servicio en Perú, su impugnación se realiza por cautela ya que no queda claro en las resoluciones impugnadas si el Tribunal entiende que el ofrecimiento es legítimo o no, y, por tanto, si constituye fundamento de la anulación del contrato. En cuanto al fondo sostiene que el Tribunal argumenta de lege ferenda, incidiendo en cuestiones ajenas a su competencia y propias de política económica y de empleo nacional y a dicho alegatos opone el artículo 38 de la Constitución que reconoce como principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico la libertad de empresa dentro de la economía de mercado. Por otro lado afirma que ni es discriminatorio, puesto que las reclamantes ATENTO Teleservicios España, S.A. y KONECTA BTO, S.L. también tenían posibilidades de hacerlo, ya que son empresas expandidas por decenas de países y tampoco es fraude de ley y que las limitaciones invocadas tanto por Atento Teleservicios España, S.A. como por Konecta BTO, S.L. y en las que se ampara el Tribunal Administrativo no pueden operar en la licitación que nos ocupa por la razón de que, siendo posible que los poderes adjudicadores adopten condiciones especiales en la ejecución del contrato, sin embargo el artículo 90 de la ley 31/2007, sobre Procedimientos de Contratación de Sectores Especiales no ha establecido concretas limitaciones, ni tampoco se han recogido en los pliegos de condiciones, por lo que permiten la deslocalización geográfica del servicio sin restricción alguna.

En lo referente a la existencia de un requisito de unicidad geográfica de la plataforma en los pliegos, afirma que las resoluciones recurridas se basan únicamente en la cláusula 2.4 del PPT que define la plataforma y que se refiere en singular al local desde el que se presta el servicio. Ahora bien, dicha interpretación es contraria al criterio del órgano de contratación que se trasladó a todos los licitadores al resolver las reclamaciones y que argumentaba que no existía limitación geográfica alguna para la ubicación de las plataformas en ninguno de los pliegos. Por otro lado, no existe la obligación de concentrar los recursos materiales y humanos necesarios para ejecutar el contrato en un solo local, como se deduce de la cláusula 3.1 del PPT relativa a la ubicación



Plataforma de Contact Center. Además la posibilidad de ubicación múltiple se deduce de las cláusulas 10 y 13 del PPT.

Dice, por otra parte, que el PPT utiliza , el término " deslocalización" en la cláusula 4.2 del PPT y que la posibilidad de prestar el servicio objeto del contrato desde cualquier lugar la contempla el propio Canal de Isabel II Gestión SA, en su documento de aclaraciones de 15 de diciembre de 2014.

TERCERO.- El Canal de Isabel II, Gestión SA solicita se dicte sentencia conforme a derecho y, tras exponer los antecedentes de hechos que tuvo por conveniente manifiesta en lo relativo a la valoración de las ofertas, tras transcribir los fundamentos de derecho de las resoluciones recurridas que se refieren a dicha cuestión, que ya se opuso en su informe a la reclamación 68/2015, defendiendo la imposibilidad de aplicar por extensión las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) al caso que nos ocupa, por cuanto que la Ley 31/2007 (normativa aplicable al contrato) no contempla una norma ni análoga ni semejante a la prevista en el artículo 150.2, párrafo tercero del TRLCSP. Añade que la disposición Adicional Octava del TRLCSP establece expresamente que los contratos excluidos de la aplicación de la ley 31/2007, de 30 de octubre , que se celebren en los sectores, del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades que no tienen el carácter de Administraciones Públicas, se rigen por las disposiciones del TRLCSP, sin que les serán aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada, es decir, a los contratos celebrados en el sector del agua que no alcanzan los umbrales de aplicación de la Ley 31/2007, no se le aplica, en ningún caso, la norma recogida en el párrafo tercero del apartado segundo del artículo 150 del TRLCSP, y que si bien el artículo 190 del TRLCSP establece la aplicación de dicha norma a los contratos sujetos a regulación armonizada, sin embargo , el artículo 191 referente a la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada no la contempla, y en este sentido, el propio artículo 14.1 de las normas de contratación de Canal de Isabel II Gestión SA , en cuanto a los criterios de valoración de las ofertas se remite a lo previsto en el apartado primero del artículo 150 del TRLCSP y no a su apartado segundo. Por otro lado, dice que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 62/08, de 2 de diciembre señala que los procedimientos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007 están sujetos a dicha ley, sin perjuicio, de las remisiones que los pliegos puedan hacer a la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), y en el presente caso, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Cláusula 12) en ningún caso incorpora por vía de remisión la norma recogida en el párrafo tercero, apartado 2 del artículo 150 del TRLCSP, por cuanto que dicha cláusula no establece que se valorará la oferta técnica antes que la económica, ni que se dará lectura a las puntuaciones técnicas antes de proceder a la apertura de la oferta económica, sino únicamente que, en su caso, se dirá si las ofertas técnicas han cumplido los requisitos mínimos exigidos. Señala que ningún licitador hizo objeción alguna al respecto, lo que evidencia que dicha norma no era aplicable. El hecho de que no se establezca en el PCAP esta separación sucesiva en el análisis de las ofertas técnicas y económicas, no implica que las mismas no se hayan valorado separadamente atendiendo a los criterios de valoración técnicos y económicos fijados en el PCAP. Concluye afirmando que el propio borrador del anteproyecto de ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, de 17 de abril de 2015, a pesar de incluir la norma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 150 del TRLCSP, sigue sin incluir la prevista en el párrafo tercero relativa al momento en que se tiene que valorar las ofertas.

En consecuencia, con lo expuesto se reafirma en sostener la validez de su actuación.

CUARTO.- La representación procesal de Atento Teleservicios España S.A.U. solicita la desestimación del recurso, y tras mencionar 76 antecedentes de hecho, impugna las alegaciones actoras en los términos siguientes:

En primer término dice que es un principio esencial en materia de contratación administrativa el que no puede verificarse la valoración técnica de las ofertas a la vista de la valoración económica, y así lo han dictaminado, los Tribunales, los órganos administrativos con competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Por otro lado, no es cierto que dicha cuestión no hubiera sido alegada por las partes que impugnaron la adjudicación, afirmando que, por lo demás, este alegato es irrelevante por cuanto que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha apreciado un vicio de nulidad radical o de pleno derecho, ante el que decae las alegaciones actoras. Añade que el referido Tribunal no considera que el vicio venga determinado automáticamente por el pliego y de hecho razona que la propia interpretación del mismo, confirma la tesis acerca de la nulidad de lo actuado. Es decir, como señala el TACP los pliegos no obligaban a esa valoración de aspectos técnicos sujetos a juicio de valor, simultánea y con conocimiento de las ofertas económicas, sino que la interpretación de los pliegos con obligación de separación de la documentación económica y técnica en sobres diferenciados indicaba la contrario.



No obstante pone de manifiesto por un principio de coherencia que discrepa del pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en esta materia (habiendo formulado recurso contencioso administrativo nº 630/2015) y dicha discrepancia se basa, entre otros extremos, en la innecesariedad de extender la anulación de la adjudicación a la anulación de los pliegos.

En cuanto a la falta de motivación dice que en el recurso 630/2015, en el que es demandante discrepa, asimismo, del razonamiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en el apartado sexto de la reclamación 84/15, por lo que ostentando, en este caso, la posición de demandada, no emite consideraciones adicionales. Añade que entiende ajustada a derecho la decisión de anular la adjudicación a GSS Venture, si bien no comparte el argumento incorporado por la resolución 84/15 en este punto y los efectos de integra anulación del procedimiento que se derivan, al haber afectado las irregularidades a la oferta de GSS Venture y no al conjunto del procedimiento de licitación.

Sobre la falta de justificación de la disponibilidad de determinados medios ajenos señala que la recurrente no puede negar que el acuerdo presentado con Global Sales Solutions Line (GSS) era general y no contenía una referencia detallada a los bienes objeto de este procedimiento. Que el acuerdo de arrendamiento, ni siquiera, de GSS Venture, sino de GSS presentaba una vigencia inferior a la del propio contrato, sin que exista ningún elemento que permita vincular el referido arrendamiento con su puesta a disposición de GSS Venture.

En lo atinente a la aportación de la plataforma en Perú dice que el argumento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid es irreprochable, siendo evidente que ello comporta una ventaja competitiva indebida, frustrando las exigencias de igualdad y no discriminación en el procedimiento de contratación, y que la oferta de GSS Venture incumple los apartados 3.1 y 2.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas, ya que solo contemplan una plataforma principal y otra plataforma de contingencias y no varias plataformas principales o la disgregación de ésta en varias plataformas y emplazamientos y eso es lo que hace la actora que disocia en dos plataformas (Madrid y Perú) la principal.

Concluye afirmando que la actora no ha discutido en su demanda motivos de inadmisión de su oferta apreciados por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (subcontrataciones no autorizadas en los pliegos), lo que determina la exclusión de la oferta de la demandante, lo que priva de todo sentido al recurso.

QUINTO.- Con carácter previo al examen de las distintas cuestiones planteadas hay que poner de relieve que la parte demandada Atento Teleservicios España, S.A.U. ha interpuesto otro recurso contencioso administrativo contra las mismas resoluciones aquí impugnadas, habiendo alegado en su contestación a la demanda cuestiones ajenas a este recurso y mas propias de aquel en la que comparece como demandante, por lo que en el presente recurso solo se van a tomar en consideración aquellos argumentos tendentes a contestar las alegaciones de la mercantil actora.

Por otro lado, Canal de Isabel II Gestión, S.A, quién comparece como demandada, sin embargo, no se opone a los fundamentos de derecho contenidos en la demanda y toda su fundamentación se centra, única y exclusivamente, en lo atinente al procedimiento de valoración de las ofertas, buscando justificar la conformidad a derecho de su actuación frente a la nulidad radical acordada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid . Por lo que ni su pretensión (que se dicte una sentencia de conformidad a derecho en lugar de que se desestime el recurso y se confirmen las resoluciones impugnadas), ni sus alegaciones son propias de quién asume la posición de demandado.

Dicho lo anterior, la primera cuestión que se plantea es si ha existido o no infracción del procedimiento en cuanto a la forma de valorar las ofertas técnicas y económicas.

A este respecto, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid , en las resoluciones recurridas sostiene que " *en el caso que nos ocupa...se procedió a la valoración conjunta de los criterios valorables mediante juicio de valor y de forma objetivamediante la aplicación de fórmula. Es decir, no se ha separado la valoración de los criterios no susceptibles de valoración objetiva de forma que se lleve a cabo antes de la apertura del sobre conteniendo la oferta económica y demás elementos valorables mediante fórmula y que el resultado se dé a conocer públicamente en el acto de apertura del último sobre. Tras calificar la documentación administrativa se ha procedido a la apertura del sobre número 3 "proposición económica", sin que figure en el expediente en que momento se procedió a la apertura del sobre número 2 que contiene la oferta técnica ni que su valoración se haya puesto en conocimiento de los licitadores previamente a la apertura de la proposición económica. La valoración de los criterios subjetivos se realizó por el técnico correspondiente una vez abierto los sobres con las proposiciones económicas y a la vez que éstas" "La valoración de todos los criterios de adjudicación se hizo conjuntamente..., lo cual no es conforme ni con los principios de transparencia, igualdad y no discriminación recogidos en el artículo 19 de la LCSP , ni con el procedimiento previsto en la cláusula 12 del PCAP,... que dispone que en el acto de apertura de proposiciones económicas, la Mesa de Contratación*



pondrá en conocimiento de los interesados el resultado de la calificación de la documentación administrativa y, en su caso, del cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos y abrirá, a continuación el sobre 3 "proposición económica". Mal se puede poner en conocimiento público el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos si antes no se ha abierto el sobre que contiene la oferta y la documentación técnica que debe incluirse en el sobre 2" Añade que " si bien es cierto que LCSE, a diferencia del TRLCSP, no regula el procedimiento de evaluación de las ofertas, no podemos olvidar que como criterio interpretativo, hemos de recurrir a la normativa europea a aplicar los principios generales por los que se rige la LCSE ". Concluye diciendo que " el proceso de evaluación de las ofertas se ha llevado a cabo con vulneración de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación incurriendo en un supuesto de nulidad de pleno derecho que puede ser apreciado de oficio por el Tribunal y ello determina la nulidad de todo el procedimiento que, en su caso, deberá instruirse desde el acuerdo inicial, redactando nuevos pliegos que cumplan los requisitos mencionados".

SEXTO.- De la argumentación transcrita de la resolución impugnada debemos destacar, en primer término, que, conforme a la argumentación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, no queda suficientemente claro si la no conformidad a derecho se ha producido con la actuación del Canal Isabel II Gestión SA, a la hora de valorar las ofertas, puesto que, parece ser ,según el citado Tribunal Administrativo, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (cláusula 12) permitía valorar independiente y sucesivamente la oferta técnica y posteriormente la económica. En dicho sentido, el propio demandado Atento Teleservicios España SA, en su contestación a la demanda viene a sostener que, conforme a lo acordado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el mencionado vicio no viene determinado automáticamente por el pliego ya que éstos no obligaban a esa valoración de aspectos técnicos sujetos a juicio de valor, simultánea y con conocimiento de las ofertas económicas, sino que la interpretación de los pliegos con obligación de separación de la documentación económica y técnica en sobres diferenciados indicaba la contrario. No obstante lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, anula no solo la adjudicación, sino todo el procedimiento licitatorio, obligando al Canal de Isabel II Gestión SA a redactar nuevos Pliegos, con lo que parece dar a entender que son los Pliegos por los que se rige el contrato, los que incurren en nulidad plena.

Hay que destacar, en primer término que los mencionados Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas no fueron impugnados por los licitadores en su momento, ni, siquiera, en el acto de apertura de plicas, los licitadores manifestaron que debían haberse valorado las proposiciones técnicas y haberse hecho pública las puntuaciones antes de proceder a la apertura del sobre conteniendo la proposición económica, por lo que devinieron firmes y consentidos al no ser impugnados en tiempo y forma.

Por otro lado, todas las empresas que concurren al procedimiento, al presentar sus ofertas aceptaban los pliegos, tal y como habían sido aprobados.

Es muy reiterada la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de abril de 1986 , 3 de abril de 1990 , 12 de mayo de 1992 y 9 de febrero de 2001 , entre otras,) en el sentido de que el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía. Como resalta la STS de 28 de junio de 2004 , de forma similar " *las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los pliegos, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación. Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 , puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico. En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación "*

En efecto, el sometimiento del recurso especial contra los pliegos a plazo es una condición de procedibilidad que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución .



En consecuencia, una cláusula nula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares o del Pliego de Prescripciones Técnicas deberá ser recurrida dentro del plazo legalmente previsto, y si no se hace así, solo cabría utilizar la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Si no es así, no cabe efectuar pronunciamiento alguno sobre dicha clase de nulidad, cuando no se ha interpuesto el recurso administrativo o especial en materia de contratación en plazo. Dicha postura ha sido reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 23 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1993, 23 de Enero de 1996, 18 de Febrero y 9 y 23 de Octubre de 1997, 29 de junio del 2000 y 25 de septiembre de 2007 que sientan la doctrina, que el ataque a los actos nulos de pleno derecho fuera del plazo establecido para su impugnación, tiene su camino perfectamente marcado en el ordenamiento jurídico, es decir, si existe una nulidad de pleno derecho la vía a seguir para invocarla en cualquier momento es la que se encuentra establecida en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. Ese es el camino que debe seguirse, respecto de los actos nulos firmes y consentidos, y no impugnarlos extemporáneamente de forma expresa o implícita.

De la normativa sobre el recurso especial en materia de contratación (artículos 40 y siguientes del TRLCSP), y en concreto, de los actos impugnables, se deduce, claramente, que el recurso contra los pliegos y el recurso contra la adjudicación no se solapan ni se interrelacionan, constituyendo recursos perfectamente diferenciados, con lo que, ni siquiera, puede considerarse que los pliegos o determinadas cláusulas de los mismos que no han sido impugnados en su momento y que, en consecuencia, han sido consentidos y firmes por no haber sido recurridos en tiempo, puedan ser indirecta o instrumentalmente valorados y afectados por el pronunciamiento de un recurso especial promovido contra la adjudicación.

En consecuencia, ni es factible impugnar la adjudicación del contrato, con base a la nulidad de una cláusula del Pliego que no ha sido recurrido en su momento, ni tampoco puede el Tribunal Administrativo de Contratación Pública anular, de oficio o a instancia de parte, el mencionado Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, con motivo de la impugnación de la adjudicación, como ha ocurrido en el caso enjuiciado, en que ninguno de los licitadores que formularon el recurso especial pretendieron la nulidad del pliego y sin embargo fue acordada sin, ni siquiera, oír previamente a los directamente afectados por dicha nulidad. A lo que hay que añadir que la nulidad de pleno derecho se produce, según la resolución recurrida por infracción en abstracto de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, sin que concrete el Tribunal Administrativo de Contratación Pública como en el supuesto enjuiciado, se ha infringido dichos principios.

SÉPTIMO.- Aunque con los razonamientos anteriormente expuestos es suficiente para estimar el recurso en este punto, no obstante debemos decir que tampoco este Tribunal comparte que la cláusula 12 del PCAP sea nula de pleno derecho, por los motivos aducidos por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, ni siquiera, anulable.

Con carácter previo hay que poner de relieve que en el Derecho Administrativo la regla general es la de anulabilidad del acto administrativo, por lo que solo pueden considerarse como nulos de pleno derecho los actos previstos como tales en la Ley; en consecuencia, no existen otras causas de nulidad de pleno derecho que las expresamente establecidas en la Ley, las cuales deben ser objeto de interpretación restrictiva.

Según la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, referente a su régimen jurídico, " *el presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y, en su defecto, al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entienden sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al TRLCSP, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*".

La cláusula 12 del PCAP lleva por título "*calificación de la documentación presentada, valoración de los criterios de selección y apertura de proposiciones*" establece lo siguiente: " *Se calificará la documentación administrativa (sobre nº 1) correspondiente a los licitadores presentados y se remitirá a los licitadores cuyas propuestas presenten defectos subsanables una comunicación... en la que, se informará de los defectos encontrados y de la forma de subsanarlos, se requerirá a los licitadores para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios en un plazo no superior a 3 días hábiles a contar desde la recepción de la comunicación y se indicará que, si los defectos no fueran subsanados, no se tendrán en consideración las ofertas presentadas en el presente procedimiento de licitación. De igual forma se procederá en el caso de los medios que deban adscribirse a la ejecución del contrato en los términos previstos en el apartado 5 del anexo I.*

Una vez calificada la documentación y realizadas, si así procede las actuaciones indicadas se procederá a determinar las empresas que cumplen con los criterios de selección que se establecen en el apartado 5 del anexo I, con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo.



Canal de Isabel II Gestión SA se reserva el derecho a solicitar las aclaraciones, documentación y a realizar las actuaciones que considere necesarias para verificar el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos para la presentación de ofertas.

En el acto público de apertura de proposiciones económicas, la Mesa de Contratación pondrá en conocimiento de los interesados el resultado de la calificación de la documentación administrativa y, en su caso, del cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos y abrirá a continuación el sobre nº 3 "Proposición Económica" de las empresas admitidas, dando lectura a las ofertas. Posteriormente elevará al órgano de contratación el acta de apertura..., junto con los informes emitidos y la propuesta de adjudicación del contrato".

De lo expuesto se deduce que lo único que exige la cláusula 12 del PCAP es la apertura del sobre nº 1 "documentación administrativa", calificando dicha documentación y notificando a los licitadores de los defectos subsanables que adolezcan para su subsanación y una vez determinadas las empresas que cumplen con los criterios de selección que se establecen en el apartado 5 del anexo I (requisitos y criterios de selección cualitativa económica y financiera, y técnica o profesional y documentación acreditativa de dichos requisitos), se hará un pronunciamiento expreso sobre los admitidos a licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo. La Mesa de Contratación pondrá en conocimiento de los interesados el resultado de la calificación de la documentación administrativa y, en su caso, del cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos y abrirá a continuación el sobre nº 3 "Proposición Económica" de las empresas admitidas, dando lectura a las ofertas. Posteriormente elevará al órgano de contratación el acta de apertura..., junto con los informes emitidos y la propuesta de adjudicación del contrato.

Por tanto, el PCAP no efectúa manifestación alguna de cual es el momento de apertura de la oferta técnica, y ese es el trámite que había de seguir el órgano de contratación en cuanto a la calificación de la documentación presentada, valoración de los criterios de selección y apertura de proposiciones, sin que viniese obligada a la apertura del sobre nº 2 " oferta técnica" con carácter previo al sobre nº 3 que contenía " la proposición económica" así como a ponerla en conocimiento de los licitadores previamente a la apertura de esta última, como exige el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, en las resoluciones impugnadas.

Asimismo debemos señalar que la Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en sectores de agua, energía, transporte y los servicios postales, única normativa por la que se rige el procedimiento de adjudicación del contrato, junto con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, no regula el proceso de calificación y apertura de las proposiciones, y que la propia exposición de motivos de la ley 31/2007 (LCSE) dice que " *tal y como se manifestaba en la anterior Ley 48/1998, de 30 de diciembre, el Derecho comunitario europeo ha previsto para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los contratos de las Administraciones públicas, cuyas directivas reguladoras fueron objeto de transposición por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en 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, asegurando en todo caso los principios de apertura del mercado principios de publicidad y concurrencia*".

En consecuencia con lo expuesto, no resulta aplicable a este procedimiento el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , que exige con carácter previo a la apertura de las proposiciones económicas que se valoren los criterios técnicos no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, sino que, como ya hemos expuesto, el procedimiento licitatorio se rige por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, la Ley 31/2007 y en su defecto el derecho privado (pliegos y normativa que no contempla el proceso de calificación y apertura de las proposiciones, y en concreto, si la apertura de la proposición técnica ha de ser anterior a la proposición económica). En cuanto al TRLCSP solo rige en aquellas remisiones expresas hechas en el Pliego, lo que tampoco ocurre en la materia que nos ocupa.

A la vista de lo razonado procede estimar dicha alegación, revocando las resoluciones recurridas en este apartado.

OCTAVO.- Afirma el TACP que " *la valoración efectuada por el órgano de contratación sin expresión de las razones por las que se llega a ella incurre en causa de nulidad por falta de la debida y explicitada motivación de la valoración de los criterios de adjudicación exigida por el artículo 61 de la Ley 31/2007* "

Frente a ello, sostiene la actora que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se ha atenido, única y exclusivamente, al informe de valoración, sin tener en cuenta que el artículo 83 de la LCSE exige la expresión de la motivación, no en el informe de valoración sino en la notificación de la adjudicación y basta comprobar el contenido de las notificaciones de la adjudicación del contrato enviadas



por Canal a todos los licitadores para comprobar las razones por las cuales mi oferta fue preferida a las suyas, explicitando comparativamente las razones que han llevado a aquellas puntuaciones de cada oferta. En consecuencia, el informe individualizado de cada oferta que adopta el informe de valoración se completa con las motivaciones de la selección incluidas en la comunicación de la adjudicación a cada licitador.

Las cláusulas 12 y 14 de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares disponen que " *de conformidad con lo establecido en el artículo 84.3 de la Ley 31/2007, Canal de Isabel II Gestión, S.A, comunicará a todo candidato o licitador descartado, en un plazo que no podrá, en ningún caso, sobrepasar los 15 días a partir de la recepción de una solicitud por escrito, los motivos del rechazo de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las prescripciones propuestas no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas y, con respecto a todo contratista que haya efectuado una oferta admisible, las ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco. No obstante, Canal de Isabel II, Gestión SA, podrá decidir no dar a conocer determinada información relativa a la adjudicación del contrato cuando su divulgación dificulte la aplicación de la ley, sea contrario al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de determinadas empresas, públicas o privadas, incluidos los de la empresa a la que se haya adjudicado el contrato o pueda falsear la competencia. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, una vez finalizado el acto público de apertura de proposiciones económicas, los interesados podrán, asimismo, acudir a la Subdirección de Contratación de Canal Isabel II Gestión SA para solicitar aclaración sobre la motivación de la exclusión de su oferta*".

Por su parte, la cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, referente a la adjudicación del contrato dice que " *Canal de Isabel II Gestión S.A, a la vista de la valoración de las ofertas y en función de los criterios de adjudicación empleados comunicará motivadamente al licitador que hubiese formulado la oferta económicamente más ventajosa, la adjudicación del contrato. Asimismo comunicará también a los restantes licitadores el resultado de la adjudicación acordada en los términos previstos en la Ley 31/2007*"

Finalmente, los apartados 1 y 2 del artículo 83 de la Ley 31/2007 , que se refiere a la adjudicación de los contratos establece que " *La entidad contratante a la vista de la valoración de las ofertas y en función del criterio de adjudicación empleado comunicará motivadamente al licitador que hubiere formulado la oferta de precio más bajo o aquella que resulte ser la oferta económicamente más ventajosa, la adjudicación del contrato. Asimismo comunicará también de forma motivada a los restantes operadores económicos el resultado de la adjudicación acordada*".

De los documentos obrantes en el expediente administrativo se constata que Canal de Isabel II Gestión SA comunicó a todos los licitadores (folios 980 a 982 del expediente en el caso de Atento Teleservicios España, S.A; folios 983 a 985 en el caso de Konecta BTO SL y folios 990 y 991 en el caso de Global Sales Solutions Line SL) la adjudicación del contrato realizada a la empresa GSS Venture SL, haciendo constar en dichas comunicaciones, no solo la puntuación obtenida por la adjudicataria en la oferta técnica y económica, sino también la obtenida por cada licitador, efectuando una muestra comparada de las puntuaciones obtenidas por cada oferta técnica en cada uno de los apartados previstos en el apartado 6 del anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Y así, en concreto respecto de la demandada , la entidad mercantil Atento Teleservicios España, S.A, en la referida comunicación se hizo constar que la adjudicación se había efectuado a favor de GSS Venture SL, quién había obtenido en la puntuación técnica 21,750 puntos y en la económica 70,00 puntos, lo que hace un total de 91,750 puntos, frente a la oferta de Atento Teleservicios España SA, quién había obtenido un total de 83,718 puntos, de los que 27,00 puntos responden a la oferta técnica y los restantes 56,718 a la oferta económica. Asimismo se aporta un cuadro comparativo de los puntos obtenidos por cada una de las empresas en los distintos apartados de la oferta técnica, según se mencionan en el Pliego de Prescripciones Técnicas (Modelo Operativo de Organización y Dimensionado. Plan de Contingencias y Emergencias. Propuestas de Soluciones Tecnológicas. Contact Center y Multicanalidad. Propuestas de configuración del servicio a nivel de centralita, ACD, Grupos especializados, Desbordes. Desempeño de la Calidad y Seguimiento de los resultados).

Asimismo, en el expediente administrativo obra el informe de valoración de las ofertas presentadas de 58 páginas (páginas 883 y siguientes) con este contenido (objeto del contrato, plazo de duración, presupuesto de licitación, ofertas presentadas y propuestas económicas, criterios y valoración de las ofertas y valoración técnica). En lo que aquí interesa, el apartado valoración de las ofertas menciona los 2 criterios a tomar en consideración: a) Criterio económico, donde prima en orden decreciente el precio más bajo, teniendo éste la valoración máxima 70 puntos y a continuación se establece la siguiente fórmula $V_i = 70 \cdot P_{min}/P_i$ (V_i es la valoración correspondiente a la oferta i . P_i es el precio propuesto por la empresa i en euros. P_{min} es el precio mínimo ofertado en euros). Del resultado de aplicar la citada fórmula se obtiene la puntuación para cada una de las proposiciones económicas de los licitadores. b) Criterio técnico o de ponderación, hasta un máximo de 30 puntos, mencionando los distintos aspectos de la oferta técnica según el Pliego:



a) Propuesta de modelo operativo de organización y dimensionado (6 puntos) b) Propuestas de planes de contingencias y emergencias (5 puntos). c) Propuestas de soluciones tecnológicas. Contact center y multicanalidad (7 puntos).d) Propuestas de configuración del servicio a nivel de centralita, ACD, grupos especializados, desbordes. (6 puntos) y e) Desempeño de la Calidad y Seguimiento de los resultados (6 puntos). En cada uno de los apartados mencionados, se dice que es lo que se valorara, añadiendo en los apartados b), c) y e) que no se tendrán en cuenta las ofertas que no alcancen en dichos apartados 3,5, 5 y 4 puntos, respectivamente.

A continuación analiza con todo detenimiento, asimismo, respecto de todos y cada uno de los apartados mencionados que son objeto de valoración, la oferta técnica presentada por cada licitador, y así a GSS Venture le dedica las páginas 899 a 910 del expediente, a Konecta Bto, S.L, las páginas 910 a 919 y a Atento Teleservicios España las páginas 920 a 934. Finalmente, tras excluir a Serviform por no alcanzar la puntuación mínima exigida, procede a detallar la valoración obtenida en cada apartado de la oferta técnica por los licitadores así como la valoración de la oferta económica para de esa forma obtener la puntuación total de cada uno de ellos, llegando a la conclusión de que la oferta más ventajosa económicamente es la de GSS Venture.

A la vista de lo expuesto es evidente que no existe falta de motivación, por cuanto que todos los licitadores han tenido pleno conocimiento de cómo se han obtenido las puntuaciones otorgadas a cada uno de ellos, a lo que hay que añadir, como afirma GSS Venture en su demanda, que el recurrente fue el licitador que obtuvo menor puntuación en el aspecto técnico (21,750) frente a Konecto Bto (23,375) y Atento (27,00), por lo que dicha alegación carecería de relevancia práctica.

NOVENO.- En lo atinente a la justificación de la disponibilidad de medios ajenos, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el fundamento de derecho séptimo de la resolución 84/2015 dice que " *el contrato de 20 de noviembre de 2001 que GSS Venture acompañó para acreditar la disponibilidad de los medios materiales no acredita que exista compromiso de puesta a disposición de los medios incluidos en dicho contrato. En concreto, el contrato marco se limita a señalar los bienes y servicios en términos generales, que Global Sales Solutions Line SL pone a disposición de GSS Venture, pero a lo largo de su clausulado no menciona que dichos medios se pongan a disposición para la ejecución del contrato 274/2014, ni recoge los medios concretos detallados en la declaración efectuada por la adjudicataria. Por el mero hecho de que Global Sales Solutions Line tenga un contrato de arrendamiento de unas oficinas y que dicha mercantil y GSS Venture hayan suscrito un contrato marco, no se puede concluir que los medios que declara GSS Venture para la ejecución del contrato 279/2014 formen parte del acuerdo marco y que, además, los mismos puedan ser perfectamente utilizados por dicha sociedad. Es más, si atendemos al Anexo I de dicho Acuerdo Marco, este se prorroga de forma automática, salvo que cualquiera de las partes lo comunique por escrito y con una antelación mínima de 3 meses. Global Sales Solutions Line SL no se halla, por lo tanto, obligada a prorrogar el contrato y podría no renovarlo. Tampoco consta en el expediente justificación alguna de que ostenta disponibilidad sobre los medios humanos de esta sociedad, más allá de la mera similitud entre sus denominaciones sociales y de un acuerdo marco genérico del año 2001 que no hace referencia alguna a este contrato. Dicho contrato de arrendamiento vence, conforme a la segunda addenda del mismo, el 31 de diciembre de 2016. No cubre, por tanto, el tiempo total de duración del contrato licitado. A partir de esta fecha no existiría ninguna garantía para el Canal de Isabel II de que el adjudicatario va a disponer de los medios materiales precisos para seguir ejecutando el contrato... En conclusión, la declaración responsable de medios materiales de 9 de marzo de 2015 no permite acreditar que los medios que se cita en la misma estén de manera efectiva a disposición del adjudicatario, tal y como dispone el PCAP y , por tanto, los medios a los que nos hemos referido no debieron ser admitidos para acreditar el compromiso de adscripción de medios exigibles".*

Afirma la actora que dicha argumentación es contraria a lo dispuesto en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (folios 73 y 75 del expediente), que precisa cual es la documentación acreditativa de los requisitos de selección cualitativa económica, financiera, técnica y profesional, pudiendo la disponibilidad de medios ajenos acreditarse mediante un precontrato o cualquier otro título jurídico válido en derecho que acredite la disponibilidad actual de los medios solicitados o que dispondrá de los mismos en caso de ser adjudicatario. Por tanto, la disponibilidad deberá ser actual, esto es, en el momento de ofertar o en el de la adjudicación. La hipótesis futura de ruptura del contrato, precontrato o título con el que se haya acreditado la disponibilidad de medios serie una cuestión a resolver en fase de ejecución del contrato. Concluye señalando que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid adopta una interpretación del contrato aportado completamente formalista , ignorando la amplitud de los términos de dicho contrato y la completa falta de verosimilitud de que la matriz de GSS Venture fuera a ejercer una denuncia unilateral del mismo.



La cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que se refiere a la forma y contenido de las proposiciones, en su apartado A) atinente al sobre nº 1 "Documentación Administrativa" dice que en él se incluirá preceptivamente los siguientes documentos, mencionando en su apartado 5 sobre criterios de selección cualitativa de los operadores económicos " *que los licitadores deberán acreditar el cumplimiento de los criterios de selección que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en el apartado 5 del anexo I, en los términos y por los medios establecidos en dicho apartado*", añadiendo que " *cuando los criterios referidos en el apartado anterior incluyan requisitos relativos a la capacidad económica, financiera, técnica o profesional del operador económico, éste podrá, si lo desea, basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente del carácter jurídico de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el Canal de Isabel II Gestión SA que dispone de manera efectiva de los medios necesarios*". Por otro lado, el apartado 5 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contiene dos apartados, uno referente a los requisitos y criterios de selección cualitativa, económica, financiera y técnica o profesional, y otro atañente a la documentación acreditativa de los requisitos de selección cualitativa, económica, financiera y técnica o profesional. En ellos se dice que " *las empresas podrán integrar en la forma prevista en el artículo 63 del TRLCSP (integración de la solvencia con medios externos). La integración de la solvencia con medios externos se admitirá siempre y cuando quede totalmente garantizada la ejecución del contrato. En este sentido, los licitadores que acudan a esta posibilidad deberán demostrar, mediante la exhibición del correspondiente documento de compromiso, que para la ejecución del contrato dispondrán de los medios aportados a través de otra entidad y declarar que, en caso de resultar adjudicatario del contrato el licitador se compromete a ejecutar el mismo con los mismos medios que ha aportado para acreditar su solvencia. En el contrato que se formalice con Canal de Isabel II Gestión SA se recogerá el compromiso anteriormente referido. Esta obligación tendrá carácter esencial, de conformidad con lo previsto en el artículo 223 f) del TRLCSP y cláusula 39 del PCAP*".

En cuanto a los medios materiales, los licitadores deberán disponer, como mínimo que destinarán a la ejecución de los servicios de :Plataforma de Contac Center con, al menos 110 puestos de trabajo equipados y Centro o Sala de Formación con, al menos, 10 puestos equipados con ordenador con conexión a internet, proyector y pizarra.

El apartado b) se refiere a la declaración responsable de medios materiales: plataforma de Contact Center y Sala de Formación de los que dispone la empresa licitadora, en los siguientes término: " *la declaración responsable debe ir acompañada de contrato, precontrato o cualquier otro título jurídico válido en derecho que acredite la disponibilidad actual de los medios solicitados o que dispondrá de los mismos en caso de resultar adjudicatario. Asimismo la declaración responsable deberá incluir la descripción de la plataforma, comprendiendo su ubicación geográfica concreta, la distribución de los puestos por perfiles, las características técnicas de cada puesto y el equipamiento de los mismos, y una descripción del centro o sala de formación especificando número de puestos, su ubicación concreta de la misma, equipo informático y tipo de proyector*."

El representante legal de la empresa actora como apoderado aporta (páginas 713 y 714 del expediente) una declaración responsable de que dispone de los medios materiales, de acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Plataforma de Contac Center con, al menos 110 puestos de trabajo equipados en Madrid. Avda. de la Albufera 319. Plataforma de Contac Center de hasta 100 posiciones, a modo de contingencia, con puestos de trabajo equipados y situados en Ateca (Zaragoza). Centro o Sala de Formación con, al menos, 10 puestos equipados con ordenador con conexión a internet, proyector y pizarra situado en Madrid (Avda. de la Albufera 319) y 1 puesto habilitado para Canal Gestión SA para llevar a cabo el control y seguimiento cuando así lo estime oportuno: Para acreditar dicha disposición aporta una escritura pública de 16/11/2012 por el que se arrienda el inmueble sito en la Avda. de la Albufera 319. El contrato tiene una duración de 10 años prorrogables.

Ahora bien, con posterioridad al acto público de apertura de proposiciones económicas, la Mesa de Contratación observó que en la oferta técnica presentada por GSS Venture SL se proponía, además de la plataforma ubicada en Madrid, una plataforma ubicada en Lima (Perú) para la prestación de servicios de averías y daños a terceros y de comunicación de resolución de incidencias en el abastecimiento. Por ello, se la requirió para que acreditase el cumplimiento de los requisitos exigidos en el apartado 5 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debiendo, en consecuencia, aportar declaración responsable de disponer de la plataforma de Contac Center en Lima (Perú) con el número de puestos de trabajo asignados a dicha Plataforma y la correspondiente Sala de Formación, acompañada de un contrato, precontrato o cualquier otro título válido en derecho que acredite la disponibilidad actual de los medios solicitados o que dispondrá de los mismos en caso de resultar adjudicatario.

En cumplimiento de dicho requerimiento, el apoderado de la empresa GSS Venture aporta una declaración responsable de los medios materiales necesarios para prestar los servicios de averías y daños a terceros desde Lima mediante una plataforma con, al menos, 11 puestos de trabajo equipados (folios números 810,



811 y 812 del expediente). Asimismo aporta una segunda addenda a contrato de arrendamiento de bienes inmuebles de entre Arte Express Decimonónico y Global Sales Solutions Line Perú, S.A. del inmueble ofrecido; contrato cuya vigencia vence el 31 de diciembre de 2016, si bien se establece que la arrendataria tendrá primera y preferente opción para celebrar un nuevo contrato de arrendamiento sobre el inmueble (folios 813 a 839 del expediente). Asimismo aporta el contrato marco de arrendamiento de bienes y servicios celebrado entre Global Sales Solutions Line (GSS) y GSS Venture, en el que se dice que GSS Venture es una sociedad filial de Global Sales Solutions Line (GSS) que se encuentra participada por ésta en la actualidad en el 75% de su capital social y formalizan dicho acuerdo marco de prestación de servicios, mediante el que GSS cede a GSS Venture el derecho de uso de los suficientes bienes y servicios para el desarrollo de la actividad empresarial de esta última.

Como ya hemos expuesto, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares lo único que exige es que a la declaración responsable del apoderado de la empresa se acompañe de un contrato, precontrato o título jurídico válido en derecho que acredite la disponibilidad actual de los medios ofrecidos o que dispondrá de los mismos en caso de ser adjudicatario y eso es lo que ha efectuado la recurrente aportando al respecto, los contratos de arrendamientos de los inmuebles en Madrid y en Lima (Perú) donde se van a ubicar las plataformas así como un contrato marco de arrendamiento de bienes y servicios entre dos empresas, de la cual la recurrente es filial de GSS.

Como afirma la actora, conforme a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la disponibilidad ha de ser actual, esto es, en el momento de realizar la oferta o de llevarse a cabo la adjudicación y las hipótesis futuras de vencimiento o ruptura del contrato de arrendamiento o del contrato marco sería una cuestión a plantear en fase de ejecución del contrato y no en fase de admisión de ofertas, por cuanto que la recurrente cumple con las exigencias del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contenidas al respecto.

A la vista de lo expuesto procede estimar dicha alegación.

DÉCIMO.- En lo atinente a que la adjudicataria va a realizar parte de la prestación objeto del contrato a través de una plataforma en Perú, lo que le ha servido para ofertar unos costes inferiores y para justificar la viabilidad de una oferta incurso en valores anormales o desproporcionados, afirma el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en las resoluciones recurridas que *" la deslocalización.. cuando se realiza parcialmente con el único fin de ganar ventajas competitivas en la ejecución de un contrato, puede ser contraria a los principios cardinales de la contratación pública, como son los de igualdad y libre competencia, aplicable a los licitadores, pues la ventaja comparativa de las empresas que deslocalizan interesadamente esa actividad supone que no todas las ofertas tienen los mismos costes y no se pueden comparar en igualdad de condiciones" "el recurso a técnicas de gestión de personal que mediante la deslocalización pueda redundar en una diferente aplicación de la normativa laboral y, en consecuencia, en la aplicación de diferentes costes sociales es una práctica restrictiva de la competencia en igualdad de condiciones, pues supone prevalerse de una ventaja competitiva adquirida mediante técnicas que pudieran calificarse como fraude de ley si se realiza exclusivamente con fines concurrenciales"*, concluyendo que ello distorsiona el principio de libre competencia y, en cuyo caso, la oferta debería ser rechazada.

Sostiene la actora que impugna este aspecto por cautela y que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública incide en cuestiones ajenas a su competencia y propias de política económica y empleo nacional y que el artículo 38 de la CE reconoce la libertad de empresa dentro de la economía de mercado.

También dicha alegación ha de tener favorable acogida por los motivos que a continuación se exponen. Consta en la página 547 del expediente consulta al órgano contratante en el referido aspecto, en el sentido de que en el pliego no se encuentra ningún apartado que indique donde se realizan los servicios, tanto el presencial como la plataforma, solicitando se le informase en este punto, contestando el órgano de contratación a dicha consulta que *" los servicios de atención presencial deberán prestarse en las oficinas comerciales del Canal de Isabel II Gestión SA, situado en la Comunidad de Madrid. Respecto a los demás servicios incluidos dentro del objeto del contrato no existe limitación geográfica alguna, siempre y cuando la propuesta cumpla con los requisitos técnicos y clausulado de los pliegos del procedimiento"*.

Asimismo la cláusula 4.2 del PPT usa expresamente el término "deslocalización", al describir el servicio de centralita corporativa, y en él se afirma que *" en la medida que la tecnología y los costes lo permitan el servicio de centralita de los teléfonos de las centralitas corporativas podrá estar ubicada en cualquier lugar..."* Y que *" la deslocalización del servicio de centralita..."*

Por otro lado, la cláusula 5 del PCAP señala que *" podrán optar a la adjudicación del contrato, las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras..."* añadiendo que *" las empresas extranjeras no comunitarias, deberán reunir, además, los requisitos establecidos en el artículo 55 del TRLCSP"*. Por tanto, el Pliego de



Cláusulas Administrativas Particulares permite la participación en la licitación de empresas extranjeras no comunitarias, lo que supone que tales empresas puedan prestar parte de los servicios que son objeto del contrato desde sus respectivos territorios.

Por tanto, no existía impedimento alguno para que los servicios, que no fueran de atención presencial, se prestasen en cualquier lugar geográfico, lo que pudieron hacer todos los licitadores, sin que, pueda tomarse en consideración los argumentos del TACP basados en razones ajenas a lo que era propio del recurso, que no era otra que examinar la conformidad o no a derecho de la resolución del Canal de Isabel II Gestión adjudicando el contrato.

UNDÉCIMO.- La última cuestión planteada es la de examinar si los Pliegos permiten o no una disgregación geográfica de la plataforma.

A este respecto, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública dice en las resoluciones impugnadas que *" el PCAP no exige una ubicación geográfica concreta. De la lectura del apartado 3.3.1 del PPT resulta que se exigen dos locales uno para la plataforma principal y otro para las contingencias... Pero no se admite que la plataforma principal ni la de contingencias se puedan fraccionar en diversas ubicaciones. Por tanto, al ofertar el servicio de averías y daños a terceros y de comunicación de resolución de incidencias en el abastecimiento se realice desde una ubicación distinta a la plataforma principal, no se está cumpliendo el PPT. Tal y como resulta de la cláusula 2.4 del PPT solo se admite la presentación de una plataforma principal y otra plataforma de contingencias, cuyo uso está restringido a los supuestos de incidencia de la principal. Cada una de dichas plataformas estará establecida en un único local desde el que habrán de prestarse los servicios que son objeto del contrato...Ello es incompatible con la deslocalización parcial de esos servicios a Lima (Perú)... La consecuencia de que la oferta de un licitador no se ajuste a lo exigido en el PPT es la exclusión del procedimiento"*.

Frente a ello, el recurrente sostiene que las resoluciones impugnadas se basa, única y exclusivamente, en la cláusula 2.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas, que se refiere en singular al local desde el que se presta los servicios, sin tener en cuenta que el mismo Pliego incorpora una mención expresa a la posibilidad de una ubicación plural de la plataforma en su cláusula 3.1, donde al explicar que los licitadores deben dotarse de un espacio para ubicar la plataforma principal y la plataforma de contingencias o centro de respaldo, hace objeto expreso de su responsabilidad el local o locales donde se ubique cada una de ellas. Añade que la posibilidad de ubicación múltiple se deduce también de la cláusula 10 y 12 del mencionado Pliego de Prescripciones Técnicas.

También dicha alegación debe tener favorable acogida. En primer término debemos decir que la cláusula 2.4 del PPT se limita a definir que es la plataforma principal y que es la plataforma de contingencias, sin que de dicha clausula se pueda deducir, como hace el TACP, la imposibilidad de fraccionar la plataforma principal o de contingencias en diversas ubicaciones, puesto que si bien, utiliza el término "local" en singular, no debemos olvidar que lo único que dicha cláusula efectúa es la definición de las plataformas principal y de contingencias.

Dicho lo anterior, la cláusula 3.1 del PPT dispone que *" el adjudicatario deberá disponer de un espacio habilitado para la prestación del servicio del Centro de Atención Telefónica al Cliente y Gestión Escrita. Asimismo, el adjudicatario deberá proveerse de un centro alternativo para poder hacer frente a contingencias del principal... Los licitadores deberán indicar en su oferta obligatoriamente la dirección y localización del Centro de Atención Telefónica al cliente y Gestión escrita y Centro alternativo para contingencias desde el que van a prestar el servicio. El local o locales, mobiliario, tecnología multicanalidad, equipos informáticos, software licencias y autorizaciones administrativas para la instalación del centro de atención telefónica y gestión escrita será responsabilidad del adjudicatario..."*

Por tanto, el propio PPT ya prevé que el centro de atención telefónica y gestión escrita y el centro alternativo para contingencias se puede prestar en local o locales. En consecuencia, tal y como sostiene el órgano de contratación en su informe (folio 1310 del expediente) no hay ningún apartado de los pliegos que exija que los servicios hayan de ser prestados desde una única plataforma y desde un único local, y así se deduce de la cláusula 3.1 del PPT que se refiere a local o locales.

A la vista de lo razonado procede estimar el recurso revocando la resolución recurrida, sin que proceda examinar los hipotéticos motivos de inadmisión de la oferta que, según la codemandada, han sido apreciados por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (subcontrataciones no autorizadas en los pliegos), por tratarse de una cuestión sobre la que la recurrente no ha formulado alegación alguna.

DUODÉCIMO.- Procede imponer las costas de este recurso a la parte demandada al haber sido desestimadas todas sus pretensiones, conforme a lo prevenido en el artículo 139 de la LJCA ; si bien como permite el apartado tercero del citado artículo se limita su cuantía a la cantidad de 3.000 euros.



Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil GSS Venture,S.L, anulando las resoluciones números 83 y 84 de 12 de junio de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por no ser conformes a derecho; con expresa imposición de las costas de este recurso a la parte demandada en los términos fijados en el fundamento de derecho último de esta sentencia.

Contra esta sentencia cabe, en su caso, recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de conformidad con los artículos 86 y siguientes de la LJCA , según redacción dada por la disposición Adicional tercera. 1 de la LO 7/2015, de 21 de julio , por la que se modifica la LO 6/1985, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, hallándose celebrado audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDU