



Roj: **SAN 655/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:655**

Id Cendoj: **28079230042017100041**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **08/02/2017**

Nº de Recurso: **375/2015**

Nº de Resolución: **99/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000375 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04155/2015

Demandante: RED.ES

Demandado: ACT SISTEMAS, S.L.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a ocho de febrero de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **375/2015** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido la entidad pública empresarial **RED.ES**, representada y asistida por la Abogacía del Estado contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de abril de 2015, que estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ACT SISTEMAS, S.L contra el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por el Secretario General de la Entidad Pública Empresarial RED.ES con fecha 13 de febrero de 2015, en el expediente para la contratación del servicio de "Adecuación del Centro de Proceso de Datos del Hospital del Campus de la Salud"; habiendo comparecido como parte demandada la entidad ACT SISTEMAS, S.L.U, representada por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez y asistida del Letrado D. José Luis Nores Escobar.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la Abogacía del Estado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 6 de julio de 2015 declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 9 de julio de 2015, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días, lo que verificó mediante escrito presentado el 9 de marzo de 2016, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...)dicte sentencia estimando el recurso y anulando la resolución recurrida de fecha 30 de abril de 2015 por ser la misma contraria Derecho. Subsidiariamente y para el caso de que se considere que en este caso no existe contradicción entre la proposición y los PPT se solicita no obstante se confirme la validez de la Cláusula 3.6, por ser la misma conforme a derecho >>.

TERCERO.- La entidad ACT SISTEMAS, S.L.U contestó a la demanda mediante escrito presentado el 13 de junio de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Abogacía del Estado, en representación de la entidad pública empresarial RED.ES, interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de 30 de abril de 2015, que estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ACT SISTEMAS, S.L.U contra el acuerdo de exclusión de la licitación de dicha empresa adoptado por el Secretario General de la Entidad Pública Empresarial RED.ES con fecha 13 de febrero de 2015, en el expediente para la contratación del servicio de "Adecuación del Centro de Proceso de Datos del Hospital del Campus de la Salud (expediente núm. 150/14- SV".

En virtud de esa estimación parcial, se declara la nulidad del Apartado 3.6 del PCAP y se deja sin efecto el procedimiento de licitación desde la formulación a la empresa recurrente del requerimiento acordado por la Mesa de contratación en su reunión de 12 de enero de 2015, debiendo, no obstante, y en virtud del principio de conservación de aquellos actos y trámites posteriores al que resulta objeto de anulación, cuyo contenido deba reputarse inalterado recogido en el artículo 66 de la LRJPAC, mantenerse la eficacia de todos aquellos actos del procedimiento de contratación anteriores a aquél.

SEGUNDO.- Los antecedentes fácticos de los que hemos de partir, según lo que resulta del expediente administrativo y de la documentación y prueba practicada en autos son los siguientes:

1.- La Entidad Pública Empresarial RED.ES convocó mediante anuncio publicado en el DOUE con fecha 15 de noviembre de 2014, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto, del contrato de servicios "Adecuación del Centro de Proceso de Datos del Hospital del Campus de la Salud (expediente núm. 150/14-SV", con un plazo de duración de doce meses y un valor estimado de 555.000,00 €, fijándose como fecha límite para la presentación de ofertas el día 15 de diciembre de 2014.

2.- A la licitación de referencia concurren la empresa ACT SISTEMAS, S.L. y otras seis empresas.

3.- La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de 2014, procedió a la apertura y examen de la documentación administrativa presentada por los licitadores en el "sobre nº 1", acordando requerir a tres de ellas para subsanar determinados defectos u omisiones subsanables advertidos en dicha documentación.

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

5.- Con fecha 12 de enero de 2015 la Mesa de contratación procedió a la apertura del "sobre nº 4" correspondiente a las licitadoras admitidas.



Tras la celebración del acto público de apertura se procedió a la valoración de las ofertas presentadas, resultando la oferta de ACT SISTEMAS, S.L.U la mejor valorada, y en consecuencia, la más ventajosa económicamente.

6.- La Mesa de Contratación acordó, según se recoge en el Acta de la sesión, solicitar a dicha mercantil al amparo del Apartado 3.6 del Pliego de Condiciones Particulares, la " *información técnica que permita comprobar el cumplimiento de los requisitos técnicos valorables y obligatorios para cada sistema* ", enumerando a continuación, agrupada en 24 puntos, la documentación a presentar por el licitador requerido.

7.- El acuerdo de la Mesa de Contratación se trasladó al licitador mediante comunicación de la Secretaria de la Mesa de 15 de enero de 2015 en la que, además de darle a aquél traslado del requerimiento de información adoptado, se le indicó que la información habría de remitirse en formato papel y en formato digital antes de las 13 h del día 19 de enero.

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

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

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

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

12.- Contra el acuerdo del órgano de contratación decidiendo la exclusión, ACT SISTEMAS, S.L.U, previo anuncio ante el órgano de contratación, interpuso recurso especial en materia de contratación, solicitándose la anulación de dicho acto, en base a los siguientes motivos de impugnación:

i) En primer lugar, considera que debería haberle permitido el acceso al expediente de contratación, según solicitó, y que la denegación del derecho de acceso al expediente solicitado por la empresa le ha producido una efectiva indefensión a la hora de hacer valer sus intereses legítimos en el expediente de referencia.

ii) En segundo lugar, mantiene que el plazo que se le concedió para la aportación de la documentación técnica correspondiente a su oferta, "tan sólo de escasos dos días hábiles", resultaba insuficiente, dada la extensión de la documentación exigida.

iii) En tercer lugar, defiende que el órgano de contratación, al detectar la discrepancia entre la documentación aportada y el PPT relativa a los requerimientos técnicos de la cubierta de los cables, debería haber concedido a la empresa un plazo para la aclaración y/o subsanación de los documentos aportados, en lugar de proceder directamente a la exclusión de la oferta, decisión ésta que considera desproporcionada.

iv) Finalmente, se afirma que "la diferencia en el material derivada del cumplimiento de un método de ensayo u otro es irrelevante y funcionalmente inexistente", por las razones que se expresan al efecto en el recurso, y, en apoyo de dicha afirmación, se señala que RED.ES, en supuestos idénticos, ha admitido la ejecución del contrato sin observar el cumplimiento del requerimiento técnico cuyo incumplimiento habría dado lugar, en este caso, a la exclusión de la recurrente.



TERCERO.- El TACRC en la resolución impugnada, y con carácter previo al examen de los motivos de impugnación opuestos por la entidad recurrente, analiza el trámite de requerimiento de información al licitador - y subsiguiente verificación de la información aportada- cuya aplicación dio lugar a la exclusión de ACT SISTEMAS, S.L.U, al considerar el órgano de contratación que como resultado de aquella verificación, se habría comprobado el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas por la oferta presentada por aquélla.

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

Y tras analizar dicho apartado, llega a la conclusión de que resulta contrario a la legalidad, y en consecuencia es nulo de pleno derecho, puesto que el trámite analizado no se encuentra contemplado en la normativa que rige el procedimiento de contratación, y ello puede producir una clara vulneración del principio de concurrencia, esencial en materia de contratación del sector público. Afirma que, de acuerdo con el procedimiento diseñado en el TRLCSP, una vez valoradas las ofertas los licitadores, de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en el pliego -pudiendo, a tal efecto, solicitarse cuantos informes técnicos se estime pertinentes-, el órgano de contratación ha de clasificar, por orden decreciente, las proposiciones presentadas, debiendo requerirse al licitador mejor situado en la clasificación para la presentación, en el plazo de diez días hábiles, de la documentación indicada en el artículo 151.2 del TRLCSP (a saber, documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de la constitución de la garantía definitiva exigida, y de la disposición de los medios que, en su caso, se hubiese "comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2 [del TRLCSP]"), para, una vez aportada la misma, proceder a la adjudicación en su favor del contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes. Pero más allá del requerimiento del artículo 151.2 TRLCSP no se prevé en la Ley la exigencia de aportación de ninguna otra documentación o información por parte de la empresa cuya oferta sea la más ventajosa económicamente, y en particular, la acreditación del cumplimiento de las condiciones técnicas de ejecución del contrato previstas en el PPT, como condición necesaria para continuar el procedimiento de licitación y poder ser adjudicatario del mismo.

Considera, no obstante, que la conclusión alcanzada sería distinta en el caso de que de la información aportada por los propios licitadores en sus proposiciones pudiera derivarse una contradicción entre dicha proposición y las exigencias del PPT. En ese caso, según doctrina reiterada de ese Tribunal, sí nos encontraríamos ante una causa válida de exclusión de la licitación. Mas no es este el caso que se plantea en el supuesto aquí examinado, en el que no se ha apreciado por parte de la Mesa de contratación contradicción alguna entre la proposición de ACT SISTEMAS y el PPT.

CUARTO.- La Abogacía del Estado sustenta su demanda en las siguientes alegaciones:

1.- Los pliegos que rigen la contratación no han sido impugnados por ningún licitador siendo por tanto firmes y consentidos. Sin embargo, la resolución del TACRC recurrida declara de oficio la nulidad de pleno derecho de la Cláusula 3.6 del Pliego de Condiciones Particulares.

2.- Sólo procedería declarar de oficio la nulidad de una Cláusula del pliego en el caso de que concurra una causa de nulidad de pleno derecho. Y en este caso, la resolución del TACRC no establece expresamente la concurrencia de ninguna de las causas de nulidad previstas al efecto en la normativa aplicable, pues no cita ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho contenidos en el artículo 32 del TRLCSP; y tampoco se aprecia la concurrencia de ninguno de los supuestos especiales de nulidad contractual previstos en el artículo 37 del TRLCSP.

3.- Red.es es un poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública y aunque no se prevé una sujeción estricta a las normas que han de regir la contratación, sí se han seguido los trámites esenciales que han de regir la contratación, sin que la Cláusula 3.6 sea contraria a ninguna de las previsiones que deben observarse de manera preceptiva

4.- La Cláusula 3.6 del PCP únicamente pretende comprobar el cumplimiento de requisitos obligatorios, es decir, se prevé la posibilidad de solicitar al licitador que haya obtenido la mayor puntuación total, la información



que precise y que estime pertinente para comprobar la veracidad y cumplimiento de dichos requisitos. No se trata de instaurar una fase de valoración, sino de mera comprobación objetiva de la adecuación de la proposición a los pliegos. No se ha realizado por tanto una valoración técnica sino una comprobación objetiva de la adecuación de la proposición a los pliegos.

5.- La propia normativa en materia de contratación prevé trámites similares al que es cuestionado por el TACRC. En concreto, en el párrafo segundo del artículo 146.4 del TRLCSP; o en el párrafo segundo del artículo 160.1 del TRLCSP: " *Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego*". Por tanto, en el último inciso del precepto citado se admite expresamente la posibilidad de solicitar informes técnicos para verificar que la oferta cumple las especificaciones técnicas del pliego sin exigirse que el informe sea solicitado antes de formular la propuesta.

6.- El TACRC no fundamenta las razones por las que considera que se vulneran los principios de libertad de acceso y de libre competencia. Y en este caso, por el hecho de solicitarse determinada información referida al cumplimiento de requisitos valorables y obligatorios, no puede considerarse vulnerado el principio de libertad de acceso y de libre competencia. Es una prueba objetiva en la que no se produce valoración técnica alguna, sino únicamente la comprobación de si efectivamente el licitador clasificado en primer lugar cumple con los requerimientos técnicos que está obligado a observar.

7.- Hasta la resolución de 30 de abril de 2015, el TACRC nunca había puesto en duda la adecuación de la Cláusula 3.6 del PCP a la normativa de contratación pública, en otros procedimientos de contratación de RED.ES en los que también se incluía esa cláusula en los Pliegos. Es más, en una resolución posterior de fecha 25 de septiembre de 2015 (resolución nº 863/2015), mantiene la validez de la Cláusula que ahora declara nula de pleno derecho.

QUINTO.- El artículo 47.2º TRLCP dispone que "La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimarás las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones"

Pues bien, en este caso, el TACRC ha estimado el recurso en base a una cuestión que no le fue planteada por la parte recurrente, cuál es la nulidad de la Cláusula 3.6 del PCP.

Como hemos razonado en SAN, 4ª de 9 de marzo de 2016 (rec. 503/2014) " *Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, tal y como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011 , FJ 9º), que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94) , 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95) , 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99) , 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06) , « [e]l pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo [...] ».*

Por ello, no es posible impugnar los anuncios o los pliegos de cláusulas con ocasión de posteriores actos, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que « [e]l 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" [...] ». Así lo hemos reiterado en SsAN de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013 , FFJJ 3º).

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad del anuncio en la licitación o en las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno el anuncio o los pliegos que no han combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la exclusión en la licitación o en la adjudicación, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato».



En este caso, la parte recurrente no impugnó la Cláusula 3.6 del Pliego ni siquiera con ocasión de la impugnación del acuerdo de exclusión, por lo que dicha Cláusula es firme y consentida. Ello implica que las partes quedan vinculadas por ella, sin que el TACRC en el ámbito del recurso especial en materia de contratación, en el que no se pone en duda la validez de los pliegos, sino un acto de exclusión adoptado conforme a lo dispuesto en los mismos, puede analizar de oficio la validez de tales Pliegos.

La única excepción podría ser, como afirma la Abogacía del Estado, aquellos supuestos de nulidad de pleno derecho. Pero en ese caso, aun cuando, como considera el TACRC, dicha cláusula introdujera un trámite no previsto expresamente en el TRLCSP, no tendría encuadre en ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho contempladas en el artículo 32. Sería, en todo caso, una causa de anulabilidad a que se refiere el artículo 33 " *Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre* ", que como tal ha de ser invocada por las partes, sin que el TACRC pueda analizar aquellas que no le han sido planteadas, so pena de incurrir en incongruencia " *extra petita* ". Y es que, en este caso, la parte recurrente no solicitó que se declarara nula, ni siquiera que fuera anulable la Cláusula 3.6 del Pliego, sino exclusivamente el acto de exclusión adoptado en base a lo dispuesto en la misma.

Por tanto, procede anular la resolución del TACRC en cuanto declara nula la Cláusula 3.6 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, cuando la parte recurrente no formuló pretensión alguna en tal sentido, pues se debería haber limitado a examinar los motivos de impugnación esgrimidos frente al acuerdo de exclusión.

SEXTO. - Por tanto, partiendo de la validez de la Cláusula 3.6 del PCP por las razones expuestas, debemos analizar los motivos de impugnación formulados por la entidad ACT SISTEMAS, S.L.U frente al acuerdo de exclusión. Esto es:

i) En primer lugar, debería haberle permitido el acceso al expediente de contratación, según solicitó, pues la denegación del derecho de acceso al expediente solicitado por la empresa le ha producido una efectiva indefensión a la hora de hacer valer sus intereses legítimos en el expediente de referencia.

ii) En segundo lugar, mantiene que el plazo que se le concedió para la aportación de la documentación técnica correspondiente a su oferta, "tan sólo de escasos dos días hábiles", resultaba insuficiente, dada la extensión de la documentación exigida.

iii) En tercer lugar, defiende que el órgano de contratación, al detectar la discrepancia entre la documentación aportada y el PPT relativa a los requerimientos técnicos de la cubierta de los cables, debería haber concedido a la empresa un plazo para la aclaración y/o subsanación de los documentos aportados, en lugar de proceder directamente a la exclusión de la oferta, decisión ésta que considera desproporcionada.

iv) Finalmente, se afirma que "la diferencia en el material derivada del cumplimiento de un método de ensayo u otro es irrelevante y funcionalmente inexistente", por las razones que se expresan al efecto en el recurso. Y en apoyo de dicha afirmación, se señala que RED.ES, en supuestos idénticos, ha admitido la ejecución del contrato sin observar el cumplimiento del requerimiento técnico cuyo incumplimiento habría dado lugar, en este caso, a la exclusión de la recurrente.

SÉPTIMO.- Vamos a transcribir, en primer lugar, la Cláusula controvertida, que es del siguiente tenor literal:

" 3.6 COMPROBACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS OBLIGATORIOS Y VALORABLES

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

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

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

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



de reducir la puntuación obtenida en estos criterios cuantificables, la propuesta será excluida. En el caso de que el valor obtenido en las comprobaciones determine una puntuación superior a la correspondiente al valor ofertado para el criterio cuantificable, la puntuación de dichos criterios no será modificada, manteniéndose la correspondiente al valor consignado por el licitador en su oferta, aunque será exigible el valor resultante de la comprobación.

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

OCTAVO.- Alegaba la entidad recurrente, en primer lugar, que debería habersele permitido el acceso al expediente de contratación, según solicitó, y que la denegación del derecho de acceso al expediente le ha producido una efectiva indefensión.

Sobre esta alegación, el órgano de contratación en su informe manifiesta que a la recurrente se le facilitó toda la información necesaria para que pudiera presentar un recurso con todas las garantías. Y que para la preparación del recurso, "no precisaba acceder a la totalidad de la documentación del resto de licitadores presentados, dado que la exclusión se refiere únicamente a un defecto encontrado en su propia documentación. La acreditación del cumplimiento de requisitos mínimos no se hace por comparación entre las ofertas de licitadores, sino en relación a cada propuesta individual. Es más, cuando RED.ES realizó la validación de la documentación presentada por el licitador recurrente, no contaba con la documentación de ningún otro licitador, ya que como se desprende de lo establecido en los pliegos, únicamente se solicita información al licitador mejor puntuado. Únicamente, una vez realizada la exclusión del licitador recurrente, se ha solicitado información técnica al siguiente licitador mejor puntuado, sin que RED.ES disponga de información del resto de licitadores".

En todo caso, ello no afectaría a la validez del acuerdo de exclusión, sino a las garantías de la licitadora para interponer el recurso frente al mismo, y al respecto, no consta que esa denegación de acceso a la totalidad del expediente de contratación hubiera impedido o cercenado su derecho de defensa. Así, interpuso el recurso especial formulando las alegaciones que estimó convenientes las cuales se referían en todo caso, a cuestiones que afectaban exclusivamente a su oferta y a las circunstancias en las que se le había efectuado el requerimiento de documentación, para lo cual, como señaló el órgano de contratación, no era preciso conocer la documentación presentada por los demás licitadores.

En segundo lugar, estima insuficiente el plazo que se le concedió para aportar la documentación, dos días hábiles. Ahora bien, ello no afecta a la validez del acuerdo de exclusión, pues: por una parte, la parte recurrente no puso de manifiesto ante el órgano de contratación la insuficiencia del plazo a efectos que se le concediera una ampliación, como sí realizó con el licitador posterior, y le fue concedido por el órgano de contratación sin ningún problema; y por otra parte, en ese plazo aportó toda la documentación que se le había requerido, y para ello no fue obstáculo el plazo que luego estimó insuficiente.

En tercer lugar, y en cuanto a la alegación de que se le debería haber dado un plazo de subsanación, hay que señalar que la exclusión no vino determinada porque la documentación aportada fuera insuficiente o defectuosa, sino porque de la misma se desprendía que su oferta no cumplía determinados requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas.

Finalmente, y en cuanto al cumplimiento o no de los requisitos técnicos establecidos en el PPT, la razón de la exclusión la explica el órgano de contratación en su informe, señalando que:

" En el apartado 3.2.3. Especificaciones de cableado de cobre del Pliego de Prescripciones Técnicas se indica como requerimiento técnico destinado a prevenir que el cable pueda quemarse:

"...Los cables tendrán cubiertas libres de halógenos y de baja emisión de humos (LSZH) de acuerdo con lo especificado en el apartado 3.2.2. Cubierta LSZH..."

En el apartado de referencia (3.2.2) se recogen las "normativas o métodos de ensayo (o equivalentes)" que debe cumplir la cubierta LSZH, en concreto, y entre otros:

"...IEC 60332-3-22: Método de ensayo del cable frente a su comportamiento a la llama...."

Para cumplir este requerimiento, el licitador propone el cable 1711163-X del fabricante TE Connectivity, señalando las características de la cubierta de dicho cable, que se pueden comprobar en el data sheet incluido en documentación acreditativa presentada por la recurrente y que se incluye a continuación.

"Cubierta exterior tipo LSZH, conforme a los estándares:



IEC 60332-1 (Fire rating)

IEC 60754-1 (Toxicity)

IEC 60754-2 (Acid gas)

IEC 61034-2 (Smoke density)"

(...)

El incumplimiento del cable radica en que se le exige que se ajuste a la normativa IEC 60332-3-22 (Método de ensayo del cable frente a su comportamiento a la llama) y sin embargo, el cable ofertado, solo cumple con la normativa IEC 60332-1 (Fire rating), que garantiza unas características técnicas inferiores.

Tanto la normativa IEC 60332-1 (ofertada por la recurrente en el requerimiento de información), como la IEC 60332-3-22 (requerida en el Pliego), hacen referencia a las pruebas de reacción necesarias para comprobar la resistencia del cable a la propagación de llamas en caso de incendio, y proporcionan el grado de retardo al fuego o índice de inflamabilidad (fire rating) de dicho cable. Sin embargo, mientras que la norma 60332-1 mide el comportamiento de un único cable expuesto a una llama durante un tiempo de entre 1 y 8 minutos (según el diámetro del cable), la normativa exigida en el apartado 3.2.2 del Pliego, realiza la medición sobre un grupo de cables (colocados en capas en posición vertical), durante un tiempo de exposición a la llama muy superior al exigido en la norma anterior.

Por tanto, la norma que cumple la cubierta del cable de cobre ofertado con respecto al comportamiento frente a la llama (IEC 60332-1), no cubre ni es equivalente a la norma solicitada en el Pliego (IEC-60332-3-22), por lo que se incumple claramente el requisito mínimo señalado ".

Es evidente, pues, que la cubierta de cable de cobre ofertada por la recurrente no cumplía la norma exigida en el Pliego, y por tanto, con independencia del aspecto técnico a que se refiera el incumplimiento, el acuerdo de exclusión fue ajustado a lo que establecía el PCP, sin que el hecho de que esa diferencia entre lo ofertado y lo exigido en los pliegos se refiera al método de ensayo que debía cumplir la cubierta, pueda considerarse algo intrascendente, cuando el mismo afectaba además, a una cuestión de seguridad tan relevante como su "comportamiento frente a la llama".

En virtud de lo expuesto, procede estimar el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, anulando la resolución del TACRC de 30 de abril de 2015 y confirmando el acuerdo de exclusión de la licitación de la entidad ACT SISTEMAS, S.L.U, adoptado por el Secretario General de la Entidad Pública Empresarial RED.ES con fecha 13 de febrero de 2015.

NOVENO.- No se imponen las costas a ninguna de las partes, teniendo en cuenta que el TACRC anuló el acuerdo de exclusión por una causa que no había sido planteada por la parte aquí demandada.

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) ESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **375/2015**, interpuesto por la Abogacía del Estado, en representación de **RED.ES** contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 30 de junio de 2015, que se anula.

2º) CONFIRMAR el acuerdo de exclusión de la licitación de la entidad ACT SISTEMAS, S.L.U adoptado por el Secretario General de la Entidad Pública Empresarial RED.ES con fecha 13 de febrero de 2015, en el expediente para la contratación del servicio de "Adecuación del Centro de Proceso de Datos del Hospital del Campus de la Salud".

Sin imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.