



Recurso nº 797/2017 C.A. de Castilla-La Mancha 64/2017

Resolución nº 905/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 5 de octubre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. Patricia Castillo Cebrián, en nombre y representación de ORANGE ESPAGNE, SAU (en adelante ORANGE o la recurrente), contra el acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación del contrato "*Servicio de comunicaciones y telefonía fija y móvil de la Diputación Provincial de Toledo*", con Expte. 026/2017, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Diputación Provincial de Toledo ha tramitado el procedimiento para la licitación del "*Servicio de comunicaciones y telefonía fija y móvil*", Expte. 026/2017.

El valor estimado del contrato es de 1.482.693,22 €, IVA excluido.

Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Diario Oficial de la Unión Europea (TED) en fecha 13 de mayo de 2017; en el Boletín Oficial del Estado nº 119 en fecha 19 de mayo de 2017 y en el Boletín Oficial de la Provincia nº 90 el 15 de mayo de 2017.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones



de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre

Tercero. Consta acreditado en el expediente que han presentado ofertas en el procedimiento las siguientes sociedades:

- COMUNITELIA COMUNICACIONES, S. L.
- ORANGE ESPAGNE, S.A.U.
- VODAFONE ESPANA, S.A.U.
- UTE TELEFONICA DE ESPANA, S.A.U. y TELEFONICA MOVILES ESPANA, S.A.U.

Cuarto. El recurrente ha impugnado el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 12 de julio de 2017, en el que se acordaba su exclusión.

El acuerdo de la mesa de contratación tenía su fundamento en el informe del servicio técnico del órgano de contratación, de 5 de julio de 2017, obrante en el expediente administrativo, y en el cual se indica que la capacidad técnica del licitador para llevar a cabo la instalación está condicionada por el resultado del estudio de viabilidad, el cual debía haberse llevado a cabo con carácter previo a concurrir en el presente procedimiento de contratación.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Sexto. El 28 de agosto de 2017, la Secretaria del Tribunal dio plazo de cinco días al resto de licitadores a fin de que pudieran formular alegaciones, habiéndolo verificado así el adjudicatario UTE TELEFONICA DE ESPANA, S.A.U. y TELEFONICA MOVILES ESPANA, S.A.U.



Séptimo. La Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, en fecha 1 de septiembre de 2017, ha resuelto conceder la medida provisional interesada por la parte recurrente, consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha y publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de la categoría 5 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es igual o superior a 209.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, éste es el acuerdo de exclusión del recurrente, susceptible de impugnación conforme al artículo 40.2.b) del TRCLSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente

Tercero. La legitimación se regula en el Art. 42 TRLCSP, que señala que *"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso"*.

En el presente caso, la parte recurrente ha participado en el procedimiento de licitación habiendo sido excluida, por lo que dispone de legitimación al ser interesado en la revocación del acuerdo impugnado conforme al artículo 42 del TRLCSP.



Cuarto. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El acuerdo de la mesa de contratación, adoptado el referido 12 de julio de 2017, fue notificado por escrito a la parte recurrente, mediante escrito del secretario de la mesa de fecha 13 de julio de 2017. Dicha notificación se efectuó el 18 de julio de 2017, según resulta del documento 12 del expediente de contratación, denominado "*notificación propuesta de exclusión*".

En fecha 31 de julio de 2017 por parte de Orange se anunció el recurso contra la decisión de exclusión.

El recurso tuvo entrada en el registro de ese Tribunal el 8 de agosto de 2017.

Entre ambas fechas (18 de julio y 8 de agosto) transcurren 15 días hábiles, por lo que el recurso se ha interpuesto en plazo.

La regulación del plazo de interposición se contiene, como hemos dicho, en el artículo 44 del TRLCSP, el cual dispone que:

1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.



No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

c) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la razón de la exclusión del recurrente se recoge en el informe técnico emitido por el Sr. Jefe del Servicio de Tecnología de la Información y Comunicaciones, y no es otra que la inclusión, en la memoria técnica presentada por la parte recurrente, de una matización o condición. En efecto, en la citada memoria técnica se contiene, en la fase Planificación de la Implantación, el siguiente apartado:

“Estudio de viabilidad: Estudio de la cobertura en todas las sedes facilitadas por LA DIPUTACION PROVINCIAL DE TOLEDO. El objetivo es garantizar el 100% de cobertura en dichas sedes incluyendo confirmación de existencia de infraestructura donante interior que permita su reutilización por parte de Orange”.

De la lectura de este apartado se desprende que, para que el licitador pueda realizar la instalación requerida por la Diputación y objeto del contrato, es necesario analizar el resultado de un estudio de viabilidad. Estudio que se haría si la empresa resultare,



finalmente, adjudicataria. Las alegaciones del representante de Orange en el acto de apertura de 12 de julio de 2017 confirman esta conclusión, pues dijo que sería necesario *“conocer el estado de la cobertura y los equipamientos presentes de cara a poder garantizar el servicio en ubicaciones como sótanos del Palacio u otros edificios con espacios de difícil cobertura”*.

De esta forma se comprueba que el licitador necesitaba de dicho estudio para poder conocer si podía prestar el servicio, y pudiera darse el caso de que, realizado el mismo, resultare inviable prestar el servicio en aquellas zonas de difícil cobertura, y que el objeto del contrato no pudiera ejecutarse, por razones técnicas y/o económicas. Por eso, la oferta de la recurrente contiene una clara reserva, pues la posibilidad de prestar finalmente el servicio depende de que el resultado del estudio de viabilidad fuere favorable.

Como se pone de manifiesto, tanto en el informe técnico como en el informe emitido por el órgano de contratación, dicho estudio de viabilidad debería haberse efectuado antes de que Orange concurriera a la licitación, pues era un elemento indispensable para conocer si podía prestar el servicio. Pudo solicitar información al órgano de contratación o incluso al servicio de Tecnologías de la Información y de la Comunicación, pero no lo hizo.

De esta forma, el recurrente fue excluido al considerar el órgano de contratación que su oferta no cumplía con el detalle exigido por los pliegos, e incluso así se reconoce por su representante en el acto de apertura del sobre C.

Hay que recordar que los pliegos son la norma reguladora del contrato, constituyen la denominada *lex contractus* del procedimiento de licitación. La oferta de los licitadores debe ajustarse a los mismos, tal y como prescribe el artículo 145.1 del TRLCSP:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”



Esta previsión se reitera también en los pliegos de la presente licitación, y así resulta de la cláusula 3.1 PCAP y de la cláusula 9 del PPT, que señalan que:

Cláusula 3.1 del PCAP:

TERCERA.- EMPRESAS PROPONENTES Y OFERTAS.-

3.1.- EMPRESAS LICITADORAS.-

La presentación de proposiciones presume por parte del licitador la aceptación incondicionada de las cláusulas de este Pliego y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la Excm. Diputación Provincial de Toledo.

Cláusula 9 del PPT:

9. CONDICIONES DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA.

El licitador deberá presentar una oferta que incluirá de forma clara:

Declaración expresa de aceptación sin objeciones de lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas.

Por lo que todos los licitadores asumen el compromiso de cumplir con estas reglas y presentar ofertas sin condicionantes.

No sería seguro que, en el caso de que el recurrente fuera adjudicatario, pudiera ejecutar el contrato, lo que quiebra los más elementales principios de la contratación administrativa.

En el presente caso, la oferta presentada no cumplía las exigencias de los pliegos en cuanto a la forma de ejecutar el contrato y la manera de presentar la oferta, es por ello que la exclusión debe interpretarse conforme a derecho.

Por lo que, de haberse admitido el recurso, este motivo debería haber sido desestimado.



Sexto. En el segundo motivo del recurso se alega que en el acto de apertura de las ofertas económicas se puso de manifiesto que la presentada por la UTE Telefónica incluía valores ilimitados, y que al admitirla, la Diputación ha actuado arbitrariamente al introducir un criterio de valoración de las ofertas económicas que hace inviable la aplicación de las fórmulas de valoración automática de ofertas conforme a los pliegos, por considerar que se trataría de una oferta imposible.

Esta forma de proceder determinaría, a juicio de la parte recurrente, vulneración de la doctrina fijada por el TACRC en su resolución 224/2011.

Como puede comprobarse, en la oferta de la UTE Telefónica, en los apartados II.2.C, II.2.D y II.2.E, se ofrece un volumen de datos *ilimitados* de Gbytes a descargar a máxima velocidad para los 84 SIM'S de los 42 kits de móvil, para los 54 móviles, y para los 12 accesos 4G. Sin embargo, el uso de la expresión "*ilimitados*" no implica que no puedan aplicarse fórmulas de valoración automática, sino que supone que el ofertante no limita la capacidad a la que puede descargarse a máxima velocidad. De hecho, uno de los requisitos del contrato era contar con el máximo volumen de descarga posible y por eso, no se fijó un límite superior máximo, dado que ese carácter ilimitado de la oferta era algo beneficioso para la Diputación contratante.

Como se explica en el informe del órgano de contratación, con el servicio licitado se pretende dar cobertura a una elevada necesidad de acceso a documentos, a firma electrónica y otros materiales para la gestión y despacho diarios en el marco de la administración electrónica. Los mensajes de correo, de texto y los contenidos multimedia, también son grandes consumidores de ancho de banda, de ahí la necesidad de que la oferta sea lo más elevada posible.

Además, sí que se ha podido efectuar una valoración de las ofertas en aplicación de las fórmulas matemáticas, como consta en el informe del técnico de 14 de julio de 2017, lo que pone de manifiesto que la oferta de la UTE Telefónica era de posible realización y perfectamente valorable.

Por último, la RTACRC 224/2011, citada por la parte recurrente, ha sido superada por la propia Resolución del TACRC 661/2014, de 12 de septiembre, dictada en el recurso



654/2014. En esta última resolución ya se estableció por el TACRC que lo esencial es valorar si estamos ante ofertas de realización imposible o no, si se trata de ofertas concretas, valorables por la Administración y de la que ésta puede beneficiarse, como aquí ocurre.

Sin perjuicio de lo anterior, y para cerrar el debate, debemos hacer notar que la fórmula elegida por el órgano de contratación no ha sido discutida por la parte recurrente, que no ha impugnado los pliegos, lo que determina su plena aceptación, según el Art. 145.1 TRLCSP antes visto.

Por lo que el órgano de contratación no ha actuado de forma arbitraria, sino con respeto a la normativa aplicable, por lo que este motivo, de haberse admitido el recurso, también debiera haber sido desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a. Patricia Castillo Cebrián, en nombre y representación de ORANGE ESPAGNE, SAU (en adelante ORANGE o la recurrente), contra el acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación del contrato "Servicio de comunicaciones y telefonía fija y móvil de la Diputación Provincial de Toledo", con Expte. 026/2017.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, conforme al Art. 47.4 TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar



desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

