



Recurso nº 1235/2017 C.A. Castilla-La Mancha 100/2017

Resolución nº 65/2018

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

En Madrid a 26 de enero de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. Carlos Becker Mantecon, en nombre y representación de Vodafone España, S.A.U., ("VODAFONE"), contra el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento de licitación del contrato "*Servicio de comunicaciones y telefonía fija y móvil*", Expte. 026/2017 de la Diputación Provincial de Toledo, el Tribunal, en sesión del 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 rectificación en el boletín nº 133 de fecha 5 de junio de 2017 y en el Boletín Oficial de la Provincia nº 90 el 15 de mayo de 2017 y rectificación en el boletín nº101 de fecha 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 (TRLCSPP 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 TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

Cuarto. El recurrente ha impugnado el acuerdo de la Junta de Gobierno de la Excma. Diputación Provincial de Toledo de 10 de noviembre de 2017, por el que se adjudica el contrato a UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

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. Por el órgano de contratación se dio plazo al resto de licitadores a fin de que pudieran formular alegaciones en fecha 21 de diciembre de 2017, habiéndolo verificado así el adjudicatario UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

Séptimo. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, en fecha 12 de enero de 2018, ha resuelto mantener la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 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 adjudicación, susceptible de impugnación conforme al artículo 40.2.c) 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 obtenido la segunda mejor puntuación, por lo que dispone de legitimación al ser interesada 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.



Por lo que el recurso ha sido formulado en plazo.

Quinto. El recurrente interesa la nulidad del acto recurrido y sustenta su impugnación, esencialmente, en dos motivos: el primero por considerar que el acuerdo de adjudicación no es conforme a derecho dado que la oferta presentada por la adjudicataria, UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU- TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, incumple los pliegos y el informe de valoración es arbitrario. En el segundo motivo se alega que la inclusión del valor “ilimitado” al que se refiere la oferta de la adjudicataria vulnera los principios que deben regir la contratación pública.

El Órgano de contratación, por las razones que se expresan en el informe emitido en virtud del Art. 46.2 TRLCSP, se opone al recurso presentado, como también lo hace la adjudicataria.

Analizaremos ambas cuestiones de forma conjunta por estar íntimamente relacionadas.

Sexto. Como hemos indicado, la parte recurrente aduce en su primer motivo del recurso que la oferta técnica de la adjudicataria no indicaba la cifra o valor determinado en concreto, cuantificado en GBYTES, del volumen de datos a descargar a máxima velocidad, tal y como, a su juicio, exigía el PCAP en el Anexo I sobre “*MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA /CRITERIOS MATEMÁTICOS*”, sino que decía que el volumen ofertado era ILIMITADO. Dicha actuación, continúa la recurrente, implica una variación sustancial del modelo establecido y una vulneración del Art. 84 del RD 1098/2001 de 12 de octubre, el cual establece que:

“Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.”



En consecuencia, sostiene la recurrente que la adjudicataria debió ser excluida en la medida en que la oferta no podía ser clasificada conforme a los parámetros objetivos establecidos en los pliegos, porque no podía aplicarse, sobre la misma, la fórmula fijada en el PCAP.

Al respecto, como señala el informe técnico emitido por el Jefe del Servicio TIC de la Diputación Provincial de Toledo, todos los criterios de valoración incluidos en el PPT son susceptibles de cálculo por fórmulas matemáticas. Dicho informe, de manera detallada, explica cómo se ha calculado el valor de descarga ofrecido por la adjudicataria, señalando primero que el estándar 4G en comunicaciones móviles en España, medido en LTE, es el de las categorías 3 y 4, para después optar por el menor de éstos que se ofrece en dicha norma 4G, denominada LTE-3. De modo que la velocidad que se ha utilizado al aplicar la fórmula para la adjudicataria es la inferior de todas las ofrecidas por ella, lo cual es una interpretación del pliego que desde luego favorece a la ahora recurrente. Aun así, utilizando dicho parámetro, el valor obtenido por la adjudicataria es un 33% superior al ofrecido por la parte recurrente.

La lectura de dicho informe evidencia que sí que ha sido posible llevar a cabo la aplicación de la fórmula del PCAP en relación con la oferta de la adjudicataria. No es cierto, como se dice por la parte recurrente, que el dato utilizado por dicho informe no sea el ofertado por UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, porque precisamente ésta ha ofertado todos los valores dentro de los admisibles por la norma 4G y el informe técnico ha seleccionado el menor de todos ellos.

A lo anterior debe añadirse que los informes técnicos, como expresión de la discrecionalidad técnica reconocida a la administración, gozan de presunción de acierto y veracidad, como este Tribunal ha señalado, entre otras, en la resolución 28/2015, reiterada en la 460/2017, de 26 de mayo:

“El Tribunal viene reconociendo la discrecionalidad técnica de la Administración en orden a la valoración de las ofertas, de forma que si la actuación del órgano de contratación se ajusta a los límites de ésta, el Tribunal no podrá entrar a revisar la decisión administrativa. En relación con los límites de la discrecionalidad técnica en la Resolución



184/2014, de 7 de marzo se reproduce la doctrina siguiente: “El Tribunal entiende que el reproche planteado por la recurrente entra en el ámbito de la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración contratante. Sobre este punto el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones. En la Resolución 128/2014, de 14 de febrero, el Tribunal volvió a reproducir la doctrina acerca de la discrecionalidad técnica de la Administración. En la apreciación de los criterios valorables mediante fórmula este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. En la Resolución 176/2011, de 29 de junio, se consideró que, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración.

En este mismo sentido, la Resolución 189/2012 señalaba que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación, constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor. Por su parte, la resolución 159/2012 señalaba que “sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar “un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos” (Resolución de este Tribunal núm. 93/2012).” Conviene recordar también la jurisprudencia, tantas veces referida por nuestras resoluciones, contenida en la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto



Alexandroupulis, según la cual: “una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”.

No se aprecia error ni arbitrariedad en la valoración, luego no es posible proceder a la revisión de los criterios de adjudicación.

En cuanto al segundo motivo, sobre la exigencia de exclusión de la adjudicataria por haber incluido un valor ilimitado en su oferta, es preciso decir, como hace también el órgano de contratación, que sobre esta cuestión y sobre este contrato en concreto, ya se ha pronunciado este Tribunal en la resolución 785/2017, a raíz de un recurso formulado por ORANGE frente a su exclusión. Así, el fundamento de derecho sexto decía lo siguiente:

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 lo tanto, el hecho de que la adjudicataria califique su oferta como ilimitada implica que no hay limitación de la capacidad que puede descargarse a máxima velocidad. No puede confundirse el concepto de ilimitado con el de infinito o indeterminado. Y tal concepto no ha impedido a la Administración la aplicación de fórmulas objetivas determinadas, máxime cuando en esta materia la normativa sobre 4G es clara y se recoge en los pliegos, como hemos analizado anteriormente.

De ahí que la doctrina que se cita en el recurso, recogida en la resolución de este Tribunal nº194/2011 no sea aplicable, porque no se refiere al mismo supuesto de hecho, en la medida en que en dicha resolución se habla de valores infinitos y de imposibilidad de aplicar las fórmulas establecidas en los pliegos y en el caso que ahora nos ocupa, sí que ha sido posible aplicar dicha fórmula y los valores son ilimitados.



La adjudicataria no puede eliminar los límites del volumen de descarga que permite la norma 4G por las velocidades que especifica y el tiempo marcado, pero sí que puede suprimir la única restricción a la norma que puede establecer, esto es, el volumen de descarga que puede llevarse a cabo a máxima velocidad y que, como práctica habitual, se restringe como parte de los contratos de telefonía móvil. De esta forma, lo que la adjudicataria garantiza es que, sea cual sea el volumen de datos consumido, la velocidad de conexión que se disfrute va a ser siempre la máxima, sin restricción. Por tanto, la oferta que presenta se caracteriza por ser realizable y ser muy beneficiosa para la Administración, dado que la creciente necesidad de datos, la implantación de la administración electrónica y el uso cada vez más involuntario de datos que hacen los dispositivos y ordenadores determinan que los usuarios de estos dispositivos requieran de estos accesos rápidos y sin restricciones.

Por tanto, no concurre el vicio que se alega de contrario y no se ha producido vulneración alguna de los principios de libertad de acceso a la licitación, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, que debe regir en todo expediente de licitación.

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. Carlos Becker Mantecon, en nombre y representación de Vodafone España, S.A.U., ("VODAFONE"), contra el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento de licitación del contrato "*Servicio de comunicaciones y telefonía fija y móvil*", Expte. 026/2017 de la Diputación Provincial de Toledo.

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.