



EB 2015/144

Resolución 144/2015, de 29 de diciembre de 2015, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EUSKALTEL, S.A. contra su exclusión en la licitación del lote 1 del contrato de “Servicios de Telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la CAV”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: El 16 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EUSKALTEL, S.A. contra su exclusión en la licitación del lote 1 del contrato de “Servicios de Telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la CAV”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El mismo día de su entrada el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador. El expediente del contrato y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) han tenido entrada el día 23 de noviembre de 2015.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación de EUSKALTEL, S.A. como interesado y la representación de quien actúa en su nombre.



SEGUNDO: El artículo 40.2. b) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso especial en materia de contratación «los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores». El acto recurrido es el acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de octubre de 2015, que excluye la oferta de EUSKALTEL del lote 1 del contrato.

TERCERO: Por lo que se refiere a la presentación en tiempo y forma del recurso, TELEFÓNICA alega su extemporaneidad, ya que se interpuso el día 16 de noviembre y EUSKALTEL tuvo conocimiento de la exclusión el día 26 de octubre, en la sesión pública de apertura de la documentación relativa a los criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas. En dicha sesión, la presidenta de la Mesa comunicó la exclusión y los motivos que la fundamentan, quedando a su disposición el documento leído, y la empresa solicitó que constara en acta su desacuerdo con la exclusión. Dado que el artículo 44.2 b) establece que, en el caso de los actos que impidan la continuidad en el procedimiento, el plazo para recurrir empieza a contarse «a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción» la impugnación estaría fuera de plazo.

A juicio de este OARC / KEAO, el recurso debe considerarse interpuesto en plazo. Es cierto que el artículo 44.2 b) TRLCSP establece que, cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, el cómputo del plazo para interponer el recurso especial se inicia a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, pero ello debe entenderse en coherencia con el régimen general de notificación de los actos que afecten a los interesados en el procedimiento. El artículo 58 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las



administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ – PAC) establece en su apartado 2 que «toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente», requisitos cuyo cumplimiento no consta en el presente caso, por lo que, de acuerdo con una reiteradísima doctrina (ver, por ejemplo, la Resolución 97/2012 del OARC / KEAO), no puede considerarse iniciado el cómputo del plazo de interposición del recurso. No es aplicable en este supuesto la excepción del artículo 58.3 LRJ – PAC, que establece que «las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda», y ello por dos razones: la primera, que no consta que el recurrente accediera al texto íntegro del acto, y la segunda que, en contra de lo que afirma TELEFÓNICA, no consta que realizara actuación alguna que hiciera suponer el conocimiento del contenido y alcance del acto impugnado. Finalmente, no es razonable penalizar ahora a EUSKALTEL por no haberse tenido por notificado el día 26 de octubre e ignorar que el poder adjudicador le notificó (correctamente) la exclusión el día 30 de octubre con señalamiento expreso de una vía de impugnación cuyo plazo finalizaba el 17 de noviembre, pues sería tanto como perjudicarlo por confiar en la información aportada por la propia Administración, algo totalmente contrario al principio de confianza legítima (artículo 3.1 de la LRJ – PAC).

El recurso, por lo tanto, está interpuesto en tiempo y forma.

CUARTO: Son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.



QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: En síntesis, el recurso se fundamenta en las siguientes razones:

a) La oferta de EUSKALTEL ha sido excluida porque existen 120 edificios para los que no se indica fecha de provisión para ningún tipo de capacidad de acceso y en su lugar indica “NO DISPONIBLE”, existiendo además, errores en otros dos edificios, y no se permite asegurar la constitución de la red del operador ni ninguna previsión en fecha que pudiera tomarse como referencia o elemento de valoración y por tanto quedarían aislados de la red del Gobierno Vasco; en conclusión, la oferta no cumple los mínimos del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), por lo que adolece de un vicio que afecta a la estructura básica del servicio configurado en el Pliego.

b) EUSKALTEL alega que ya presta diversos servicios de telecomunicaciones en 22 de los 120 citados edificios y que su oferta se adapta a los pliegos y no debió ser excluida. Así, la memoria técnica de la oferta contiene, en varios apartados, el compromiso de que se van a cubrir todas las necesidades en servicios de transmisión de datos de todo tipo entre los edificios del Gobierno Vasco, y que se dará una respuesta dinámica a las necesidades cambiantes que se vayan identificando a lo largo de la vida del contrato.

c) Las supuestas deficiencias que fundamentan la exclusión están en las Fichas y en la “Tabla de valoración Lote 1, Anexo 3, Valoración Red de Acceso”, que se exigía presentar en el sobre C del procedimiento. Los servicios incluido en dichas fichas no se corresponden con la estimación de servicios del Apartado 5.7 del PPT, sino que incluyen servicios a efectos de valoración que pueden llegar a ser demandados por el poder adjudicador durante la vigencia del contrato; las fichas, que son modelos cerrados, sirven solo para valorar la red de acceso y conocer sus capacidades para asignar los 30 puntos del criterio correspondiente. El pliego no señala que no llegar en el plazo del plan



de migración con alguno de los servicios para los edificios sea causa de exclusión, sino que obliga a indicar un 0 en ese caso; si la voluntad era la de excluir esas ofertas, debió indicarse así en los pliegos.

d) La carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) exigía la elaboración de una ficha por edificio, las cuales debían ser congruentes con una tabla de valoración también requerida; dicha tabla es una hoja de cálculo que se adjunta al pliego como parte del mismo y que asigna automáticamente una puntuación concreta a cada edificio. La tabla debe rellenarse indicando 1 o 0 según se cumpla o no el requisito de acceso al edificio con el servicio señalado en la tabla, y ello dentro del periodo del Plan de Migración de operador, establecido en el apartado 5.8.5 del PPT en 6 meses de plazo. A partir de esta tabla, la cláusula 30.2.1.b) de la carátula del PCAP establece una fórmula para asignar los 30 puntos que el expediente otorga a los criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor. Con base en los “0” que EUSKALTEL ha incluido en su oferta, el informe técnico estima que entre 120 y 122 edificios no contarían con acceso a la red ni ninguna previsión de fecha que pudiera tomarse referencia o elemento de valoración, por lo que se excluye la oferta. El recurrente alega que el rellenado de esa tabla no indica que los accesos o servicios no puedan prestarse posteriormente ni que no puedan prestarse en el plazo del Plan de migración otros servicios a través de accesos distintos a los que el poder adjudicador plantea en las fichas y que vayan a poder ser demandados por su parte, ni que los edificios vayan a quedar aislados de la red.

e) Cada uno de los 120 edificios a los que EUSKALTEL consideró que no podría llegar en el plazo de seis meses del Plan de Migración debería haberse puntuado con 0 puntos, como se deduce del apartado 31.1, apartado 1.1.2 del sobre C, de la carátula del PCAP, pues la consecuencia no era la exclusión de la oferta, como se deduce también de la propia literalidad de la fórmula de valoración, que no hace referencia al plazo del plan de migración. Siendo consecuente con el mandato del Pliego de que el contenido de la tabla de valoración había de ser congruente con el contenido de las fichas, el recurrente incluyó en estas últimas el término “No disponible”, entendiéndolo que lo era para



el edificio, en el plazo de migración y solo para los servicios concretos para los que se indicaba; en ningún modo se quiso plantear como indisponible la prestación de ningún servicio en el edificio durante el periodo de vigencia del contrato, como ha entendido la Mesa de Contratación.

f) El acuerdo de exclusión incumple los principios de igualdad, proporcionalidad, antiformalismo y concurrencia, que determinan la ilegalidad de la decisión de exclusión sin haber requerido previamente aclaraciones a EUSKALTEL. El recurrente estima que el poder adjudicador ha hecho una interpretación correctora de los pliegos, pues la fecha de provisión del servicio no es un elemento de valoración y que debieron solicitarse aclaraciones antes de excluir su oferta. También entiende que no se le puede excluir por haberse ajustado a una interpretación de los pliegos que, al menos, es una interpretación razonable de unas cláusulas ambiguas o confusas entre sí.

g) EUSKALTEL denuncia incongruencias entre diversos apartados de los Pliegos; la cláusula 23.3 del PCAP permite solicitar aclaraciones escritas a las empresas para la comprensión de algún aspecto de las ofertas, mientras que la cláusula 10 del PPT lo prohíbe (cláusula 10 y página 32). El recurrente llama la atención sobre el hecho de que, en el mismo procedimiento y para otro supuesto, sí ha aplicado el principio de que el clausulado confuso no puede perjudicar a los licitadores, con base en una consulta aclaratoria formulada por un licitador.

h) La consecuencia de la estimación del recurso debe ser la cancelación del procedimiento, ya que con la mera retroacción de actuaciones ya no es posible la valoración separada de los criterios sujetos a fórmula y los evaluables mediante juicio de valor.

i) A juicio de EUSKALTEL, la confusión en el clausulado de los pliegos y las discrepancias detectadas (en la fórmula de valoración, en la cumplimentación de las fichas, en la posibilidad de solicitar aclaraciones, en la incongruencia entre el modelo de oferta económica y la relación de servicios estimados) han



impedido conocer con claridad las condiciones básicas del contrato y la forma en la que los licitadores debían presentar sus ofertas.

j) Finalmente, se solicita la nulidad de pleno derecho de los pliegos de la licitación y subsidiariamente la del acto de exclusión, declarando la cancelación de todo el procedimiento.

SÉPTIMO: TELEFÓNICA, por su parte, alega lo siguiente:

a) Es extemporáneo el recurso en cuanto pretende impugnar los Pliegos de la licitación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 a) del TRLCSP, el recurso contra la exclusión no puede incluir cuestiones no recogidas en el acto impugnado.

b) La falta de oferta en 120 edificios ha de interpretarse como una inexistencia de oferta a lo demandado por el PPT y una vulneración del artículo 145.1 TRLCSP y la cláusula 0 de la carátula del PCAP. La oferta de EUSKALTEL no indicaba los servicios solicitados ni la fecha en la que podrían estar disponibles.

c) No cabe la subsanación de errores consistentes en la falta de cumplimiento de requisitos exigidos en el cierre del plazo de presentación de proposiciones, ni la modificación de ofertas ya presentadas.

d) No se observa ninguna cusa de nulidad de los pliegos de la licitación; no hay oscuridad en la fórmula que cita el recurrente, pues su redacción es clara en el sentido de que el acceso se produce después de la migración, pues ese es un supuesto que acarrearía penalizaciones, ni en lo que se refiere a la cumplimentación de las fichas (la recurrente sabía bien qué debía incluir en este apartado, como demuestra su propio recurso). No hay contradicción sobre la posibilidad de solicitar aclaraciones, pues una cosa es pedir aclaraciones y otra dar la posibilidad de modificar la oferta. No se considera equivalente al caso de la impugnación la aclaración solicitada por TELEFÓNICA sobre la confección de las ofertas, cuestión que no generó ninguna exclusión.



e) Finalmente, se solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Se considera extemporáneo el recurso contra los pliegos de la licitación, ya que no se observa causa de nulidad de pleno derecho ni arbitrariedad alguna que les afecte, ni tampoco contradicciones significativas.

b) EUSKALTEL fue excluido porque en las fichas no se indicaba ninguna planificación para ningún tipo de capacidad, de tal modo que no había ningún compromiso del recurrente de llegar, en algún momento de la ejecución del contrato, con algún tipo de capacidad a los citados edificios, omisión que no puede ser subsanada. La función de la tabla y las fichas no es solo la de valorar a la red de acceso, sino también constituir la base de lo contractualmente exigible, de modo que su incumplimiento acarrearía penalidades. A una consulta de otro licitador ya se aceptó la posibilidad de que se ampliase la información de los modelos establecidos en los pliegos, consulta que EUSKALTEL no formalizó.

c) En ningún caso procedería la cancelación de la licitación, pues la puntuación de EUSKALTEL, según afirma la propia empresa, sería automática, por lo que no hay margen alguno para la arbitrariedad en la valoración.

d) Finalmente, se solicita también la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP en su grado máximo.

NOVENO: La pretensión del recurso se dirige a obtener la declaración de nulidad de los pliegos de la licitación como pretensión principal y, solo subsidiariamente, del acto de exclusión. Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser inatacables una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso. Esta doctrina se ha visto confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea



(TJ), que considera necesario para el efecto útil del recurso especial la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores. La citada doctrina ha sido matizada por esa misma jurisprudencia, que establece, como excepción a la preclusividad del recurso, las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado solo se manifiesta con posterioridad (ver la sentencia “eVigilo”, C-538/13, EU:C:2015:166). Con base en esta excepción, este OARC / KEAO ha aceptado, con ciertas condiciones, la posibilidad de que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee el llamado “recurso indirecto” contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula de los pliegos permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver la Resolución 129/2015 del OARC / KEAO). Si no se cumple ese requisito básico, debe regir el principio general de que los pliegos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma vinculan a la Administración y a los licitadores. Consecuentemente, aunque la nulidad de los pliegos sea la pretensión principal del recurso, solo cabe su admisión a trámite si la exclusión es ilegal y si, además, tal ilegalidad se deriva de un contenido de los pliegos que ampara la actuación arbitraria del poder adjudicador, cuestiones que este OARC / KEAO debe analizar en primer lugar.

Por lo que se refiere al objeto del recurso, es relevante el apartado 31.1.1.2 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP):

«Se presentará la siguiente información:

Por cada edificio identificado en el apartado 5.3. AMBITO DE APLICACIÓN del Pliego de Prescripciones Técnicas, en adelante PPT, se realizará una ficha con la información asociada a la definición, características y planificación para proveer el servicio solicitado. Se presenta un documento ejemplo identificado como LOTE 1 ANEXO 4 RED ACCESO. ODT»



El acuerdo impugnado considera que la oferta excluida no satisface los requisitos mínimos del PPT, ya que “entre 120 y 122 edificios no contarían con acceso a la red del operador ni ninguna previsión en fecha que pudiera tomarse como referencia o elemento de valoración”. Este OARC / KEAO entiende que se trata de una afirmación suficientemente sustentada en los argumentos expuestos en el Acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de octubre de 2015 y en el informe que la acompaña. El licitador debía aportar en su oferta técnica, entre otras cuestiones, información sobre la planificación para proveer el servicio solicitado, y este requerimiento se ha incumplido en, al menos, 120 edificios de los que componen el lote. Como bien señala la Administración, en esos casos no hay constancia alguna sobre la fecha en la que podrían los edificios integrarse en la red del Gobierno Vasco, cuya constitución es precisamente el objeto del contrato, según la descripción del PPT, lo que debe suponer la exclusión de la oferta (apartados 3.4, 5.1 y 10 del PPT). A juicio de este Órgano, el incumplimiento está ampliamente acreditado y, por lo tanto, no era preciso que el poder adjudicador solicitara aclaración alguna; dicha aclaración solo hubiera podido llevar, en el mejor de los casos para el licitador, a que se alterara el contenido de su proposición para adecuarla al PPT, lo que significaría desbordar el límite que la jurisprudencia europea impone a la posibilidad de subsanación de la oferta en los procedimientos abiertos y restringidos en perjuicio de los principios de transparencia e igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29/3/2012, asunto C-599/10). Dado que la exclusión es correcta, y de acuerdo con la doctrina señalada anteriormente, no procede entrar a analizar la impugnación de los pliegos.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso interpuesto por EUSKALTEL, S.A. frente a su exclusión en la licitación del contrato de “Servicios de Telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la CAV”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada en la Resolución B-BN 28/2015 de 25 de noviembre de 2015.

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

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko abenduaren 29a

Vitoria-Gasteiz, 29 de diciembre de 2015