



**EB 2013/114 - 2**

**Resolución 34/2014, de 28 de marzo de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Euskaltel, S.A. contra la adjudicación del contrato “14 i2BASQUE ENLACES”, tramitado por la Fundación Ikerbasque / Ikerbasque Fundazioa.**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 26 de noviembre de 2013, la empresa Euskaltel, S.A. interpuso ante este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) recurso especial contra la adjudicación del contrato “14 i2BASQUE ENLACES”, tramitado por la Fundación Ikerbasque / Ikerbasque Fundazioa.

**SEGUNDO:** Con fecha 20 de enero de 2014 se dictó la Resolución 6/2014 que resolvía el recurso en el sentido de “estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por Euskaltel, S.A. contra la adjudicación del contrato “14 i2BASQUE ENLACES”, tramitado por la Fundación Ikerbasque / Ikerbasque Fundazioa, declarando nulos los apartados del Pliego mencionados en el fundamento jurídico décimo de la presente resolución y el procedimiento de licitación.”

**TERCERO:** Observada la omisión del trámite de audiencia a uno de los interesados en el procedimiento, con fecha 14 de marzo de 2014 el OARC dictó una resolución por la que se acordó «anular la Resolución 6/2014, de 20 de enero, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento procesal de traslado del recurso especial previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, emplazando a Telefónica España, SAU y debiéndose continuar tras ello el procedimiento de la forma legalmente prevista.»

**CUARTO:** Formulado el citado emplazamiento el día 18 de marzo, con fecha 24 de marzo de 2014 se han recibido las alegaciones de Telefónica de España, S.A.U., debiendo continuar el procedimiento hasta el dictado de la Resolución.



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, 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.»

Por su parte, el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

«a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.»

Queda acreditada, en principio, la legitimación del operador económico recurrente en su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, así como la representación del compareciente.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

En el presente caso se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

**TERCERO:** El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Fundación Ikerbasque / Ikerbasque Fundazioa tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, de acuerdo con el artículo 3.3 b) TRLCSP.

**SEXTO:** Los argumentos del recuso, son, en síntesis, los siguientes:



a) En el informe de adjudicación, que se incluye en el acta de adjudicación, se establece lo siguiente:

«las propuestas presentadas a los lotes 1 y 2 son mejoradas en las recibidas para el lote integrado. Por lo tanto es de aplicación la valoración preferente del lote integrado, tal y como se indica en el pliego en el apartado “9. Criterios de valoración de ofertas.”

El aumento de ancho de banda ofertado en la Red Troncal se valora aplicando el baremo al importe de un caudal normalizado de 2Gbps, como se establece en el mencionado punto, no considerándose en el apartado “mejoras.”»

b) De lo anterior se deriva que las ofertas a los lotes integrados presentadas por Euskaltel y Telefónica mejoran las propuestas presentadas por separado a cada uno de los lotes por los tres licitadores, por lo que ambas ofertas serían evaluadas en función del baremo establecido para el “Lote integrado”; sin embargo, dado que Telefónica presenta una oferta de interfaz de 10 GE con caudal de 10 Gbps para la Red Troncal, la Fundación Ikerbasque valora esta oferta recurriendo al criterio establecido en el punto 10.2 del Pliego para el lote 1, es decir, para el lote separado y no para el lote integrado; todo ello implica la nulidad de la valoración.

c) El poder adjudicador ha incluido un nuevo criterio de valoración de las ofertas, ya que el acta decide no considerar en el apartado “mejoras” la sobreprestación de 8 Gbps de caudal ofertada por Telefónica; en este sentido, contenido del apartado 10.2 del Pliego (Lote integrado), los criterios de valoración de las ofertas eran los siguientes:

#### «LOTE INTEGRADO

En el caso de que se presenten ofertas integradas, que claramente mejoren las características solicitadas individualmente en cada lote, se valorarán de forma preferente aplicando el siguiente baremo:

Precio (87 puntos): 8,7 veces el resultado de aplicar el criterio 10.1 al total de la oferta integradora.

Mejora troncal (7 puntos): enlace con el PdP de RedIRIS en Vitoria – Gasteiz.

Mejora capilar (6 puntos): garantía y nivel de servicio, condiciones económicas en caso de bajas (permanencia mínima), traslados, nuevos enlaces, etc...»

Es decir, a los efectos de valoración de un lote integrado solo cabía valorar el precio y las mejoras, por lo que no se entiende cómo Telefónica ha obtenido 100 puntos si no se considera mejora la sobreprestación ofertada en su lote integrado.

d) La Fundación estima que la oferta integrada de Telefónica asciende a un importe anual de 112.864 euros, lo que dista mucho de los 260.000 euros anuales que realmente ofertó dicha empresa en su Lote integrado, según el acta de apertura de ofertas; de este modo, el poder adjudicador se ha alejado del Pliego al que debía someterse.



e) El acta de adjudicación carece de motivación suficiente, y no incluye el desglose de la puntuación otorgada a cada oferta en concepto de Precio y Mejora de Red Troncal y de Red Capilar, por lo que la misma resulta ser nula de pleno derecho.

f) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación y la retroacción de actuaciones al momento de la valoración de las ofertas.

**SÉPTIMO:** El órgano de contratación, por su parte, alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La anulación por falta de motivación de los actos sólo se produce cuando se desconocen los motivos o razones de la decisión impugnada, no concurriendo tal circunstancia en el presente caso; la motivación aportada ha permitido al recurrente conocer el criterio empleado para la adjudicación, hasta el punto de que su escrito lo combate. Euskaltel no puede pretender exigir a una Fundación de Derecho Privado, con escasez de recursos humanos y materiales, un rigorismo que no se pide a las Administraciones Públicas o a los órganos jurisdiccionales.

b) En el caso analizado nos encontramos ante un modesto Pliego que no es aprobado por una Administración Pública y que establece una serie de criterios para la valoración de las ofertas. Y en el Pliego se expresa claramente que el precio de las ofertas se valorará teniendo en cuenta “un caudal normalizado de 2 Gbps”; es cierto que tal criterio se refiere al lote 1 y no al lote integrado, pero el órgano de contratación, que tiene facultad para interpretar e integrar las posibles lagunas del Pliego, aplica analógicamente, al amparo del artículo 5.1 del Código Civil, por existir identidad de razón, el criterio de valoración establecido para las ofertas de Lote individual.

c) En el lote 1 “Red troncal” se valoran las ofertas con arreglo al precio para un caudal normalizado de 2 Gbps”; se trata de identificar la oferta que mejores prestaciones proporciona en la relación “caudal / precio” mediante una operación de división para calcular el precio del caudal normalizado de 2 Gbps, como se manifestó a Telefónica en una consulta escrita de fecha 29 de octubre de 2013.

d) Ningún informe técnico puede considerar equivalentes las tecnologías 1 GE y 10 GE; la oferta 1 GE presenta varias deficiencias (debilidad técnica, no escalable, no afronta la demanda previsible y no es adecuada para la red académica)

e) El acta de adjudicación contiene los elementos más significativos de un informe técnico de valoración de ofertas.

f) Finalmente, se solicita la desestimación del recurso.



**OCTAVO:** En sus alegaciones, Telefónica solicita la desestimación del recurso por las siguientes razones:

a) Se estima que la legitimación del recurrente es una condición que éste debe ostentar durante toda la vida del procedimiento de recurso, por lo que, en el caso de que Euskaltel hubiera debido ser excluida del procedimiento de contratación (con la consiguiente pérdida de legitimación para recurrir la adjudicación), su recurso no debiera ser admitido. Telefónica entiende que Euskaltel debió ser excluida por presentar dos ofertas simultáneas, infringiendo los artículos 145.3 y 147.1 TRLCSP, así como el apartado 8.2 del Pliego de Condiciones, que faculta a presentar una oferta integrada (y sólo una), además de las ofertas a los lotes en los que se dividía el contrato y porque la oferta denominada “Euskaltel 1” no reunía los elementos técnicos mínimos exigidos en el Pliego (en concreto, “enlaces alquilados con interfaz 10GE o GE, con un caudal mínimo de 2 Gbps en el anillo principal”).

b) La Fundación Ikerbasque ha aplicado correctamente los criterios de valoración recogidos en el pliego que rige el concurso (apartado 10.2); el “lote integrado” integra en un único lote los servicios que se quieren contratar para la “Red troncal” (lote 1) y los “Enlaces gestionados” (lote 2), pero también integra los criterios de adjudicación.

**NOVENO:** Previamente al análisis de los argumentos del recurso, debe analizarse la alegación de Telefónica, planteada a modo de excepción procesal, en el sentido de considerar que la recurrente carece de legitimación porque debió haber sido excluida de la licitación por presentar una proposición inaceptable. Dicha exclusión hubiera conllevado la falta de interés alguno que pudiera derivarse de la resolución que resuelva el recurso contra una adjudicación que finaliza una licitación en el que ya no se participa y, por ello, la falta de legitimación para recurrir, lo que debiera desembocar en la inadmisión del recurso.

De acuerdo con el artículo 42 TRLCSP, «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.» Es claro que las empresas participantes en la licitación están perjudicadas o afectadas por una adjudicación a un tercero, y que la estimación del recurso podría determinar que, finalmente, dicha adjudicación les beneficiara. En el supuesto analizado, es igualmente meridiano que el recurrente tiene la condición de licitador, por lo que no cabe dudar de su legitimación. No es aceptable en este procedimiento de recurso la alegación de Telefónica en el sentido de considerar que dicha condición (y por lo tanto, la legitimación para recurrir) se adquirió ilegalmente porque el recurrente debió ser excluido. Si este Órgano determinara en el presente procedimiento la inadmisión de la oferta del recurrente su resolución estaría afectada por un vicio de incongruencia con la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP) y se cometería un exceso competencial en contra del recurrente, que vería empeorada su situación jurídica respecto a la que tenía antes de interponer la



impugnación, lo que está prohibido por el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Debe tenerse en cuenta que, tal y como el legislador lo ha configurado, el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse la Resolución 44/2012 y la Resolución 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente o al del demandado del pleito civil. La alegación analizada es pues contraria al principio de congruencia y no puede ser aceptada aunque se disfrace de cuestión procesal, pues en realidad hace referencia a un tema de fondo que, por lo expuesto, no puede resolverse en este procedimiento. Por otro lado, se trata de una petición especialmente inadecuada en este caso, como se deduce de lo que se expondrá en los siguientes fundamentos jurídicos. Finalmente, hay que recordar que ni siquiera en el recurso especial puede impugnarse el acto de admisión de un licitador (ver, por ejemplo, la resolución 238/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Resolución 88/2013 del OARC/KEAO) y que la posición sostenida por este Órgano no implica en absoluto indefensión para la empresa que formula la alegación, pues la supuesta incorrección de la aceptación de la oferta de un licitador sí puede ser alegada, en su caso, con motivo del recurso especial contra un acto impugnabile, como, por ejemplo, una futura adjudicación de la que éste sea beneficiario.

**DÉCIMO:** El recurrente alega que la valoración no se ha ajustado a lo previsto en los Pliegos. Debe recordarse que la estipulación que supuestamente se habría infringido establece lo siguiente:

«LOTE INTEGRADO

En el caso de que se presenten ofertas integradas, que claramente mejoren las características solicitadas individualmente en cada lote, se valorarán de forma preferente aplicando el siguiente baremo:

Precio (87 puntos): 8,7 veces el resultado de aplicar el criterio 10.1 al total de la oferta integradora.

Mejora troncal (7 puntos): enlace con el PdP de RedIRIS en Vitoria – Gasteiz.

Mejora capilar (6 puntos): garantía y nivel de servicio, condiciones económicas en caso de bajas (permanencia mínima), traslados, nuevos enlaces, etc...»

Se observa que, a pesar de que el objeto del contrato está dividido en lotes que pueden adjudicarse independientemente, se admite también que la adjudicación pueda ser “integrada”, de tal modo que los licitadores puedan presentar ofertas a cada uno de los dos lotes en los que se divide el contrato y



también, incluso simultáneamente, una oferta diferente para la totalidad del objeto contractual. Tal opción es, en principio, admisible al amparo del artículo 147 TRLCSP, que establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte mejoras o, como en este caso, variantes, si bien dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos, siendo especialmente significativo para el objeto de este recurso el que exige que se precise sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. La estipulación analizada permite la presentación de ofertas “integradas”, considerándolas además de valoración preferente sobre las ofertas individuales siempre que “claramente mejoren las características solicitadas individualmente en cada lote”. Esta mención no es aceptable, porque establece un criterio de adjudicación tan amplio e indeterminado que, de hecho, en nada vincula la decisión que vaya a adoptar el órgano de contratación, al que concede una libertad incondicionada para decidir sobre la adjudicación del contrato, descartando las ofertas a cada lote en favor de las integradas (como de hecho ha sucedido) sin sujetarse a criterio previo alguno (ver el apartado 61 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de septiembre de 2002 y las que sentencias que en él se citan).

**UNDÉCIMO:** La misma observación es aplicable al criterio de adjudicación «Mejora capilar (6 puntos): garantía y nivel de servicio, condiciones económicas en caso de bajas (permanencia mínima), traslados, nuevos enlaces, etc...», pues el artículo 147 TRLCSP da idéntico tratamiento a las variantes y a las mejoras, y en este criterio no consta precisión alguna acerca de los concretos elementos sobre los que pueden ofertarse estas últimas. En este sentido, el listado de ejemplos no aclara nada, pues se refiere a cuestiones tan heterogéneas entre sí que es imposible que las empresas interesadas en el contrato puedan deducir cuál es el elemento común a todas ellas que se quiere expresar, además de que se trata de un listado abierto, lo que incrementa aún más la indefinición.

**DUODÉCIMO:** Al faltar las precisiones solicitadas por el artículo 147 TRLCSP y, consecuentemente, valorarse las mejoras y variantes sin apoyo en criterios previamente determinados y reglados (porque tales criterios no existen o son tan amplios que el poder adjudicador no está sujeto a ningún límite previamente marcado), se está infringiendo el principio de igualdad, pues todo queda al libre arbitrio del órgano de contratación. Dicho de otro modo, la infracción se deriva directamente de la configuración del Pliego, que atribuye a la Administración una libertad incondicionada para aplicarlo, y no de la aplicación concreta que de él se ha hecho por el órgano de contratación.

Dando por sentada la ilegalidad de ambos criterios de adjudicación, debe ahora analizarse si el recurrente debe conformarse con ellos porque los Pliegos no fueron recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición en tiempo y forma del correspondiente recurso. Los Pliegos del presente recurso





no han sido impugnados, lo que, en principio, convalidaría su invalidez y obligaría al poder adjudicador y a los licitadores a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución un criterio que otorga al poder adjudicador la posibilidad de una atribución de puntuaciones discriminatoria (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013), posibilidad de arbitrariedad que se extendería a todo el procedimiento si se permitiera que la estipulación inválida ganara firmeza por beneficiarse del principio de acto consentido al no haber sido recurrida en su momento. Por ello, este Órgano debe declarar la nulidad de pleno derecho del Pliego en lo relativo al criterio “mejora capilar” y al criterio para descartar las ofertas a cada lote en favor del “lote integrado.”

**DÉCIMOTERCERO:** La declaración de nulidad conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la citada resolución 129/2013 del TACRC). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en este apartado sobre los criterios declarados nulos.

La declaración de nulidad de toda la licitación y la previsible tramitación de una nueva con el mismo objeto hacen superfluo el análisis del resto de los motivos de impugnación, cuya aceptación sólo podría llevar, en todo caso, a la retroacción de actuaciones.

Por todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 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 de 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:





### III.- RESUELVE

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por Euskaltel, S.A. contra la adjudicación del contrato “14 i2BASQUE ENLACES”, tramitado por la Fundación Ikerbasque / Ikerbasque Fundazioa, declarando nulos los apartados del Pliego mencionados en el fundamento jurídico décimo de la presente resolución y el procedimiento de licitación.

**SEGUNDO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**TERCERO:** 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, 2014ko martxoaren 28a**

Vitoria-Gasteiz, 28 de marzo de 2014