



EB 2017/142

Resolución 140/2017, de 21 de diciembre de 2017, de la 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 las empresas TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicio de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Portugalete incluyendo los organismos autónomos y sociedades participadas íntegramente por el Ayuntamiento, así como el Juzgado de Paz de Portugalete”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de noviembre de 2017 las empresas TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U (en adelante, la UTE), que se presentaron a la licitación con el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas, interpusieron en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato “Servicio de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Portugalete incluyendo los organismos autónomos y sociedades participadas íntegramente por el Ayuntamiento, así como el Juzgado de Paz de Portugalete”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

SEGUNDO: El día 14 de noviembre se solicitaron al poder adjudicador el expediente 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), los cuales se recibieron en el OARC / KEAO los días 17 y 20 de noviembre.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 20 de noviembre, se han recibido, el día 30 de noviembre, las alegaciones de EUSKALTEL, S.A., adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. C.S.G., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios sujetos 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 en tiempo y forma. Sobre este particular, el recurrente señala que el acto impugnado no estaba publicado en el perfil del contratante a la fecha de presentación del recurso, tal y como exige el artículo 151.4 del TRLCSP y preveía el apartado Dispositivo Quinto del Decreto de Alcaldía de 19 de octubre, que aprueba la adjudicación recurrida; esta circunstancia implica que cualquier licitador que tenga la intención de impugnar la adjudicación se vea obligado a hacerlo sin tener un conocimiento claro del plazo del que dispone, al estar pendiente de si el acto se publica o no en el perfil. El poder adjudicador y EUSKALTEL rechazan esta alegación y consideran que la obligación de publicación en el perfil es indiferente para el cómputo del plazo de interposición, que se inicia solo con la remisión de la adjudicación, en los términos previstos en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Con independencia de la relevancia que tenga la publicación del acto impugnado en el perfil del contratante a los efectos de estimar iniciado el plazo de interposición del recurso, no se alcanza a comprender cuál es el perjuicio para la UTE derivado de la citada falta de publicación. Más allá de una genérica mención a que se le ha impedido conocer el plazo con exactitud, la UTE no ha



acreditado ningún daño real para sus intereses; en particular, no consta indefensión alguna por esta causa que justifique la anulación (ver, en este sentido, el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común). Por el contrario, sí consta que se ha presentado un recurso suficientemente fundado, siendo significativo que la UTE no solicite, por ejemplo, la retroacción de actuaciones para que se practique una nueva notificación simultánea con la publicación en el perfil. La alegación de que la falta de publicidad «le ha impedido tener un conocimiento claro del plazo de que dispone para la interposición del recurso» carece de sentido desde el momento en el que la impugnación fue presentada el día 13 de noviembre, antes de que transcurrieran los quince días hábiles desde que, el día 20 de octubre, el Ayuntamiento remitiera la notificación con el acto recurrido. Es decir, con independencia de cuándo se publicara dicho acto en el perfil y de la consideración de si esta publicación es o no esencial para el inicio del cómputo del plazo, lo cierto es que, incluso con la interpretación más exigente para el recurrente la impugnación está presentada en tiempo. Consecuentemente, la alegación de la UTE debe considerarse irrelevante.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Portugalete tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: El recurso se basa en los siguientes argumentos:

- a) Se alega que el acto impugnado carece de la motivación necesaria, pues el informe técnico que la sustenta es insuficiente e incongruente con las puntuaciones otorgadas; se añade que los pliegos no contienen el mecanismo de distribución de la puntuación atribuido a cada aspecto y que el informe técnico no justifica tampoco esta cuestión, lo que dificulta controlar la legalidad de la adjudicación, incluso dificulta apreciar si en la evaluación se han introducido o no criterios o subcriterios no previstos en los pliegos, lo que provocaría la nulidad del procedimiento de adjudicación.



- b) La recurrente discrepa de la puntuación otorgada en los criterios de adjudicación «Red de datos corporativa, conexión de sedes y acceso a Internet» y «Sustitución de equipamiento actual por nuevo equipamiento», y considera que el informe contiene una justificación arbitraria y basada en errores manifiestos de concepto que excede los límites de la discrecionalidad técnica, y que a su oferta debió otorgársele la misma puntuación que a la adjudicataria.
- c) A juicio del recurrente, en el aspecto «Red de datos corporativa, conexión de sedes y acceso a Internet» debe distinguirse entre el acceso (tramo de circuito entre la central y el domicilio del cliente) y el caudal (servicios asociados, que pueden ser acceso a Internet o a redes privadas virtuales) y, consecuentemente, entre la velocidad de acceso regulada y los caudales de los servicios asociados a ese acceso; en este sentido, el informe técnico incurre en un error de concepto que lleva a una interpretación inadecuada de la oferta, que se podría haber evitado si el Ayuntamiento hubiera solicitado una aclaración al respecto.
- d) Sobre la «Sustitución de equipamiento actual por nuevo equipamiento», el recurrente alega que no se le han puntuado aportaciones de nuevo equipamiento similares a otras que sí se han puntuado para la adjudicataria.
- e) Se estima que el poder adjudicador debió, en su caso, solicitar una aclaración al recurrente para evaluar correctamente la proposición.
- f) El Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) es una cláusula oscura y de difícil interpretación, mezclando los conceptos de conexión y acceso en la misma tabla, sin distinguir si se habla de velocidad de caudal o de acceso y creando una confusión que alcanza al informe técnico que sustenta la adjudicación recurrida; dicha oscuridad no puede perjudicar a quien no la ha provocado.



- g) Finalmente, se solicita la corrección de la puntuación atribuida a la oferta técnica de la recurrente en los aspectos «Red de datos corporativa, conexión de sedes y acceso a Internet» y «Sustitución de equipamiento actual por nuevo equipamiento», de modo que se le otorgue la misma puntuación que a la oferta de la adjudicataria y, subsidiariamente, que se acuerde la nulidad del procedimiento de contratación.

SÉPTIMO: EUSKALTEL se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) El informe que soporta y motiva la adjudicación respeta los límites de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, por lo que el OARC / KEAO no puede entrar a criticarlo, y el recurso se limita a una discrepancia con la valoración basada en afirmaciones sesgadas y falsas (no en pruebas). En este sentido, el recurrente admite que, en los apartados en los que la evaluación les es favorable, el citado informe es correcto.
- b) Por lo que se refiere a las velocidades ofertadas, EUSKALTEL niega que la velocidad ofrecida por la UTE sea superior a la exigida en los pliegos (es más, no llega al mínimo exigido); lo solicitado en dichos pliegos es muy claro, 300 MB de caudal a Internet, ya que no se puede solicitar un acceso físico de 300 Mb. Tampoco es cierto que el PPT, en el caso de la conexión para la emisión de imágenes webcam, indique que el acceso de 10 Mb no tenga que ser garantizado. Respecto al supuesto error en la valoración de la mejora de la sustitución del equipamiento actual por nuevo equipamiento, el alegante señala que la recurrente solo aporta la actualización del software, que es un requisito del Pliego y no puede considerarse como una mejora.
- c) Los pliegos son inatacables una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso, sin que quepa que ahora se alegue su



oscuridad; tampoco cabe alegar falta de motivación porque se ha podido interponer un recurso suficientemente fundado.

- d) La aclaración de la oferta a la que se refiere el recurso es potestativa para el órgano de contratación y no era necesaria, pues el pliego era suficientemente claro, además de que hubiera sido contraria al principio de igualdad de trato de todos los licitadores.
- e) EUSKALTEL entiende que procede la imposición de una sanción por temeridad o mala fe por importe mínimo de 10.000 euros, a la vista del perjuicio causado al Ayuntamiento y a la adjudicataria impugnada.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La adjudicación está correctamente motivada y cumple con los requisitos legales exigibles, incluyendo la mención de las características y ventajas determinantes que reúne el adjudicatario, como prueba la extensión y detalle del recurso planteado por la UTE.
- b) El informe técnico (que solo se considera arbitrario por la recurrente en los aspectos en los que no se ha obtenido mayor puntuación) es igualmente correcto; en este sentido, es evidente que el servicio ofertado es inferior al solicitado en los pliegos en cuanto a la velocidad de acceso y la webcam.
- c) Por lo que se refiere a la valoración de la sustitución de equipamiento actual por nuevo, es claro que la recurrente no se compromete a sustituir el equipamiento actual salvo que sea por obsolescencia, e indica que, de ser necesario, no es objeto del pliego que rige el contrato impugnado.
- d) No fue precisa la aclaración de la oferta a la que se refiere la UTE porque no había duda o ambigüedad en dicha proposición.



- e) El recurso no justifica la base legal para solicitar la nulidad del procedimiento de adjudicación.

NOVENO: El primer motivo de recurso que debe analizarse es la falta de motivación del acto impugnado. El artículo 151.4 del TRLCSP establece, entre otras cosas, que «la adjudicación deberá ser motivada» y «deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado», incluyendo el nombre del adjudicatario y las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada su oferta con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores admitidos. Analizado el expediente, consta que la adjudicación impugnada está soportada en un informe técnico de valoración que cumple suficientemente los citados requisitos legales. En especial, es claro que ha permitido que la UTE interponga un recurso suficientemente fundado, como lo demuestra la amplitud de los argumentos utilizados, dirigidos precisamente a discutir la consistencia de los que emplea el informe.

Cuestión diferente de la anterior, y también alegada por el recurso, es si la motivación de la adjudicación acredita un correcto uso de la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador. En concreto, la UTE señala que la puntuación otorgada en los criterios de adjudicación «Red de datos corporativa, conexión de sedes y acceso a Internet» y «Sustitución de equipamiento actual por nuevo equipamiento» es arbitraria y responde a errores de concepto que implican un uso inadecuado de dicha discrecionalidad. La diferencia de puntuación entre el adjudicatario impugnado y la UTE en el cómputo global de todos los criterios de adjudicación es de 3,52 puntos, mientras que la misma diferencia en los dos epígrafes de valoración debatidos asciende a 7 puntos (6 puntos en el apartado de la Red de datos y 1 sustitución de equipamiento), por lo que la aceptación de este motivo de recurso podría llevar, en su caso, a alterar el listado al que se refiere el artículo 151.1 del TRLCSP. Sobre esta cuestión, el OARC / KEAO se ha manifestado en numerosas ocasiones (ver, por todas, la Resolución 99/2017) señalando que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales



concurrir elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “*núcleo material de la decisión*”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.» Partiendo de esta base, que delimita el control que este Órgano puede ejercer, a continuación se analiza el motivo de recurso en relación con los dos criterios mencionados.

Por lo que se refiere a la aplicación del criterio «Red de datos corporativa, conexión de sedes y acceso a Internet», y a la vista del informe técnico, este OARC / KEAO estima que su contenido se mueve dentro de los límites expuestos. Las valoraciones efectuadas respetan los criterios fijados en el pliego y no se infringen los principios generales de la contratación (en particular, el de igualdad y no discriminación); tampoco consta que la valoración incurra en errores de hecho que hayan conducido a una evaluación incorrecta de la proposición. En este sentido, el informe justifica la puntuación otorgada al recurrente en aspectos tan relevantes de la oferta como, por ejemplo, el ofrecimiento de una ampliación del caudal incorrecta por ser inferior a la solicitada en los pliegos o de un acceso para la emisión de imágenes de webcam peor que el solicitado y que el que ya se utiliza.

Por todo ello, este motivo de recurso debe rechazarse para el criterio «Red de datos corporativa, conexión de sedes y acceso a Internet», lo que hace innecesario el análisis de la aplicación del criterio «Sustitución de equipamiento actual por nuevo



equipamiento», pues incluso modificando la atribución de puntuaciones en el sentido más favorable para el recurrente y más negativo para EUSKALTEL se alteraría la identidad del adjudicatario.

DÉCIMO: Adicionalmente a lo señalado en el apartado anterior, deben considerarse dos cuestiones planteadas por el recurso y relacionadas con la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, la supuesta oscuridad de los pliegos, que habría afectado, en perjuicio del recurrente, al informe técnico que soporta el acto impugnado, y la alegación de que el poder adjudicador debió solicitar a la UTE una aclaración para la correcta valoración de su oferta.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, debe tenerse en cuenta que, aunque el principio de transparencia exige que todos los datos relevantes para la adjudicación sean lo suficientemente claros como para ser conocidos en el mismo sentido por todos los operadores económicos interesados en la licitación, no es menos cierto que el esfuerzo que, con esa finalidad, debe realizar el órgano de contratación ha de entenderse dirigido a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes (STJUE, asunto C-19/00, SIAC Construction, EU:C:2001:553). Téngase en cuenta que, en este caso, el objeto del contrato tiene una alta complejidad técnica, y las empresas que concurren a su licitación gozan, necesariamente, de una gran cualificación en la materia, por lo que hay que suponer que las posibles imprecisiones del PPT (como la relativas a la delimitación de conceptos como “caudal” o “acceso”, por ejemplo), pueden ser fácilmente compensadas por su lectura experta de los documentos contractuales o por consultas dirigidas al poder adjudicador (que no consta que se hayan formulado, lo que es un dato relevante en este contexto, según se deduce del apartado 56 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015). Esta diligencia debe suponerse especialmente en las empresas dotadas de la solvencia técnica necesaria para licitar al contrato impugnado, de gran complejidad tecnológica. Por todo ello, este motivo de recurso debe descartarse y ello implica también que no sea aceptable la petición subsidiaria de acordar la nulidad del procedimiento de adjudicación.



A juicio de este OARC / KEAO, no cabe la solicitud de aclaración que demanda el recurso; una consolidada doctrina opta por la imposibilidad de subsanar los errores de la documentación de la oferta. Esta solicitud está vinculada a la consideración de que la oferta de la UTE es ambigua por causa de que los pliegos son oscuros, lo que ya se ha descartado en el párrafo anterior. Por otro lado, debe recordarse que sólo los licitadores son responsables de los perjuicios derivados de su falta de diligencia en la confección de su proposición, por lo que no pueden exigir al órgano de contratación que les demande subsanación alguna (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10). Esta posición únicamente se ha matizado para los casos en los que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente conocida mediante una aclaración que no suponga, de hecho, rehacer la oferta. La razón última de esta posición se puede encontrar en el principio de secreto de la oferta, que se vería desvirtuado si esta se puede alterar cuando se conocen las de los competidores, así como en los de igualdad de trato y transparencia, que se oponen, en un procedimiento abierto, a la negociación con los licitadores, aunque sea para solicitar supuestas aclaraciones, pues ello implicaría que se pudiera considerar que el poder adjudicador ha negociado una oferta en perjuicio de los no consultados. En este caso, el recurrente pretende una reelaboración de su proposición lo que, como se ha dicho, no es aceptable.

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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicio de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Portugalete incluyendo los organismos autónomos y sociedades participadas íntegramente por el Ayuntamiento, así como el Juzgado de Paz de Portugalete”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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, 2017ko abenduaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de diciembre de 2017