



**EB 2019/099**

**Resolución 146/2019, de 13 de septiembre, 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 la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA,S.A.U., contra la adjudicación del contrato “Contratación de enlaces de comunicaciones para la red académica i2basque”, tramitado por la Fundación Ikerbasque (Fundación Vasca para la Ciencia).**

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

**PRIMERO:** El día 11 de junio de 2019 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 la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA,S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA), contra la adjudicación del contrato “Contratación de enlaces de comunicaciones para la red académica i2basque”, tramitado por la Fundación Ikerbasque (Fundación Vasca para la Ciencia), en adelante “IKERBASQUE”.

**SEGUNDO:** El día 12 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió los días 12 y 13 de junio.





**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados con fecha 17 de junio, se han recibido, el día 28 del mismo mes, las alegaciones de EUSKALTEL, S.A., adjudicataria impugnada.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

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

### **SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

Según la letra a) del artículo 44.1 de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

Conforme al art. 44.2 c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación de los contratos.

### **CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma**

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

### **QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, IKERBASQUE tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



## **SEXTO: Argumentos del recurso**

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

- a) La recurrente entiende que la oferta de EUSKALTEL debió ser excluida por no cumplir los requisitos del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT); concretamente, la proposición no satisface la exigencia relativa al Listado de los centros conectados en la modalidad NEBA, y listado de los centros conectados con enlaces gestionados punto a punto. TELEFÓNICA señala que los pliegos son muy precisos en cuanto a lo que debe incluirse en la oferta, y en este caso exigen la presentación del citado listado en el sobre “B”; EUSKALTEL incumple esta exigencia porque, en esta materia el sobre “B” se remite al sobre “C”.
- b) Finalmente, se solicita la exclusión de la empresa EUSKALTEL y la adjudicación del contrato a la recurrente.

## **SÉPTIMO: Alegaciones de EUSKALTEL**

El adjudicatario aporta, resumidamente, las siguientes alegaciones:

- a) EUSKALTEL ha acreditado todas las especificaciones del PPT, incluida la obligación de indicar en su proposición el listado de centros conectados; dicho listado figura en el apartado 2 Solución para la red de conexión con centros, página 7 de la oferta.
- b) Se alega que debe imponerse a la recurrente la sanción por mala fe o temeridad prevista en el artículo 58.2 de la LCSP, dado que la impugnación carece de consistencia argumental y solo pretende continuar facturando al poder adjudicador los servicios que TLEFÓNICA presta como actual adjudicatario; a la vista de la diferencia en el precio de las dos ofertas, EUSKALTEL cifra en 15.000 euros mensuales el perjuicio causado a IKERBASQUE.



## **OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso alegando que la oferta de EUSKALTEL incluye el listado de centros conectados, bien sea en la modalidad NEBA o en la modalidad de enlaces gestionados punto a punto.

## **NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

En síntesis, el recurso se basa en un único motivo, que es el incumplimiento por el adjudicatario de los siguientes apartados del PPT, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma rigen la licitación vinculando al poder adjudicador y a los operadores económicos:

### **Apartado 2**

(...)

“Las ofertas deberán presentarse en los términos previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas.

En el sobre B se detallarán los requisitos técnicos para comprobar que los licitadores cumplen las especificaciones técnicas previstas en este Pliego. En tal sobre B incluirá información sobre la solución adoptada para la Red Troncal y para la Red de conexión con centros, su plan de despliegue, una descripción del sistema de atención de incidencias, los compromisos de calidad del servicio (QoS) y la ventana de actuación para los trabajos programados”.

(...)

### **Apartado 3**

Las ofertas deberán incluir los siguientes requisitos técnicos y por este mismo orden:

(...)



Listado de los centros conectados en la modalidad NEBA, y listado de los centros conectados con enlaces gestionados punto a punto”

Por otro lado, se observa que en el sobre B de la oferta de EUSKALTEL (apartado 2, Solución para la red de conexión con centros, página 7) figura el siguiente contenido:

## 2. SOLUCIÓN PARA LA RED DE CONEXIÓN CON CENTROS

La propuesta de Euskaltel para la red de conexión con Centros (13) se sustenta en el servicio MetroEthernet descrito ampliamente en el apartado “Servicio MPLS Connect-LAN” del “ANEXO – SERVICIOS DE DATOS” mediante el cual Euskaltel entregará a IKERBASQUE enlaces en estos centros con estas características:

- En cada Centro: interfaz 1 GE, por defecto interfaz 1G eléctrico para facilitar la conexión de CPÉs de IKERBASQUE aunque Euskaltel podrá entregarlo también en interfaz 1G óptico si así lo prefiere IKERBASQUE en algún centro. Todos los centros se entregarán con caudal garantizado de 100 Mbps o superior.
- Euskaltel entregará los enlaces en los PdP de i2basque, con interfaz 1GE o superior sin sobreescripción. El interfaz de entrega será por defecto óptico por coherencia con las lambdas troncales aunque podría ser también eléctrico si así lo requiere IKERBASQUE.

| Red de Conexión con Centros | Características                  |                                                          |                |
|-----------------------------|----------------------------------|----------------------------------------------------------|----------------|
|                             | Caudal (Mbps)                    | Interfaz (Mbps)                                          | PdP de entrega |
| Alava Nekter Arkautz        | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Vitoria        |
| Bizkaia BIOEF               | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Leioa          |
| Bizkaia UNED Portugalete    | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Leioa          |
| Gipuzkoa AZTI Pasaia        | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Donostia       |
| Gipuzkoa GAIA               | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Donostia       |
| Gipuzkoa Teknikak           | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Donostia       |
| Gipuzkoa Euskomedia         | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Donostia       |
| Gipuzkoa Tekniker           | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Leioa          |
| Gipuzkoa Koniker            | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Vitoria        |
| Gipuzkoa IMH                | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Vitoria        |
| Gipuzkoa Huzei              | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Vitoria        |
| Gipuzkoa MUEG Oñati         | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Donostia       |
| Gipuzkoa UNED Bergara       | 100 Mbps o superior. Ver Sobre C | 1.000                                                    | Leioa          |
|                             |                                  |                                                          |                |
| PdP Leioa                   | Ver Sobre C                      | Interfaz 1GE o superior sin sobreescripción. Ver Sobre C |                |
| PdP Vitoria-Gasteiz         | Ver Sobre C                      | Interfaz 1GE o superior sin sobreescripción. Ver Sobre C |                |
| PdP Donostia-San Sebastián  | Ver Sobre C                      | Interfaz 1GE o superior sin sobreescripción. Ver Sobre C |                |

- En todos los casos y conforme a la tabla anterior, el servicio se ofrece sobre Fibra Óptica propietaria de Euskaltel y dedicada para IKERBASQUE (accesos EoF) o sobre modalidad NEBA tal y como se indicará en el Sobre C.



A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la pretensión del recurso.

a) Sobre el motivo de exclusión de la adjudicataria impugnada

A juicio de este Órgano, el motivo que fundamenta la impugnación no es aceptable por las siguientes razones:

- 1) Se observa que, en resumidas cuentas, la irregularidad que TELEFÓNICA achaca a la oferta de EUSKALTEL es puramente formal, en el sentido de que se refiere tan solo a su configuración exterior y no cita ningún contenido de ella incompatible con los requisitos técnicos exigidos y que haga inviable la ejecución del contrato en los términos solicitados por el poder adjudicador; por el contrario, se alega únicamente que la acreditación del cumplimiento de las citadas prescripciones técnicas no se plasma en la forma establecida en los pliegos, que regulan con exactitud no solo el contenido de la acreditación sino también el orden de su exposición.
- 2) La oferta de EUSKALTEL incluye, en el sobre “B” (ubicación solicitada en los pliegos) un listado de los centros conectados. Dicho listado no contiene en su literalidad todos los extremos señalados en el apartado 3 del PPT porque no distingue qué puntos se conectan en la modalidad NEBA y cuáles se gestionan punto a punto, sino que se remite al sobre “C”, el destinado para la información relativa a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmulas.
- 3) Todos los criterios de adjudicación del contrato están sujetos a evaluación mediante fórmulas; de hecho, el sobre “B” no contiene ninguna información relativa a los criterios de adjudicación, y su único objetivo es la acreditación del cumplimiento de las prescripciones técnicas.



4) Habida cuenta de lo señalado en los tres apartados anteriores, y con independencia de que la técnica de remisión a otro documento empleada por el adjudicatario impugnado sea o no adecuada, la pretensión de excluir la oferta de EUSKALTEL es claramente desproporcionada puesta en relación con la finalidad que persigue la cláusula supuestamente infringida; una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y los pliegos sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés general perseguido (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2019 del OARC / KEAO). En este caso, debe tenerse en cuenta que se trata únicamente de acreditar el cumplimiento de requisitos técnicos (no los datos relativos a los criterios de adjudicación) y que el recurso no pone en duda que tales requisitos se satisfacen. Tampoco se observa (ni se acredita en la impugnación) que la remisión al sobre “C” haya supuesto ninguna ventaja para el adjudicatario en la valoración de la oferta. Finalmente, los pliegos no establecen expresamente una causa de exclusión como la que fundamentaría la reclamación.

b) Sobre la mala fe o temeridad en la interposición del recurso

A juicio de este Órgano, no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP; aunque el recurso vaya a ser desestimado, no carece de una argumentación jurídica, sin que la mala fe pueda deducirse únicamente del hecho de que el recurrente es el anterior prestador del servicio.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la adjudicación del contrato “Contratación de enlaces de comunicaciones para la red académica i2basque”, tramitado por la Fundación Ikerbasque (Fundación Vasca para la Ciencia).

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO:** 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 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2019ko irailaren 13a**

Vitoria-Gasteiz, 13 de septiembre de 2019