



Recurso nº 453/2017

Resolución nº 484/2017

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

En Madrid a 1 de junio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.L.S.M., en representación de la entidad Atento Teleservicios España, S.A.U. (en adelante "Atento"), D. J.C.V., en representación de la entidad BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante "BT"); y D. R.A.U., en representación de la entidad Digital Virgo España, S.A.U, contra la adjudicación del Lote 1 -"Servicio multicanal 060"- del Contrato de Servicios "Servicio Multicanal 060 de la Administración General del Estado" —expediente 45/16— licitado por la Junta de Contratación de los Servicios Centrales en el Ministerio de Hacienda y Función Pública, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 17 de diciembre de 2016 fue publicado en el BOE el anuncio de la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública del procedimiento abierto antes referido, publicado en el DOUE el 9-12-2016 y en la Plataforma de contratación .

El valor estimado del contrato es de 3.534.545,45€ en el lote 1.

Ya ha sido desestimado un recurso contra dichos pliegos, el 1223/2016, res. 105/2017, en cuestión no atinente a la que aquí nos ocupa.

Segundo. En lo que nos interesa, el PCAP señala:



“IX.- Criterios de adjudicación del contrato

1.- Criterios de valoración de las proposiciones

Los criterios de valoración que servirán de base para la adjudicación de cada uno de los lotes definidos se relacionan a continuación, en orden decreciente de importancia y con la ponderación asignada, los cuales se desarrollan en el anexo VII de este pliego.

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN LOTE 1 PONDERACIÓN TOTAL = 100

PRIMERA FASE

1.- Criterios no evaluables mediante fórmulas 25

(y se desarrollan)

SEGUNDA FASE

2.- Criterios evaluables mediante fórmulas 75

2.1.- Precio 51

2.2.- Cuantía de reversión asignada al desarrollo de servicios 11

2.3.- Relación de la reversión del 060 respecto a la del 902 3

2.4.- Precios unitarios de los servicios ofrecidos 10

(...)

2.- Fórmulas de aplicación en los criterios evaluables mediante fórmulas

2.1.- Fórmula para la valoración del criterio precio Lote Nº 1

(Y se desarrollan las fórmulas matemáticas)



2.3.- Fórmula a aplicar para la valoración de la relación de la reversión del 060 respecto a la del 902 Lote Número 1

Se valorará la relación entre la reversión ofertada para las llamadas en el 060 y las recibidas en los 902, que tendrá el mismo objetivo que la reversión del 060.

La reversión asignada por establecimiento de llamada (e/establecimiento) en ambos casos será la misma, con un máximo de cuatro decimales. Por lo tanto, la relación entre ambas reversiones se centra en la asignada por establecimiento de llamada:

(...)

Para la valoración de la relación se asignarán cero puntos a la oferta mínima, y tres puntos a la oferta máxima. Las ofertas intermedias se valorarán de acuerdo con la siguiente fórmula:

(...)

3. Procedimiento de valoración de las proposiciones

De acuerdo con el artículo 150.4 del TRLCSP, el procedimiento de adjudicación se articula en varias fases, una primera fase en la que se procederá a la ponderación de los criterios no evaluables mediante fórmulas y una segunda fase en la que se valorarán los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas.

En consecuencia, para el lote Nº 2 se fija un umbral mínimo del 50 % de la puntuación total máxima de los criterios no evaluables mediante fórmulas para que el licitador pueda acceder a la segunda fase de valoración. Las empresas que no alcancen esta puntuación quedarán excluidas de la licitación de ese lote.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios evaluables de forma automática se realizará tras efectuar previamente la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, mediante la aplicación de las fórmulas establecidas en el apartado anterior.



4. *Criterios para la apreciación de valores anormales o desproporcionados en el lote N° 2*

...

Tercero. Habiendo presentado oferta las aquí recurrentes como futuras componentes de una UTE, y tras los trámites de rigor, resultó la siguiente clasificación de ofertas en el lote 1:

- 1º.- UTE VODAFONE ESPAÑA SAU - UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A.
Puntuación total 88,1511
- 2º.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U Puntuación total 83,7652
- 3º.- UTE BT ESPAÑA S.A.U, ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A.U y DIGITAL VIRGO ESPAÑA S.A Puntuación total 78,7911
- 4º.- UTE Puntuación total 68,8144

En consecuencia, y tras los trámites oportunos, se adjudicó el lote 1 al mejor clasificado, publicándose la referida adjudicación en la Plataforma de contratación el 11 de abril.

Cuarto. Con fecha 6-5-2017 se presenta este recurso, en el que se solicita:

- a) *–Declare la exclusión de las ofertas presentadas por la UTE VODAFONE ESPAÑA S.A.U. – UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por incumplir la normativa laboral y de competencia en los términos expuestos; y*
- b) *–Subsidiariamente anule el contenido de los Pliegos rectores de la Licitación y, en consecuencia, de todo lo actuado en el marco de la misma, revocando con ello también la adjudicación del Contrato a favor de la UTE VODAFONE ESPAÑA S.A.U. – UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A.”*

Y todo ello, resumidamente, por cuanto:



- a) —La oferta formulada por los dos licitadores mejor posicionados incluirían valores de precio por minuto de los teleoperadores y precio por hora de los agentes de primer nivel CAU muy inferiores a las retribuciones mínimas establecidas en el Salario Mínimo Interprofesional vigente y en los Convenios Colectivos de aplicación a dicho sector profesional. Ello contravendría principios y reglas esenciales contenidas en la Directiva 2014/24UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- b) —La oferta de esos licitadores también contendría una cifra de reversión ofertada que resultaría manifiestamente superior al 100% de los importes a abonar por los operadores con arreglo a lo dispuesto en la Oferta de Interconexión de Referencia ("OIR") por las llamadas de los usuarios del Servicio 060 a este número. Ello, unido a lo anterior, habría de conducir a la calificación de esas ofertas como desproporcionadas por presentar valores anormalmente bajos.

A estos efectos, realiza un análisis matemático comparativo del que, en su opinión, resulta lo alegado. Y cita en su apoyo, respecto de las obligaciones laborales, el artículo 57.4 apartado a) de la Directiva 2004/18/CE, y el apartado 2 del artículo 18. También afirma la conculcación de la normativa en materia de competencia desleal que deriva de la oferta de la adjudicataria del Contrato, ya que (dice) la cifra de reversión ofrecida por este licitador, entendiendo por tal la parte de los ingresos a percibir por el licitador adjudicatario del resto de operadores por las llamadas que realicen los usuarios del Servicio 060 a este número, es manifiestamente superior al 100% de los importes a abonar por éstos con arreglo a lo dispuesto en la Oferta de Interconexión de Referencia ("OIR"), lo que conculcaría el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, precepto que como regla general admite la libre fijación de precios pero que excepciona la venta bajo coste o bajo precio de adquisición, que considerará desleal en el caso siguiente:

"c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado".

Afirma también que ello es contrario al art. 87.1 TRLCSP sobre fijación del precio del contrato, y que podría incurrirse en una donación.



Subsidiariamente, y como hemos anticipado, considera que la cláusula 2.3 conculca el principio de transparencia y el principio de adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa, así como el art. 150 TRLCSP pues *“De la aplicación de la primera de las fórmulas contenidas en dicha Cláusula ($O_i = E902/E060$), resulta que ofreciendo una menor reversión (parte del importe que el licitador operador obtiene del resto de operadores por terminar las llamadas en su red —también conocida como ingresos de interconexión— que acuerda destinar a la Administración), especialmente en cuanto al tráfico del número 060 (que representa más del 80% del tráfico total), se obtiene la mayor puntuación posible (3 puntos) en este apartado. Por tanto, se obtiene mejor puntuación cuanto más perjudicial resulta la oferta en términos económicos.”* Y adjunta a tales efectos cuadro descriptivo de las puntuaciones concedidas a los licitadores participantes en el Lote 1 .Por lo que pide la anulación de tal fórmula y la de todo el procedimiento de licitación.

-El órgano de contratación, en su informe, señala –resumidamente- que no se puede considerar la oferta como desproporcionada si no está previsto en el pliego; que es perfectamente legítimo que un licitador presente una oferta para la prestación de un servicio, aun cuando pudiera llegar a incurrir en pérdidas, citando nuestra Resolución 24/2011; que en todo caso, de las ofertas realizadas en los términos establecidos en el PCAP, no es posible determinar los salarios de los trabajadores que se van a encargar de prestar el servicio; y en cuanto a la infracción de la competencia, que no se prueba y que debe plantearse ante el órgano competente.

En cuanto a la presunta nulidad del pliego, señala que se trata de una impugnación extemporánea; y en todo caso, el órgano expone una aplicación de la cláusula de la que entiende resulta que la oferta adjudicataria resultaba económicamente más ventajosa.

-Ha presentado alegaciones las empresas adjudicatarias integrantes de la futura UTE, VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. y UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A., en que, además de destacar a su juicio la mala fe de la recurrente, señalan que, notificada la



adjudicación el 11 de abril, el 6 de mayo habría devenido extemporáneo este recurso, tanto si se computan como días hábiles los sábados como si no.

Añade, en todo caso, que cumple la normativa laboral pues (resumidamente) la oferta debe ser valorada en su conjunto, y que *“lo que el órgano de contratación planteó al describir el objeto Licitado fue un catálogo de servicios sobre los que los licitadores debía de proponer un precio unitario, sin que existiese obligación alguna por parte del órgano de contratación de consumir una determinada cantidad de los mismos.*

Por tanto, los importes presentados en la Oferta de nuestras representadas no representan un precio de licitación en sí, ni aseguran o implican unos ingresos o costes absolutos. La totalidad de los licitadores (incluido el recurrente), al realizar la Oferta lo que realizan es una propuesta basada en el éxito de la automatización y la minoración del porcentaje de llamadas atendidas por teleoperador, cuyo coste queda sufragado por los ingresos percibidos como operador, circunstancia ésta que ha sido maliciosamente ocultada por el recurrente en su exposición.

Dicho lo anterior, hemos de destacar que la recurrente en el recurso presentado de contrario ha inferido, de los precios por minuto y hora de los teleoperadores y de los agentes de teleoperación insertados en un catálogo de servicios que no implica su obligada prestación, la percepción directa de un salario que se encuentra por debajo del SMI. Esta valoración está artificialmente construida ya que no valora la dedicación de los agentes a otras funciones por la que también percibirían retribuciones,

Por otra parte la recurrente elude nombrar el precio asignado al ítem S16 sobre precio/hora de locutor profesional reflejado en su Oferta en la que ha establecido: 8,88€/h”. Añade también que el análisis de la cuestión relativa a si en una Oferta se cumple con los límites establecidos en el Salario Mínimo Interprofesional, es una cuestión que excede de los extremos a analizar por el Tribunal según consolidada doctrina.

Añade que su oferta no puede considerarse anormal, pues en los Pliegos que rigen la presente licitación no se estableció parámetro alguno para calificar una Oferta como anormal; y que aunque la cifra de reversión sea superior a la Oferta de Interconexión de referencia (01R), sin embargo no afecta a la rentabilidad de la oferta, por varias razones que resumen en que *“el beneficio económico de este servicio para la UTE proviene en su gran parte de los ingresos obtenidos por la interconexión del resto de operadores a su red*



cuando se realiza una Llamada al 060, pero también del ahorro de costes que supone no pagar una interconexión a un tercero por la terminación de la llamadas de los más de quince millones de clientes de Vodafone”; y, entre otros extremos, que “al requerir expresamente que el licitador sea también Operador de Acceso y de Tránsito, aun cuando no es necesario para prestar el Servicio 060, hemos de inferir necesariamente que también se comprenden las cuantías recibidas por llamadas a 060 en uso de estas funciones, siendo, por tanto, superior el volumen de ingresos que la adjudicataria recibe a los que destina a la bolsa y, por tanto, no incurriendo en temeridad”; y que, en todo caso, la recurrente incurre en el mismo presunto defecto.

Haciendo también alegaciones en cuanto a la conformidad a Derecho de la cláusula impugnada.

-También ha presentado alegaciones TELEFÓNICA DE ESPAÑA SA, según las cuales “los precios fijados por TELEFÓNICA en su oferta para los ítems recurridos, no se corresponden de forma directa con el salario que percibirán los teleoperadores y agentes, como pretende la recurrente, sino que se enmarcan dentro de un caso de negocio en el que se tienen en cuenta todos los ingresos y costes derivados del servicio ofertado.”

Y ello, por cuanto la oferta que solicita el órgano de contratación en los Pliegos del expediente de referencia, está construida en base a dos fuentes de ingresos para el licitador: el importe a pagar por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas al licitador (oferta económica), y los ingresos que obtiene de la comunicación por las llamadas realizadas por los usuarios llamantes al servicio 060, de modo que *“La suma de estas dos fuentes de ingresos es la que debe permitir al adjudicatario cubrir los costes derivados de la contratación del personal necesario y de los recursos de comunicación utilizados para ofrecer el servicio solicitado por la Administración”*. Y que las empresas recurrentes presentaron su oferta económica con un importe a pagar de 0 Euros, mientras que TELEFÓNICA presentó su oferta solicitando al Ministerio un pago de 14.000 Euros; mientras que respecto de los ingresos de la comunicación que el Operador licitador obtiene como Operador de Red Inteligente de los usuarios llamantes al servicio 060, el órgano de contratación solicita que una parte del ingreso que el Operador obtiene por ser licitador de este procedimiento sea revertida a la Administración para que con ella se asuman los desarrollos de nuevos servicios de atención (reversión), y TELEFÓNICA



ofreció revertir una parte del ingreso por comunicación a la Administración que es muy inferior a la revertida por las UTE´s VODAFONE-UNISONO y BT-ATENTO-DIGITAL. En cuanto a la cláusula impugnada, señala también la extemporaneidad de su recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello y el acto recurrido es uno de los contemplados como susceptible de recurso por el TRLCSP.

Y ello, pese a lo indicado por la adjudicataria, pues este Tribunal viene interpretando que la Ley de aplicación es la vigente en el momento de iniciarse el procedimiento impugnatorio, cuyo inicio determina en nuestro caso la aplicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, conforme a su D. Transitoria Tercera. Y, en tal caso, notificada la adjudicación el día 11 de abril, y debiendo descontarse los domingos , los festivos en Madrid días 13 y 14 de abril, y 1 y 2 de mayo, y los sábados (conforme a la Ley 39/2015 ya citada) , el recurso resulta interpuesto en plazo.

Tercero. En cuanto a la legitimación de las recurrentes, también concurre conforme al art. 42 TRLCSP por ser licitadoras que podrían resultar adjudicatarias si se excluyeran las dos ofertas previas contra las que se dirigen, o se anulara el pliego.

Cuarto. En cuanto al fondo, por razones de lógica jurídica, debemos atender en primer lugar a la pretendida nulidad de los pliegos.

A este respecto, en nuestra Resolución nº 49/2017 hemos matizado nuestra doctrina anterior, más generosa, señalando que la impugnación extemporánea de los pliegos con ocasión de un acto de aplicación, como aquí se pretende, debe admitirse con carácter excepcional *“dado que el principio del que hay que partir es que “los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen*

la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación" (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 145.1 del TRLCSP:

"Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna".

Por tanto, no sólo debe analizarse la concurrencia de vicios de nulidad de pleno Derecho, sino que deben ponderarse las circunstancias subjetivas, con apoyo en la Jurisprudencia de TS que allí se cita y en la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13). Lo que debe llevar a analizar si los vicios del pliego podrían haberse alegado en un recurso contra los propios pliegos interpuesto en plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la necesaria ponderación de derechos e intereses, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general.

Criterio reforzado por la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 3-5-2017, rec. 394/2015, que, con cita de la previa SAN de 8 de febrero de 2016 (rec. 375/2015), recuerda que *"Como hemos razonado en SAN, 4ª de 9 de marzo de 2016 (rec. 503/2014) "Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, tal y como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011 , FJ 9º), que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94) , 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95) , 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99) , 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06) , « [el pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo [...]] ».*

Por ello, no es posible impugnar los anuncios o los pliegos de cláusulas con ocasión de posteriores actos, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992

(por más identificación) dice que « [el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos" [...] ». Así lo hemos reiterado en SSAN de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013, FFJJ 3°).

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad del anuncio en la licitación o en las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno el anuncio o los pliegos que no han combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la exclusión en la licitación o en la adjudicación, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato».(...) La única excepción podría ser, como afirma la Abogacía del Estado, aquellos supuestos de nulidad de pleno derecho. Pero en ese caso, ... dicha cláusula ...no tendría encuadre en ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho contempladas en el artículo 32."

Y, en nuestro caso, desde el punto de vista objetivo, y siguiendo esta doctrina, si acudimos al art. 32 TRLCSP, el mismo define como "causas de nulidad de derecho administrativo" estrictamente las siguientes:

a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (debe entenderse, al correlativo de la Ley 39/20015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas., art. 47):

"a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.)”

b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60.

c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”

Sin que las recurrentes justifiquen el encaje el vicio denunciado del pliego en ninguno de estos supuestos.

Y, por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, tampoco resulta justificado por qué las aquí recurrentes no pudieron impugnar la cláusula en recurso contra el pliego interpuesto en plazo.

Por lo que el pliego ha devenido inatacable y su pretensión subsidiaria debe ser rechazada,

Quinto. En lo referido a la impugnación de la adjudicación, y respecto a que las ofertas de las mejor posicionadas debieron resultar excluidas por desproporcionadas, debemos recordar, que, por una parte, la existencia de ofertas anormales o desproporcionadas no determina por sí misma su exclusión, sino que , conforme al art. 152 TRLCSP, el licitador

deba justificar su viabilidad; y, en todo caso, como señaló la JCCA en su informe 58/2008, de 31 de marzo de 2009, según se deriva del artículo citado, *“...cuando se apliquen diversos criterios de valoración de las ofertas, es requisito que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitirán su apreciación.”* Lo que no sucede en nuestro caso, en que respecto del lote 1 no se regula la existencia de ofertas anormales o desproporcionadas.

En cuanto, específicamente, a la pretendida vulneración de la normativa laboral, al no respetar tales ofertas –se dice- el salario mínimo interprofesional y el fijado en el convenio, comencemos por señalar que ello no atañe al art. 87 del TRLCSP citado por las recurrentes, pues tal artículo viene referido no al precio ofertado, sino al fijado en los pliegos, inatacable en este momento tal y como se ha explicado en el fundamento precedente.

Asimismo, debemos señalar que, a la vista del pliego y de las alegaciones formuladas, parece claro que los precios ofertados no tiene por qué corresponderse de forma directa con el salario que percibirán los teleoperadores y agentes, como pretende la recurrente, puesto que el eventual adjudicatario no sólo cuenta como fuente de ingresos con el importe a pagar por el contratante, sino también con los ingresos que obtiene de la comunicación por las llamadas realizadas por los usuarios llamantes al servicio 060, menos la reversión ofertada, y el del juego de estas dos magnitudes de lo que deriva sus ingresos.

En todo caso, es decir, aun en la hipótesis de que no se diera tal esencial objeción, tampoco procedería excluir las ofertas pretendidas. Y ello, por cuanto respecto al precio ofertado en relación con las obligaciones laborales previstas en el art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, en nuestra Resolución 167/2017 hemos señalado lo siguiente:

“Con relación al efecto directo de las nuevas medidas protectoras de la norma laboral contenidas en la Directiva 2014/24/UE se pronunció la Resolución del Tribunal, de 16 de diciembre de 2016, en el recurso número 1010/2016. Al respecto se señaló: “Por otro lado, debe rechazarse el efecto directo de las nuevas medidas protectoras de la norma laboral contenidas en la nueva Directiva 2014/24/UE. El efecto directo implica que si una

Directiva que no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado.

El artículo 56.1 de la Directiva 2014/24/UE, en su último apartado prevé que: “Los poderes adjudicadores podrán decidir no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.”

El artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE dispone que: “Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.

La principal novedad del artículo 56.1 de la Directiva es la mención expresa de que una oferta puede ser excluida si no cumple las obligaciones medioambientales, sociales o laborales a las que se refiere el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24, no obstante a efectos de apreciar el efecto directo, ha de entenderse que corresponde a cada Estado definir el marco de las medidas para garantizar el efecto útil de este precepto.

La anterior conclusión no impide que el órgano de contratación pueda valorar la oferta económica del licitador a la luz de los previsibles costes económicos derivados del cumplimiento de las obligaciones salariales, generalmente a través de la tramitación prevista para las ofertas anormales o desproporcionadas, pero sin que esta valoración pueda ser determinante de la exclusión si la oferta es justificada por el licitador.

El control de las obligaciones salariales más allá de la mera justificación de la oferta económica, cuando la propuesta resulta anómala o desproporcionada –artículo 152 del TRLCSP-, supuesto que no se produjo en el procedimiento de contratación sujeto a este recurso, ha sido tratado por el Tribunal en la reciente Resolución 680/2016, de 9 de septiembre, que interesa traer a este fundamento; así: “Sobre tal cuestión este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de analizar en alguna de sus Resoluciones el problema de si

la entidad contratante está ligada por los convenios colectivos a la hora de diseñar las prestaciones que van a definir el nuevo contrato. El criterio que hemos venido manteniendo de manera reiterada es que no es así, que la entidad contratante debe tener plena libertad para definir el objeto del contrato conforme a las disponibilidades presupuestarias y a las circunstancias concurrentes. Este problema se ha planteado en relación con la posible existencia de bajas temerarias en las ofertas de determinados licitadores que no respetarían presuntamente las condiciones mínimas establecidas en el convenio colectivo, y también en relación con la indebida determinación de los precios del contrato que se iba a licitar, extrayendo siempre una misma conclusión, como es que la entidad contratante no debe quedar vinculada por esta circunstancia y que las posibles reclamaciones que se pudieran presentar en este punto serían siempre competencia de la jurisdicción laboral. Así, en nuestra resolución 185/2012 señalábamos que "En este sentido, como ya dijimos en nuestra resolución 66/2012 de 14 de marzo (recurso 35/2012), interesa apuntar que en el momento de fijar el presupuesto o precio de un contrato habrá que partir del principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 del TRLCSP, al disponer que: la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa".

(...)

Este mismo criterio ha sido sostenido en las resoluciones anteriores de este Tribunal, en el sentido de que el órgano de contratación no tiene la obligación de comprobar el cumplimiento de la legislación laboral en el ámbito de los costes salariales ni rechazar una proposición o impedir la adjudicación del contrato a favor de un licitador por la única causa de su hipotético incumplimiento, planteamiento compartido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en reiterados informes, entre ellos el 34/01, que expone que "la circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la

cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica".

Por tanto no puede considerarse que se haya vulnerado normativa comunitaria como se alega en el recurso.

Ya en la Resolución 634/2013, de 12 de septiembre, decíamos expresamente, que "La apreciación sobre si con las ofertas presentadas se pueden satisfacer los salarios establecidos en el convenio colectivo, es una cuestión ajena al proceso de licitación y que, en todo caso, debe verificarse en la ejecución del contrato. Por tanto, la alegación de la recurrente sobre la imposibilidad de que la oferta adjudicataria pueda cubrir siquiera los costes de personal derivados del convenio colectivo del sector, no es motivo para rechazar tal oferta. Así lo hemos manifestado en múltiples resoluciones (como referencia en la nº 136/2012, de 20 de junio) en el sentido de que no se puede rechazar una proposición o impedir la adjudicación de un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un convenio colectivo."

Tal doctrina es de plena aplicación a nuestro caso, por lo que no existe fundamento para que el órgano de contratación, como pretende el recurrente, excluyera las ofertas mejor posicionadas por el mero hecho de que pudieran no ajustarse a los salarios mínimos o convencionales; por lo que tal alegación debe ser en cualquier supuesto desestimada.

Sexto. En cuanto a la pretendida vulneración del Derecho de la competencia por la parte de la oferta referida a la cifra de reversión (anormalmente alta, se dice), y por el pretendido desajuste respecto de los salarios mínimos o del convenio, esta segunda afirmación debe decaer a la vista de la inexistencia de relación directa entre el precio ofertado y los salarios tratada en el Fundamento precedente. Y, respecto de la segunda, hay que negar la legitimación del recurrente para suscitar tal alegación, pues, a la vista de las alegaciones de la segunda mejor posicionada, parece evidente que la presunta excesiva cuantía de la cifra de reversión ofertada solo se podría predicar, en su caso, de la adjudicataria, cuya exclusión no determinaría la adjudicación a las aquí recurrentes.

En todo caso, y de modo adicional, tal alegación debe decaer también en atención a los límites de las facultades de control del órgano de contratación, y, consecuentemente, de este Tribunal.

Así, la doctrina tradicional de este Tribunal abonaba la tesis de que la normativa en materia de contratación pública no tiene como finalidad perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas que puedan producirse entre los empresarios que participan en un procedimiento de contratación pública, la cual es una misión que corresponde al Derecho de la competencia, como quedaba patente en la disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP, que excluye de su ámbito la sanción de las conductas que infrinjan la legislación en materia de defensa de la competencia.

Ahora bien, como hemos apuntado, por ejemplo, en la Resolución 252/2017, *“no puede ignorarse que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, hace previsiones que deben ser tenidas en consideración (...). Ahora su plazo de trasposición ha vencido, por lo que analizaremos si de los preceptos de la Directiva invocados de contrario pudiera llegarse a una conclusión contraria a la hasta ahora sostenida.”* Y concluíamos que *“desde la aplicación de la Directiva de 2014, el control del órgano de contratación sobre las prácticas tendentes a restringir la competencia sea más intenso por mor de su precitado artículo 57.”*

A estos efectos, en tal Resolución estudiábamos la posibilidad de excluir a los licitadores en base a tal defensa de la competencia, analizando, en lo que aquí interesa, el artículo 57.4 d) de la Directiva, que establece la facultad de excluir a los licitadores cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que han llegado a acuerdos destinados a falsear la competencia, si bien admite prueba en contrario.

Pues bien, en nuestro caso no se prueba en modo alguno la existencia de tales acuerdos; en realidad, ni siquiera se alega la existencia de una práctica acordada; por lo que no se incurre en la causa de exclusión señalada. Y habrá que seguir manteniendo que la vigilancia de las demás prácticas que pudieran afectar a competencia, en lo no previsto en tal Directiva, seguirá siendo competencia de las Autoridades de ello encargadas.

Por otra parte, y como hemos apuntado en la Resolución 13/2017, la alegación de que el contrato ha sido privado de onerosidad y, por tanto, desnaturalizado, exigiría la prueba de que la oferta, en su conjunto, se ha realizado a pérdida, lo que no se ha acreditado en nuestro caso, en que las alegaciones de las recurrentes se centran en aspectos concretos de la oferta económica.

Por lo que no se ha justificado que procediera la exclusión de las ofertas mejor posicionadas, y su alegación no puede ser estimada.

Séptimo. Se considera que el recurrente ha actuado de mala fe en la interposición del recurso, por lo que conforme al artículo 47.5 del TRLCSP y al artículo 31.2 del Real Decreto 814/2015, procede la imposición de una sanción pecuniaria, basada en los siguientes motivos:

- Porque las cifras de la oferta económica del licitador recurrente, la UTE BT-ATENTO-DIGITAL, no son muy distintas a las presentadas por los otros licitadores contra los que recurre, la UTE VODAFONE-UNÍSONO, y la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA SA, Sociedad Unipersonal. Cifras cuya supuesta temeridad le llevan a concluir que atentan contra la normativa aplicable en materia laboral, y en materia de defensa de la competencia.

Efectivamente, en cuanto al **precio** del contrato, la UTE BT-ATENTO-DIGITAL propone prestar el servicio por cero euros, mientras que TELEFÓNICA oferta un precio a recibir de la Administración de 16.940 € (14.000 + IVA).

En relación con la oferta económica relativa a la **reversión**, las cifras ofertadas por el recurrente (0,151, 0,064, 0,1510 y 0,151) son parecidas a las ofrecidas por la empresa adjudicataria (0,16, 0,09 0,16 y 0,16), y bastante más ventajosas para la Administración que las ofrecidas por Telefónica (0,0001, 0,0107, 0,103, y 0,0001), ya que estos importes más bajos suponen pagar menos dinero a la Administración.

Finalmente, en cuanto a la oferta económica de **precios unitarios**, los ofrecidos por la recurrente son inferiores a los de la adjudicataria en 12 apartados, de un total de 19 de los que se compone el modelo. Y aunque, efectivamente, los

precios ofrecidos por la adjudicataria son llamativamente bajos en los apartados S17, S18 y S19, no es menos cierto que la recurrente también oferta un precio muy bajo en el apartado S16 (8,8889 euros, por 70 euros de la adjudicataria), siendo también muy bajo en el apartado S15 (12 euros, frente a 28 de la adjudicataria).

- En segundo lugar, porque la demora en la formalización del nuevo contrato motivada por la interposición del presente recurso especial en materia de contratación, podría permitir, en su caso, una nueva prórroga con la actual entidad prestadora del servicio, que es precisamente una UTE formada por dos de las empresas recurrentes, BT y Atento. El perjuicio económico para la Administración que podría derivarse de esa situación es difícil de determinar, entre otros motivos porque dependería, además de la diferencia de precios entre ambas ofertas, del flujo concreto de llamadas. Por ello, se opta por imponer la multa en su cuantía mínima.

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. J.L.S.M., en representación de la entidad Atento Teleservicios España, S.A.U, D. J.C.V., en representación de la entidad BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U y D. R.A.U., en representación de la entidad Digital Virgo España, S.A.U, contra la adjudicación del Lote 1 -"Servicio multicanal 060"- del Contrato de Servicios "Servicio Multicanal 060 de la Administración General del Estado" —expediente 45/16— licitado por la Junta de Contratación de los Servicios Centrales en el Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, operada en base al artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que, según lo manifestado en el fundamento séptimo, se aprecia la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de una multa de 1.000 euros.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.