



Recurso nº 755/2018

Resolución nº 818/2018

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

En Madrid a 24 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.L.A.A. en representación de BT ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U (en adelante BT) contra el acuerdo de 13 de julio de 2018 de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SEPE) por la que se adjudica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA) el contrato del “*Servicio de comunicaciones de la red del Servicio Público de Empleo Estatal*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano competente del SEPE acordó el 8 de febrero de 2018 el inicio del procedimiento para la licitación del expediente para la contratación del “*Servicio de comunicaciones de la red del Servicio Público de Empleo Estatal*”. El acuerdo y los pliegos fueron objeto de publicación en el DOUE el 7 de marzo, así como en el BOE el 8 de marzo y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de marzo.

Segundo. El procedimiento se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), siguiéndose los trámites del procedimiento abierto.

Tercero. El 23 de abril de 2019 se reunió la mesa de contratación para la apertura del sobre correspondiente a la documentación administrativa de las ofertas presentadas, con el resultado que obra en el expediente. El 8 de mayo de 2018 se procede a la apertura de la documentación correspondiente al sobre nº2, relativo a los criterios evaluables



mediante juicios de valor. El 23 de mayo de 2018 se analiza el informe de valoración emitido por los servicios técnicos, procediéndose a continuación en acto público a la apertura del sobre nº3 relativo a los criterios evaluables mediante fórmulas. Del resultado de los informes de valoración y la suma de la puntuación asignada, resulta que la oferta económicamente más ventajosa, a juicio de la mesa de contratación, es la presentada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por lo que se le requiere para la presentación de la documentación oportuna.

Cuarto. Presentada la documentación, el 10 de julio de 2018 el órgano de contratación acuerda la adjudicación del contrato a dicho licitador.

Quinto. El 17 de julio de 2018 se formula por BT recurso especial ante este Tribunal. Recibido el expediente completo, junto con el informe del órgano de contratación, se dio traslado al resto de licitadores para que formularan alegaciones el 3 de agosto de 2018, habiendo hecho uso de su derecho TELEFÓNICA, mediante escrito presentado el 7 de agosto del mismo año.

Sexto. El 10 de agosto de 2018, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió el mantenimiento de la suspensión producida automáticamente por la interposición del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Normativa aplicable.

La primera cuestión a dilucidar es la relativa a cuál es la normativa que resulta aplicable a este expediente. A este respecto, señala la disposición transitoria primera 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):

“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados



sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.

En el presente caso la publicación de la convocatoria se produce antes de la entrada en vigor del 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la LCSP, por lo que el procedimiento de licitación se rige por el TRLCSP, junto con aquellos preceptos de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva 2014/24).

No obstante, el acuerdo recurrido se dicta con posterioridad a dicha fecha, por lo que si bien el procedimiento de adjudicación está sujeto a las normas contenidas en el TRLCSP, tal y como antes se señaló, con las especialidades derivadas de lo dispuesto en la Directiva 2014/23/UE, debe analizarse cuál es la normativa aplicable al ámbito y alcance del presente recurso.

Pues bien, la doctrina de este Tribunal se encuentra profusamente expuesta entre otras en Resolución nº 437/2018, a la que nos remitimos:

“La cuestión, por tanto, que se plantea consiste en determinar si este Tribunal es competente para conocer de un recurso especial contra un acto de adjudicación dictado en un expediente de contratación de un contrato no sujeto a regulación armonizada que se rige por el TRLCSP, pero que ha sido dictado después de la vigencia de la Ley 9/2017. Más en concreto, se plantea si la Disposición Transitoria 1ª.4, párrafo segundo, excepciona lo determinado en su apartado 1, en concreto, si ampara el recurso especial frente a actos del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, y respecto de contratos mencionados en el artículo 44.1, o si por el contrario, solo habilita el recurso contra dichos actos en sí mismos, como tales, con independencia del contrato respecto del que se dicten, y por ello solo respecto de contratos mencionados en el artículo 40.1 del TRLCSP, que es la norma sustantiva que determina el ámbito objetivo contractual respecto del que es susceptible la interposición del recurso especial frente a otros recursos administrativos, y aplicable ex artículo 40 de dicho TRLCSP al tratarse de expedientes que se rigen por la normativa anterior a la Ley 9/2017.



Este Tribunal considera que el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que cabe interponer recurso especial en vez de otros recursos administrativos en el caso de expedientes que se rijan por el TRLCSP al haberse iniciado antes de la vigencia de la Ley 9/2017, es, con arreglo a lo determinado en la Disposición Transitoria Primera.1, el determinado en el artículo 40.1 del TRLCSP en el caso de que el acto recurrido se haya dictado con posterioridad a su vigencia. Lo que implica que, si bien los actos recurribles son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, cuyo elenco es mayor que el del TRLCSP, los contratos respecto de los que se dicten han de ser en ese periodo transitorio, los contratos que menciona el artículo 40.1 del TRLCSP, y, además, significa que la nueva Ley ha ampliado el ámbito objetivo del recurso especial solo respecto de los actos en sí mismos considerado dictados en expedientes iniciados con posterioridad a su vigencia. Por tanto, los actos mencionados en el artículo 44.2 de la nueva Ley que antes de su vigencia no eran recurribles, sí lo serán no solo cuando se dicten en expedientes iniciados con posterioridad a la vigencia de aquella Ley, sino también cuando hayan sido dictados en expedientes iniciados antes, pero dictados con posterioridad a dicha vigencia. De esa forma se armoniza y adquiere cabal sentido el contenido de la Disposición Transitoria Primera, 1, con el de su apartado 4, párrafo segundo, de forma que no se amplía el ámbito sustantivo de los contratos respecto de los que cabe el recurso en ese periodo transitorio, en contra de lo que determina el apartado 1 de dicha Transitoria Primera, pero sí los actos que pasan a ser susceptibles de recurso especial.

Lo anterior se funda en lo siguiente:

1. Interpretación sistemática de los apartados 1 y 4, párrafo segundo, de la Disposición Transitorio Primera de la Ley 9/2017.

Si el apartado 1 de dicha Transitoria Primera determina que los expedientes iniciados con anterioridad a su vigencia se rigen por la normativa anterior, el TRLCSP, ha de entenderse que el ámbito objetivo de los contratos susceptibles de recurso, en cuanto norma sustantiva determinante del régimen de recurso en tales contratos, es el que determina la normativa anterior, siendo aplicable el artículo 40.1, que es la norma sustantiva que delimita los contratos típicos respecto de los que cabe el recurso especial,



eso sí, afectados por el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE a partir de abril de 2016 en que debió haberse procedido a su transposición.

Por ello mismo, al no establecer dicho apartado 1 de la Transitoria Primera excepción sustantiva alguna, ha de interpretarse el apartado 4, párrafo segundo, en lo referente a los actos dictados en expedientes iniciados con anterioridad en el sentido de que se refiere a un determinación procesal, en concreto, a los singulares actos que pasan a ser recurribles con la nueva norma legal, en especial, actos de trámite consistentes en admisiones, encargos, modificados y rescates, especialmente estos tres últimos, ya que no son actos precontractuales, ni contractuales en el caso de los encargos.

En otro caso, se llegaría a un resultado absurdo, pues podría llevar a que un licitador excluido mediante acto dictado el 7 de marzo de 2018 en un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, de valor estimado superior a 100.000 euros con licitación publicada antes de la vigencia de la nueva Ley, no podría interponer el recurso especial, pero si otro licitador en esa misma licitación hubiera sido excluido el día 9 de marzo, vigente ya la nueva norma legal, sí podría interponer el recurso especial. Incluso un mismo licitador interesado en dos actos dictados en distintas fechas, antes y después de la vigencia de dicha Ley, se vería que no podría recurrir en esta vía respecto del primero, pero sí respecto del segundo.

2.- En segundo lugar, mediante una interpretación sistemática y lógica se llega a esa misma conclusión.

Así, si la delimitación del ámbito objetivo de los contratos respecto de los que procede el recurso especial es materia sustantiva delimitadora de su régimen jurídico sustantivo, ha de entenderse que los contratos respecto de los que procede el recurso es una materia distinta a la de los actos susceptibles de recurso especial, de forma que estos sí serían materia procesal o de procedimiento, mientras que aquel ámbito objetivo contractual sería sustantivo. Además, si la determinación de qué contratos están sujetos a regulación armonizada y por ello son susceptibles de recurso, integra el régimen sustantivo de los mismos, es indudable que esa determinación integra su régimen jurídico, que, por aplicación de la Transitoria Primera, 1, será el aplicable a todo el expediente de



contratación, incluido el régimen de recursos que se pueden interponer contra los actos que se dicten en el mismo.

Ello determina que se aplica la Transitoria Primera.1, de la Ley 9/2017 para determinar los contratos susceptibles de recurso, que serán en los expedientes iniciados con anterioridad, los del TRLCSP, artículo 40.1. Y se aplicará la Transitoria Primera,4, párrafo segundo, para la determinación de los concretos actos susceptibles de recurso en expedientes iniciados con anterioridad, pero dictados después de la vigencia de dicha Ley, actos que son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017.

Apoya ese argumento el que en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley se diferencia entre el ámbito objetivo contractual al que se vincula el recurso especial y los actos susceptibles de recurso especial, al determinar y referirse, por una parte, a los primeros, y por otra, separadamente, a los segundos, cuando dice

“Se amplía el ámbito de aplicación de este recurso, sin que dicha ampliación afecte a la necesaria agilidad que debe tener el sistema en la resolución de estos recursos, dejando de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada, de tal manera que se puede interponer en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros)”,

y en otro párrafo distinto, se refiere a los actos contra los que se puede interponer, citando que:

“Para concluir la referencia al recurso especial, este se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en esta Ley y acuerdos de rescate de concesiones.”



Esa referencia separada pone de relieve que una cosa son los contratos a los que se vincula el recurso, que es norma sustantiva, y otra los actos susceptibles de recurso, que es norma procedimental.

3.-En el mismo sentido se puede argumentar examinando el contenido de la Transitoria Primera, 4, que se refiere al régimen transitorio de los procedimientos de recurso especial. Dicha norma determina:

“4. Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

Es indudable que se refiere a los procedimientos de recurso en curso y a los actos recurribles solo en relación a los expedientes iniciados antes de la vigencia, pero comprendidos, como tales actos, en el artículo 44.2, es decir, esa Transitoria solo regula aspectos procesales no sustantivos, por lo que solo se refiere a los actos recurribles del artículo 44.2 de la Ley.

En ese sentido, debe recordarse que esa Transitoria Primera, 4, reproduce la Transitoria Octava del TRLCSP, que era diferente de su transitoria Primera, de carácter sustantivo, cuyo texto es el siguiente:

“Disposición transitoria octava. Procedimientos en curso.

“1. Los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.



2. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 40 de esta Ley, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”. Como puede apreciarse esa Transitoria Octava se refiere a los procedimientos en curso, es decir, tiene un contenido puramente procesal, no sustantivo, por lo que no afectaba a los contratos respecto de los que los actos dictados eran recurribles.”

Como puede apreciarse esa Transitoria Octava se refiere a los procedimientos en curso, es decir, tiene un contenido puramente procesal, no sustantivo, por lo que no afectaba a los contratos respecto de los que los actos dictados eran recurribles.

Esa Transitoria Octava, a su vez, procedía de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, de su Disposición transitoria tercera, que determinaba:

“Procedimientos en curso.

1. Los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o los de reclamación que se hayan iniciado al amparo del artículo 101.1 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

2. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos



susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”

La coincidencia es absoluta, pero la particularidad más reseñable es que esa última Ley creaba los Tribunales de Recursos Contractuales, retirando la competencia para resolver el recurso especial a los órganos de contratación, pero no ampliaba ni variaba el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que eran recurribles los actos dictados. Sí ampliaba éstos, en especial en cuanto suprimía la distinción entre actos de adjudicación provisional y actos de adjudicación definitiva, que refundió en uno, y atribuyó a dichos tribunales el conocimiento de las cuestiones de nulidad. Por tanto, los actos recurribles a que se refería eran éstos en sí mismos, pues los contratos respecto de los que se dictaban no habían variado y no variaba el ámbito contractual respecto del que se admitía el recurso especial.

4.- Por otra parte, la propia Transitoria Primera pone de relieve que cuando establece una excepción a la norma que determina la aplicación de la normativa anterior se refiere solo a actos dictados con posterioridad respecto de contratos que se rigen por la normativa anterior, y lo dice expresamente. Este es el caso de la Transitoria Primera. 2, que somete los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, a la normativa anterior, pero establece en su apartado 3 unas excepciones solo referidas a determinados actos, no a los contratos respecto de los que se dictan, cuando determina:

“3. La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate y a los encargos que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor. Deberá entenderse que un encargo se ha realizado cuando haya sido objeto de la correspondiente formalización documental”.

De ese texto resulta que el régimen sustantivo de los encargos y los rescates si se realizan con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley, es el de la propia Ley, aunque se refieran a contratos anteriores (en el caso de rescates), pero no dice lo mismo respecto de los modificados, que se rigen por la norma que rija el contrato que se modifica. No obstante, unos y otros son susceptibles de recurso especial en el caso de que deriven de



expedientes iniciados con anterioridad, si el acto se dicta con posterioridad a la vigencia de la nueva, si bien su régimen jurídico ha de ser el propio de la normativa que lo rige, que es la que rige el expediente.

En conclusión, si una cosa es el ámbito sustantivo del recurso, y otra los actos susceptibles de recurso, frente a los actos dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley en expedientes que se rigen por la normativa anterior, solo cabe el recurso respecto de contratos que se rigen y determinan por la normativa anterior, aunque se puede interponer contra cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 44.2 de la nueva Ley dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Por tanto, rige en esta contratación ex Disposición Transitoria Primera, 1 y 4, de la Ley 9/2017, el TRLCSP, el artículo 40 de la TRLCSP, en cuanto determina los contratos respecto de los que son recurribles los actos que enumera en su apartado 2, actos que pasan a ser los del artículo 44.2, de la ley 9/2017, aplicable con arreglo a lo dispuesto en la Transitoria citada, apartado 4.

*En consecuencia, en nuestro caso, el acto recurrido no es susceptible de recurso especial al referirse a un contrato de servicios no sujetos regulación armonizada al no superar el umbral establecido en el artículo 16 del TRLCSP, de conformidad con el artículo 40.1. a) del TRLCSP. **Por ello, procede inadmitir el recuso especial interpuesto.***

En el presente caso, por tanto, la normativa aplicable al procedimiento de revisión es también la vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017.

Segundo. Competencia del Tribunal

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Tercero. Acto recurrible.

El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2.C) de la LCSP, por tratarse de un acuerdo de adjudicación que supone la finalización del procedimiento, y en relación con un procedimiento de contratación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Cuarto. Legitimación del recurrente, plazo y forma de presentación.

El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, por tratarse del licitador que quedó en segundo lugar, por lo que la eventual estimación del recurso podría dar lugar a la adjudicación a su favor.

Quinto. Alegaciones del recurrente y contestación del órgano de contratación y del adjudicatario:

El recurrente centra sus alegaciones en considerar que la oferta de TELEFÓNICA debió excluirse por los siguientes motivos:

- a) Por no haber seguido correctamente el modelo de presentación de la oferta económica, al no haber desglosado todas las partidas exigidas en los pliegos, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 9 y 10 de la cláusula 3 del PPT. En particular, considera que en su oferta no desglosa adecuadamente las partidas contenidas en determinados subapartados de la cláusula 3.3 del PPT, lo que hace imposible la comparación de ofertas entre los licitadores, además de constituir un incumplimiento de los pliegos.
- b) Por ser una oferta de imposible cumplimiento, de conformidad con los requisitos técnicos exigidos en los pliegos, dado que TELEFÓNICA, según alega, no dispone del despliegue de red de fibra hasta el hogar (FTTH) por toda España, por lo que es imposible que pueda cumplir con las exigencias de cobertura contenidas en determinadas sedes de las exigidas en el pliego, así como también resulta de imposible cumplimiento el



acceso en las condiciones exigidas por el pliego en algunas de las sedes, según la información contenida en los propios sistemas de información de TELEFÓNICA .

c) Por otra parte considera que con su oferta económica TELEFÓNICA está incumpliendo las exigencias impuestas por la CNMC en su resolución de 24 de febrero de 2016.

d) Finalmente, según la información suministrada por la propia TELEFÓNICA en su oferta mayorista de servicios, no se cumplen los parámetros de calidad exigidos por el pliego en cuanto a la latencia solicitada en los pliegos (45ms frente a 60 ms exigidos).

A dichas alegaciones contesta el órgano de contratación señalando:

a) La oferta de TELEFÓNICA sí cumplía los pliegos, pues en el PCAP no se estableció *a priori* un modelo concreto de desglose de partidas, precisamente porque el nivel de desglose de las mismas depende de la forma en que se presente la oferta, que podía ser diferente por cada licitador. De hecho el desglose propuesto por BT se ajusta a la forma en que dicho licitador presentó su oferta, pero no es trasladable a TELEFÓNICA, cuya oferta es, a juicio de los servicios técnicos responsables y de la mesa de contratación, correcta y suficiente para cumplir con las exigencias del PPT.

b) Los supuestos incumplimientos de requisitos técnicos alegados por el BT no pueden ser objeto de valoración durante la fase de licitación del contrato, sino que será en la fase de ejecución cuando se pueda comprobar el supuesto incumplimiento.

TELEFÓNICA, por su parte, abunda en lo ya argumentado por el órgano de contratación.

Sexto. Doctrina de este Tribunal sobre los defectos formales en la presentación de proposiciones. Aplicación al caso.

Procede en primer lugar analizar la primera de las alegaciones. El artículo 145 TRLCSP señala: *“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 su parte, el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001 señala: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.”*

Es constante doctrina de este Tribunal que los pliegos de contratación constituyen, efectivamente, la ley entre las partes, de suerte que la presentación de proposiciones de forma que contravengan los pliegos puede constituir causa de exclusión en el procedimiento, de conformidad con lo previsto en los artículos 145 y 146 TRLCSP cuando tales defectos impiden conocer el contenido de las ofertas o la voluntad de los licitadores de cumplir el contrato (resolución nº 182/2012).

Es decir, para que efectivamente pueda excluirse una oferta por errores u omisiones formales en la formulación de las ofertas es necesario, en primer lugar, que la forma de presentación de las mismas estuviera claramente establecida en el pliego y además que tales errores sean esenciales, de suerte que no sea posible conocer cuál era la oferta presentada por el licitador.

Pues bien, a juicio de este Tribunal no se dan tales supuestos en el presente caso. Por un lado, como señala el órgano de contratación, el PCAP no exigía un concreto modelo para el desglose de la oferta, sino que, por el contrario, el modelo de presentación de la oferta económica se limitaba a recoger una cuantía global por cada Lote. Es en el PPT donde se establece la obligación de desglosar, sin exigir tampoco un determinado modelo, por lo que la forma de presentación de las ofertas era libre para los licitadores, siempre y cuando la información suministrada fuera suficiente.

Y la mesa de contratación y el órgano de contratación consideran que sí lo era, según los informes obrantes en el expediente. Es decir, los servicios competentes consideran que la oferta de TELEFÓNICA da información suficiente sobre los elementos económicos de



la oferta según lo exigido en los pliegos, juicio técnico cuya revisión por este Tribunal está sometido a la doctrina de la discrecionalidad técnica, de conformidad con la cual la revisión solo puede versar sobre i) aspectos formales de la valoración (competencia o procedimiento); ii) si se ha incurrido en discriminación y iii) si se contienen errores materiales o arbitrariedad, por haberse apartado de los criterios expresamente contenidos en el pliego (resoluciones nº 681/2018 o nº 290/2015)

Ninguna de tales circunstancias concurren en el presente caso, ni han sido siquiera alegadas por el recurrente, por lo que ha de confirmarse en este punto el acuerdo recurrido.

Séptimo. Doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de excluir a los licitadores por el incumplimiento de requisitos técnicos. Aplicación al caso.

Se analizan a continuación las alegaciones segunda y cuarta de las planteadas por el interesado, pues en ambos casos se alude a la supuesta imposibilidad de cumplir las exigencias del pliego por parte de TELEFÓNICA. En este punto ha de partirse de la doctrina ampliamente expuesta por parte de este Tribunal en el sentido de que la exclusión de los licitadores por el incumplimiento de requisitos técnicos solo producirse en el caso de que de la oferta presentada por el licitador se deduzca de forma patente que la misma es incongruente con los pliegos, de suerte que la ejecución de la oferta en los términos planteados por el licitador suponga necesariamente un incumplimiento de los términos de la oferta (Resolución nº265/2018).

Pues bien, en el presente caso no se dan ninguna de tales circunstancias. En primer lugar hay que decir que la supuesta imposibilidad de cumplir con las exigencias del pliego no se deduce de la documentación obrante en la oferta presentada por TELEFÓNICA, sino de otras fuentes de información aportadas por el licitador recurrente y que se basan en el estado actual de la tecnología que tiene disponible la adjudicataria. Sin embargo, la valoración de las ofertas debe basarse únicamente en la documentación aportada en la propia oferta, no siendo admisible tener en cuenta otras fuentes de información que tienen que ver con características personales de las empresas, como pretende el licitador recurrente.



Además, tal y como ha señalado el licitador adjudicatario, en el presente caso los pliegos contemplan un amplio periodo de implantación, con lo que el propio órgano de contratación ya anticipaba la posibilidad de que en el momento de presentación de las ofertas los licitadores no tuvieran la plena disponibilidad de los servicios ofertados, permitiendo un amplio margen para que realicen las adaptaciones que sean necesarias.

Por lo tanto, no cabe anticipar el posible incumplimiento de unos requisitos técnicos sobre la base de información que no forma parte de la documentación de la oferta del licitador y que, además, se refieren al estado actual siendo así que los propios pliegos establecen un amplio periodo de implantación para el licitador adjudicatario pueda adaptar su tecnología para la ejecución del contrato.

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado también en este punto.

Octavo. Alcance de la competencia de este Tribunal.

Alude en tercer lugar el licitador al posible incumplimiento por parte del adjudicatario de obligaciones que venían impuestas en virtud de lo dispuesto en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y por Resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencias de 14 de marzo de 2016.

Pues bien, respecto de tales cuestiones debe recordarse que la competencia de este Tribunal se limita a la revisión en materia de contratación, es decir, en aplicación de las normas que regulan la contratación pública. Sólo el incumplimiento de tales normas puede dar lugar a la revisión por parte de este Tribunal, pues hasta ahí alcanza el ámbito de su competencia.

Por ello, el incumplimiento de otro tipo de normativa sectorial no puede servir de base para la anulación de un acto administrativo en el seno de este procedimiento de revisión.

Pero es que además en este ámbito existe una competencia exclusiva de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia quien, como autoridad administrativa independiente es la única que puede pronunciarse a este respecto, de conformidad con lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones antes mencionada.



Noveno. Cumplimiento por el adjudicatario del requisito técnico de “latencia”.

Finalmente, en cuanto a la alegada imposibilidad de que la empresa adjudicataria alcance el nivel de latencia de 60 ms para las líneas de caudal simétrico de 100 Mbps, debemos resolver, tal y como afirma el órgano de contratación, que el nivel de latencia es un ANS (Acuerdo de Nivel de Servicio), y que en caso de no ser alcanzado en la ejecución del contrato, existen penalidades que son aplicables por cada sede y mes.

Es decir, al igual que en la alegación sobre la no disposición por parte de TELEFÓNICA de la red de fibra, se trata de una cuestión a verificar en la ejecución del contrato y no un incumplimiento de los pliegos que pueda motivar una exclusión ya que, como se dijo, los pliegos contemplan un amplio periodo de implantación, permitiendo las adaptaciones que sean necesarias.

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 presentado por D.L.A.A., en representación de BT ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U contra el acuerdo de 13 de julio de 2018 de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal por el que se adjudica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. el contrato del *“Servicio de comunicaciones de la red del Servicio Público de Empleo Estatal”*.

Segundo. Levantar la medida cautelar acordada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declara que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad, de conformidad con el 58 de la LCSP.



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 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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.