



Recurso nº 455/2019

Resolución nº 818/2019

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

En Madrid, a 11 de julio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. G. M. en representación de ORANGE ESPAGNE, S.A. contra acuerdo de la Entidad Pública Empresarial RED.ES de fecha 28 de marzo de 2019, en virtud del cual se desiste del procedimiento de licitación para el *"Suministro de conectividad a Internet con banda ancha ultrarrápida y redes internas de comunicaciones seguras para centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en Madrid"*, Expediente 043/18-SP, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 21 de junio de 2018 se publicó en el DOUE anuncio para la contratación por RED.ES del suministro de conectividad a Internet con banda ancha ultrarrápida y redes internas de comunicaciones seguras para centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en Madrid. El anuncio fue igualmente publicado en el Boletín Oficial del Estado, así como en el perfil del contratante.

Segundo. Presentadas las ofertas, entre otras, la de la recurrente, se procedió a su apertura y valoración y el día 15 de octubre de 2018 la mesa de contratación acordó proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la UTE GNET TRC EDNON, requiriéndosele para que presentara la documentación requerida para la formalización del contrato.

Tercero. Por Resolución de la Secretaria General de la entidad pública empresarial RED.ES de 31 de octubre de 2018 se tiene por retirada la oferta de la UTE GNET TRC



EDNON por no acreditar la documentación presentada la solvencia económica exigida y se acuerda requerir a ORANGE como siguiente clasificada.

Cuarto. Contra la anterior resolución se interpuso ante este Tribunal el recurso 1215/2018, que dio lugar a la resolución 181/2019, de 1 de marzo de 2019, por la que se acuerda estimar parcialmente el recurso y anular dicha resolución, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a su emisión para que el órgano de contratación, tal y como ha manifestado, pueda declarar el desistimiento del contrato dado que el error en su calificación podría haber afectado a la concurrencia.

Con fecha 30 de noviembre de 2018 el Tribunal había acordado la medida cautelar consistente en la suspensión provisional del procedimiento, que había continuado desarrollándose hasta entonces de forma que, con fecha 20 de noviembre de 2018, se había publicado el acta de la mesa de contratación en la que se elevaba al órgano de contratación propuesta de adjudicación del contrato a favor de ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

Quinto. El Consejo de Administración de RED.ES, en su sesión del día 28 de marzo de 2019, adoptó por unanimidad el siguiente acuerdo de desistimiento, que fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 11 de abril de 2019:

3.1 Acuerdo, en su caso, del Consejo, de aprobación del desistimiento en la Licitación del Expediente 043/18-SP.

Con motivo del recurso especial en materia de contratación nº 1215/2018 presentado por la UTE GNET TRC EDNON contra la resolución por la que entendía retirada la oferta de la UTE recurrente, Red.es volvió a examinar el expediente correspondiente al procedimiento constatando que el contrato había sido calificado erróneamente. Tal y como se desprende del Informe del Director de Servicios Públicos Digitales para la aprobación del expediente, la prestación económicamente principal es la correspondiente a los servicios (por lo que debía de haber sido calificado como mixto de servicios), cuando el contrato se caracterizó como mixto de suministros (porque todos los expedientes correspondientes a este programa, uno por cada CCAA, se habían conceptuado así).



Considerando las razones expuestas en el Informe de la Subdirección Jurídica de Red.es emitido con motivo del recurso, se consideró que el error cometido en la calificación del contrato modificaba la solvencia a exigir y podía por tanto influir en la concurrencia. Por una parte, se desconoce si los licitadores presentados a esta licitación cumplirían con una solvencia con requisitos correspondientes a un contrato de servicios, y por otra, se ignora qué otros posibles interesados que hubieran podido cumplir una solvencia de contrato de servicios, no se presentaron a la licitación al examinar los pliegos y comprobar que la solvencia exigida correspondía a requisitos aplicables a suministros. Por ello, se estima necesario desistir del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.4 de la LCSP, por haber incumplido lo dispuesto en el artículo 18 de la LCSP. Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que, en su resolución nº 181/2019 estimó parcialmente el recurso de la UTE GNET TRC EDNON, anulando la resolución de Red.es recurrida y ordenando la declaración del desistimiento del contrato, ya que el error en su calificación puede haber afectado a la concurrencia.

Sexto. Disconforme la recurrente con el desistimiento interpone contra el mismo recurso especial, solicitando su anulación, así como que se ordene a RED.ES la formalización del contrato que le ha sido adjudicado.

Séptimo. Recibido el escrito de impugnación en el Tribunal se comunicó al órgano de contratación para que emitiera el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP), trámite que cumplimentó emitiendo el correspondiente informe de 10 de mayo de 2019.

Octavo. De acuerdo con el artículo 56.3 de LCSP, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de las licitadoras para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiendo hecho uso del trámite la UTE GNET TRC EDNON.

Noveno. Con fecha 16 de mayo de 2019, por la Secretaria General del Tribunal, actuando por delegación del mismo, se resolvió denegar la solicitud de medida provisional



consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De acuerdo con lo dicho este Tribunal es competente para resolver el recurso interpuesto de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46 LCSP.

Segundo. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 44 de la LCSP. En efecto, como señala la Resolución 254/2019, 15 de marzo, en relación con la impugnación de los acuerdos de desistimiento *«así lo ha entendido el Tribunal en anteriores ocasiones (por todas, Resolución de 6 de noviembre, o 95/2015, de 30 de enero, declarando el Tribunal en esta última que, aunque “la impugnación de los acuerdos de renuncia al contrato o el desistimiento del procedimiento de contratación no están previstas expresamente entre los actos recurribles contemplados entre las competencias de este Tribunal prevista en el artículo 40 del TRLCSP”, procede considerar “la renuncia o el desistimiento como actos administrativos que impiden la continuación del procedimiento de contratación, tal y como hicimos en las Resoluciones 318/2014, de 25 de abril; 263/2012, de 21 de noviembre; 2/2012, de 5 de enero,...”)»*.

El órgano de contratación mantiene en su informe que el recurso debe ser inadmitido en cuanto el Tribunal, en la resolución 181/2019, de 1 de marzo de 2019, dictada en el recurso 1215/2018, ya ha considerado que sí se cumplen los requisitos necesarios para adoptar el acuerdo de desistimiento. Sin embargo, el desistimiento era en aquel recurso un acto inexistente, puramente eventual, por lo que el Tribunal se limitaba a evocar la posibilidad de que fuera adoptado, tal y como anunciaba el órgano de contratación, pero sin prejuzgar en absoluto su regularidad.

Por todo ello, procede admitir a trámite el presente recurso.

Tercero. El acuerdo de desistimiento impugnado fue adoptado el día 28 de marzo de 2019 y certificado y publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 11 de abril de 2019.

El recurso especial ha sido presentado el día 8 de mayo de 2019, por lo que se ha presentado dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. La sociedad recurrente, como licitador concurrente cuyos intereses se ven afectados por el desistimiento de la contratación, ostenta, en principio, legitimación para interponer el recurso (artículo 48 de la LCSP).

Quinto. Alega la recurrente que no existe causa legítima que justifique el desistimiento, pues el error en la calificación del contrato, que admite, sería irrelevante y no afectaría al interés general.

En concreto mantiene que el error en la calificación del contrato no modifica la solvencia económica exigida, sino que la avala, como tampoco la solvencia técnica y profesional exigible, al estar su acreditación referida a la relación de los principales servicios y suministros prestados por el licitador. Las prestaciones de servicios son muy superiores en importe a aquellas de suministro, lo que permite confirmar el error en la calificación del contrato, pero tal error no conlleva una modificación del valor estimado del contrato y, por consiguiente, tampoco de la solvencia económica y financiera exigida. Siendo correctas las cifras consignadas para cada una de las prestaciones objeto del contrato mixto y no viéndose afectadas por el error en la calificación, también ha de serlo necesariamente el valor estimado de contrato, por lo que la solvencia económica y financiera sería la misma exigida desde el inicio del expediente. Considera por lo demás procedentes las condiciones mínimas y medios de acreditación de la solvencia técnica, por lo que la modificación en la calificación del contrato no debería afectarlas.

Por otra parte, mantiene que los dos licitadores que presentaron oferta conocían perfectamente la naturaleza de las prestaciones demandadas, siendo irrelevante cualquier posible error en la calificación del contrato para la preparación y valoración de sus ofertas, toda vez que del contenido de los pliegos y especialmente del Pliego de Prescripciones



Técnicas resultaba meridianamente claro qué prestaciones eran de suministro y cuáles de servicio y qué importes máximos correspondían a cada prestación. Ningún efecto anticompetitivo derivaría del error de calificación del contrato, que no entraña por otra parte un defecto insubsanable dado que las cláusulas de los pliegos de contratación se ajustan tanto a las exigencias de un contrato mixto de servicios como a un contrato mixto de suministros. Considera además que no habría terceros afectados, pues no consta que ningún operador se haya interesado por la licitación mediante consulta, reclamación, recurso o cuestionamiento alguno. Invoca al respecto la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 6 de mayo de 2010, Club Hotel Loutraki y otros, C-145/08 y C-149/08; de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13; de 20 de septiembre de 2001, Banks, y de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan), y del Tribunal Supremo (sentencia de 30 de mayo de 2011, recurso de casación 6297/2008), así como la de este Tribunal relativa a legitimación para impugnar los pliegos de quienes no han concurrido a la licitación (Resoluciones 412/2017 y 1117/2015).

Concluye por ello que siendo correcta la solvencia exigible, no habiendo en consecuencia “afectación” alguna de la concurrencia por dicha causa, siendo cristalinos los requerimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto a las prestaciones demandadas e igualmente correctas las ofertas presentadas en aceptación de sus términos, no existiendo siquiera constancia documental en el Perfil del Contratante de RED.ES de que ningún otro tercero hubiera manifestado su interés en participar en el procedimiento de licitación y, finalmente, no afectando la modificación de la calificación del contrato a la validez de las cláusulas de los pliegos de contratación ni al procedimiento de licitación que se ha llevado a cabo, el error invocado no puede fundar el desistimiento que se recurre.

Sexto. Pues bien, el Tribunal no comparte estos argumentos, y sí los del órgano de contratación, que en su informe justifica el desistimiento del procedimiento en los siguientes términos:

“Como ya mencionábamos en el informe presentado al TACRC con motivo del recurso nº 1215/2018, el error cometido al calificar un contrato de servicios como de suministro no es menor, sino que afecta a un asunto fundamental de la licitación, la solvencia.



La solvencia técnica y profesional exigida en el apartado 3 de las Condiciones Específicas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del pliego original se elaboró en virtud de lo dispuesto en el artículo 89 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 (LCSP), previendo requisitos correspondientes al suministro. De haber calificado correctamente el contrato como de servicios, los requisitos de solvencia técnica habría sido forzosamente diferentes y basados incluso en otro artículo de la LCSP (artículo 90) de la LCSP. Desde este órgano de contratación se puede confirmar que la configuración de la solvencia hubiera sido completamente diferente.

*Pero además, de no haber cometido dicho error, los pliegos deberían haber permitido acreditar la solvencia mediante **clasificación**, ya que para los contratos de servicios la letra b) del apartado 2 del artículo 77 de la LCSP establece que “en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 87 y 90 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible”. Sin embargo, cometido el error y calificado el contrato como de suministro, de conformidad con la letra c) del apartado 2 del artículo 77 de la LCSP, Red.es no preveía la posibilidad de acreditar la solvencia mediante clasificación, ya que para los contratos de suministro “los requisitos específicos de solvencia exigidos se indicarán en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallarán en los pliegos del contrato”.*

*Por ello, teniendo en cuenta que el error en la calificación del contrato ha motivado que se haya establecido una solvencia técnica diferente a la que hubiese correspondido a la verdadera naturaleza del contrato, Red.es considera que **la concurrencia se ha podido ver afectada**. Por un parte, se desconoce si los licitadores presentados a esta licitación cumplirían con una solvencia con requisitos correspondientes a un contrato de servicios, y por otra, se ignora qué otros posibles interesados que hubieran podido cumplir una solvencia de contrato de servicios, no se presentaron a la licitación al examinar los pliegos y comprobar que la solvencia exigida correspondía a requisitos aplicables a suministros.*



Así, consideramos que hemos incumplido el artículo 18 de la LCSP alterando potencialmente la concurrencia del procedimiento, uno de los pilares fundamentales del cualquier sistema de contratación pública. Antes esta situación, consideramos que era necesario desistir del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.4 de la LCSP, ya que el contrato no se había formalizado y no había forma de subsanar la infracción de la Ley sin volver a licitar el mismo". (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, procede desestimar el recurso, por considerar que existen motivos suficientes para que el órgano de contratación acuerde el desistimiento. En palabras de la Ley de Contratos del Sector Público, se ha producido “*una infracción no subsanable*” en el procedimiento (artículo 152.4 de la LCSP).

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. A. G. M., en representación de ORANGE ESPAGNE, S.A., contra acuerdo de la Entidad Pública Empresarial Red.es de fecha 28 de marzo de 2019, en virtud del cual se desiste del procedimiento de licitación para el “*Suministro de conectividad a Internet con banda ancha ultrarrápida y redes internas de comunicaciones seguras para centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en Madrid*”, Expediente 043/18-SP.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 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 la Audiencia Nacional, en el plazo de 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.