



Recurso nº 1067/2019

Resolución nº 1262/2019

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

En Madrid, a 11 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.E.M.G., en representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Servicios de comunicaciones corporativas y gestión de red del Tribunal de Cuentas, para un período de cinco años*”, con expediente 40/19, convocado por el Tribunal de Cuentas, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Tribunal de Cuentas convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 13 de mayo de 2019, licitación por el procedimiento abierto para la contratación de los “*Servicios de comunicaciones corporativas y gestión de red del Tribunal de Cuentas, para un período de cinco años*” (Expediente 40/19), con un valor estimado de 2.500.000 euros.

Segundo. Concluido el plazo de presentación de proposiciones el día 26 de julio de 2019, presentaron su oferta las siguientes empresas:

- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
- GRUPALIA INTERNET, S.A.
- ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

Tercero. Abiertas por la Mesa de Contratación las ofertas de los licitadores, el 1 de julio de 2019 propuso al órgano de contratación adjudicar el contrato a ORANGE ESPAGNE, S.A.U. al haber presentado la mejor oferta.



Cuarto. El día 30 de julio de 2019, la Presidenta del Tribunal de Cuentas dictó Resolución acordando la adjudicación del contrato a la empresa ORANGE ESPAGNE, S.A.U, notificada a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. el día 1 de agosto de 2019.

Quinto. El día 22 de agosto de 2019 TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. presentó en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda recurso especial en materia de contratación frente al anterior acuerdo de adjudicación.

Sexto. El Órgano de Contratación acordó remitir al Tribunal el informe previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), solicitando la desestimación del recurso, informe que se ha unido al expediente administrativo.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.3 LCSP, el 4 de septiembre de 2019 por la Secretaría del Tribunal se dio traslado a los demás licitadores en cuanto interesados en el recurso, habiendo presentado alegaciones la empresa ORANGE ESPAGNE, S.A.U., solicitando su desestimación.

Séptimo. Interpuesto el recurso, con fecha el 17 de septiembre de 2019 la Secretaria General del Tribunal –por delegación de éste– dictó resolución por la que se acordaba mantener la suspensión automática del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. El recurrente está legitimado al haber concurrido en la licitación presentando la correspondiente oferta, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP.



Tercero. El acto impugnado es susceptible de recurso especial conforme a los artículos 44.2.c) y 44.1.a) de la LCSP, al tratarse de un acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a los cien mil euros.

Asimismo, el recurso se ha interpuesto en forma y plazo, de conformidad con los artículos 50 y 51 LCSP.

Cuarto. Analizados los requisitos de procedibilidad, se solicita en el recurso la anulación del acuerdo de adjudicación debido a la supuesta imposibilidad de la empresa adjudicataria para cumplir con el contenido del contrato, vistas las condiciones de su oferta en lo relativo al servicio de asistencia que debe garantizarse.

En concreto, se indica que con los únicos tres técnicos con certificado que ha ofertado la adjudicataria no puede cumplir con las exigencias del servicio de soporte y de gestión del servicio en la modalidad 24 horas / 7 días a la semana, incumpliendo así las cláusulas III.3 del PCAP y 2.6 del PPT.

Así, argumenta que teniendo en cuenta los vigentes derechos laborales de los trabajadores (cuya protección es esencial en la LCSP), como son el derecho al descanso semanal, el derecho a las vacaciones, el régimen del trabajo por turnos, y la imposibilidad de realizar horas extraordinarias en la jornada nocturna, con solo tres personas es imposible cumplir con el contenido del contrato, puesto que debe garantizarse el servicio de forma permanente. Más aun, afirma que para la prestación del servicio con respeto a los derechos laborales son necesarias como mínimo cinco personas, frente a los tres ofertados por la adjudicataria, por lo que ésta debiera ser excluida de la licitación.

Quinto. Para dar solución al presente recurso hemos de acudir en primer lugar a la lectura de las cláusulas supuestamente infringidas por la adjudicataria.

La cláusula III del PCAP (*“Criterios de valoración de las ofertas”*), recoge como tercer criterio de valoración el de *“Certificaciones de los técnicos (25 puntos)”*, con el siguiente tenor:



“De acuerdo con lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, el adjudicatario dispondrá de un equipo de técnicos asignados al Tribunal de Cuentas de forma que siempre haya personal de la empresa adjudicataria conocedor de los servicios e infraestructuras propias del Tribunal para prestar apoyo y soporte técnico a fin de garantizar la correcta y óptima realización de las fases de implantación y operación, tanto en la fase inicial del proyecto como en aquellos casos que la resolución y/o reparación provocada por una incidencias, así lo requiriera.

Estos técnicos deberán contar con certificación del fabricante para los equipos y servicios ofertados, a fin de garantizar que cuentan con los conocimientos requeridos. En este apartado se valoran las certificaciones con las que cuenten los técnicos, emitidas por los fabricantes de los equipos y servicios ofertados, para cumplir estas funciones de soporte al Tribunal de Cuentas.

- Para cada técnico individual se otorgarán 10 puntos por cada certificación y fabricante con la que cuente.*
- La puntuación total de este criterio será la media del equipo de soporte, que se obtiene mediante la suma de puntuaciones de cada técnico dividido entre el número de técnicos que componen el equipo de soporte ofertado.*
- Si este valor supera los 25 puntos, entonces se aplicará el umbral de satisfacción del criterio y se otorgarán 25 puntos en total.*

Las ofertas deberán incluir los certificados de formación oficiales emitidos por los fabricantes para cada técnico que compone el equipo de soporte”.

Por otro lado, la cláusula 2.6 del PPT regula el “Servicio de Soporte” de la siguiente manera:

“Se proporcionará un servicio de soporte y gestión en modalidad 24 x 7 con un equipo de técnicos asignado, no necesariamente dedicado en exclusiva, de manera que siempre haya una persona conocedora de la red del TCu para atender incidencias y peticiones.

El servicio de soporte se proveerá mediante un portal web para gestión de solicitudes, capaz de generar informes que permitan un seguimiento periódico de número de



solicitudes y tiempos de resolución para comprobar el cumplimiento de los tiempos establecidos en la oferta y, en su caso, aplicar las correspondientes penalizaciones.

Para los casos de no disponibilidad del portal web o aquellos de especial urgencia, el adjudicatario proporcionará una dirección de correo electrónico, así como números de teléfono fijo y móvil.

Las solicitudes podrán ser peticiones o incidencias en función del tipo y la urgencia. Las peticiones serán todas aquellas solicitudes de creación, modificación o eliminación de objetos y/o configuraciones, que se realicen por primera vez. Por su parte, las incidencias atenderán a errores de funcionamiento”.

Sexto. Expuestos los motivos del recurso y las cláusulas discutidas, el mismo tiene que ser desestimado.

En primer lugar, llevan razón el órgano de contratación y el adjudicatario cuando manifiestan que no existe el incumplimiento alegado, puesto que las cláusulas transcritas no establecen ninguna exigencia mínima de personal adscrito a la ejecución del contrato para la prestación del servicio de asistencia, por lo que no es posible amparar la exclusión de un licitador por este motivo.

El propio PPT especifica que este servicio de asistencia 24 horas / 7 días a la semana no tiene por qué ser un servicio adscrito en exclusiva al contrato, siendo bastante que se asegure la disponibilidad de una persona conocedora de la red del servicio licitado, lo que puede asegurarse de otras formas distintas a las pretendidas por la recurrente, no siendo necesaria la disponibilidad física de los trabajadores ni su adscripción en exclusiva al servicio de este contrato, ni teniendo porqué organizarse necesariamente con un sistema de trabajo por turnos.

Cuestión totalmente distinta a la obligación de disponer un servicio de asistencia 24/7 es que uno de los criterios de valoración establecidos en el PCAP sea la oferta de personal técnico con certificado adscrito en exclusiva al contrato: como hemos indicado, el PPT no exige como requisito necesario que el servicio de asistencia sea en exclusiva, pero es



perfectamente lícito valorar positivamente como criterio de adjudicación, como se hace en este caso, que se designen técnicos adscritos al servicio de forma exclusiva.

Siendo ello así, lo que resulta incorrecto es deducir o presumir que los técnicos que se oferten en exclusiva en la oferta como criterio de valoración vayan a ser los únicos responsables del servicio de asistencia permanente, puesto que, reiteramos, el PPT no exige que todo el servicio esté formado por técnicos adscritos en exclusiva al contrato.

Séptimo. El razonamiento anterior nos lleva a recordar el carácter de *lex contractus* de los pliegos, de forma que no pueden ser ahora discutidos por el licitador que no los impugnó en tiempo y forma.

En las cláusulas discutidas no se establece ninguna exigencia de personal adscrito al contrato para la prestación del servicio de asistencia, por lo que, si el recurrente consideraba que la correcta prestación del servicio así lo exigía, debía haberlas impugnado, o al menos haber hecho uso de la facultad de solicitar al órgano de aclaración información adicional o aclaraciones sobre el contenido de los pliegos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138.3 LCSP.

Como indicamos en la Resolución nº 299/2011, de 7 de diciembre, citada por el adjudicatario:

“(...) es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo ‘pacta sunt servanda’ con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, 8 de junio de 1984, o 13 de mayo de 1982). (...)”



Del mismo modo, como es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, Resolución nº 105/2019, de 8 de febrero), aunque sea lógicamente exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas, para poder excluir a un licitador por incumplimiento de los mismos es necesario que la falta sea expresa y clara, de forma que sea patente que la misma supone la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos fijados por la Administración.

En el presente expediente, como hemos dicho, los pliegos no establecen ningún número mínimo de técnicos a adscribir con carácter exclusivo al servicio contratado, por lo que, aun aceptando hipotéticamente el incumplimiento alegado, en modo alguno estaríamos en presencia de una contravención clara, patente y expresa de los pliegos que justificase la exclusión del licitador.

Asimismo, como pone de manifiesto el órgano de contratación, si efectivamente el adjudicatario no cumpliera debidamente su obligación de prestar un servicio de asistencia 24/7, o incluso si incumpliera las disposiciones vigentes en materia laboral, estaríamos en presencia de un incumplimiento en fase de ejecución del contrato, que justificaría la adopción de medidas pertinentes por parte del órgano de contratación (imposición de penalidades y en su caso resolución del contrato).

Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso.

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. M.E.M.G., en representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento *“Servicios de comunicaciones corporativas y gestión de red del Tribunal de Cuentas, para un período de cinco años”*, con expediente 40/19, convocado por el Tribunal de Cuentas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



Tercero. 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 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.