



Recurso nº 1215/2018

Resolución nº 181/2019

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

En Madrid, a 1 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.E.B., en representación, como gerente único, de la UTE GNET TRC EDNON, contra Resolución por la que entiende por retirada la oferta de la UTE recurrente, de la licitación convocada por la Secretaria General de la entidad pública empresarial RED.ES para contratar 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”* 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, 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 recurrente, requiriéndosele para que presentara la documentación requerida para la formalización del contrato.

La recurrente cuestionó al órgano de contratación sobre la posibilidad de presentar el certificado ROLECE para acreditar la solvencia económica y financiera, negándose tal posibilidad mediante correo de 17 de octubre en el que se dice: *“Este expediente está categorizado como de SUMINISTRO y el Rolece no contempla clasificación para suministro*



por lo tanto tendrán que acreditar la solvencia solicitada de la manera indicada en los pliegos.” A ello añadió posteriormente en comunicación dirigida a la recurrente que “El pliego por el que preguntan es un pliego mixto. Hay suministro y servicio. En los contratos mixtos, prima la naturaleza de la prestación que implica más presupuesto. En este caso, el suministro. Por lo tanto, el contrato se rige por las reglas de los contratos de suministro a todos los efectos, entre ellos, para determinar la solvencia técnica y profesional. Por ello, aunque puedan ver el objeto del contrato prevé servicios, debemos seguir la normativa aplicable a los contratos de suministro.”

Tercero. En fecha de 31 de octubre de 2018 se publica en la plataforma de contratación del Estado Acta de la mesa de contratación de 30 de octubre para la calificación de la documentación presentada por la recurrente en la que se propone que se le tenga por desistida en los siguientes términos:

“El valor estimado del contrato, de conformidad con lo indicado en el apartado 6 del CEPCAP asciende a 19.963.770,25 €, en consecuencia, el licitador debía acreditar que su volumen anual de negocios ascendía a 29. 945.655,375€. Los importes relativos al volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos años disponibles de las empresas que conforman la UTE son los que se indican a continuación:

- GRUPALIA INTERNET, S.A.: 3.767.111,76 €

- TRC INFORMATCA, S.L: 13.067.387,39 €

- EDNON, S.L.: 12.582.657,47 €

En virtud de los datos anteriormente indicados, el volumen anual de negocios de la UTE asciende a 29.417.156, 62€, por lo que el mismo no acreditaría la solvencia económica requerida en 528.498,76€ de diferencia.”

Conforme a la propuesta, en fecha de 31 de octubre de 2018 se dicta Resolución del órgano de contratación por la que se acuerda dar por retirada la oferta de la recurrente y proceder a recabar la documentación al licitador siguiente.



Cuarto. Disconforme la recurrente con la resolución por la que se le tiene por desistida interpone contra la misma recurso especial solicitando que se tenga por acreditada la solvencia económica a través de la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, ordenando a la entidad pública empresarial RED.ES que proceda a la adjudicación a la recurrente, continuando con los trámites para la firma del contrato correspondiente teniendo por válida toda la documentación ya presentada.

Quinto. 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 28 de noviembre de 2018.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de éste, dictó resolución de 30 de noviembre de 2018 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Séptimo. De acuerdo con el artículo 56.3 LCSP, la Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación al resto de las licitadoras para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, en fecha 10 de diciembre de 2018 se presentan alegaciones por la entidad ORANGE SPAGNE SAU.

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 recurso se dirige contra el acuerdo por el que se tiene por desistida del procedimiento de contratación a la recurrente, acto que de acuerdo con el art. 44.2, b) LCSP es susceptible de recurso especial en materia de contratación.



Tercero. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1 LCSP.

Cuarto. La sociedad recurrente, como licitador concurrente cuyos intereses se ven afectados por la resolución impugnada ostenta legitimación para interponer el recurso (art. 48 LCSP).

Quinto. Se argumenta en el recurso que el contrato es mixto pues comparte prestaciones propias de suministro y servicio y se calificó erróneamente como de suministro cuando la prestación principal, tal y como se puede deducir de los cálculos relativos al valor estimado del contrato recogidos en la memoria de aprobación del expediente (Informe del Director de Servicios Públicos Digitales para la aprobación del expediente correspondiente al contrato escuelas conectadas Madrid Exp.043/18-SP, de 14 de junio de 2018), es la correspondiente a los servicios. Por lo tanto, al ser un contrato de servicios, se debería haber aceptado la acreditación de la solvencia por medio de la clasificación, lo que le haría adjudicatario del contrato.

El recurrente detecta además un error en los cálculos del valor estimado del contrato con respecto a la prórroga, cuya cuantía reduce para que el importe del valor estimado disminuya y así la solvencia presentada cumpla con el requisito exigido en los pliegos (volumen anual de negocios del mejor ejercicio dentro de los tres últimos por importe igual o superior a una vez y media del valor estimado del contrato). Insiste en que de la memoria justificativa resulta que la prestación que implica un mayor presupuesto son los denominados literalmente servicios cuya cuantía asciende a 12.232.200,00 euros.

Sexto. En su informe, el órgano de contratación admite que Red.es ha vuelto a examinar el expediente correspondiente al procedimiento y, efectivamente, tal y como ha detectado correctamente la UTE recurrente, el contrato se ha calificado erróneamente. Tal y como se puede deducir del apartado 8 del Informe del Director de Servicios Públicos Digitales para la aprobación del expediente correspondiente al contrato escuelas conectadas Madrid Exp. 043/18-SP, de 14 de junio de 2018, la prestación económicamente principal, es la correspondiente a los servicios.



Por error, Red.es ignoró estos cálculos a la hora de redactar los pliegos y calificó el contrato como suministro (seguramente porque todos los expedientes correspondientes a este programa, uno por cada CCAA, se han calificado así).

Señala que el error afecta al título, al anuncio de licitación del contrato, y en particular, a la solvencia exigida en los pliegos, lo que, a nuestro juicio, ha podido influir en la concurrencia y por lo tanto invalida todo el procedimiento.

Dado que se calificó erróneamente el contrato como de suministro, la solvencia técnica y profesional exigida en el apartado 3 de las Condiciones Específicas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares 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 habrían sido forzosamente diferentes y basados en el artículo 90 de la LCSP.

Adicionalmente, de no haber cometido dicho error, los pliegos habrían permitido acreditar la misma 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”*.

El recurrente hace mención erróneamente a una comunicación del órgano de contratación de Red.es (página 11 del recurso), sobre la que afirma que establece que la solvencia se puede acreditar a través de la inscripción en el ROLECE. La comunicación de Red.es no



dice eso, ya que donde se debe establecer si se puede acreditar la solvencia mediante clasificación (y, en su caso, en qué grupo y con qué categoría), es en el anuncio y los pliegos. La comunicación de Red.es a la que se refiere el recurso es la que solicita la acreditación de la solvencia, capacidad y demás requisitos para contratar, y su mención al ROLECE se refiere en general a la innecesaridad de aportar los documentos que obren en dicho registro en relación a cualquiera de los requisitos establecidos en los pliegos (en este caso, poderes por ejemplo).

Añade que 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.

Por todo ello, considera el informe que Red.es ha incumplido el artículo 18 de la LCSP, alterando potencialmente la concurrencia del procedimiento. Así, creemos que es necesario desistir del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.4 de la LCSP, ya que el contrato no se ha formalizado y no hay forma de subsanar la infracción de la Ley sin volver a licitar el mismo. En este sentido, Red.es, salvo opinión en contrario del TACRC, va a comenzar con la tramitación del desistimiento del contrato 043/18-SP.

Séptimo. Así pues, la recurrente solicita que *estando acreditada la solvencia económica de la UTE que represento a través de la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado* se declare que *no puede entenderse que haya retirado su oferta o haya desistido* y que se ordene a la entidad pública empresarial RED.ES que tenga por válida dicha oferta procediendo a la adjudicación a la recurrente, continuando con los trámites para la firma del contrato, y el informe del órgano de contratación admite errores sustanciales que afectarían a la acreditación de solvencia requerida, siendo inadecuada la documentación exigida por los pliegos, anunciando finalmente su propósito de desistir del contrato de acuerdo con el Artículo 152 LCSP.



Según el precepto, *“Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración”*:

1. *En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».*

2. *La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.*

3. *Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.*

4. *El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación...”*

Es cierto que las *“Condiciones específicas del Pliego de cláusulas administrativas particulares que regirán la realización del contrato de «Escuelas conectadas de Madrid»”*, que son ley del contrato y que no fueron objeto de impugnación oportunamente, por lo que se refiere a la forma de acreditar la solvencia, señalan únicamente que *“De conformidad con lo previsto en el apartado 3.1.1.7 de las Condiciones Generales del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se requerirá al licitador que haya presentado la mejor oferta,*



dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera notificado por medio de comparecencia electrónica el requerimiento, para que presente la documentación justificativa de cumplir con los criterios de solvencia indicados anteriormente y de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, salvo que la comprobación de dichas circunstancias pueda realizarse a través de una consulta al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas o registro equivalente.”

Siguiendo el criterio acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de recordar que el pliego de cláusulas administrativas particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia, ni el de igualdad (Resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012). En efecto, abundando en dicha afirmación hemos de traer a colación la Resolución 299/2011 según la cual *“...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 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982).”*

La aplicación de los pliegos que, insistimos, no fueron oportunamente impugnados, conduciría a la confirmación de la resolución recurrida y a la desestimación del recurso, pese al error que admite haber cometido el órgano de contratación en la calificación del contrato, los pliegos y el procedimiento.

No obstante, dado que se calificó erróneamente el contrato como de suministro y que la solvencia técnica y profesional exigida en el apartado 3 de las Condiciones Específicas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se elaboró en virtud de lo dispuesto en el artículo 89 LCSP -previendo requisitos correspondientes al suministro- y de haberse calificado correctamente el contrato como de servicios los requisitos de solvencia técnica



habrían sido forzosamente diferentes y basados en el artículo 90 de la LCSP, nada impide que el órgano de contratación entienda *a posteriori* que el error transcende a la determinación de la “*documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos*” a la que alude el artículo 140 LCSP y que introduce dudas acerca de la aplicación de los principios de igualdad y concurrencia, procediendo al desistimiento del contrato y a promover una nueva licitación, con esmeroso cumplimiento de los requisitos establecidos en el ya citado artículo 152 LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A.E.B., en representación, como gerente único, de la UTE GNET TRC EDNON, contra Resolución por la que entiende por retirada la oferta de la UTE recurrente, de la licitación convocada por la Secretaria General de la entidad pública empresarial RED.ES para contratar 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*”, anular dicha resolución, y retrotraer el procedimiento al momento anterior al que fue emitida para que el órgano de contratación, tal y como ha manifestado, declare el desistimiento del contrato, ya que el error en su calificación puede haber afectado a la concurrencia.

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 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.