



Recurso nº 1125/2021 C. Valenciana 246/2021

Resolución nº 1335/2021

Sección 1ª

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

En Madrid a 07 de octubre de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. V. T. B. en representación de ORANGE ESPAGNE, S.A.U., contra su exclusión del procedimiento “*Servicios de Telecomunicaciones*”, con expediente SERV/ABR/2021000002, convocado por el Ayuntamiento de Elche, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 10 de marzo de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio por el que se convoca licitación para adjudicar el contrato “*Servicios de Telecomunicaciones*”, con expediente SERV/ABR/2021000002, convocado por el Ayuntamiento de Elche. El contrato se califica como contrato administrativo de servicios con un valor estimado de 4.462.809,92 euros.

El procedimiento de contratación es un procedimiento abierto de tramitación ordinaria dividido en 3 lotes:

- Lote 1: Servicios e infraestructuras de telefonía fija y móvil, acceso a internet, correo electrónico y colaboración.
- Lote 2: Servicios e infraestructuras de seguridad.
- Lote 3: Servicios e infraestructuras de data center 01 y comunicaciones unificadas.

Segundo. En el apartado 7.9 del PPT se indica que:



“7.9. Plazo máximo de ejecución de la solución

Para el servicio de telefonía fija y móvil, los plazos serán los siguientes:

- El plazo máximo para la ejecución de la puesta en marcha del servicio será de DOS meses, a contar desde la adjudicación.*

Para el servicio de Internet, los plazos serán los siguientes:

- El plazo máximo para la ejecución de la puesta en marcha del servicio será de DOS meses, a contar desde la adjudicación.*

Para el servicio de correo electrónico y colaboración, los plazos serán los siguientes:

- El plazo máximo para la ejecución de la puesta en marcha del servicio será de UN mes, a contar desde la adjudicación.”*

Por su parte, de acuerdo con el apartado 7.1.3.4 del PPT

“7.1.3.4. Servicio de SBC (Session Border Controller)

El modelo de interconexión está basado en enlaces nativos IP con SIP Trunk. La interconexión entre las redes públicas y el sistema CUCM no podrá ser en ningún caso directa y deberá estar securizada mediante el empleo de tecnología de SBCs con los siguientes requerimientos generales:

...

- Deberá disponerse de 2 nodos instalados en alta disponibilidad en los Telecommunication Data Center 01 y 02, manteniéndose la sincronización de sesiones entre ambos elementos a fin de evitar la pérdida de sesiones en caso de caída de uno de los sistemas. A nivel individual, cada nodo deberá disponer de fuente de alimentación redundante por ser el componente más susceptible a fallos.*

...”



Tercero. La entidad recurrente presentó oferta al lote nº 1, haciendo constar en el sobre B una propuesta de oferta técnica en cuyo apartado 5.5.1 se indicaba que:

“5.5 Proyecto de implantación

5.5.1 Planificación global de la implantación

Una vez realizado un análisis profundo de las necesidades del proyecto, Orange ha elaborado una planificación aproximada de cada una de las fases del mismo a ajustar en las primeras reuniones de tras la adjudicación que dan como resultado los siguientes períodos de ejecución previstos:

- *Fase de Planificación: 15 días*
- *Fase de Ejecución: 85 días*
- *Fase de Entrega y Cierre: 15 días*

...

El plazo de ejecución previsto para la implantación global del proyecto tendrá una duración aproximada de 13 semanas laborables desde la adjudicación del servicio.”

Por su parte, en relación al servicio de SBC se indicaba que

“4.1.1.1 SIP TRunk

La propuesta de Orange se basa en integrar las extensiones de telefonía fija del Ayuntamiento de Elche mediante un SIP TRUNK de Centrex, es un servicio de comunicación de voz basado en una red de datos IP que conecta de forma permanente las centralitas IP on-premise de las ubicaciones del Cliente con la centralita virtual de Digital Centrex. Será pues un servicio de voz sobre IP obteniendo enormes ventajas como la reducción de costes, eliminación de enlaces primarios telefónicos tradicionales y compatible con la infraestructura de cliente con centralitas IP.



La plataforma se basa en tecnología Cisco (Broadsoft) y se ubica en Alta Disponibilidad en Data Centers de Orange con diversidad geográfica. Integra las redes móviles y fijas de forma nativa.

...

El protocolo para trabajar con la centralita de cliente será SIP. Orange asegurará el servicio a través de una configuración lo suficientemente estándar para que garantice las funcionalidades básicas de servicios telefónicos, así como la compatibilidad de un conjunto de centralitas de determinados fabricantes. En el caso del CCUM la compatibilidad es del 100% al tratarse ambos de plataformas CISCO.

Se trata de una plataforma de telefonía IP en la nube, caracterizada por un modelo de servicio en pago por extensión y donde la infraestructura (servidores de llamadas y centralita en sí) se ubica en dependencias de Orange (modelo cloud).

...

Canales y Trunk SIP

El tráfico de voz entre la centralita IP de cliente y la centralita virtual en la red de Orange, es enviado mediante un enlace Trunk (enlace virtual) configurado sobre el acceso físico de conectividad IP-VPN, entre la centralita IP de cliente y la red core MPLS de Orange (SBC).

..."

Cuarto. En fecha 2 de junio de 2021, la mesa de contratación acuerda excluir la oferta de ORANGE ESPAGNE, S.A., por incumplimiento de las especificaciones técnicas del PPT en base al informe técnico de evaluación de los criterios sometidos a juicio de valor emitido por el Jefe de la Sección Técnica de Telecomunicaciones el 31 de mayo de 2021.

Quinto. En fecha 16 de julio de 2021 se interpone por ORANGE ESPAGNE, S.A.U., recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de su oferta, publicado el 28 de junio de 2021, solicitando la suspensión del procedimiento de contratación.



Sexto. Interpuesto el recurso, la secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 29 de julio de 2021 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 del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Séptimo. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Octavo. En fecha 5 de agosto de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, no habiéndose presentado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017 (LCSP).

Tercero. La legitimación se regula en el Art. 48 LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

El recurrente es un licitador excluido, por lo que tiene un evidente interés legítimo.



Cuarto. El recurso se ha interpuesto frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme resulta del art. 44 de la LCSP.

Así, conforme al art. 44 de la LCSP

“Así, conforme al art. 44.1 de la LCSP

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros. (...)

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

...

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”

En el presente caso, el recurso se ha interpuesto contra un acuerdo de exclusión de una oferta en un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros.

Quinto. El recurso considera que no es cierto que su oferta no cumpla con el PPT, debiendo haber solicitado el órgano de contratación una solicitud de aclaración de la misma.



El órgano de contratación se reafirma en la exclusión por no cumplir la oferta el PPT, de acuerdo con el criterio emitido por sus servicios técnicos, amparándose en el art. 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, conforme al cual

“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.”

A la hora de determinar si es correcta la exclusión de una oferta por resultar incompatible con el PPT debemos partir de la doctrina consolidada de este Tribunal que considera que, aunque el cumplimiento del PPT es una cuestión que atañe en principio a la fase de ejecución del contrato, es posible la exclusión de una oferta si resulta claro que no va a poder cumplir con dicho PPT, pues ello permite de forma eficiente evitar tener que adjudicar un contrato a una oferta que no va a poder cumplir con los requisitos del contrato, estando abocada a la resolución del contrato.

Así, como recordamos en la Resolución 1123/2018, de 7 de diciembre

“A estos efectos, este Tribunal ha declarado reiteradamente (por todas, resolución nº 675/2018) que debe tenerse en cuenta que las exigencias del PPT deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa recogidos en el art 1 del TRLCSP. En consonancia con ello, debe interpretarse el artículo 84 del Reglamento (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato (Resolución 815/2014, de 31 de octubre).”



En el recurso, el recurrente no niega las afirmaciones en que se basa el órgano de contratación para considerar que la oferta no cumple con el PPT, pues tanto en relación al plazo de ejecución, como en cuanto al lugar de instalación del SBC, la oferta de ORANGE no se ajustaba a los requisitos del PPT.

Así, en cuanto al plazo de ejecución, frente a la claridad del PPT que fijaba un plazo de ejecución de 2 meses “a contar desde la adjudicación”, la oferta de la recurrente establece un plazo, en el mejor de los casos, de 13 semanas (porque en días alcanza hasta los 115 días).

En cuanto a la ubicación de los nodos del SBC, la oferta no hace en ningún caso referencia a la posibilidad de instalarlos en los Telecommunication Data Center del Ayuntamiento como exige el PPT, contemplando únicamente su ubicación en la red de ORANGE.

En realidad, lo que pretende el recurrente no es que el órgano de contratación le permita “aclarar” su oferta, sino modificarla, reduciendo el plazo de ejecución contemplado y ofertando la alternativa de ubicar el SBC en los Telecommunication Data Center del Ayuntamiento.

En relación a la posibilidad de subsanación de las ofertas es constante la doctrina de este Tribunal contraria, por lo general, a dicha posibilidad, resumida con claridad en la resolución de 4 de diciembre de 2020 (1295/2020, en R. 1009/2020, CLM 74/2020), que expresa:

“Este Tribunal ha venido declarando en reiteradas ocasiones (valgan por todas las resoluciones 147/2012 y 94/2013), que la subsanación de defectos y aún de omisiones a que se refieren los artículos 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, son de aplicación exclusiva a las documentaciones acreditativas de los requisitos de aptitud y solvencia del licitador, pero no así, en ningún caso, a los defectos, insuficiencias, errores u omisiones que puedan afectar a las proposiciones en sí mismas consideradas, porque ello podría representar dar al licitador afectado la opción de modificar su proposición, lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector



Público. Y ello sin perjuicio de admitir (según se dejó señalado en la resolución 164/2011), como excepción, la eventual subsanación de errores u omisiones puramente materiales o formales, como, por ejemplo, lo sería la falta de firma (supuesto avalado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de septiembre de 2004, Ar. 415/2995).

En idéntico sentido debe citarse la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada para resolver el asunto C-599/10, en la que se afirma que “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”, toda vez que “en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”. Por otro lado, destacaba la misma sentencia, “no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”, atendido, además, que “la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”.

Más recientemente la Resolución de este Tribunal 1069/2019 contiene un resumen de esta doctrina:

“Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, esta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de 13 noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras



aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08)”.

Criterio que ha sido recientemente reiterado en la Resolución de este Tribunal 1051/2020, de 5 de octubre.”

En el presente caso resulta evidente, sin necesidad de un especial análisis del acierto técnico del órgano de contratación (que nos estaría vedado en aplicación del principio de la discrecionalidad técnica) que el recurrente no pretende una mera aclaración de errores materiales manifiestos, sino que lo que pretende es modificar su propia oferta, pues reconoce que la misma contempla un plazo de ejecución superior a los dos meses, pero pretende situar su inicio una vez superada una fase previa de planificación, cuando el PPT ubica dicho inicio en la adjudicación del contrato, y por otro lado, pretende incorporar una alternativa al lugar de ubicación de los nodos del SBC que no contempla su oferta originaria y que no es posible deducir de la misma.

Por ello, debe desestimarse el recurso interpuesto por resultar la oferta del recurrente incompatible con el PPT.

Sexto. No se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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. V. T. B. en representación de ORANGE ESPAGNE, S.A.U., contra su exclusión del procedimiento “Servicios de Telecomunicaciones”, con expediente SERV/ABR/2021000002, convocado por el Ayuntamiento de Elche.



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 58.2 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1 letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.