



**Recurso nº 46/2012**

**Resolución nº 084/2012**

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

En Madrid, a 11 de abril de 2012.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.C.V. en nombre y representación de BT España, Compañía de Servicios Globales de Comunicaciones S.A.U. contra el acuerdo del Subsecretario de Educación, Cultura y Deporte de 14 de febrero de 2012, por el que se declara desierta la licitación del Servicio de Telecomunicaciones del Ministerio de Cultura y de sus Organismos Autónomos dependientes, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Ministerio de Cultura convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado los días 30 de agosto, 31 de agosto y 14 de septiembre de 2011, respectivamente, licitación para la contratación del servicio de telecomunicaciones del Ministerio de Cultura y de sus Organismos Autónomos dependientes, a la que presentaron oferta la UTE Telefónica de España S.A.U y Telefónica Móviles España S.A.U., así como la mercantil ahora recurrente.

**Segundo.** La licitación se desarrolló de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (hoy derogada y sustituida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



**Tercero.** En reunión de 23 de noviembre de 2011, la mesa de contratación procedió al análisis del informe técnico de las proposiciones presentadas por los dos únicos licitadores, considerando correcto dicho informe.

Reunida nuevamente la mesa el día 30 de noviembre, esta vez en acto público, se procedió a dar lectura a la puntuación de la oferta técnica de cada una de las empresas licitadoras, que resultó ser de 48 puntos para la oferta de Telefónica y 30 puntos para la oferta de BT España. Y a continuación se abrieron los sobres que contenían las ofertas económicas, dando público conocimiento a la cuantía global de las mismas: 3.452.174,20€ (sin IVA) la oferta de Telefónica y 2.538.542,95 € (sin IVA) la de BT España, e indicando que las ofertas globales iban acompañadas del correspondiente desglose.

**Cuarto.** El 30 de noviembre de 2011, el Subdirector General de Tecnologías y Sistemas de la Información del Ministerio de Cultura remitió a la mercantil ahora recurrente oficio por el que, al encontrarse su oferta por debajo del umbral establecido en el punto 13 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares para determinar que la proposición incluye valores anormales o desproporcionados, se le requería para que, de acuerdo con lo entonces dispuesto en el artículo 136 de la Ley de Contratos del Sector Público, justificase, en el plazo de diez días, la valoración de la oferta, precisase las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. Dicho requerimiento fue atendido mediante escrito presentado en el Registro General del Ministerio de Cultura el 16 de diciembre de 2011.

**Quinto.** Con fecha 20 de diciembre de 2011 la UTE Telefónica Móviles España – Telefónica España interpuso recurso especial en materia de contratación contra la admisión de la proposición de BT España, Compañía de Servicios Globales de



Comunicaciones por la mesa de contratación, cuyo recurso fue inadmitido por resolución 15/2012 de 11 de enero, de las dictadas por este Tribunal, al no ser el acto impugnado susceptible del indicado recurso.

**Sexto.** El 27 de enero de 2012, la mesa de contratación del extinto Ministerio de Cultura acordó, a la vista del informe emitido por el Comité Técnico referido en el punto 12.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares el 17 de enero de 2012, la exclusión de las ofertas presentadas tanto por la mercantil ahora recurrente como por la UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.- TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.. Al ser éstas las únicas ofertas presentadas, se elevó al Subsecretario del Departamento la declaración como desierta de la licitación, sin considerar necesario *"resolver sobre la cuestión específica de la posible baja desproporcionada de la Oferta económica global presentada por BT"*.

**Séptimo.** El 14 de febrero de 2012, el Subsecretario de Educación, Cultura y Deporte dictó acuerdo por el que se declaraba desierta la licitación 110035 "Servicio de telecomunicaciones del Ministerio de Cultura y de sus Organismos Autónomos dependientes", cuyo acuerdo decía fundamentarse en que *"el informe de valoración emitido por los centros gestores destinatarios del servicio, en relación a las proposiciones económicas examinadas, pone de manifiesto que no puede formularse propuesta de adjudicación, ya que del estudio de las ofertas presentadas por las dos únicas empresas participantes en el procedimiento se constata que exceden del presupuesto base de licitación unitario establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas"* para los dos centros que allí se indicaban. Este acuerdo fue notificado a la mercantil ahora recurrente el 16 de febrero de 2012.

**Octavo.** El 5 de marzo de 2012 la sociedad BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A.U. presentó recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo de 14 de febrero de 2012, solicitando su anulación, con declaración de que la licitación *"debe ser adjudicada a BT por haber presentado ésta la proposición más ventajosa para el Ministerio"*.



**Noveno.** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso, el 5 de enero de 2012, a la otra licitadora, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que así lo haya hecho.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación, interponiéndose ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo previsto en el artículo 44.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, siendo competente este Tribunal para resolverlo a tenor de lo establecido en el artículo 41.1 del mismo texto legal.

**Segundo.** Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del citado Texto Refundido, al tratarse de uno de los licitadores.

**Tercero.** La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del citado texto legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

**Cuarto.** El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos asimismo a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del tantas veces referido texto legal.

**Quinto.** Los argumentos aducidos por el recurrente se centran en la afirmación de que su proposición se ajustaba estrictamente a los términos resultantes del pliego de cláusulas administrativas aplicables, por lo que no había lugar a su exclusión. Sobre esta base, considera que ha de ser anulado el acuerdo impugnado, declarando a la par que el órgano de contratación debe proceder a la adjudicación en su favor.

Para enmarcar adecuadamente el debate, debe destacarse que el cuarto párrafo del punto 10.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (invocado como



explícito fundamento del informe del Comité Técnico que opera como motivación "in aliunde" del acuerdo impugnado) expresa (con literal reproducción, en lo esencial, de lo previsto en el artículo 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) que *"si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variase sustancialmente el modelo establecido, 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 Junta de Contratación, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido"*.

Por su parte, el presupuesto base de licitación del contrato se recogía en el punto 2 del cuadro resumen obrante como Anexo I del aludido pliego, que señalaba como tal el importe de 4.403.143,85 euros (excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido). Dicho importe base de licitación, según allí se indicaba, *"se desglosa en las cantidades que a continuación se detallan de acuerdo con los siguientes Organismos y programas presupuestarios"*, recogándose a continuación importes diferenciados para la Subsecretaría, la Subdirección General de Archivos Estatales, la Subdirección General de Museos Estatales, la Subdirección General de Promoción del Libro, la Lectura y las Letras Españolas, la Subdirección General del Instituto del Patrimonio Cultural de España, el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, la Biblioteca Nacional, la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Cultura y el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música.

En consonancia con dicha previsión, en el modelo de proposición obrante como Anexo VI del meritado pliego de cláusulas administrativas particulares, además de exigir, como es lógico, la precisa indicación del importe total de la oferta económica, se expresaba que *"la oferta económica indicada en el cuadro anterior, se desglosará por Organismos y programa presupuestario, de acuerdo con la siguiente tabla"* (que reproducía el desglose recogido en el punto 2 del antes referido Anexo I), añadiendo que *"la puntuación global y con la que se obtendrán los puntos del criterio precio será*



*la suma de las cantidades ofertadas para cada Organismo", así como que "en ningún caso la cantidad ofertada podrá superar el presupuesto base de licitación establecido en el apartado 2 del Anexo I del presente pliego".*

Ello no obstante, en el citado modelo de proposición se indicaba también la necesidad de consignar *"el precio unitario para cada uno de los tipos de recursos de comunicaciones", "los precios por minuto para cada uno de los tipos de llamada a realizar desde terminales fijos" y "los precios para cada uno de los recursos para transmisiones móviles", señalando, en todos los casos, que "los precios facilitados en la siguiente tabla no serán objeto de valoración pero son vinculantes para el licitador".*

**Sexto.** Esta última previsión guardaba relación con lo a su vez establecido en los puntos 5, 6 y 7 del pliego de prescripciones técnicas aplicable.

En efecto, en el punto 5 ("Especificaciones Técnicas para la Red de datos") y dentro del apartado *"tipologías de anchos de banda para comunicaciones de datos"* se indica que *"la tabla de tipos de recursos de comunicaciones ofertada, además de incluirse en la oferta técnica, será la misma que se introduzca en el sobre 3"*, añadiendo que *"en dicho sobre se introducirá con el precio de cada tipo"*, cuyo *"precio será la base para el cálculo del coste mensual que se facturará a cada uno de los centros de coste"*.

Por su parte, en el punto 6 ("Especificaciones Técnicas para la telefonía fija") y dentro del apartado *"condiciones específicas de la telefonía fija"*, se indica que *"el licitador deberá incluir una tarifa unitaria (por minuto) para cada tipo de llamada (según figuran en el anexo IV.1) que se aplicará a los tráficos descritos en el mismo anexo anterior"*, añadiendo que *"las ofertas incluirán un total económico global calculado de acuerdo con los parámetros anteriores y que incluirá el establecimiento de llamada, al que se sumarán los costes de todos los elementos necesarios para la prestación del servicio y su mantenimiento"*.

Finalmente, en el punto 7 ("Especificaciones técnicas para la telefonía móvil") y dentro del apartado *"condiciones específicas del (sic) telefonía móvil"*, se indica que *"para la transmisión de datos en territorio nacional GPRS/UMTS se aportarán modalidades de*



*tarifa plana que cubra todos los teléfonos móviles corporativos que lo permitan”, mientras que “para el resto del tráfico el licitador deberá incluir una tarifa unitaria (por minuto) y por tipo de llamada (según figuran en el anexo IV.2) para un tráfico definido a partir de los esquemas de consumo del mismo anexo anterior, y desde todos los móviles corporativos”, añadiendo que “las ofertas incluirán un total económico global calculado de acuerdo con los parámetros anteriores al que se sumarán los costes de todos los elementos necesarios para la prestación del servicio y su mantenimiento”*

**Séptimo.** Es un hecho no sujeto a controversia que la proposición de la recurrente se ajustaba al modelo recogido en el Anexo VI del pliego de cláusulas administrativas particulares y que, en concreto, la oferta económica presentada, tanto en su importe global como en el desglosado por cada uno de los organismos y programas presupuestarios allí recogidos, no rebasaba los límites señalados en el punto 2 del Anexo I del citado pliego. Más aún, como ya se ha dicho, la oferta global de la recurrente era, en rigor, inferior en más de 15 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, lo que justificó el requerimiento que, al amparo del entonces vigente artículo 136.3 de la entonces vigente Ley de Contratos del Sector Público, le fue dirigido el 30 de noviembre de 2011.

Sentado este extremo, es lo cierto que, en rigor, la exclusión de la oferta presentada tanto por la ahora recurrente como por la otra licitadora (cuya exclusión opera como presupuesto del acuerdo declarando desierta la licitación que es objeto de impugnación) viene justificada (según se expresa tanto en el informe del Comité Técnico que sirve de motivación al citado acuerdo como en el específicamente emitido por el órgano de contratación en el contexto del presente recurso y a los efectos del artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) por entender que dichas proposiciones exceden “*del presupuesto base de licitación unitario*” para algunos de los organismos incluidos en el ámbito del contrato (en particular, el Instituto del Patrimonio Cultural de España, en lo que a la recurrente atañe, y la Biblioteca Nacional de España, en lo que concierne a la otra licitadora).



Sin embargo, lo cierto es que, como antes se ha expuesto, dicha apreciación va más allá de lo previsto en el apartado 2 del Anexo I, así como en el Anexo VI, del pliego de cláusulas administrativas particulares. En efecto, en el citado apartado 2 únicamente se consignan como importes máximos vinculantes, “*sin que pueda presentarse ninguna proposición superior*”, el importe global de la oferta económica y el importe desglosado por organismo y programa presupuestario, límites que, como se ha advertido, habrían sido respetados por los licitadores, cuyas ofertas económicas se situarían, en todos los casos, por debajo de las citadas sumas. A mayor abundamiento, y por mucho que la proposición debiera recoger, como se indica en el Anexo VI, el detalle de los precios unitarios, expresamente se indicaba que dichos precios, aún siendo vinculantes para el licitador, “*no serán objeto de valoración*”, siendo lo cierto, en cualquier caso, que en ningún punto del citado pliego se consignan o cuantifican, unos valores unitarios concretos que operen como límites a tal fin.

En puridad, aunque así no se exprese, lo que tanto el referido informe del Comité Técnico, como el acuerdo concretamente impugnado como el informe del órgano de contratación emitido en el seno del presente recurso vienen a sostener es que existiría un error en la oferta económica de los licitadores, al entender que la debida aplicación (según los cálculos recogidos en el Anexo del informe del aludido Comité) de los precios unitarios en ella recogidos vendría a determinar, para los dos organismos antes aludidos, un presupuesto base de licitación desglosado superior al respectivamente recogido por ambos licitadores en sus ofertas e igualmente superior al señalado como límite en el punto 2 de Anexo II del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Con ello, en verdad, lo que se viene a plantear es que la oferta económica presentada por los licitadores adolece de error o incongruencia interna. Sin embargo, no puede obviarse que, tanto de acuerdo con el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, como del propio punto 10.3 del pliego de cláusulas administrativas se desprende que el error en el importe de la proposición sólo puede determinar la exclusión cuando sea “manifiesto”, como también que, aún si existiese reconocimiento



por parte del licitador de que la oferta adolece de error o inconsistencia, éstos la hicieran “inviable”.

Ni lo uno ni lo otro puede ser afirmado en el supuesto examinado. En efecto, parece razonable concluir, haciendo traslación en este punto de la consolidada doctrina jurisprudencial (valga por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004) elaborada en aplicación del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ( al tratar de los actos dictados por “órgano manifiestamente incompetente”) que el error sólo puede ser considerado “manifiesto” cuando sea ostensible, claro, patente, notorio, palpable y apreciable sin esfuerzo, lo que, en modo alguno podría afirmarse en el supuesto examinado, dada la necesaria intermediación de cálculos subyacentes a la inferencia plasmada en el informe del Comité Técnico de 17 de enero de 2012 y, por ende, en el acuerdo impugnado.

Por otro lado, dicho pretendido error o inconsistencia no haría inviable la oferta presentada, pues la propia recurrente señala que la aparente incompatibilidad detectada (que, por otro lado, pone en cuestión con las consideraciones plasmadas en el apartado e) del fundamento de derecho segundo de su recurso) no obstaría a la necesaria prevalencia de la oferta económica desglosada para el organismo y programa presupuestario objeto de cuestión, pudiendo encontrar adecuada solución en los términos señalados en el apartado d) del fundamento segundo de su recurso.

No cabe, en este sentido, obviar que, como se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclina cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando que “*una interpretación literalista que conduzca a la no*



*admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia” .*

**Octavo.** Debe por todo ello concluirse en la procedencia de estimar parcialmente el recurso, dejando sin efecto la exclusión de la oferta de la recurrente y, con ello, el acuerdo impugnado, por el que se declara desierta la licitación ( que sólo procede, de acuerdo con el artículo 135.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando no exista alguna oferta o proposición que fuera admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego) y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno a fin de que la mesa de contratación pueda, de acuerdo con lo previsto en el artículo 136.4 de la aplicable Ley de Contratos del Sector Público, valorar las justificaciones que, dando respuesta al requerimiento formulado el 30 de noviembre de 2011 al amparo del artículo 136.3 del mismo texto legal, fueron presentadas por la recurrente el 16 de diciembre de 2011, tal y como se relata en el antecedente de hecho cuarto de esta resolución.

Ello no obstante (y de ahí el carácter parcial de la estimación) no procede declarar, como también se solicita, el derecho de la actora a la adjudicación del contrato, en tanto no se pronuncie el órgano de contratación sobre el eventual carácter desproporcionado o anormal de su oferta.

En este sentido, debe advertirse que no existe, pese a lo afirmado por el recurrente, contradicción ni antinomia lógica alguna entre el acuerdo impugnado y el previo requerimiento formulado al amparo del artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, en tanto el eventual exceso en alguno de los precios unitarios señalados por el licitador (cuyas consecuencias hemos valorado con anterioridad) no es en nada incompatible con el incontrovertido hecho de que el montante global de su oferta se ubicaba por debajo del umbral definido en el punto 13 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas aplicables para tener a la proposición por incurso en valores anormales o desproporcionados.

Debe, en este punto, recordarse que, como ya ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones y, en particular, en la resolución 269/2011, “*existe un límite a nuestra*



*competencia respecto de las pretensiones articuladas por los reclamantes que piden que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior a aquel en que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso de la entidad contratante, única a la que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992)”. Habiendo acordado la retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de las ofertas, debe este Tribunal respetar en su integridad, sin prejuzgar su ejercicio, las competencias que a tal fin corresponden al órgano de contratación.*

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. J.C.V. en nombre y representación de BT España, Compañía de Servicios Globales de Comunicaciones S.A.U. contra el acuerdo del Subsecretario de Educación, Cultura y Deporte de 14 de febrero de 2012, por el que se declara desierta la licitación del Servicio de Telecomunicaciones del Ministerio de Cultura y de sus Organismos Autónomos dependientes, anulándola y dejándola sin efecto y ordenando la retroacción de actuaciones al momento procedimental oportuno a fin de que la mesa de contratación pueda, de acuerdo con lo previsto en el artículo 136.4 de la aplicable Ley de Contratos del Sector Público, valorar las justificaciones que, dando respuesta al requerimiento formulado el 30 de noviembre de 2011 al amparo del artículo 136.3 del mismo texto



legal, fueron presentadas por la recurrente el 16 de diciembre de 2011, tal y como se relata en el antecedente de hecho cuarto de esta resolución.

**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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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