



Recurso nº 120/2012

Resolución nº141 /2012

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

En Madrid, a 28 de junio de 2012.

VISTO el recurso interpuesto –calificado como reclamación– por D. D.P.B., en representación de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, contra el acuerdo del Presidente de Puertos del Estado, de fecha 8 de mayo de 2012, por el que se adjudica a TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS el contrato de “Servicios de telefonía en la sede central de Puertos del Estado”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fechas 16 de febrero y 1 de marzo de 2012, Puertos del Estado publicó anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado convocando licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato de servicios arriba citado, con un valor estimado de 470.000 euros, en la cual presentaron oferta, entre otros, la recurrente, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL (France Telecom, en adelante), y la adjudicataria del contrato, TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (UTE Telefónica, en adelante).

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (Ley 31/2007, en lo sucesivo), y en las normas y condiciones generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (Normas de contratación, en adelante) aprobadas mediante Orden del Ministerio de Fomento 4003/2008, de 22 de julio y publicadas en el Boletín Oficial del Estado el 24 de enero de 2012.

Tercero. Contra el acuerdo del Presidente de Puertos del Estado, de fecha 8 de mayo de 2012, por el que se adjudica el contrato a la UTE Telefónica, la representación de France Telecom ha interpuesto recurso –al que califica como reclamación- ante este Tribunal mediante escrito presentado el día 8 de junio de 2012 en el registro del mismo, por el que, previas las consideraciones que entiende convienen a su derecho, solicita la nulidad del acto de adjudicación, la exclusión de la oferta de la UTE Telefónica, que se retrotraigan las actuaciones al momento previo al de adjudicación y que se adjudique el contrato a la oferta más ventajosa de conformidad con los criterios de adjudicación expresados en el pliego de condiciones.

Cuarto. El Tribunal, en sesión de fecha 13 de junio de 2012, acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación.

Quinto. Puertos del Estado remitió el 13 de junio de 2012 al Tribunal el expediente de contratación y el informe sobre el recurso formulado.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, el 14 de junio de 2012, dio traslado del recurso a los otros licitadores en el procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. La representación de la UTE Telefónica, adjudicataria del contrato, presentó alegaciones el 20 de junio de 2012 solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Puertos del Estado, es una entidad que, a tenor de la disposición adicional segunda de la Ley 31/2007, tiene la consideración de entidad contratante, a efectos de su artículo 3, del sector de los puertos marítimos o fluviales u otras terminales.

El contrato tiene por objeto el “Servicio de telefonía en la sede central de Puertos del Estado”, lo que nos lleva a examinar previamente el régimen legal aplicable. En este sentido, el artículo 3.1 de la Ley 31/2007 establece que *“Quedarán sujetas a la presente Ley, siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12, las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 4”*. Señalando, en lo que aquí interesa, el artículo 12 que *“La presente Ley se aplicará a las*

actividades de explotación de una zona geográfica determinada para: (...) b) la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales, de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte”.

Pues bien, visto el objeto del contrato, servicio de telefonía en la sede central de Puertos del Estado, es decir, en sus oficinas centrales ubicadas en Madrid, entiende este Tribunal que es claro que no se trata de una *“actividad de explotación de una zona geográfica determinada para la puesta a disposición de los transportistas marítimos o fluviales, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte”*, sino que se trata de contratar un servicio para satisfacer las necesidades propias de su actividad, pero que en modo alguno supone cumplimiento de los dos requisitos exigidos en el artículo 12 de la Ley 31/2007 aquí reproducido, esto es, que se trate de una actividad de explotación de una zona geográfica determinada y que suponga su puesta a disposición de transportistas marítimos o fluviales, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte.

De otro lado, el artículo 18.1 de la Ley 31/2007 excluye del ámbito de aplicación de la misma *“a los contratos o a los concursos de proyectos que las entidades contratantes celebren u organicen para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12, ni para la realización de dichas actividades en un país tercero, en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de un área geográfica dentro de la Unión Europea”*, incluyendo -la disposición adicional cuarta de la citada Ley- a estos contratos, cuando como es el caso superan el importe establecido en el artículo 16 (valor estimado igual o superior a 400.000 euros en los contratos de servicios), en el ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Debe considerarse, por tanto, que el recurso ha sido erróneamente calificado por el recurrente, al calificarlo como reclamación de la Ley 31/2007, y aplicar lo establecido en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: *“El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*. Resulta claro que la intención de la

entidad recurrente ha sido interponer recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación de 8 de mayo de 2012 del Presidente de Puertos del Estado.

Sentado lo anterior, el régimen legal que procede aplicar al recurso que aquí se impugna es el establecido en TRLCSP para los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública, como es el caso de Puertos del Estado en cuanto que, de acuerdo con la disposición adicional vigésima segunda del TRLCSP, *“El régimen de contratación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, el ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias será el establecido en esta Ley para las entidades públicas empresariales”*, no teniendo las entidades públicas empresariales, según el artículo 3.2 del TRLCSP, la consideración de Administraciones Públicas. En este sentido, la Orden del Ministerio de Fomento que aprueba las Normas de contratación de Puertos del Estado señala expresamente que *“los organismos portuarios, a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público, se configuran como poderes adjudicadores del sector público sin ostentar el carácter de Administración Pública”*.

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal contra el acto de adjudicación de un contrato de servicios de categoría 5 con valor estimado superior a 200.000 euros, correspondiendo a este Tribunal su tramitación y resolución de conformidad con el artículo 41 del TRLCSP.

El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación, por lo que el recurso se ha interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de France Telecom para interponer el recurso viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, pues se trata de un licitador no adjudicatario del contrato.

Cuarto. Se han cumplido los requisitos de plazo para la interposición del recurso, previstos en el artículo 44 del TRLCSP, pues la notificación de la adjudicación se realizó mediante burofax el 22 de mayo de 2012 y France Telecom interpuso su recurso ante este Tribunal el 8 de junio de 2012.

Quinto. Con carácter previo al examen del fondo del asunto planteado es preciso dar respuesta a la afirmación de Puertos del Estado, según la cual, la entidad reclamante

está empleando la vía de la reclamación regulada por la Ley 31/2007 para formular una solicitud de revisión de oficio, pues considera que el motivo de nulidad de pleno derecho invocado por la entidad reclamante (conculcación de la cláusula 8.3 del Pliego de Condiciones) no supone una vulneración de los preceptos contenidos en la Ley 31/2007 y tampoco resulta subsumible en ninguno de los supuesto de nulidad de los contratos regulados en el artículo 109 de la citada Ley.

En este sentido procede anotar que según establece el artículo 44.4 del TRLCSP- en términos semejantes el artículo 104.4 de la Ley 31/2007-, la interposición del recurso debe expresar, en cuanto a su objeto, el acto que se recurre y el motivo que fundamenta su impugnación, requisito éste que debe interpretarse, tal y como señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su acuerdo 27/2011 de 29 de noviembre, *“de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que aplicando el principio antiformalista y el de tutela judicial efectiva, interpreta los requisitos formales en el sentido más favorable a la admisibilidad del recurso, y por lo tanto entender que no es necesario invocar el concreto precepto legal infringido para que resulte admisible el recurso”*.

Pero es que además, siguiendo con el acuerdo citado del Tribunal de Aragón, el recurso especial tiene su fundamento en el derecho de la UE, y en concreto en la Directiva 89/665/CE, cuya finalidad fundamental es garantizar la tutela de los derechos que la Directiva 2004/18/CE reconoce a los licitadores y que quedan plasmados en el ordenamiento jurídico español en el artículo 1 del TRLCSP, que reconoce la libertad de acceso a los licitadores, la exigencia de publicidad y transparencia de los procedimientos y los principios de no discriminación e igualdad de trato. Para que prospere el recurso especial en materia de contratación -e igual cabría señalar respecto de una reclamación en el procedimiento de adjudicación-, no es necesario que exista un concreto precepto legal o reglamento infringido, sino que basta con que el Tribunal pueda apreciar en el procedimiento una actuación que haya dado lugar a discriminación entre los licitadores y exista una pretensión del recurrente compatible con la finalidad del recurso, que, en el caso que nos ocupa, resulta evidente del escrito, al solicitar la anulación del acto recurrido y una nueva propuesta de adjudicación, con motivo de una supuesta incongruencia en la oferta económica de la UTE Telefónica.

En cualquier caso, del escrito de recurso se observa claramente que la intención del recurrente no es la revisión de un acto administrativo, como parece entender la entidad contratante, sino al contrario persigue la anulación de la adjudicación del contrato en base al incumplimiento del pliego que, no olvidemos constituye la ley del contrato y vincula, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la entidad contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la entidad contratante la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores. Respecto de estos últimos supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, y que en caso de no hacerlo, podrán ser excluidos de la licitación.

Sexto. Sobre el fondo, el primer reproche que hace France Telecom es la insuficiente motivación del acto de notificación de la adjudicación, que entiende vulnera lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 31/2007, refiriéndose en defensa de su pretensión a las resoluciones 199/2011 y 216/2011 de este Tribunal (recursos 162/2001 y 191/2011).

En concreto apunta la entidad recurrente que la notificación efectuada por Puertos del Estado tan sólo incluía la empresa adjudicataria, la UTE Telefónica al haber obtenido la mejor puntuación final, y los recursos procedentes, lo cual considera insuficiente a los efectos de entender cumplida la obligación de motivación del artículo 84 de la Ley 31/2007, pues dicho acto de notificación entiende que no le permite interponer una reclamación de forma suficientemente fundada, en cuanto que no se incluye ni la puntuación asignada de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en el pliego, ni tampoco una información sucinta de las causas de atribución de esa puntuación. Señala asimismo France Telecom que, con fecha 7 de junio, y al amparo del artículo 84.3 de la Ley 31/2007, solicitó información adicional –que cita en su escrito- a Puertos del Estado, la cual a la fecha de interposición de su reclamación –el 8 de junio- no ha sido recibida.

Frente al criterio de la entidad recurrente, Puertos del Estado manifiesta en su informe que el artículo 84 de la Ley 31/2007 exige que las entidades contratantes comuniquen a todo candidato o licitador descartado, los motivos de rechazo de su candidatura u oferta, si bien esta comunicación requiere una solicitud por escrito del licitador, sentido en el que considera se pronuncia este Tribunal en su resolución 216/2001. Añade Puertos del

Estado que France Telecom solicitó esa información mediante escrito que tuvo entrada en su registro el día 7 de junio de 2012, que al día siguiente a esa solicitud la entidad reclamante interpuso su reclamación y que el día 12 del mismo mes le fue facilitada dicha información por correo electrónico.

Puertos del Estado, al objeto de justificar la motivación de su comunicación, se refiere a la motivación "*in aliunde*", citando el artículo 89.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC en adelante) así como Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. De acuerdo con ello, expone que la motivación de una resolución puede recogerse en el propio acto o puede encontrarse en los informes o dictámenes previos cuando el acto administrativo se produzca de conformidad con los mismos y queden incorporados a la resolución.

Termina la entidad contratante alegando que lo antes expuesto resulta aplicable al supuesto aquí examinado, por cuanto France Telecom ha tenido acceso a los documentos que obran en el expediente –entre los que se incluyen los informes de la Comisión Técnica de fechas 20 de abril y 4 de mayo de 2012-, significando además que, de haber solicitado la entidad reclamante los informes técnicos a los que se alude en la comunicación de la resolución, con un plazo razonable, la reclamación hubiera carecido de objeto.

Finalmente, la UTE Telefónica, alega, en síntesis, que la notificación de la adjudicación está debidamente motivada, no existiendo indefensión para la entidad reclamante, ya que se cumple lo señalado al respecto en el artículo 135.4 de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 151.4 TRLCSP), sin perjuicio de aplicar la excepción recogida en el artículo 137 de la citada Ley (art. 153 TRLCSP) en cuanto al deber de confidencialidad.

Séptimo. En relación a la motivación de la adjudicación, es doctrina reiterada de este Tribunal que la notificación del acto de adjudicación ha de estar motivada de forma adecuada, pues de lo contrario se le estaría privando al licitador notificado de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole por ello indefensión. Para estimar que la notificación se halla adecuadamente motivada al menos ha de contener la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundado.

Tal exigencia de motivación de la notificación viene impuesta por el artículo 151.4 del TRLCSP, precepto en el que se hace una relación concreta de los aspectos que debe comprender en todo caso la notificación.

Dicho precepto dispone: *“4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas (...).”

Interpretando este precepto, este Tribunal ha señalado que del mismo cabe deducir, de una parte que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso.

La segunda cuestión que pone de manifiesto el precepto transcrito es la relativa a la forma en que ha de realizarse la motivación. En este sentido el apartado a) señala que, respecto de los licitadores descartados –como es el caso de la recurrente–, se realizará exposición resumida de las razones por las que se ha desestimado su candidatura. Esta exposición resumida determina que no hayan de incorporarse al acto notificado todos los

extremos determinantes de la decisión, siempre que la notificación contenga las razones determinantes del descarte.

Para concretar los aspectos sobre los que ha de otorgarse la información, debe recordarse que la norma primera reguladora del contrato son los pliegos de cláusulas administrativas particulares, completado, en su caso, con el pliego de prescripciones técnicas.

Los criterios de valoración enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo son, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinan la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en cuanto se refiere a la entidad contratante). Al ser estos criterios los elementos determinantes de la adjudicación, la posibilidad de proceder a la impugnación de la adjudicación realizada requiere tener conocimiento de las puntuaciones atribuidas en cada uno de estos criterios, así como una información sucinta de la causa de la atribución de tal puntuación.

Añadiremos que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de amplitud suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTS de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).

Pues bien en el caso que nos ocupa, las razones determinantes de la decisión adoptada por la entidad contratante no aparecen reflejadas en la notificación efectuada a la recurrente con fecha 22 de mayo de 2012, en la cual se hace constar únicamente la empresa adjudicataria, la UTE Telefónica por obtener la mejor puntuación final, y los recursos procedentes. Sin embargo, mediante escrito, de fecha 5 de junio de 2012 con entrada en el registro de Puertos del Estado del día 7, France Telecom solicitaba, al amparo del artículo 84.3 de la Ley 31/2007, saber: *“las características y ventajas de la*

oferta seleccionada y los motivos de rechazo de la oferta de mi representada, incluidos los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión que los servicios ofertados por esta parte no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas, en su caso”.

Con base en la solicitud anterior, Puertos del Estado, el 12 de junio de 2012, remite a France Telecom los Informes de la Comisión Técnica de fechas 20 de abril de 2012, relativo a la oferta técnica, y de 4 de mayo de 2012, referido a la puntuación total (técnica y económica) de los licitadores, en los cuales se proporciona a la entidad ahora recurrente información suficiente para interponer recurso debidamente fundado. Abunda en lo anterior que, además, France Telecom, ha dispuesto, con carácter previo a la interposición de este recurso, de la oferta económica de la UTE Telefónica, adjudicataria del contrato.

En consecuencia, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, resulta claro que, si bien la notificación inicial –de 22 de mayo- carecía de motivación, la respuesta de Puertos del Estado –de 12 de junio- a la información adicional solicitada por France Telecom –el 7 de junio-, proporcionándole los informes de valoración, es suficiente para que la entidad recurrente pueda interponer recurso y fundarlo debidamente.

Así pues, si bien el acuerdo de adjudicación carece de la motivación necesaria e infringe lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP, no ha originado indefensión material a la entidad recurrente, pues éste ha dispuesto de la información necesaria para la interposición de un recurso fundado contra aquel. Subsanados pues los defectos existentes en la notificación inicial, mediante la información adicional proporcionada con fecha 12 de junio de 2012, considera este Tribunal que la adjudicación realizada debe entenderse correctamente notificada desde esa fecha, comenzando a contar a partir de la misma el plazo para interponer el pertinente recurso.

Entiende el Tribunal que, rehabilitado el plazo para recurrir, si France Telecom no ha presentado un nuevo recurso una vez que ha dispuesto de la información suficiente, es porque ha considerado suficiente para la defensa de su derecho el recurso interpuesto. Por tanto, debe desestimarse la pretensión de France Telecom de retrotraer las actuaciones al momento anterior al de adjudicación, con motivo de la notificación defectuosa practicada inicialmente.

Desestimada la pretensión de la recurrente en este punto, no resulta necesario analizar las alegaciones que realiza Puertos del Estado respecto de la motivación “*in aliunde*”.

Octavo. Como segundo argumento de fondo, se aduce por la entidad recurrente incongruencia en la oferta económica de la UTE Telefónica.

France Telecom entiende que existe incongruencia en los precios unitarios ofertados por la UTE Telefónica para las llamadas fijo a móvil, pues mientras que el precio ofertado para esas llamadas en el *apartado 3. Servicios de comunicaciones de voz fija, subapartado 3.2. Costes de tráfico*, es 0,0275 para el Coste/est. y 0,0348 para el Coste/min., en cambio en el *subapartado 3.3. Justificación de las tarifas, A. Precios unitarios según tráficos estándar* para llamadas de fijo a móvil (Movistar, Vodafone y Orange) indica como PVC Establecimiento 0,15 y como PVC Minuto 0,155.

También aprecia incongruencia o error en el *subapartado 3.3. Justificación de las tarifas, B. Precios unitarios para mix de tráfico equivalente específico del concurso*, pues de su contenido entiende la reclamante que lo que pretende la UTE Telefónica es dotar a Puertos del Estado de un primario de móviles, de forma que las llamadas que se realicen desde una línea fija a una línea móvil se convertirán en llamadas de móvil a móvil, no resultando así de aplicación las tarifas anteriores (0,0275 para el Coste/est. y 0,0348 para el Coste/min.) sino las tarifas para el tráfico de móvil a móvil que son distintas y se recogen en el apartado 4 de la oferta relativo a los Servicios de comunicaciones móviles de voz y datos. Añade además que ese criterio da lugar a una diferencia, según la UTE Telefónica, de 1.500,52 €, sin que por su parte sea posible comprender cómo puede llegarse a ella de acuerdo con los precios unitarios ofertados.

En definitiva, France Telecom considera que la oferta de la UTE Telefónica no se ajusta al modelo de proposición económica del Anexo IV del pliego de condiciones, así como que es absolutamente imposible comprender claramente dicha oferta en lo que se refiere a los precios ofertados para las llamadas de fijos a móviles, y ello entiende que, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 8.3 del pliego de condiciones, debería de haber llevado a su exclusión

Frente a lo expuesto por France Telecom, tanto Puertos del Estado, en su informe, como la UTE Telefónica, en sus alegaciones, se limitan a poner de manifiesto que la oferta de

la UTE Telefónica, en lo que se refiere al precio unitario de llamadas fijo-móvil, se ajusta al Anexo IV del modelo de proposición económica, sin hacer objeción alguna a las manifestaciones de la entidad reclamante respecto a las incongruencias antes expuestas y que, a juicio de ésta, existen en la oferta económica de la UTE Telefónica.

Noveno. La cuestión de fondo planteada hace necesario analizar si, como afirma France Telecom, la oferta de la UTE Telefónica no se ajusta al Anexo IV que contiene el modelo de proposición económica existiendo incongruencia en su oferta, lo que determinaría su exclusión del procedimiento, o si, de contrario, no existe tal error o incongruencia, o existiendo se trata de un error contenido en la documentación constitutiva de la oferta susceptible de aclaración.

Para enmarcar el debate, debe destacarse que la cláusula 8 del pliego de condiciones expresa, en su apartado 1, que *“La presentación de las proposiciones supone, la aceptación incondicionada del licitador de las cláusulas de este Pliego, (...)”*, y en su apartado 3 al referirse al sobre nº 4 de proposición económica, que *“No se aceptarán aquellas proposiciones que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente la oferta”*.

El Anexo IV de modelo de proposición de oferta económica, para los Servicios de comunicación de voz fija, en lo que respecta a los costes de tráfico de fijo a móvil, es como sigue:

“2. Costes de tráfico, en base al tráfico cursado.

Ámbito de llamada	Llamadas/año	Minutos/año	Coste/est	Coste/min	Coste total anual
<i>Fijo a móvil</i>	10.079	35.131			

(...)

Se adjuntará a la presente oferta explicación de las tarifas y sus condicionantes (establecimientos de llamada, horarios de tarificación, zonas internacionales ... etc.).”

El contenido de la oferta de la UTE Telefónica, en lo que aquí interesa, es el siguiente:

“3.2 COSTES DE TRÁFICO, EN BASE AL TRÁFICO CURSADO.

Ámbito de llamada	Llamadas/año	Minutos/año	Coste/est	Coste/min	Coste total anual
Fijo a móvil	10.079	35.131	0,0275	0,0348	1.499,73

(...)

3.3 JUSTIFICACIÓN DE LAS TARIFAS

A.- PRECIOS UNITARIOS SEGÚN TRÁFICOS ESTÁNDAR

1º) Redefinir los tipos de tráfico según el pliego en las tablas B y C

2º) Ajustar el Porcentaje Mix (columna C) de tal forma que un tipo de tráfico de las tablas B y C sumen 100%.

3º) Para cada tráfico definir el Tipo Descuento. Se utiliza Markup para definir los descuentos

Tráfico	Porcentaje para MIX	PVP Establecimiento (€)	PVP Minuto Franja Normal (€/min)	Tipo Descuento	Descuento Mensual	PVC Establecimiento	PVC Minuto
MÓVIL NACIONAL							
Fijo/Móvil a Movistar	50%	0,150000	0,155000	Descuento	0%	0,15	0,155
Fijo/Móvil a Vodafone	30%	0,150000	0,155000	Descuento	0%	0,15	0,155
Fijo/Móvil a Orange	20%	0,150000	0,155000	Descuento	0%	0,15	0,155

B.- PRECIOS UNITARIOS PARA MIX DE TRÁFICO EQUIVALENTE ESPECÍFICO DEL CONCURSO

Redefinir los tipos de tráfico según el pliego.

PRECIOS UNITARIOS PARA TRÁFICO EQUIVALENTE	Cotrol MIX e Tráficos	PVP Establecimiento (€)	PVP Minuto Franja Normal (€/min)	Descuento Equivalente Establecimiento	Descuento Equivalente Mensual	PVC Establecimiento	PVC Minuto
Fijo-Móvil	100%	0,150000	0,155000	0%	0%	0,150000	0,155000

Faltaría obtener el Precio de Fijo-Móvil, porque aunque se haya calculado sobre las tarifas de Fija, tal y como indica el pliego. Telefónica dotará a PUERTOS DEL ESTADO de un primario de móviles, consiguiendo convertir este tráfico Fijo-Móvil. Siendo por lo tanto un cálculo independiente de este estudio y que se basa en precios de voz móvil.

Por lo tanto, cuando realizamos en los siguientes puntos el estudio entre la proposición económica publicada para móviles y la real incluyendo este tráfico Fijo-Móvil dentro del estudio, nos sale una diferencia de 1.500,52 €.

Ámbito de llamada	Llamadas/año	Minutos/año	Coste/est	Coste/min	Coste total anual
Fijo a móvil	10.079	35.131	0,0275	0,0348	1.499,73

La diferencia con los 1.500,52, se debe a redondeos de decimales”

De acuerdo con lo anterior se observa que el Anexo IV de modelo de proposición de oferta económica para los Servicios de comunicación de voz fija, una vez establecida la tabla a cumplimentar para los costes de tráfico, en los cuales se exige detallar el “Coste/est.” y el “Coste/min.”, señala que “Se adjuntará a la presente oferta explicación de las tarifas y sus condicionantes (establecimientos de llamada, horarios de tarificación, zonas internacionales ... etc.).” sin acompañar tablas o cualquier otra información a utilizar para realizar la justificación que se requiere, es decir, se deja a elección de los licitadores el cómo han de justificar sus precios ofertados en la tabla de costes de tráfico.

Décimo. Reproducido en el fundamento anterior el contenido el Anexo IV de modelo de proposición económica, en lo que se refiere a los Servicios de comunicación de voz fija - Costes de tráfico de fijo a móvil, así como la oferta de la UTE Telefónica, incluida la justificación que realiza de su oferta, es claro que la afirmación de France Telecom de que la proposición de la UTE Telefónica no se ajusta al modelo recogido en el Anexo IV del pliego de condiciones debe ser desestimada, por un lado porque la oferta económica presentada se ajusta estrictamente al modelo del Anexo IV, y por otro porque el Anexo IV se limita a requerir una explicación de las tarifas ofertadas y de sus condicionantes, pero sin exigir que dicha explicación se ajuste a un modelo o tabla determinada, de manera que corresponde al licitador realizar esa justificación en los términos que considere adecuados, y eso es precisamente lo que ha hecho la UTE Telefónica, justificando sus tarifas a través de los apartados “A. Precios unitarios según tráficos estándar” y “B. Precios unitarios para mix de tráfico equivalente específico del concurso”.

Sentado que la proposición económica de la UTE Telefónica se ajusta al modelo de oferta económica del Anexo IV, la cuestión a examinar seguidamente es si su oferta,

como sostiene la entidad recurrente, adolece de error o incongruencia interna derivada de los precios ofertados para la tarifa fijo-móvil y la justificación que realiza de la misma.

En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el error en el importe de la proposición sólo puede determinar la exclusión cuando sea “manifiesto” y además haga a la oferta “inviabile”.

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, como se desprende de las diversas consideraciones que hace la UTE Telefónica para justificar , en este caso, las tarifas ofertadas de Fijo a Móvil.

Por otro lado, dicho pretendido error o inconsistencia no haría inviable la oferta presentada, pues la aparente incongruencia a la que se refiere la entidad recurrente no obstaría a la necesaria prevalencia de la oferta económica desglosada según el modelo de proposición económica del Anexo IV, y que es de 0,0275 € para el coste de establecimiento de llamada y de 0,0348 € para el coste por minuto, pues la información que incluye en el apartado 3 la UTE Telefónica lo que pretende únicamente es explicar y justificar sus tarifas, entre ellas la de Fijo-Móvil a través de un primario de móviles, sin que dicha justificación sirva para modificar la tarifa inicialmente ofertada sino para explicar la misma.

Es más, la diferencia de 1.500,52 € a la que alude France Telecom no es tal, puesto que de acuerdo con la oferta de la UTE Telefónica el “Coste total anual” por las llamadas de fijo a móvil asciende a 1.499,73 €, cuyo resultado se obtiene de multiplicar las “Llamadas/año” (10.079) por el “Coste/est” (0,0275) y sumarle el resultado de multiplicar los “Minutos/año” (34.131) por el “Coste/min” (0,0348). Así, de acuerdo con lo expuesto, los cálculos realizados son los siguientes: Coste total anual = Llamadas/año * Coste/est + Minutos/año * Coste/min = 10.079 * 0,0275 + 34.131 * 0,0348 = 1.499,73. Por tanto, con

estos cálculos, la diferencia asciende a 0,79 € (1.500,52 – 1.499,73), lo cual entiende este Tribunal está suficientemente justificado como para que esa diferencia, como afirma la UTE Telefónica, tenga su causa en redondeos de decimales.

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*”, sin que podamos tampoco olvidar los principios de no discriminación y proporcionalidad, que este Tribunal considera que se verían directamente afectados de aceptarse las pretensiones de France Telecom.

Las argumentaciones anteriores llevan a este Tribunal a desestimar el recurso, pues entiende que no existe incongruencia o error alguno en la oferta económica de la UTE Telefónica, en cuanto a sus tarifas ofertadas por el servicio de Fijo a Móvil, debiéndose por tanto confirmar la adjudicación del contrato a favor de la misma.

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. D.P.B., en representación de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, contra el acuerdo del Presidente de Puertos del Estado, de fecha 8 de mayo de 2012, por el que se adjudica a TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS el contrato de “Servicios de telefonía en la sede central de Puertos del Estado”, confirmado la adjudicación por ser conforme a derecho.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión automática del expediente de contratación producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley.

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 47.5 del TRLCSP.

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.