



Recurso nº 280/2014 C.A. Illes Balears 025/2014
Resolución nº 385/2014

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

En Madrid, a 19 de mayo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.L.B.C., en nombre de la compañía mercantil "VODAFONE ESPAÑA, S.A.U", contra el acuerdo de adjudicación del contrato de prestación del servicio de telefonía y comunicaciones de datos del Excmo. Ayuntamiento de Marratxí (expediente RE 9/2013), fel Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 18 de septiembre de 2013, el Excmo. Ayuntamiento de Marratxí remitió al Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato de servicios de telefonía y comunicaciones de datos de dicha Corporación, con un valor estimado de 483.200 € y código CPV 64210000.

Constan igualmente publicados los correspondientes anuncios en los Boletines Oficiales del Estado y de las Islas Baleares de 8 y 10 de octubre de 2013, respectivamente.

Segundo. El apartado 2 del Pliego de condiciones técnicas define el objeto del contrato en los términos siguientes:

<<El objeto del presente concurso es la contratación de los servicios avanzados de acceso a la red de telefonía pública desde las diferentes sedes del Ayuntamiento de Marratxí y la creación de una red corporativa de voz entre los diferentes usuarios del Ayuntamiento de Marratxí.

Estos servicios deberán contemplar tanto el tráfico de las comunicaciones telefónicas como el mantenimiento, durante el periodo de contrato, de todos los elementos necesarios para el funcionamiento correcto de los servicios.

Las soluciones propuestas se pueden fundamentar o no en la actual infraestructura exigente y por tanto podrán tenerse en cuenta tanto centralitas físicas como virtuales, que estén en las instalaciones del Ayuntamiento de Marratxí o del adjudicatario. En cualquier caso, tanto si la solución propuesta se basa o no en la infraestructura actual, el adjudicatario deberá asumir el mantenimiento íntegro de esta infraestructura (centralitas, terminales, cableado, etc.) durante toda la vigencia del contrato.

Las sustituciones o mejoras que el futuro proveedor realice en equipos o infraestructuras propiedad del Ayuntamiento de Marratxí para mejorar el cumplimiento de las condiciones de servicio o adecuación a sus propias infraestructuras, se ejecutarán con el previo consentimiento del Ayuntamiento de Marratxí y no supondrán ni pérdidas en el servicio ni ningún coste económico adicional.

Igualmente es objeto del concurso la contratación del servicio de la red VPN de datos con las características descritas posteriormente y las conexiones a Internet mediante tecnología ADSL o equivalente.>>

Tercero. De conformidad con el apartado 12 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, los criterios de adjudicación del contrato son los siguientes:

- Precio, hasta un máximo de 60 puntos.
- Planes de formación, calidad, mantenimiento y [sic] implantación, hasta un máximo de 8 puntos.
- Mejoras, hasta un máximo de 32 puntos.

Cuarto. En particular, y respecto de las mejoras evaluables, los apartados A5 (relativo al servicio de telefonía fija), B8 (referido al servicio de telecomunicaciones móviles) y C4 (concerniente al servicio de VPN de datos y conexiones ADSL) del Pliego de condiciones técnicas, en línea con el 12c) del de cláusulas administrativas particulares, rezan:

<< 5 MEJORAS TÉCNICAS PUNTUABLES

- a) *Coste nulo entre llamadas de líneas municipales (incluidas en la XC o no) y las líneas municipales de telefónica móvil (máximo 1 punto)*
- b) *Implantación de enlaces móviles (licea) en nuevas centralitas que no lo dispongan actualmente, siempre y cuando resulte más ventajoso desde el punto de vista económico (hasta 2 puntos)*
- c) *Enlace de números fijo y móvil, de forma que en el caso que uno de los dos no contesta con un determinado número de tonos, se transfiera directamente la llamada a otro terminal, sin ningún tipo de coste adicional (máximo 1 punto)*
- d) *Otras mejoras propuestas por los licitadores y que la mesa de contratación considere que suponen una mejora para el servicio (máximo 2 puntos).>>*

<< 8 MEJORAS PUNTUABLES

- a) *Coste nulo entre llamadas desde líneas móviles a líneas municipales incluidas o no en la Red Corporativa (máximo 1 punto)*
- b) *Catálogo de terminales de telefonía móvil. Valoración técnica - económica (hasta 2 puntos).*
- c) *Otras mejoras propuestas por los licitadores y que la mesa de contratación considere que suponen una mejora para el Servicio (máximo 2 puntos)>>*

<< 4 MEJORAS PUNTUABLES

- a) *Incorporación de nuevas tecnologías a la VPN actual que supongan una mejora en la velocidad, rendimiento y seguridad de la misma (hasta 17 puntos)*
- b) *Aumento de las velocidades del resto de ADSL no incluidas dentro de la VPN (hasta 2 puntos).*

c) *Otras mejoras propuestas por los licitadores y que la mesa de contratación considere que supongan una mejora para el Servicio (máximo 2 puntos)*

Para que se valoren estas mejoras, el licitador deberá especificar claramente en que consistirán los cambios propuestos. En el caso de las velocidades de las ADSL, deberá concretar las líneas a las cuales aplicará los aumentos.>>

Quinto. Al procedimiento de licitación presentaron oferta las compañías “TELECOMUNICACIONES INTEGRADAS ONE TELECOM, S.L.”, “VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.” y “TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.”-“TELEFÓNICA MÓVILES, S.A.” (UTE).

Sexto. Tras excluir, por no atender el requerimiento de subsanación cursado al efecto, a la compañía “TELECOMUNICACIONES INTEGRADAS ONE TELECOM, S.L.”, la Mesa de contratación, en su sesión de 18 de noviembre de 2013, procedió a la apertura del sobre B, en el que se contenía la información sobre los Planes de calidad, mantenimiento, implantación y formación, así como las mejoras.

Séptimo. El 27 de noviembre de 2013, se evacúa por parte de los técnicos municipales el informe de valoración de la documentación técnica del sobre B, en el que se proponía asignar a los licitadores las siguientes puntuaciones:

Concepto	TELEFÓNICA	VODAFONE
Plan de calidad	2	1
Plan de mantenimiento	2	1
Plan de implantación	1,5	1
Plan de formación	1,5	2

Servicio de telefonía fija:

Concepto	TELEFÓNICA	VODAFONE
Mejora apartado a)	1	1
Mejora apartado b)	2	2
Mejora apartado c)	1	1
Mejora apartado d)	2	1

Servicio de telefonía móvil:

Concepto	TELEFÓNICA	VODAFONE
Mejora apartado a)	1	1
Mejora apartado b)	0,25	2
Mejora apartado c)	0,75	1

Servicio de comunicaciones y datos

Concepto	TELEFÓNICA	VODAFONE
Mejora apartado a)	16,670	12,000
Mejora apartado b)	1,370	1,595
Mejora apartado c)	1,000	1,000

Resultando de todo ello, pues, un total de 34,040 puntos a favor de la UTE “TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.”-TELEFÓNICA MÓVILES, S.A.U.” y 28,595 puntos a favor de “VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.”.

Octavo. El 2 de diciembre de 2013, la Mesa de contratación, después de dar cuenta del informe referido en el ordinal precedente, procedió a la apertura del sobre C (oferta económica), alcanzando las siguientes puntuaciones:

- “VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.”: 57,238 puntos.
- “TELFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.”-“TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.”: 50,468 puntos.

En consecuencia, la Mesa elevó propuesta de adjudicación a favor de la primera de las compañías, que había obtenido un total de 85,833 puntos frente a los 84,508 puntos de la segunda.

Noveno. El 11 de diciembre de 2013, las mercantiles “TELFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.” y “TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.” formularon alegaciones en las que ponía de manifiesto lo que, a su entender, constituían defectos en la valoración de las ofertas llevada a cabo por la Mesa, que, a su vez, y en virtud de acuerdo adoptado el 13 de diciembre de 2013, puso en su conocimiento ese mismo día la extemporaneidad de aquéllas, al tiempo que se le informó de la posibilidad de interponer recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Décimo. Previo anuncio formulado el 18 de diciembre de 2013, el 20 de diciembre “TELFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.” y “TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.” interpusieron recurso especial en materia de contratación contra el informe técnico de valoración y la incorporación de éste al expediente de contratación.

Undécimo. EL 27 de diciembre de 2013, la Mesa, a la vista del recurso referido en el ordinal precedente, emitió informe en el que, entre otros extremos, se señalaba:

<<Por lo que se refiere al apartado primero del recurso, y previa la consulta oportuna, se ha comprobado que los terminales valorados fueron los del apartado 3.5.7 de la oferta técnica. Por error, no se valoró el ofrecimiento de terminales realizado por Telefónica y que aparece con posterioridad en el apartado 3.9.8 de la misma oferta. Una vez examinada esta parte de la oferta, se concluye que el ofrecimiento del catálogo de

terminales de las dos empresas presenta un mismo nivel global técnico y económico. Por esta razón se propone una puntuación de 2 puntos para cada una de las empresas, considerándose que en este aspecto procedería la estimación del recurso.>>

Duodécimo. El 21 de febrero de 2014, este Tribunal acordó inadmitir el recurso referido en el ordinal décimo, al no ser el acto impugnado susceptible de recurso.

Decimotercero. El 18 de marzo de 2014, el Sr. Alcalde de Marratxí, a la vista del informe evacuado por la Mesa de Contratación con ocasión del recurso deducido por “TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.” y “TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.” al que se ha hecho referencia en el ordinal undécimo, resolvió adjudicar el contrato a favor de aquéllas, indicando, entre otros extremos:

<<Dado que, después de la interposición del referido Recurso Especial, la Mesa de Contratación, emitió informe indicando que procedía revisar la puntuación concedida en cuando [sic] a la valoración del catálogo de terminales ofertado, quedando la puntuación en este apartado en 2 puntos, para cada uno de los licitadores.>>

La notificación fue remitida el 19 de marzo de 2014.

Decimocuarto. El 1 de abril de 2014, mediante escrito presentado en el Registro del Excmo. Ayuntamiento de Marratxí, “VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.” anunció la interposición de recurso especial contra la adjudicación del contrato.

Decimoquinto. El 4 de abril de 2014 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de interposición del recurso.

Decimosexto. El expediente de contratación fue recibido en este Tribunal el 11 de abril de 2014, remitiéndose el informe el 14 de abril.

Decimoséptimo. El 14 de abril de 2014 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 las alegaciones que entendieran pertinentes, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Decimoctavo. El 16 de abril de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión producida con arreglo al artículo 45 del TRLCSP, defiriendo su levantamiento a la decisión definitiva del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, citado como TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 29 de noviembre de 2012 entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, publicado en el BOE el día 19 de diciembre de 2012.

Segundo. En tanto que participe en el procedimiento de licitación del contrato, la compañía “VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.” se halla legitimada para interponer aquél, con arreglo al artículo 42 TRLCSP.

Tercero. Tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.1 b) TRLCSP, el acuerdo de adjudicación es susceptible de recurso especial a tenor de lo dispuesto en el artículo 40, apartados 1 a) y 2 c) TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 TRLCSP, constando igualmente la presentación del anuncio al que se refiere el artículo 44.1 TRLCSP.

Quinto. El recurso se dirige frente al acuerdo de adjudicación del contrato antes identificado, aduciéndose para ello por parte de la mercantil “VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.” la infracción de los artículos 150.2 TRLCSP y 26 y 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, RD 817/2009) y, subsidiariamente, la existencia de defectos en la evaluación de la oferta formulada por “TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.” y “TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.”.

Tales extremos son negados por el órgano de contratación en su informe.

Sexto. Según se ha indicado, la recurrente entiende que el proceder seguido por el Excmo. Ayuntamiento de Marratxí en el expediente de licitación y, por mejor precisar, la modificación de la evaluación de la oferta llevada a cabo con ocasión del recurso entablado en su día por “TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.” y “TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.” infringe los artículos 150.2 TRLCSP y 26 y 30 RD 817/2009 que, como es sabido, establecen la obligación de llevar a cabo la evaluación de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (los conocidos como “criterios subjetivos”), antes de la de los de índole objetiva.

Como dijimos en nuestra Resolución 110/2014, que oportunamente es invocada por la sociedad recurrente, tal exigencia excede de ser una simple regla de procedimiento, sino que se configura, por el contrario, como una garantía establecida en salvaguardia de los principios rectores de la licitación pública. Por ello, en aquella ocasión dijimos y hoy reiteramos:

<<Como hemos señalado en ocasiones anteriores (Resoluciones 233/2011 y 250/2012, entre otras), tales preceptos tratan de asegurar la máxima objetividad en la evaluación de los criterios cuya cuantificación requiere un juicio de valor evitando que éste pueda ser influido por el conocimiento de la oferta económica y de los demás extremos cuya valoración requiere de fórmulas establecidas. Así lo considera igualmente el Tribunal de Cuentas en su Informe no 959 de 20 de diciembre de 2012, relativo a la fiscalización del sector público local del ejercicio 2010 (pág. 149).

No es, pues, una simple regla de ordenación procedimental, sino que, por el contrario, trasciende a los principios fundamentales de la contratación del sector público, al tratarse, en último término, de una garantía al servicio de la igualdad y no discriminación que, con arreglo al artículo 1 TRLCSP, deben presidir la licitación de estos contratos (cfr., en este sentido, Resoluciones 67/2012 y 76/2013, entre otras). Precisamente por ello, en fin, este Tribunal ha mantenido la improcedencia de acordar la retroacción de actuaciones para proceder a una nueva valoración de las ofertas una vez que ha tenido lugar la apertura de los sobres relativos a los criterios de adjudicación cuya apreciación depende de un juicio de valor (Resoluciones 132/2011, 459/2013, 590/2013, 636/2013, entre otras), aunque sí es posible, obviamente, acordar la retroacción para exigir una motivación que colme las

exigencias legalmente establecidas que no altere la evaluación inicial (Resolución 13/2014, por todas).>>

El lógico corolario de todo ello es que, obviamente, tampoco cabe modificar el resultado de la evaluación de esos criterios subjetivos una vez que ha tenido lugar la apertura de las ofertas económicas o de aquellos otros criterios de adjudicación no precisados de un juicio de valor (en este sentido, Resolución de este Tribunal 127/2012). Dicho en otros términos, sólo cabrá la corrección de dicha evaluación en los supuestos en que incurra en errores materiales, de hecho o aritméticos en el sentido que contempla el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (en adelante, LRJPAC), sin que, por el contrario, el mayor o menor acierto en la misma permita su rectificación. Más aún, incluso en la hipótesis de que la evaluación adoleciera de vicios formales relevantes (vgr.: por no haberse reunido el quórum necesario para la válida actuación de la Mesa), tampoco sería viable efectuar una nueva, sino que, por el contrario, lo pertinente sería desistir del procedimiento de contratación, en la medida en que, de no hacerse así, se estaría propiciando una infracción no subsanable de las normas reguladoras de la licitación (artículo 155.4 TRLCSP).

Séptimo. Las consideraciones expuestas en el ordinal precedente abocan a revocar el acuerdo de adjudicación impugnado, al basarse en una valoración llevada a cabo con quebranto de las normas fundamentales de la licitación, y, en particular, de los artículos 150.2 TRLCSP y 26 y 30 RD 817/2009.

En efecto, en el caso que nos concierne, después de efectuar una evaluación de las ofertas y de elevar la pertinente propuesta de adjudicación, la Mesa, con ocasión de un recurso deducido contra esa actuación, examinó nuevamente la valoración inicial de los criterios de índole subjetiva incrementando la puntuación asignada a nueva de ellas. Ello propicia una situación que, cuando menos, cabe reputar anómala, al coexistir una propuesta de adjudicación que no consta fuera revocada –la basada en esa primera valoración- y un informe evacuado en contestación a un recurso en el que la propia Mesa autora de aquélla sugiere que aquélla no es correcta. Acaso esta disparidad pudiera haberse evitado si el informe hubiera sido evacuado, como exige el artículo 46.2 TRLCSP, por el órgano de contratación y no por la Mesa, cuya función acaba

precisamente con la elevación de la propuesta de adjudicación (cfr.: Informe de la extinguida Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha relativo a la actividad de contratación del sector público local en el ejercicio 2011, pág. 38, DOCM de 31 de julio de 2013), y que no cabe prolongar más allá de dicho trámite.

Sea como fuere, lo cierto es que el órgano de contratación se ha apartado de la única propuesta formulada por la Mesa de Contratación, y lo ha hecho sin motivar tal decisión como exige el artículo 160.2 TRLCSP, pues que no es posible tener por tal –por conculcar los citados preceptos 150.2 TRLCSP y 26 y 30 RD 817/2009- el reexamen de la oferta técnica que aquélla verificó a raíz de interponerse recurso especial en materia de contratación por las compañías que, finalmente, lograron la adjudicación del contrato (“TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.” y “TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.”). Y ello porque, aunque sea el órgano de contratación el competente para efectuar la valoración final de las ofertas, su actuación queda constreñida a asumir los criterios de la Mesa o a acoger otros que estime convenientes con la debida motivación (cfr.: Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 15/2011). Lo que no es posible, empero, es adoptar una decisión, como ha acaecido en el supuesto ahora examinado, que se aparta de la propuesta de adjudicación con base en una evaluación ajena que, además, se ha producido por un cauce extraño al recto desenvolvimiento del expediente de contratación.

En consecuencia, se impone la anulación del acto impugnado, sin que sea necesario analizar el resto de los motivos esgrimidos por la recurrente.

Octavo. Llegados a este punto, una vez declarada la necesidad de anular el acuerdo de adjudicación, no queda sino hacer dos precisiones adicionales.

La primera de ellas concierne a la retroacción de las actuaciones, las cuales, con arreglo al artículo 47.2 TRLCSP, deberán ser repuestas al momento inmediatamente posterior a la elevación de la propuesta de adjudicación por parte de la Mesa el 2 de diciembre de 2013, a fin de que, a la vista de aquélla, pueda el órgano de contratación dictar la resolución que proceda en los términos del artículo 160.2 TRLCSP.

La segunda de ellas trae causa del examen de los criterios de adjudicación que, en el concepto de mejoras, han sido incluidos en los Pliegos rectores de la licitación (cfr.:

antecedente de hecho cuarto de esta Resolución) y, en particular, al recogido en los incisos d) del apartado A5, c) del apartado B8 y c) del apartado C4. Sobre los mismos, basta su simple lectura para constatar que su redacción -al dejar a la Mesa plena libertad para apreciarlas- no es respetuosa con las exigencias de los artículos 1, 139, 147.2 y 150.1 TRLCSP y 67.2 j) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001, de 12 de octubre), de los que resulta que la admisibilidad de las mejoras o variantes está supeditada a que así se prevea expresamente en el Pliego y a que se indiquen en él sus elementos y condiciones, así como a que guarden relación directa con el objeto del contrato y se especifique la forma de su valoración (cfr.: Resolución 300/2014, y todas las que allí se mencionan). El incumplimiento de estos requisitos ha dado pie a que por este Tribunal, de oficio, se declare la nulidad de las cláusulas así viciadas y, por ende, de todo el procedimiento de licitación (cfr., por todas, Resolución 135/2014); no se hace así, sin embargo, en la presente ocasión, al no suscitarse contienda alguna sobre la aplicación de los criterios recogidos en los incisos citados y no ser necesario su análisis para la resolución del debate planteado. Tales circunstancias -que, en último término, engarzan con el respeto al principio de congruencia que proclama el artículo 47.2 TRLCSP-, unidas a la necesaria prudencia y moderación con la que debe administrarse la teoría de las nulidades (cfr.: Dictámenes del Consejo de Estado de 10 de octubre de 2013 -expediente 933/2013- y 14 de mayo de 2003 -expediente 829/2003-, entre otros), han aconsejado en esta ocasión no hacer un pronunciamiento como el expresado.

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 deducido por “VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.” contra el acuerdo de adjudicación, y, en su virtud, anular la adjudicación efectuada a favor de “TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U.” y “TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.”, así como todo lo actuado con posterioridad a la propuesta de adjudicación de 2 de

diciembre de 2013, retrotrayendo el expediente al momento inmediatamente posterior a ella.

Segundo. Desestimar el recurso en todo lo demás.

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.

Cuarto. Alzar la suspensión del procedimiento acordada el 16 de abril de 2014.

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 las Islas Baleares, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.