



Recurso nº 1078/2014

Resolución nº 75/2015

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

En Madrid, a 23 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.C.V., en representación de la mercantil BT ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (en adelante "BT"), contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación del Lote 1 "Servicios de Telefonía Fija, Red privada de Datos, Acceso a Internet, Voz IP y Videoconferencia" de la licitación convocada para la contratación del servicio de telecomunicaciones de voz fija y móvil, Voz IP, Red privada de datos, Acceso a Internet, Videoconferencia y Servicios Convergentes para Activa Mutua 2008, que fue notificado el 28 de noviembre de 2014, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado el 25 de julio de 2014 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 30 de julio de 2014, Activa Mutua 2008, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 3 (en adelante "Activa Mutua 2008" o "Mutua") convocó licitación para adjudicar, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el contrato del servicio de telecomunicaciones de voz fija y móvil, Voz IP, Red privada de datos, Acceso a Internet, Videoconferencia y Servicios Convergentes para Activa Mutua 2008, con un valor estimado de 7.006.514,91 euros.

El objeto del contrato se divide en dos lotes: el Lote 1, Servicios de comunicaciones de voz fija, voz IP, datos, acceso a Internet y videoconferencia, cuyo valor estimado es de 3.669.000,96 €; y el Lote 2, Servicios de comunicaciones móviles, cuyo valor estimado es de 452.478,4 €. Dentro de plazo se presentaron tres ofertas, entre ellas la de la empresa ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública.

En septiembre de 2014 se procede, en fechas sucesivas, a la apertura de los sobres que conforman la propuesta de los licitadores. A saber: el sobre A, que contiene la documentación general exigidas a las empresas. El sobre B, relativo a los criterios de adjudicación no cuantificables automáticamente, esto es, la propuesta técnica valorada mediante juicio de valor (21 puntos). Y el sobre C, que incluirá los criterios de adjudicación cuantificables automáticamente, relativos a propuesta económica, sobre C.1 (50 puntos) y a la propuesta técnica, sobre C.2 (26 puntos).

Tercero. Según la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), de los 29 puntos asignados a la oferta técnica evaluable automáticamente, 26 se distribuirán para la valoración de la ampliación del caudal mínimo exigido, el tipo de acceso y caudal para voz IP. La asignación de estos 26 puntos se realizará mediante la siguiente fórmula:

$26 * PDT * (CMo - CTR) / \text{Mejor Oferta } (CMo - CTR)$

CDT

Dónde: CDo = Caudal Datos ofertado
CVo = Caudal Voz IP ofertado
CMo = Caudales con modificador (CDo*1+CVo*1,1)
CTR = Caudal Total Requerido

CDT = Cantidad de Delegación Tipo

PDT = Peso Delegación Tipo

Asignándose a cada una la siguiente puntuación: Centrales: 0,55; Grandes: 0,25; Medianas: 0,15; y Pequeñas: 0,05.

La fórmula recogida se aplicará por cada una de las sedes relacionadas en el Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT). La suma de los puntos obtenidos se sumarán hasta obtener una cifra aproximada a 26.

Cuarto. El 23 de octubre de 2013 el órgano técnico de Activa Mutua 2008 emite informe en el que propone desistir del procedimiento de adjudicación para el Lote 1. Informe que es asumido por la mesa de valoración el día 30 del mismo mes proponiendo el desistimiento al órgano de contratación en base al artículo 155.4 TRLCSP al haber incurrido en error no subsanable las normas de preparación del contrato y de las reguladoras adjudicación. Los errores en concreto son, de manera resumida, los siguientes:

En la cláusula 13.2 del PCAP relativa a los criterios objetivos de valoración del Lote 1 de las ofertas técnicas evaluables automáticamente, se ha producido un error en la fórmula designada para calcular la puntuación de caudales asignados (26 puntos). La intención del órgano de contratación con la fórmula era la de valorar la asignación de caudales totales (en concreto, la ampliación de caudales mínimos exigidos definidos en el PPT) y especialmente, la asignación de caudales para el tráfico de voz IP. Asimismo, se pondera la puntuación del tipo de sede.

El caudal de voz IP depende directamente del número de circuitos de voz IP definidos y del algoritmo de comprensión utilizado (ancho de banda por canal). Es práctica común en el sector diseñar estos parámetros siguiendo las recomendaciones internacionales que establece la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) a través de las Comisiones de Estudio del Sector de Normalización de las Telecomunicaciones de la UIT (UIT-T). Comisiones que reúnen a expertos de todo el mundo para elaborar normas internacionales conocidas como Recomendaciones UIT.

Para el caso concreto a estudio, las recomendaciones ITU-T que se deben seguir son las siguientes:

- Serie E: Explotación general de la red, servicio telefónico, explotación del servicio y factores humanos.
 - o Rango E.520-E.539: Determinación del número de circuitos necesarios en explotación automática y semiautomática.
- Serie G: Sistemas y medios de transmisión, sistemas y redes digitales.
 - o Rango G.710-G.729: Codificación de señales de voz y audio.

Siguiendo estas recomendaciones, el órgano técnico procede a realizar un cálculo de los caudales mínimos de voz y datos requeridos en función de las necesidades estimadas, que se adjuntaron en el Anexo II del PPT, siendo de interés la valoración de caudales ligeramente en exceso, en previsión de futuras necesidades.

“No obstante, la no inclusión en la fórmula de cálculo, de un límite máximo para los caudales de voz IP con respecto a los caudales totales, supone que se puedan llegar a ofertar valores muy mayores a los mínimos exigidos. Este aspecto desvirtúa totalmente la intención del órgano de contratación y conlleva un doble efecto pernicioso:

- Recompensa a aquellos licitadores que maximizan el caudal de voz IP sin tener en cuenta las recomendaciones internacionales ni la necesidades reales de Activa Mutua 2008.
- Penaliza a aquellos licitadores que, siguiendo las recomendaciones internacionales, realizan un cálculo del ancho de banda requerido y, en todo caso, ofrecen un ancho de banda ligeramente en exceso, en previsión de futuras necesidades.

En virtud de las ofertas recibidas, el órgano técnico considera que ha cometido un error a la hora de definir los criterios de valoración de las ofertas técnicas evaluables automáticamente, que ha llevado a confusión a los licitadores a la hora de definir sus propuestas técnicas, en los que a caudales ofertados se refiere.”

Quinto. Finalmente el órgano de contratación adopta el 27 de noviembre acuerdo de desistimiento en los términos que indica el informe de fecha de 23 de octubre. El 28 de noviembre el acuerdo desistimiento es publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y notificado a cada uno de los licitadores en igual fecha.

Sexto. El día 16 de diciembre de 2014 se anuncia recurso especial en materia de contratación por la empresa BT, recurso que se presenta en el registro de este Tribunal el día 17 del mismo mes y año.

Séptimo. Recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación, el 7 de enero de 2015 la Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho.

El día 15 de enero de 2015 se recibe escrito de alegaciones de uno de los tres licitadores restantes, la sociedad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., solicitando la confirmación del acuerdo de desistimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Activa Mutua 2008, es una Mutua de Accidentes de Trabajo y de Accidentes Profesionales de la Seguridad Social, y como tal, es un poder adjudicador vinculado a la Administración General del Estado, que no tiene la consideración de Administración Pública (artículo 3 TRLCSP); la competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.5 del TRLCSP.

Segundo. La legitimación activa de la recurrente deriva de su condición de licitadora en el procedimiento de contratación, por aplicación del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre el acuerdo de desistimiento de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía

de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. Asimismo, se han cumplido las prescripciones de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. En su escrito de recurso la empresa BT solicita la declaración de nulidad del acto de desistimiento por no haber incurrido el Pliego de Condiciones Particulares en error insubsanable alguno, al existir una fórmula perfectamente válida y aplicable, y contar con un oferente como BT en plena disposición de proporcionar a Activa Mutua 2008 los servicios solicitados. Se interesa, además, que se declare la procedencia de continuar con la tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato objeto de la licitación, acordándose la retroacción de las actuaciones al momento de dictarse el acto y retomándose la valoración del sobre C.2 y el resto de actuaciones pendientes con el objeto de adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa.

Quinto. Por su parte, la empresa licitadora TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., solicita la confirmación del acto impugnado alegando, resumidamente, que éste es conforme con la resolución dictada por el TACRC en el recurso 740/2014. Se cumplen las condiciones exigidas por el artículo 155.4 del TRLCSP: no se ha adjudicado el contrato y el error incurrido al definir los criterios de valoración automática de la oferta técnica produce ambigüedad y, con ello, diferentes interpretaciones que pueden dar lugar a un tratamiento no igualitario de los licitadores, lo que sería contrario al artículo 139 del TRLCSP.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la impugnación de los actos de desistimiento dictados por los órganos de contratación en virtud del artículo 155.4 del TRLCSP. Ya en el recurso 255/2012, resolución 263/2012, se dijo que resulta imprescindible, “diferenciar entre la renuncia y el desistimiento como causa de terminación anormal de un procedimiento de adjudicación del contrato, pues son diversos los presupuestos para que se acuerden y sus consecuencias.

El artículo 155 del TRLCSP diferencia entre la renuncia y el desistimiento precontractual -terminología ya empleada por este Tribunal en su resolución 307/2012-, esto es, acordados con anterioridad a la adjudicación del contrato conforme señala el apartado segundo del precepto citado.

El desistimiento precontractual ha de respetar lo dispuesto en los apartados segundo y cuarto del artículo 155 del TRLCSP, de forma que, el desistimiento no tiene que fundarse en razones de interés público - con la salvedad que el propio apartado tercero recoge en su inciso final - sino en cómo dispone el apartado cuarto: en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.” Del mismo modo se pronunció la reciente resolución 593/2014.

Y en la resolución 49/2011 se afirmó que los contratos públicos son, ante todo, contratos, y las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil.

En este sentido, de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «*pacta sunt servanda*» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.

Así mismo, como hemos señalado en otras resoluciones (valga de referencia la nº 147/2011), al examinar si las cláusulas del pliego adolecen de ambigüedad y, por tanto, pueden ser objeto de interpretaciones distintas, hay que partir de “que los pliegos de un procedimiento de licitación constituyen un conjunto de normas, y así, para conocer el

significado de una cláusula, es necesario considerarla junto con aquellas otras que estén relacionadas con la misma”.

Séptimo. Considerando la doctrina recogida en el punto anterior, este Tribunal debe estimar el recurso interpuesto contra el acto de desistimiento por no concurrir los requisitos exigidos por el artículo 155.4 del TRLCSP.

En cuanto a la existencia del error insubsanable, hay que señalar que como bien dice el recurrente, las recomendaciones internacionales específicamente consignadas en el acuerdo de desistimiento no han sido recogidas en los Pliegos (ni en el PCAP ni en el PPT), siendo éstos la ley del contrato que vincula, no sólo a los licitadores, sino también al órgano de contratación, tal y como se ha dicho en números resoluciones (163/2012, 303/2012, 25/2013 y 30/2013).

Lo que sí señaló en los Pliegos, por el contrario, es que las condiciones exigidas por el PCAP y el PPT como condiciones técnicas necesarias para la prestación de los servicios de telecomunicaciones de voz fija y móvil son las mínimas (cláusula primera del PCAP). Y que los caudales indicados para caudal de datos y voz IP para cada una de las sedes en el anexo II vienen referidos a tráficos mínimos (punto 3.1.2 del PPT), siendo obligatorio establecer una reserva de caudal para cada tráfico de voz IP según usuario. Se obliga, además, a establecer fibra óptica para las sedes centrales y grandes, mientras que, para las medianas y pequeñas se puede ofrecer cable de cobre con modalidades DSL, siempre que se pueda cumplir el caudal mínimo solicitado. De hecho, la valoración del sobre C.2 se realiza, según el propio pliego (cláusula 13) con el fin de ponderar la ampliación del caudal mínimo por las ofertas de los licitadores.

Del mismo modo, también se señaló que para Activa Mutua 2008 es importante garantizar la evolución de la arquitectura de la red propuesta, así como su capacidad de soportar nuevos servicios y aplicaciones que puedan implementarse en el futuro (punto 3.1.3 del PPT). Además, en el punto 3.5 del PPT relativo a la telefonía sobre IP, se exige por la entidad la renovación de los servidores actuales en el momento de la adjudicación, cuyas características fija de manera detallada en el Pliego, se establece la tecnología en

la que se basa el sistema de voz (Cisco). También se exige el mantenimiento y la homogeneización del esquema adjunto en el anexo IV del PPT.

Por último, el punto 5, relativo a especificaciones generales para todos los servicios, establece en el apartado 5.2 los parámetros de calidad, distinguiendo entre disponibilidad, tiempo de resolución de incidencias y plazos para las ampliaciones y las nuevas instalaciones.

Es por ello que, a la vista de lo expuesto, no se entiende qué sentido tiene limitar los máximos de los caudales a ofrecer por los licitadores, cuando todas las cláusulas antes mencionadas del pliego conllevan exactamente a lo contrario, esto es, a obtener el máximo caudal posible para un uso del servicio con calidad, capacidad de evolución, y en la previsión de que se implementen nuevos servicios y aplicaciones en el futuro. No podemos olvidar, a mayor abundamiento, que es esencial a todo contrato maximizar la relación por la cual se obtiene el mejor servicio posible a cambio del precio ofertado.

Finalmente, hay que señalar que tampoco se justifica en el expediente la existencia del error insubsanable. Afirma el órgano de contratación que se ha recompensado a aquellos licitadores que maximizan el caudal de voz IP sin tener en cuenta las recomendaciones internacionales ni la necesidades reales de Activa Mutua 2008. Sin embargo, no identifica ni acredita cuál de los tres licitadores concurrentes ha ignorado, o no ha seguido, dichas recomendaciones, o rebasado las necesidades de la Mutua, que apremia, como se ha visto, a que sean manifiestamente mejoradas. Por otro lado, tampoco se ha motivado en qué modo no se ha seguido la recomendación de la UIT, y como afecta esa falta de seguimiento a la calidad del servicio.

De la misma forma, no resulta acreditado en el expediente que se vaya a ofrecer un peor servicio por el hecho de ofrecer un caudal mayor que el de otros competidores. Todo lo contrario: se exige fibra óptica para las sedes centrales y grandes, la cual es perfectamente capaz de aguantar un caudal máximo que varía de 10M a 100M, tal y como, a modo de ejemplo, ofrece BT en su oferta técnica. Velocidades de descarga que son usuales en el mercado proveedores de servicios de internet y que se ofrecen a cualquier particular o empresa. De hecho, la propia entidad está exigiendo un tipo de

características determinadas en los servidores a reemplazar por el adjudicatario. Ha impuesto una tecnología determinada, denominada Cisco, y unos estándares de calidad (punto 5 del PPT), por lo que la calidad mínima del servicio está debidamente fijada de antemano por el órgano de contratación en los Pliegos.

Tampoco ha quedado demostrado que la fórmula en cuestión penalice a aquellos licitadores que, siguiendo las recomendaciones internacionales, realizan un cálculo del ancho de banda requerido aunque ligeramente en exceso, en previsión de futuras necesidades, es decir, más ajustado a lo fijado como mínimo en los Pliegos pero de capacidad menor a los que ofrezcan un caudal superior. La ambigüedad que pueda existir a la hora de ofrecer los caudales para voz IP por los licitadores es intrínseca a toda competencia, siempre necesaria, que ha de existir entre estos al presentar sus proposiciones al órgano de contratación. Debiendo hablarse entonces de indeterminación competitiva, que no de ambigüedad, y por tanto, dentro del artículo 139 del TRLCSP.

En conclusión, la fórmula recogida en los Pliegos de Condiciones Particulares para valorar de forma automática la oferta técnica, y específicamente, la ampliación del caudal mínimo por cada una de la sedes de la Mutua, no incurre en error insubsanable, ni queda éste justificado en el expediente, sin que se haya demostrado tampoco la existencia de razones de interés público que hubieran eventualmente justificado la posible renuncia del contrato. Siendo, por tanto, plenamente aplicable, -y existiendo además otros elementos a valorar que garantizan la legalidad en la adjudicación del presente contrato, 3 puntos pendientes de asignar dentro del sobre C.2-, la oferta económica (sobre C.1) y, la oferta técnica a valorar mediante juicios de valor (sobre B).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.C.V., en representación de la mercantil BT ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U., contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación del Lote 1 “Servicios de Telefonía Fija, Red privada de Datos, Acceso a Internet, Voz IP y Videoconferencia” de la licitación convocada para la contratación del servicio de telecomunicaciones de voz fija y móvil, Voz IP, Red privada de datos, Acceso a Internet, Videoconferencia y Servicios Convergentes para Activa Mutua 2008, notificado el día 28 de noviembre de 2014, anulando el acto referido y debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de acordarse el mismo para continuar el procedimiento en los términos previstos legalmente.

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 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.