

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don J.G.G., en nombre y representación de las empresas en compromiso de UTE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 5 de noviembre de 2014, por el que se la adjudica el contrato denominado “Servicio de telecomunicaciones: banda ancha, accesos secundarios de ADSL, telefonía fija IP y telefonía móvil”, número de expediente: 2014/PA/000036, lotes 1 y 2, tramitado por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de junio de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y con fecha 10 de julio en el Boletín Oficial del Estado, la convocatoria del procedimiento abierto para la contratación del “Servicio de telecomunicaciones: banda ancha, accesos secundarios de ADSL, telefonía fija IP y telefonía móvil”, número de expediente: 2014/PA/000036, lotes 1 y 2, a adjudicar por procedimiento abierto, mediante pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 1.105.785 euros. El plazo de duración es de tres años.

Segundo.- El Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece el presupuesto de cada lote incluyendo:

En el lote 1 dos conceptos:

- Servicio de banda ancha mediante fibra óptica, gestión de red 152.132,22 y Mto y soporte (para 3 años).
- Precio unitario mensual para 1 acceso secundario de ADSL.

En el lote 2 tres conceptos:

- Mantenimiento para la solución técnica propuesta (para 3 años).
- Arrendamiento aparatos (para 3 años).
- Tráfico de llamadas.

Igualmente se establece en el PCAP que los licitadores podrán realizar ofertas individuales a un solo lote u ofertas integradoras a ambos lotes, determinándose que: *“Las empresas licitadoras que presenten una oferta integradora están obligadas a presentar además ofertas individuales a cada uno de los lotes que componen su oferta integradora.*

Las propuestas integradoras recogerán las diferencias; mejoras (técnicas y/o económicas) o beneficios de cualquier otro tipo, de la oferta integradora con respecto a las ofertas individuales presentadas para los lotes que la integran. La oferta integradora de un licitador debe suponer una mejora económica respecto a la suma del precio de las ofertas presentadas por ese mismo licitador a cada uno de los 2 lotes”.

Los criterios de adjudicación evaluables de forma automática, por aplicación de fórmulas, aparecen recogidos en el apartado 15.1 y los que responden a juicio de valor en el 15.2 del mencionado Anexo I del PCAP.

Igualmente se recoge en el apartado 17 respecto a ofertas anormales o desproporcionadas: *“no procede.”*

Tercero.- A la licitación se presentaron Vodafone España, S.A.U., y la UTE recurrente.

Tras realizarse los trámites oportunos, el día 11 de noviembre de 2014 se notifica a la entidad recurrente que el día 5 de noviembre la Junta de Gobierno Local acordó adjudicar el contrato a la empresa Vodafone España, S.A.U., al haber resultado la oferta económicamente más ventajosa.

Cuarto.- Con fecha 12 de diciembre de 2014 se ha recibido en este Tribunal escrito formulando recurso especial en materia de contratación, contra el Acuerdo de adjudicación de 5 de noviembre de 2014. El escrito se presentó en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el día 28 de noviembre.

El recurso alega que la oferta integradora presentada por Vodafone incluye un precio anormalmente bajo en una de las partidas del lote 2, en concreto en relación con el precio para los tres años en concepto de renting, ofrece un precio total de 1 euro (IVA excluido):

“En el Anexo III se presentan los aparatos y equipos mínimos que el adjudicatario debe proveer al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón en concepto de renting por el periodo inicial del contrato (3 años). El servicio de renting de estos aparatos y equipos no abarcará el 100% del valor total del dicho equipamiento, quedando un valor residual del 15%.

Si acudimos a dicho Anexo III de los pliegos en relación con el equipamiento necesario para el Lote 2 se indica como equipamiento mínimo el siguiente:

- 1 Servidor de comunicaciones unificadas IP.*
- 1 Servidor redundante de comunicaciones IP.*
- 18 Gateway IP media (dispositivos que se colocan en cada sede para conectividad de voz IP).*
- 617 terminales IP (según se indica en el punto 1.1.4 de prescripciones técnicas del lote 2.*
- 1200 puntos Poe distribuidos en los correspondientes switchs (*).*

() se estima una distribución óptima: 11 switchs de 48 puertos y 30 switchs de 24 puertos.*

Pues bien, ese es el equipamiento que Vodafone en concepto de renting ofrece al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón por periodo de 3 años por un importe total de 1 euro”.

En consecuencia, consideran que el precio ofertado por Vodafone para la partida de renting dentro del lote 2 supone *“un precio anormalmente bajo en contra de lo señalado tanto por la Ley de Contratos del Sector”*, por lo que solicitan se declare nulo el acuerdo de adjudicación, se excluya la oferta de Vodafone y se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental anterior a la adjudicación.

Quinto.- El día 4 de diciembre de 2014, el órgano de contratación remite al Tribunal una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. Se alega que en los Pliegos del contrato no se ha previsto la posibilidad de que existan ofertas anormales o desproporcionadas. Cita el apartado 17 del Anexo I del PCAP y lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, para argumentar que no habiéndose establecido los parámetros necesarios para determinar ofertas anormales o desproporcionadas, no puede otorgarse dicha calificación a ninguna de las ofertas presentadas. Por todo ello considera que la adjudicación ha sido realizada de forma correcta, con arreglo a la clasificación de ofertas, atendiendo a los criterios establecidos en los Pliegos y por lo tanto el recurso debe desestimarse.

Sexto.- Con fecha 10 de diciembre de 2014, el Tribunal acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a la entidad adjudicataria, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Presenta escrito de alegaciones el día 12 de diciembre de 2014, Vodafone

España, S.A.U. en el que afirma en síntesis, que no existen en los Pliegos criterios objetivos que permitan apreciar la existencia de ofertas anormales o desproporcionadas por lo que no puede declararse su existencia, citando en su apoyo diversas Resoluciones de este Tribunal. Solicitan en consecuencia, la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de las empresas Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de personas jurídicas licitadoras en compromiso de UTE *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, ya que aparece clasificada en segundo lugar y de estimarse el recurso puede obtener el beneficio de ser adjudicatario.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue notificado el día 11 de noviembre, interpuesto el recurso el 28 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato mixto de servicios y suministros, con predominio del servicio, de categoría 5 del Anexo II del TRLCSP, sometido a regulación armonizada, por lo que el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se alega por la recurrente que el precio ofertado por Vodafone para la partida renting dentro del lote 2 supone un precio anormalmente bajo, 1 euro, en contra de lo señalado en la Ley aplicable. Añade que si bien el pliego no contiene parámetros en función de los cuales se pueda considerar que la oferta es desproporcionada, dicha facultad es potestativa y no obsta para que, a pesar de ello, pueda entenderse que el precio mencionado es anormalmente bajo, teniendo en cuenta el precio máximo de licitación, 140.495,85 euros, los precios de mercado existentes para los equipos exigidos y la oferta que realiza Vodafone para la misma partida en el lote 2 aisladamente considerado.

Por lo tanto, considera la recurrente que el órgano de contratación debería haber realizado la actuación que prevé el apartado 18 del PCAP y proceder a dar audiencia al licitador y solicitar informe técnico de acuerdo con el artículo 152 del LCSP.

El 152.2 del TRLCSP, establece que *“cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados (...)”*. En ese caso, el apartado 3 del artículo 152 del TRLCS, regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta.

El texto del artículo responde a la trasposición de la Directiva 2004/18/CE que establece una regulación de las ofertas anormalmente bajas por lo que análisis del mismo debe hacerse tomando como referencia la normativa y jurisprudencia comunitarias.

La STJCE/2001/321, Impresora Lombardini SpA, de 27 de noviembre de 2001, dictada en los asuntos acumulados C-185/99 y 286/99, afirma que es fundamental que cada licitador tenga conocimiento no solo del umbral de anomalía

aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicataria. Corresponde a la entidad adjudicadora identificar las ofertas sospechosas protegiendo al licitador de la arbitrariedad del poder adjudicador, objetivo que no podría alcanzarse efectivamente si se dejase al criterio de este último apreciar la oportunidad de una solicitud de justificación.

Los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, aplicando a su vez la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación, vienen considerando que cuando para la adjudicación se consideren varios criterios, como en este caso, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja, se exige que el pliego haya establecido los criterios para apreciar que la oferta podría ser anormal o desproporcionada. Se trata de una posibilidad que tiene el órgano de contratación resultante de la utilización del facultativo “*podrá*” que se utiliza en el artículo 152, lo cual se diferencia del carácter obligacional, por lo que si los pliegos no indican los parámetros objetivos en función de los cuales se medirá que la proposición no puede ser cumplida por considerar que contiene valores anormales o desproporcionados, no procede la obligación de tramitar el procedimiento contradictorio a que se refiere para determinar la viabilidad de la oferta. En este mismo sentido se han pronunciado también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 96/2013 de 6 de marzo, Resolución 274/2011, de 26 de noviembre y el Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado también considera que el único requisito que el legislador impone a la aplicación de criterios objetivos para la apreciación del carácter anormal de la oferta es que se haya expresado en el PCAP, sin que cuando se trate de un procedimiento con pluralidad de criterios resulte aplicable el artículo 85 del RGLCAP por así disponerlo el artículo 90 del mismo (Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009).

La ausencia de parámetros objetivos en el PCAP para considerar una oferta anormal o desproporcionada no es una infracción del procedimiento de contratación, que deba suplirse con la aplicación supletoria de la normativa contractual. El carácter potestativo de su previsión permite también que los pliegos opten por no establecer esos parámetros.

El PCAP que rige el procedimiento objeto de recurso no recoge expresamente los parámetros objetivos en virtud de los cuales se apreciará que una proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Esto según la recurrente, no es óbice para apreciar la condición de oferta anormal o desproporcionada de la adjudicataria por cuanto que el Pliego, en su cláusula 18 contempla esta circunstancia:

“18. Ofertas con valores anormales o desproporcionados

Cuando el único criterio valorable sea el precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará con arreglo a los criterios indicados en el artículo 85 del RGLCAP.

Si existen varios criterios de adjudicación, en el Anexo I (Punto 17) se indicarán, en su caso, los criterios para determinar el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas.

En todo caso, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal deberá darse audiencia al licitador incurso en dicho supuesto, así como solicitar informe técnico, conforme dispone el artículo 152 del TRLCSP. La falta de contestación a la solicitud de información tendrá la consideración de retirada injustificada de la proposición.”

El apartado 17 del Anexo I dicho Pliego, no establece parámetro alguno, lo que no admite más interpretación que la ausencia de voluntad del órgano de contratación de establecerlos. Así lo señala además el Ayuntamiento en su informe.

Si en el PCAP se contempla de forma genérica la posibilidad de que las ofertas incurran en temeridad con una redacción estandarizada o modelo de los pliegos, pero no establece de una manera determinada los parámetros bajo los

cuales las ofertas se habrán de considerar como anormalmente bajas, hay que entender que no hay voluntad de establecerlos, y en consecuencia no existe obligación de tramitar el procedimiento contradictorio a fin de determinar su viabilidad.

En consecuencia, con la argumentación precedente el Tribunal considera que en este caso no es posible estimar el recurso.

Además, debe tenerse en cuenta que a la vista del cuadro de las puntuaciones obtenidas por ambas empresas, se observa que la mayor diferencia de puntuación se ha producido en el lote 1, en el que Vodafone ha obtenido 92 puntos frente a los 43,32 de Telefónica. Por el contrario, en el lote 2, en el que se encuentra incluida la baja objeto del recurso, la distribución de puntos ha sido de 83,79 puntos para Vodafone y 69,93 para Telefónica, por lo que hemos de concluir que, en la adjudicación de la oferta integradora de ambos lotes, la baja realizada en el concepto de arrendamiento de equipos del lote 2, no ha sido determinante, puesto que la diferencia de puntos en el lote 1 es de 48,68 y la del lote 2 solo de 13,86 puntos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 5 de noviembre de 2014, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de telecomunicaciones: banda ancha, accesos secundarios de ADSL, telefonía fija IP y telefonía móvil”, número de expediente: 2014/PA/000036,

lotes 1 y 2, tramitado por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón.

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.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada el día 10 de diciembre de 2014.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.