

ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI

RESOLUCIÓN 41/2016

EB 2016/021

Resolución 041/2016, de 4 de abril de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EUSKALTEL, S.A. contra los pliegos y, subsidiariamente, contra la adjudicación del lote 1 del contrato de “Servicios de Telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la CAV”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 15 de febrero de 2016 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EUSKALTEL, S.A. contra los pliegos y, subsidiariamente, contra la adjudicación del lote 1 del contrato de “Servicios de Telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la CAV”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación se solicitó al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron el día 22 de febrero de 2016.

TERCERO: Solicitados alegaciones a los interesados el día 22 de febrero, se recibieron las de la empresa TELEFÓNICA S.A.U. con fecha 29 de febrero.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la representación de Don A. M.Z. que actúa en nombre de EUSKALTEL.

El poder adjudicador y TELEFÓNICA estiman que el recurrente carece de legitimación por ser un licitador excluido en una decisión que, además, fue confirmada por la Resolución 144/2015 del OARC / KEAO. Entre otros argumentos, se señala que, si bien la doctrina de los tribunales de recursos contractuales concede legitimación al licitador excluido que formula una impugnación contra la adjudicación cuando puede finalizar en la cancelación de una licitación y la tramitación de un nuevo procedimiento al que el recurrente puede presentar una nueva oferta, éste no es el caso analizado, porque la exclusión se produjo por presentar una oferta que no cumplía con los requerimientos mínimos del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT). Consecuentemente, la exclusión se produjo por un motivo equiparable a la falta de presentación de oferta (insuficiencia de su propuesta técnica para satisfacer el objeto del contrato), por lo que su situación es equivalente a la de cualquier operador económico que no haya presentado oferta, que carecería de legitimación.

De acuerdo con la doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, su Resolución 20/2015), está legitimado para recurrir la adjudicación el licitador que haya sido previamente excluido del procedimiento cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible una nueva licitación a la que puede presentar una oferta; esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido, y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación. En el caso analizado, tanto de la estimación de la pretensión de declaración de nulidad de los pliegos como de la de anulación de la adjudicación (y posterior declaración de desierto por no quedar ofertas admisibles) se podría derivar, previsiblemente, una nueva licitación, habida cuenta del carácter esencial y continuado del servicio demandado. Ciertamente, esta doctrina no sería aplicable cuando la exclusión se haya producido por razones basadas en falta de capacidad o solvencia, ya que dichos motivos son, en general, características estructurales de la empresa con tendencia a su permanencia en el tiempo y de imposible o difícil remedio, de tal modo que, muy probablemente, provocarían también la exclusión de la empresa en el nuevo procedimiento y, consecuentemente, la ausencia de un verdadero interés tangible y de legitimación activa para recurrir. Sin embargo, la exclusión de EUSKALTEL no se produjo por ninguna insuficiencia de capacidad o solvencia, sino por presentar una oferta inadecuada que no cumplía con los requisitos mínimos expresados en el PPT (ver la Resolución 144/2015 del OARC / KEAO), situación que, en principio, no tendría por qué repetirse necesariamente en una hipotética nueva licitación con análogo objeto al de la ahora impugnada. Por todo ello, debe aceptarse la legitimación activa de EUSKALTEL para interponer el presente recurso.

SEGUNDO: Son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: Según las letras a) y c) del artículo 40.2 TRLCSP, tanto los pliegos como la adjudicación son actos susceptibles de recurso especial.

CUARTO: Por lo que se refiere a la consideración de si el recurso ha sido presentado en tiempo y forma, debe partirse de la base de que la impugnación tiene dos objetos diferenciados, la decisión de adjudicación y los pliegos que han regido el procedimiento de adjudicación, no habiendo duda de la conformidad del recurso por lo que se refiere al primero de ellos. Sin embargo, en lo que se refiere a la pretensión de impugnar los pliegos, tal y como señalan TELFÓNICA y el poder adjudicador, el recurso es claramente extemporáneo. Como ha señalado este Órgano, la regla general, tradicional en la jurisprudencia nacional y confirmada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), es la preclusividad del plazo de impugnación de los pliegos, que pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial cuando no se han recurrido en tiempo y forma. La excepción es el llamado “recurso indirecto”, cuyo requisito es la existencia de una cláusula nula de pleno derecho en la documentación contractual que ha permitido al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario; en ese caso, es admisible que, con motivo del recurso a una exclusión o a la adjudicación se ataque dicha cláusula solicitando su nulidad, teniendo en cuenta que la mera retroacción de actuaciones no sería suficiente porque la nueva decisión sería igualmente arbitraria por estar basada en una estipulación que en nada vincula al poder adjudicador (ver, por ejemplo, las Resoluciones 129/2015 y 144/2015 de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, “eVigilo”, EU:C:2015:166). En el caso analizado, EUSKALTEL ya intentó la nulidad de los pliegos por esta vía y la Resolución 144/2015 del OARC / KEAO la rechazó porque entendió que faltaba la condición básica para utilizarla, que es la existencia de una decisión basada en una cláusula arbitraria. Como señala el Fundamento de Derecho Noveno de la citada Resolución, la exclusión se sustentó con argumentos sólidos, y el incumplimiento que la motivaba estaba ampliamente acreditado, por lo que no se dio arbitrariedad alguna y, por lo tanto, no hubo lugar a determinar si dicha arbitrariedad procedía de una cláusula de los pliegos cuya nulidad debía declararse. Por ello, la mención “...no procede entrar a analizar la impugnación de los pliegos” contenida en la Resolución 144/2015 no significa, como pretende EUSKALTEL, que no se haya producido el efecto de la cosa juzgada administrativa y que la impugnación de los pliegos pueda producirse en un momento procesal posterior, sino que no había entonces, como no lo hay ahora, lugar al recurso indirecto. Téngase en cuenta que no es posible entender que esta figura habilita un plazo indefinidamente abierto para el recurso especial contra los pliegos, pues ello sería contrario a la seguridad jurídica y al efecto útil de este medio impugnatorio (ver la Resolución 13/2016 del OARC / KEAO); por el contrario, el recurso indirecto debe plantearse con motivo de la exclusión o la adjudicación, como ya hizo el recurrente, con resultado desestimatorio y efecto de cosa juzgada administrativa. Finalmente, no tendría sentido denegar la procedencia del recurso indirecto con motivo de la exclusión y aceptarla ahora, a propósito de la adjudicación, cuando la pretensión y los argumentos son idénticos.

A la vista de lo anterior, y de lo dispuesto en el artículo 22.1 5º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, no es posible admitir el recurso en lo que se refiere a la petición de que se declare la nulidad de los pliegos; por ello, los siguientes fundamentos de derecho se centrarán únicamente en la impugnación de la adjudicación, única pretensión que se puede considerar admisible por haberse formalizado en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: En síntesis, y por lo que se refiere a la anulación de la adjudicación del contrato, única pretensión del recurso que resulta admisible, la impugnación se fundamenta en lo siguiente:

a) Para la valoración de la oferta adjudicataria no se han tenido en cuenta, ni como precio unitario ni como unidades, los elementos indicados en el Anexo 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que no estén en el Anexo VI del mismo; en este sentido, el criterio aplicado es producto de una modificación del pliego llevada a cabo sin el preceptivo procedimiento, mediante una simple contestación a una consulta de TELEFÓNICA.

b) La oferta de TELEFÓNICA no cumple las obligaciones sobre precios regulados a que dicha compañía se somete por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC); en la medida en la que TELEFÓNICA oferte a los clientes finales servicios incluidos en ciertos mercados, en los que no existe una competencia real y efectiva, a un precio por debajo de los regulados y tan bajo que haga imposible a un competidos replicar la oferta, dicha oferta sería ilegal. En particular, no son legales las ofertas que incurran en reducciones de precios anticompetitivas (estrechamiento de márgenes o precios predatorios). La oferta de TELEFÓNICA representa una reducción de aproximadamente el 80% del presupuesto de licitación en la parte de servicios de telecomunicaciones, sujetos para TELEFÓNICA a los precios regulados por la CNMC. Por ello, EUSKALTEL entendió que la oferta suponía un incumplimiento de las obligaciones de TELEFÓNICA en los mercados 5 y 6 al tratarse de una oferta irreplicable y contraria a la libre competencia, lo que le llevó a presentar una denuncia el 25 de noviembre de 2015 ante la CNMC. La resolución de la denuncia citada en la letra anterior se considera inminente (el plazo sería de tres meses desde el 4 de diciembre de 2015), por lo que se solicita que el OARC / KEAO suspenda el plazo para la resolución del recurso especial a la espera de la decisión de la CNMC, que puede ratificar la ilegalidad de la oferta, sobre todo a la vista de que no hay una urgencia que no permita dicha espera, pues el servicio seguiría prestándose por los actuales contratistas; en última instancia, el OARC / KEAO podría plantear una cuestión prejudicial al respecto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SÉPTIMO: TELEFÓNICA, por su parte, solicita la inadmisión o la desestimación del recurso alegando lo siguiente:

a) Es aplicable al caso la misma solución dada por el OARC / KEAO en su resolución 22/2016, referida al lote 2 de esta misma licitación; en ella se entendía que no existía alteración del modelo de oferta y que, en todo caso, la exclusión sería desproporcionada por constar materialmente todos los elementos para conformar la voluntad contractual.

b) No hay vinculación entre el procedimiento de contratación y el expediente abierto por la CNMC; la denuncia de EUSKALTEL se basa en si la oferta es o no replicable por otros operadores ya que tiene la obligación de facilitar servicios mayoristas a un precio determinado en algún tipo de servicio, pero dicha empresa no ha solicitado estos servicios ni justifica que la oferta pueda o no ser replicable por otro operador que (a diferencia de EUSKALTEL) no cuente con red propia. Se trata un análisis profundo que deberá hacer la CNMC, lo que demorará su decisión en el tiempo, por lo que se intuye que EUSKALTEL pretende la suspensión del procedimiento para seguir facturando por los servicios que preste como actual adjudicatario (a la misma intención obedecería la propuesta de plantear una cuestión prejudicial, cuyo contenido y ajuste al Derecho de la Unión Europea no se aclara en el recurso); en cualquier caso, no es una cuestión que competa al OARC / KEAO.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso argumentando lo siguiente:

a) Tanto la consulta de TELEFÓNICA como su respuesta se ajustaron a los pliegos y se pusieron a disposición de los interesados; por otro lado, la propia recurrente manifestó en su oferta el acatamiento a los pliegos y a las aclaraciones emitidas sobre el mismo a las consultas de los licitadores.

b) Deberá ser la CNMC quien determine si la oferta de TELEFÓNICA es o no irreplicable y las consecuencias de su decisión; por lo que se refiere a la ampliación del plazo del recurso especial, es claro que el único objetivo de la recurrente es continuar prestando los servicios en vía de hecho y facturar irregularmente importantes cantidades, causando perjuicios económicos y técnicos al interés público, por lo que se solicita la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP en su grado máximo.

NOVENO: No cabe aceptar la exclusión de la oferta de TELEFÓNICA con base en la alegación de que su contenido incumple las prescripciones de los pliegos; se trata de una cuestión que este OARC / KEAO ya resolvió, para el lote 2 de esta misma licitación, en la Resolución 22/2016, cuya argumentación es aplicable al presente caso, en especial la letra d) del Fundamento de Derecho Séptimo:

«Si bien las condiciones en las que se valoraría la oferta resultaban claras, la respuesta aclaratoria facilitada por el poder adjudicador en relación con el lote 1 es plenamente aplicable a la oferta efectuada al Lote 2, por su carácter genérico, pues en ella se manifiesta que «En la proposición económica deben incluirse únicamente los precios unitarios de los conceptos indicados en el Anexo VI del PCAP. Aquellos elementos que se han indicado en el Anexo 2 y que no están en el Anexo VI del PCAP (los que se han recogido en la tabla de esta consulta) no serán tenidos en cuenta, ni como precio unitario ni como unidades, y se eliminarán del Anexo 2 en la fase de valoración». No cabe alegar en contra de ella cuestiones formales, como que la consulta se refería únicamente al lote 1 y que no se publicó en el perfil del contratante, pues lo cierto es que la consulta se efectúa dentro del plazo señalado en el punto 20.9 de la carátula del PCAP como límite para la obtención de documentos e información (7 de octubre de 2015), y, según manifiesta el poder adjudicador en su informe, el recurrente tuvo conocimiento, tanto de la pregunta como de la respuesta, el día 8 de octubre de 2015, por lo que materialmente tuvo conocimiento de la interpretación de la Administración sobre el contenido del documento que se debía incorporar en el sobre B de “OFERTA ECONÓMICA Y CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS”».

DÉCIMO: El recurso solicita la anulación de la adjudicación por entender que la oferta del adjudicatario infringe las obligaciones que le impone la CNMC en materia de precios regulados; en concreto, la oferta de TELEFÓNICA, operador dominante, sería irreplicable para los demás licitadores e incluiría “reducciones de precios anticompetitivas (estrechamiento de márgenes o precios predatorios)”. La pretensión no puede ser aceptada porque en el estado actual de la legislación europea o nacional sobre contratación pública no hay ninguna norma que permita la exclusión del procedimiento de una oferta por el solo hecho de incurrir en estas prácticas, careciendo de sentido entrar a valorar el fondo de la alegación de EUSKALTEL porque en ningún caso tal valoración podría concluir en la anulación de la adjudicación, incluso en el muy improbable caso de que este OARC / KEAO pudiera llegar a determinar con certeza suficiente la existencia de la práctica (sobre la dificultad de verificar en el procedimiento de adjudicación, y por extensión, en el de recurso especial, un abuso de posición dominante, ver las Conclusiones de la Abogada General, de 13 de marzo de 2008, en el asunto C-454/06, “Presetext Nachrichtenagentur GmbH”, ECLI:EU:C:2008:167).

Cuestión distinta es que la resolución que en su día se dicte por la CNMC, en el caso de apreciar la ilicitud de las prácticas, pueda tener consecuencias que, dependiendo de su contenido, afecten a las relaciones jurídicas entre el adjudicatario (o contratista, si el contrato ya se ha perfeccionado con su formalización) y la Administración. A la vista de todo ello, no es necesario que este Órgano se pronuncie sobre la solicitud de ampliación del plazo para resolver el recurso ni sobre la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UNDÉCIMO: A pesar de que las pretensiones del recurrente son íntegramente desestimadas, este OARC / KEAO no estima procedente la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP, pues, al menos, la solicitud de que la oferta de TELEFÓNICA sea excluida por abuso de posición dominante está apoyada en una argumentación jurídica no planteada anteriormente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso interpuesto por EUSKALTEL, S.A. frente a la adjudicación del lote 1 del contrato de “Servicios de Telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la CAV”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

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: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.