

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RESOLUCIÓN Nº 291/2015

Recurso nº 205/2015 C.A. Illes Balears 17/2015 Resolución nº 291/2015

Madrid, a 30 de marzo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.R.C., en nombre y representación de la sociedad mercantil ORANGE ESPAÑA S.A.U (“Orange”), por medio del cual impugna los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares que han de regir el contrato de adjudicación del Servicio de Telecomunicaciones del Ayuntamiento de Alcúdia, Telefonía Fija y ADSL y Telefonía Móvil, correspondiente a la licitación promovida por la citada Entidad Local, este Tribunal, en la sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Alcúdia, a través de su Concejala Delegada de Contratación, convocó mediante anuncio publicado en el BOIB nº 22 de 14 de febrero de 2015, la licitación del contrato del Servicio de Telecomunicaciones del Ayuntamiento de Alcúdia, Telefonía Fija y ADSL y Telefonía Móvil, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato de 178.512,39 € y un plazo de ejecución de dos años susceptible de prórroga por un año más. En consecuencia se trata, inicialmente, de un contrato no sometido a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP). No obstante lo anterior, el Órgano de Contratación ha remitido un informe en el que indica que el valor estimado del contrato en realidad debe fijarse en 238.016,52 € (importe superior al umbral de 207.000 €), razón por la que estima que la licitación debió publicarse en el DOUE, cuya omisión genera un vicio de nulidad, siendo por tanto la causa por la que procede a desistir del procedimiento de contratación promovido.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato de carácter administrativo al tener la condición de Administración Pública el poder adjudicador conforme a lo dispuesto en el art. 3.1.a) del TRLCSP al que se remite el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como a los arts. 10 y 19 del TRLCSP.

Tercero. Mediante escrito presentado el 26 de febrero de 2015 Oficina de Correos para su remisión certificada a este Tribunal, donde tuvo entrada el 2 de marzo de 2015, D. R.R.C. en nombre y representación de la sociedad mercantil ORANGE ESPAÑA SAU (“Orange”), interpone recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares que han de regir el contrato de adjudicación del Servicio de Telecomunicaciones del Ayuntamiento de Alcúdia, Telefonía Fija y ADSL y Telefonía Móvil, los cuales fueron puestos a disposición del público mediante anuncio publicado en el BOIB nº 22 de 14 de febrero de 2015 sirviendo dicha publicación de comunicación a efectos del plazo de impugnación .

Cuarto. El 25 de febrero de 2015, esta vez en el Registro del Ayuntamiento de Alcúdia, el recurrente realizó el anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP del recurso dirigido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quinto. El Ayuntamiento de Alcúdia, a través del órgano técnico que tramita el procedimiento de contratación, acordó remitir al Tribunal el expediente administrativo así como el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, si bien absteniéndose de hacer valoraciones sobre las alegaciones de fondo formuladas por el recurrente, por considerar, como se ha dicho, que concurría otra causa de nulidad por defecto en la publicidad exigible que determinaba la necesidad de concluir el procedimiento de contratación mediante

desistimiento del órgano de contratación, el cual se formalizó mediante Resolución de la Concejala Delegada de Contratación de fecha 27 de febrero de 2015.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al otro licitador que presentó oferta en el procedimiento, para que presentara las alegaciones que estimara oportunas en el plazo de cinco días hábiles, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.4 del TRLCSP al ser el Ayuntamiento de Alcúdia una Entidad Local que actúa en el territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, respecto de la cual este Tribunal es competente en virtud del Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales suscrito el 29 de noviembre de 2012 y publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. La recurrente, ORANGE ESPAÑA SAU ("Orange") está legitimada al acreditar no solo por su actividad, que se trata de un contratista que podría licitar en el procedimiento de referencia, sino por haber presentado efectivamente una oferta en este mismo procedimiento el 2 de marzo de 2015, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto que es objeto de recurso es formalmente los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento y el contrato cuya licitación se promueve para la adjudicación del Servicio de Telecomunicaciones del Ayuntamiento de Alcúdia, Telefonía Fija y ADSL y Telefonía Móvil.

Cuarto. De conformidad con los artículos 40.2.a) y 40.1.a) y b) del TRLCSP el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato administrativo de servicios de las categorías 1 a 16 (de las enumeradas en el anexo II del TRLCSP), es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada, (en adelante S.A.R.A.), o en caso de tratarse de uno de las categorías 17 a 27, si su valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.

Procede por tanto como requisito previo o presupuesto necesario para poder emitir un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada en el recurso, examinar si en el presente caso concurre el requisito de admisibilidad del recurso consistente en que el acuerdo o acto impugnado se integre en un procedimiento relativo a alguno de los contratos de servicios para los que el legislador tanto europeo como estatal han previsto el presente recurso potestativo. En primer lugar, el contrato por su objeto es un contrato de servicios de la categoría 5 del anexo II del TRLCSP (Servicios de Telecomunicación) cuya adjudicación corresponde a una Entidad Local, por lo que la admisibilidad del presente recurso solo depende de que el valor estimado, calculado conforme al art. 88 del TRLCSP, sea superior a 207.000 €, lo que efectivamente acontece a tenor de la aclaración realizada por el informe del órgano técnico en cargado de la tramitación del procedimiento de contratación, en el que indica que el valor estimado del contrato en realidad debe fijarse en 238.016,52 € (importe superior al umbral de 207.000 €). En segundo lugar, el hecho de que el órgano de contratación haya procedido a desistir del procedimiento de contratación, no impide a este Tribunal proceder a conocer del fondo del asunto planteado, ya que de conformidad con lo dispuesto en el art. 91.2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precepto aplicable en virtud de la remisión que realiza a dicha norma el art. 46 del TRLCSP: 91.2. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. 3. Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento."

En el presente caso el desistimiento formulado se ha motivado por causas ajenas a las alegaciones del recurrente, pues el Órgano de Contratación manifiesta haber sufrido un error en la determinación del valor estimado, de forma que con arreglo a la nueva cuantía procede volver a publicar la licitación, por lo que cabe la posibilidad que de nuevo se publiquen los Pliegos con las mismas cláusulas que ahora censura el recurrente, originando en su caso un nuevo recurso ante este Tribunal, razón que se estima suficiente para

anticipar el criterio de este Tribunal y en su caso evitar una nueva impugnación que obstaculice el devenir normal de la licitación. Pues bien, entrando en el fondo de las cuestiones planteadas por el recurso, pueden ser agrupadas en tres, siguiendo el propio orden de exposición de aquel: a) Impugnación de criterios de valoración que puntúan la presencia de recursos humanos ubicados en Mallorca para la prestación del servicio postventa, como ocurre en el PCAP, cuadro de criterios de adjudicación del contrato, Lote 1, apartado B (forma de valorar las proposiciones), subapartado 1c: "Recursos humanos a Mallorca", y en el subapartado 1 d) "Atención Personalizada" en el que se valora la asignación de un equipo personalizado con experiencia en Administraciones Públicas y residencia en Mallorca. El art.1 del TRLCSP, establece como una finalidad a conseguir a través de la normativa sobre contratación pública la salvaguarda de la libre competencia. En este sentido, el interés del derecho europeo en este sector normativo se deriva por ser un instrumento apto para la consecución de un mercado interior en que puedan competir en igualdad de oportunidades los distintos operadores económicos sin discriminación por razones de su nacionalidad, haciendo efectiva la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en la UE, y todo ello por redundar en beneficio de la eficiencia del gasto público de los fondos públicos destinados a la realización de obras o a la adquisición de bienes y servicios. Pues bien, bajo estos principios han de ponderarse aquellas cláusulas de los Pliegos de licitaciones públicas que contengan criterios de adjudicación que directa o indirectamente primen el arraigo territorial de algunas empresas en el lugar en el que tiene su sede el Órgano de contratación o el destinatario de las prestaciones objeto del contrato, pues en principio dicho arraigo entra en colisión con aquellos principios pudiendo perjudicar a empresas que no tienen por qué estar ubicadas en el lugar de prestación de servicios para cumplir y atender satisfactoriamente el contrato. Como dispone el art. 139 del TRLCSP: Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia, estableciendo de forma más concreta el art. 150 del TRLCSP que: Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato... En consecuencia, cláusulas que contengan criterios de valoración que impliquen una discriminación de las ofertas por razón de la existencia de medios personales ubicados en el lugar de prestación de servicios, lo que a priori implica una ventaja de los licitadores que ya se encuentren afincados en dicho lugar y por tanto un cierto límite a la libre competencia en la prestación de servicios, requieren para su admisibilidad que objetivamente estén directamente vinculados con el objeto del contrato y su concurrencia implique un beneficio significativo en la ejecución de la prestación. En este sentido cabe citar al Tribunal de Cuentas en cuyo informe 955 de 20-12-2012 señaló: "...En un contrato el PPTP exigió que las empresas licitadoras dispusieran, y así lo acreditaran, de sede u oficinas en la provincia de Madrid, lo que supone una limitación de la libre concurrencia. A juicio de este Tribunal, tal y como ya ha señalado en anteriores Informes de Fiscalización, el establecimiento de un criterio de aptitud como es el lugar de residencia de las empresas licitadoras en una determinada provincia o Comunidad Autónoma no resulta acorde con el principio de igualdad de trato y no discriminación, principio recogido en los artículos 1 y 123 de la LCSP. En este mismo sentido se ha pronunciado también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en su Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, cuando concluye que "el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público".

En las cláusulas analizadas del PCAP del Ayuntamiento de Alcúdia, no se justifica ninguna razón por la que la presencia en Mallorca de personal directamente contratado por el licitador en mayor o menor número, en una horquilla que va desde los 40 trabajadores hasta los 20 trabajadores, va a implicar una mejora en el servicio postventa de los servicios de telefonía fija y datos ADSL telefonía, ni por el hecho de la residencia ni por el hecho de la pertenencia directa al licitador, ni tampoco que la designación de un equipo personalizado con residencia en Mallorca y experiencia en Administraciones Públicas constituya objetivamente un aspecto que implique una mejora o garantía de la prestación del servicio respecto de una oferta que no contenga esa designación, además de que la experiencia, no constituye un criterio válido de valoración, sino más bien, cuando sea necesaria, constituiría un requisito de aptitud o solvencia de los licitadores, como reiteradamente se ha mantenido por jurisprudencia y doctrina, pudiendo citar por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2011: "Efectivamente ese criterio de adjudicación referido al conocimiento del territorio es contrario al principio de libre competencia que para la contratación administrativa rige en nuestro Derecho de conformidad con lo dispuesto en la normativa de la hoy Unión Europea, pues equivale a utilizar la experiencia como criterio de adjudicación. Y este último criterio ha sido declarado inválido reiteradamente por esta Sala, como recuerda la sentencia de 11 de julio de 2006 (Casación 410/2004), que se expresa así: (...) Como ha dicho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes/Estado de los Países Bajos, asunto 31/1987 "la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se base en la capacidad técnica de los licitadores". En consecuencia el recurso debe ser

estimado en relación con las dos cláusulas examinadas. b) Impugnación del criterio de valoración que puntúa la disponibilidad de infraestructuras propias para la prestación del servicio, como ocurre en el PCAP, cuadro de criterios de adjudicación del contrato, Lote 1, apartado B (forma de valorar las proposiciones), subapartado 2b) “Infraestructuras”, en el que se valora, tras aceptar la subcontratación a otros operadores, que la infraestructura completa sea propia del adjudicatario. Al igual que pasaba en el caso anterior, en la versión traducida al castellano del texto del PCAP, ha desaparecido este criterio impugnado. Ciertamente, el sector de las telecomunicaciones en el que se sitúa el objeto del contrato, ha sido objeto de una profunda liberalización desde la hoy derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la cual tuvo como consecuencia la eliminación de lo que su propia exposición de motivos calificaba como ejemplo clásico de monopolio natural en el sector de las telecomunicaciones, para lo cual entre otras medidas obligatorias dispuso obligaciones de servicio público, para los explotadores de redes públicas y prestadores de servicios de telecomunicaciones disponibles para el público, garantizando así la protección del interés general en un mercado liberalizado, tales como la exigencia de la utilización compartida de las infraestructuras, para reducir al mínimo el impacto urbanístico o medioambiental derivado del establecimiento incontrolado de redes de telecomunicaciones, o la obligación de interconexión y acceso de las redes de telecomunicaciones entre todos los operadores. En consecuencia el establecimiento de criterios de valoración que primen condiciones propias o exclusivas del operador de telecomunicaciones dominante de una zona, como es la propiedad de unas determinadas infraestructuras cuyo uso debe ser compartido por otros prestadores del servicio, es contrario al principio de libre competencia y se encuentra proscrito por el art. 1 del TRLCSP. c) Impugnación de la cláusula reguladora de la posibilidad de presentar una oferta integradora estableciendo un sistema de ponderación de las puntuaciones asignadas a las ofertas individuales de cada uno de los dos lotes del contrato, para ser comparadas con la puntuación de la oferta integradora, atribuyendo al LOTE 1 un 60 % y al Lote 2 un 40% en esa ponderación de su puntuación. Así ocurre en la cláusula 0 del PPT. Las alegaciones del recurrente comienzan por censurar la posibilidad de la existencia de ofertas integradoras en este contrato por contener dos lotes que implican servicios disjuntos. Sin embargo, el sector de las telecomunicaciones, que engloba tanto la prestación de servicios de telefonía fija como móvil es un sector para el que normativamente se recomienda la posibilidad de ofertas integradoras en las licitaciones públicas, tal como resulta de lo dispuesto en el Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación (si bien no resulta directamente aplicable a las Entidades Locales) cuyo art. 5.1 establece: El objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan. En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados. Por otra parte, los límites en la admisibilidad de las ofertas integradoras en las licitaciones del sector público fueron acertadamente analizados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, del que cabe destacar a los efectos del presente caso, el concepto y función de la oferta integradora que revela el beneficio que supone su inclusión en los pliegos para incrementar los factores que pueden favorecer el hecho de obtener la oferta más ventajosa: “podría definirse «oferta integradora» como aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados — según se establezca en el pliego— de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo. Necesariamente, la posibilidad de presentar «oferta integradora» exige que el licitador presente oferta individualizada a cada uno de los lotes que componen aquélla, de modo que se permite comparar la mejora que la «oferta integradora» aporta, constatándose así si el contrato debe ser adjudicado a la oferta del licitador que, respecto al conjunto de la totalidad de los lotes integrados, resulte ser la más ventajosa o, en cambio, adjudicar por lotes individualizados, al representar la suma de todos ellos un resultado más beneficioso en los términos previstos en el pliego. Incluir una posibilidad de esta naturaleza debe facilitar, en suma, la selección de la oferta económicamente más ventajosa al tiempo que no se vea restringida la competencia.”

A continuación en el citado informe se enumeran los requisitos que se consideran básicos para la admisibilidad de ofertas integradoras: a) que se autorice su presentación expresamente por el órgano de contratación, previa justificación en el expediente de la idoneidad y ventajas que para el interés público reporta su incorporación. b) que sean previstas expresamente en el pliego y en los anuncios, detallando con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación. c) que se utilicen varios criterios de adjudicación, al ser éste un requisito exigido por el artículo 147 TRLCSP para la presentación de variantes o mejoras. d) todos los requisitos técnicos exigidos en los pliegos para cada lote serán de obligado cumplimiento por las ofertas integradoras. e) la presentación de una «oferta integradora» puede referirse a

varios o a todos los lotes individualmente considerados, según lo que en los pliegos se establezca. e) su presentación será siempre potestativa para los licitadores, pues, en caso contrario, quebraría el propio principio de defensa de la competencia que quiere preservarse mediante la división en lotes del objeto del contrato. f) por el mismo motivo, todo licitador que desee presentar una «oferta integradora», deberá necesariamente presentar una oferta individual válida a cada uno de los lotes que integren aquella. g) cada licitador solo podrá presentar una «oferta integradora» en función de los lotes autorizados a ser integrados (no puede existir simultaneidad de «ofertas integradoras» referidas a los mismos lotes). h) Los criterios de adjudicación que se apliquen serán idénticos para valorar los lotes individualmente considerados y los lotes integrados en la oferta conjunta, y se deberá identificar en el pliego sobre qué criterios se permite la presentación de una «oferta integradora».i) el pliego deberá contener la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa, de modo que se posibilite la comparación objetiva. j) Por último, para que el contrato se adjudique a una «oferta integradora», ha de garantizarse en la valoración que es más ventajosa (según los criterios de adjudicación que se apliquen) que la suma ponderada de las mejores ofertas individualmente consideradas y, en todo caso, es requisito indispensable que iguale o mejore individualmente la puntuación obtenida en cada uno de los lotes integrados a la obtenida por la oferta individual presentada por el mismo licitador. Una vez efectuada la valoración de las ofertas (individuales y de los lotes integrados) y a los efectos de efectuar la adjudicación, se compararán las mejores ofertas individuales con las diferentes «ofertas integradoras» presentadas por los licitadores, hallando la suma ponderada de la puntuación total de las mejores ofertas individuales, con independencia de que hayan sido formuladas por distintos licitadores, y comparándola con la puntuación total de cada una de las «ofertas integradoras». La propuesta de adjudicación se efectuará en favor de los lotes individuales si la suma ponderada es mayor que la resultante de la mejor «oferta integradora», proponiéndose en caso contrario la adjudicación en beneficio de esta última.” En consecuencia, tanto la inclusión en el Pliego de la posibilidad de formular ofertas integradoras como el establecimiento de una ponderación de la puntuación de las ofertas individuales en función de criterios objetivos, por tener por ejemplo un distinto presupuesto o valor estimado o una distinta importancia relativa cada uno de los lotes, ha de estimarse ajustada a derecho.

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 interpuesto por D. R.R.C. en nombre y representación de la sociedad mercantil ORANGE ESPAÑA S.A.U (“Orange”), por medio del cual impugna los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares que han de regir el contrato de adjudicación del Servicio de Telecomunicaciones del Ayuntamiento de Alcúdia ,Telefonía Fija y ADSL y Telefonía Móvil, correspondiente a la licitación promovida por la citada Entidad Local, de acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución.

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 del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.