

Recursos 30/2017, 31/2017 y 32/2017**Resolución 52/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 15 de marzo de 2017.

Vistos los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las entidades **B.M. EXTREMADURA, S.L., NETLLAR, S.L. y ENODE TELECOM, S.A.** contra la Resolución, de 20 de diciembre de 2016, de la Diputación de Sevilla por la que se declara desierto el procedimiento de licitación del contrato denominado “Explotación de la red de servicios avanzados de telecomunicaciones de la Diputación de Sevilla” (Expte. 2016/CONABDIP-00246), convocado por la Diputación de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 13 de julio de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio se publicó en



el Boletín Oficial del Estado núm. 173 de 19 de julio de 2016 y el 11 de julio de 2016 en el perfil de contratante de la Diputación de Sevilla.

El valor estimado del contrato asciende a 6.221.285,89 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraban las ahora recurrentes como miembros de la misma unión temporal de empresas.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento se dicta Resolución, de 20 de diciembre de 2016, de la Diputación de Sevilla por la que se declara desierto el procedimiento de licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 17 de enero de 2017, dicho acuerdo fue remitido mediante fax a las entidades ahora recurrentes como miembros de la misma unión temporal de empresas, única licitadora en el procedimiento de adjudicación.

CUARTO. El 3 de febrero de 2016 se presentaron en el Registro del órgano de contratación, sendos escritos de recurso especial en materia de contratación interpuestos, por las entidades B.M. EXTREMADURA, S.L., NETLLAR, S.L. y ENODE TELECOM, S.A. contra la Resolución, de 20 de diciembre de 2016, de la Diputación de Sevilla por la que se declara desierto el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.



QUINTO. Los escritos de recurso junto con el informe a los mismos, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras fueron remitidos por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal los días 20 y 22 de febrero y 13 de marzo de 2017, esta última previa reiteración de fecha 24 de febrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por la Diputación de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado el 26 de septiembre de 2012 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Sevilla, al amparo del apartado 3 del artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por lo que de conformidad con la cláusula séptima de dicho Convenio, el mismo permanece vigente a la fecha de presentación del presente recurso, no habiendo sido denunciado por ninguna de las partes firmantes del mismo.

SEGUNDO. De conformidad con lo previsto en los artículos 46 del TRLCSP, 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de



las Administraciones Públicas, y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la sentencia de 6 de mayo de 2011 (Roj STS 2649/2011), este Tribunal dispone la acumulación de los recursos 30/2017, 31/2017 y 32/2017, al ser éste Órgano quien tramita y resuelve el procedimiento de recurso, y al guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión al tener los tres escritos de recurso idéntico contenido y coincidir en la impugnación del mismo acuerdo por el que se declara desierto el procedimiento de licitación.

TERCERO. Ostentan legitimación las recurrentes para la interposición del recurso, dada su condición de empresas que han licitado con el compromiso de constituir una unión temporal, de acuerdo con los artículos 42 del TRLCSP y 24.2 del Reglamento. Este último precepto dispone que *“En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

CUARTO. Visto lo anterior, procede determinar si los recursos se refieren a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interponen contra algunos de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto de los tres recursos es el mismo acuerdo por el que se declara desierto el procedimiento de licitación, el cual se configura



como el trasunto de la adjudicación en el caso de que no exista ninguna oferta admisible, por lo que, en los tres casos, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

QUINTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 (...)”*, precepto que a su vez se refiere a la forma de notificar la adjudicación de los contratos.

Como ya hemos señalado, al tratarse el acto de declaración de desierto de un acto asimilable a la adjudicación en tanto en cuanto pone fin al procedimiento de contratación, a efectos de interposición del recurso, el día inicial del cómputo del plazo no se contempla en ninguno de los apartados del artículo 44.2 del TRLCSP, planteándose si debe acudirse al sistema específico de las adjudicaciones o al sistema general previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el establecimiento en la legislación contractual, en relación con el recurso especial contra los actos de adjudicación, de un sistema de cómputo del plazo ajeno a nuestro tradicional criterio de la *actio nata*, -esto es que las acciones pueden ejercitarse solo a partir del conocimiento del acto contra el que se dirigen- encuentra su fundamento, tal y como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, relativo al proyecto de Ley de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, en permitir *“garantizar la simultaneidad de las notificaciones, lo que tiene importancia a efectos de la eventual interposición del recurso especial y de la ulterior formalización del contrato, ya que*



garantiza que, respecto de todos los licitadores y candidatos, se ha respetado el plazo mínimo exigido en la ley al ser único para todos ellos el dies a quo.”

Dado que en este caso, como es obvio, no procede la formalización del contrato, al no haber ofertas admisibles, es claro que la prevención establecida en el artículo 44.2 del TRLCSP, carece de fundamento, debiendo considerarse, en virtud del principio *favor acti* y del derecho de defensa, que en este caso rige el sistema general de cómputo del plazo, que comienza desde el día en que se recibió la notificación, en concreto el día 17 de enero de 2017, por lo que al haberse presentado los tres recursos el 3 de febrero de 2017 en el Registro del órgano de contratación, los mismos se han interpuesto dentro de plazo.

SEXTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión de los tres recursos, procede el estudio de los motivos en que los mismos se sustentan.

Como se ha expuesto anteriormente, los tres escritos de recurso tienen idéntico contenido y coinciden en la impugnación del mismo acuerdo por el que se declara desierto el procedimiento de licitación.

En dichos escritos de recurso, las recurrentes solicitan que con estimación de los mismos se anule la resolución impugnada y se proceda a la retroacción de actuaciones hasta el momento en el que se declaró desierto el procedimiento, llevando a cabo una nueva valoración conforme a las bases de la licitación debidamente publicadas y aprobadas.

Las recurrentes aunque formalmente impugnan el acuerdo de declaración de desierto del procedimiento de licitación, materialmente atacan la exclusión de la oferta de la unión temporal de empresas que se comprometen a formar las tres recurrentes de resultar dicha unión adjudicataria del contrato.



Así pues, con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido del acuerdo de la mesa de contratación, de 3 de noviembre de 2016, por el que se decide proponer la declaración de desierto del procedimiento de licitación al no ajustarse a los pliegos de la licitación la oferta técnica presentada por la única licitadora, la unión temporal de empresas formada por las tres entidades recurrentes (en adelante la UTE). Dicha propuesta de declaración de desierto fue elevada a definitiva por el Pleno de la Diputación de Sevilla de fecha 20 de diciembre de 2016.

En este sentido, dicho acuerdo de la mesa de contratación se remite al informe, de 31 de octubre de 2016, elaborado por personal del Área de Concertación de la Diputación de Sevilla (E.C.B. y L.T.R.), que acompaña informe de la asesora NAE COMUNICACIONES, S.L., de 20 de octubre de 2016. Dicho informe de 31 de octubre de 2016 señala en lo que aquí interesa lo siguiente:

“De las conclusiones del indicado informe (punto 5) [informe de 20 de octubre de 2016 de NAE COMUNICACIONES, S.L.], se desprende que la oferta efectuada por la UTE, aunque merece una alta valoración a nivel técnico, presenta las siguientes deficiencias:

- + Modelo de relación y oficina de proyecto: no se describe el término RLU.*
- + Plan del proyecto: no incluyen los hitos de Reunión de Lanzamiento y Plan Detallado.*
- + Documentación e inventario: no figuran los informes económicos.*
- + Devolución del servicio: el plazo propuesto es inferior al exigido, por lo que no cumple este aspecto.*
- + O&M: no se describe el mantenimiento preventivo, así como la provisión a usuarios o la atención a clientes.*
- + Plan de Negocio: presenta aspectos difícilmente compatibles con el cumplimiento del PIPEM.*

El Plan de Negocio es parte integrante de la oferta técnica, conforme a los requisitos establecidos en el PPT que rigen esta licitación (punto 2.10 PPT), y debe tener como referente el Plan de Negocios de esta Diputación (Anexo 2 PPT), que cumple los



requisitos de inversor privado (cumplimiento del PIPEM) y fue aprobado por Resolución de 27 de septiembre de 2013 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el expediente RO-OTR-2013/483 sobre el control de cumplimiento de la Circular 1/2010.

El análisis del Plan de Negocio presentado por la UTE como parte integrante de su Oferta Técnica es analizado por la Empresa NAE en el punto 2.10 de su informe y se extiende a una comparativa con el Plan de Negocios aprobado por la CNMC a esta Diputación (punto 2.10.2). De tal análisis se desprende que, de ser presentado el propuesto por la UTE ante dicho Organismo (actualmente dicha competencia corresponde a la SETSI, tras la modificación de la Circular 1/2010 realizada por el R.D. 426/2015), la Resolución que recayese en el expediente no sería favorable, ya que el cumplimiento de la PIPEM y las Resoluciones recaídas en estos expedientes son obligatorias y vinculantes para las Administraciones Públicas en materia de infraestructuras de telecomunicaciones.

Por todo ello, atendiendo al informe emitido por NAE COMUNICACIONES, S.L., contratada para realizar esta asistencia técnica en el procedimiento de adjudicación de la explotación de la RED SAT, se concluye el incumplimiento del PIPEM por parte del Plan de Negocio incluido en la Oferta Técnica presentada la UTE BME-ENODE-NETLLAR e implica que tal oferta, con independencia de su calidad técnica, no se ajusta a los Pliegos que rigen la contratación, procediendo proponer la declaración de desierto a la Mesa de Contratación.”

De lo anterior se infiere que la oferta de la UTE fue excluida del procedimiento de licitación porque el plan de negocio incluido en su oferta técnica incumplía el PIPEM (Principios de Inversor Privado en una Economía de Mercado), lo que supone que la misma no se ajuste a los pliegos que rigen la licitación.

Indicar, asimismo, que según consta en el citado informe, de 31 de octubre de 2016, elaborado por personal del Área de Concertación de la Diputación de Sevilla, la empresa NAE COMUNICACIONES, S.L. (en adelante NAE COMUNICACIONES) fue contratada por la Diputación de Sevilla para asistirle



técnicamente en el presente proceso de adjudicación al carecer de los recursos humanos con la especialización requerida.

Las recurrentes, por su parte, en sus escritos de recurso se oponen a la exclusión de la oferta de la unión temporal de empresas de la que forman parte, en base a varios argumentos que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

Por un lado, combaten todas y cada una de las deficiencias puestas de manifiesto en las conclusiones del informe, de 20 de octubre de 2016, de NAE COMUNICACIONES, incluida la exigencia de la viabilidad del plan de negocio en esta fase del procedimiento y, por otro lado, afirman que su oferta cumple a priori tanto con los criterios del PIPEM como con los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT).

SÉPTIMO. En cuanto al primer motivo del recurso, en el que las recurrentes combaten las deficiencias puestas de manifiesto en el informe de NAE COMUNICACIONES, solo va a ser objeto de análisis en esta resolución, en principio, las relativas al plan de negocio presentado pues una eventual desestimación de este alegato del recurso haría innecesario el examen del resto de las alegaciones planteadas por las recurrentes.

Afirman las recurrentes que la Diputación de Sevilla ha cometido una clara infracción de lo dispuesto en la cláusula 6.1 del Anexo I del PCAP y en la normativa sectorial recogida en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que prevé claramente que es la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) el órgano competente para obtener la preceptiva aprobación del plan de negocio presentado por el licitador, o en su caso para indicar las modificaciones que deban ser adoptadas por el adjudicatario para la aprobación final del mismo.



Señalan que, sin perjuicio de la aprobación posterior del plan de negocio, teniendo en cuenta que todos los informes emitidos para valorar la oferta presentada por la UTE han sido favorables, incluida la oferta técnica, y que en este caso ha sido la única licitadora concurrente, la Diputación de Sevilla debería haber emitido una resolución de adjudicación del contrato a favor de la UTE, y posteriormente remitir a la CNMC el plan de negocio, quedando, por tanto la adjudicación sometida a la condición resolutoria de la aprobación por la citada CNMC.

Por el contrario, según las recurrentes, la Diputación de Sevilla ha rebasado los límites de su discrecionalidad, y en concreto de lo previsto en el apartado 6.1 del Anexo I del PCAP, ya que ha procedido a aplicar un criterio de valoración que no tenía atribuido, según se recoge en la ley de telecomunicaciones y en el citado pliego y que le corresponde claramente a la CNMC, no quedando de este modo garantizada la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación que debe regir toda licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el hecho de que solamente concurra al procedimiento de contratación una única licitadora no implica para la Administración la obligación de adjudicarle el contrato; solo procederá la adjudicación cuando la proposición presentada se ajuste a lo previsto en los pliegos y no existan razones de interés público que impliquen para la Administración una renuncia a la licitación.

Indica que de haber concurrido varios licitadores al procedimiento, seguramente, no habría podido ser alegada esta causa, pues con arreglo a los pliegos, solamente el plan de negocio de la proposición del licitador que resultase adjudicatario, hubiese sido remitido a la CNMC y no todos los que se incluyesen en las distintas proposiciones presentadas, conforme se dispone en la cláusula 6.1 del PCAP.



Por lo tanto, concluye el órgano de contratación, la remisión del plan de negocio a la CNMC requería según el PCAP de una adjudicación previa, adjudicación que no llegó a producirse, por lo que la Diputación no se encontraba obligada a remitir el plan de negocio presentado en la proposición de la licitadora a dicha CNMC.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia suscitada en este primer motivo del recurso en el que las recurrentes señalan que la Diputación de Sevilla debería haber emitido una resolución de adjudicación del contrato a favor de la UTE, y posteriormente remitir a la CNMC el plan de negocio, quedando, por tanto la adjudicación sometida a la condición resolutoria de la aprobación por la citada Comisión.

Al respecto, la cláusula 6.1 del PCAP -Anexo I al pliego de prescripciones administrativas en la terminología del expediente de contratación- dispone lo siguiente:

“6.1. Adjudicación del contrato.

A fin de dar cumplimiento a la normativa sectorial recogida en la Ley 9/2014 de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, el Plan de Negocio integrante de la oferta final del licitador que resulte adjudicatario del contrato, será remitido a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, órgano competente conforme al art. 70 de dicho texto legal, a fin de obtener la preceptiva aprobación del mismo o la indicación de las modificaciones que deberán ser adoptadas por el adjudicatario para la aprobación final del mismo.

La resolución de adjudicación quedará por tanto sometida a la condición resolutoria de la aprobación por la CNMC del Plan de Negocio presentado.

En caso de que tras las modificaciones o propuestas, el Plan de Negocio fuera denegado, operará la condición indicada, y se procederá a resolver negativamente la adjudicación, dada la imposibilidad legal de llevar a cabo la implantación del mismo. En este caso, se propondrá la adjudicación del licitador siguiente por orden de ponderación.



El adjudicatario deberá mantener la oferta presentada hasta la resolución definitiva dictada por la CNMC, ya que cualquier modificación o propuesta realizada dará lugar a la anulación de las gestiones llevadas a cabo ante el organismo indicado.”

De lo anterior se infiere, sin ningún género de dudas, que el plan de negocio que ha de remitirse a la CNMC es el de la oferta que resulte adjudicataria y no el de las licitadoras, aunque solo haya una, como pretenden las recurrentes. De tal forma que, conforme a lo previsto en la citada cláusula 6.1 del PCAP, una vez que por el órgano de contratación se resuelva la adjudicación a favor de una licitadora, se remitirá el plan de negocio ofertado para su consideración por la CNMC, y no con carácter previo a la adjudicación como pretenden las recurrentes, y ello con independencia de que haya una o más licitadoras.

Procede, pues, la desestimación de este primer alegato del recurso.

OCTAVO. En el segundo de los motivos del recurso, las recurrentes afirman que su oferta cumple a priori tanto con los criterios del PIPEM como con el PCAP y el PPT.

Al respecto, combaten cada uno de los argumentos esgrimidos en el informe, de 20 de octubre de 2016, de NAE COMUNICACIONES relativos a la valoración del plan de negocio presentado por la UTE (informe de valoración del plan de negocio, en adelante). Tales argumentos utilizados por el citado informe, para entender que no se cumple el PIPEM y por tanto los pliegos que rigen la licitación, son los relacionados con la percepción de ingresos, con el periodo de carencia, con las tarifas, con la competencia en las zonas de implantación de la red de servicios avanzados de telecomunicaciones, con la cuenta de resultados y con la penetración en el mercado y la sensibilidad.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a lo argumentado por las recurrentes. Afirma que conforme a la cláusula 2.10 del PPT, el plan de negocio debe demostrar la viabilidad del proyecto y el



cumplimiento del PIPEM, teniendo como referente el de la Diputación de Sevilla, incluido como Anexo 2 del citado pliego técnico.

En ese sentido, el órgano de contratación señala que en el párrafo final de dicha cláusula 2.10 del PPT se establece literalmente que *"Los pagos estimados a la Diputación determinarán el VAN resultante del plan de negocio para la administración en un periodo de cálculo de 20 años, que deberá ser positivo. El TIR resultante para la administración deberá estar alineado con el recomendado por la CNMC para este tipo de proyectos (12,5%)."*

Así pues, concluye el informe al recurso, la Diputación de Sevilla debe cumplir los requisitos del PIPEM así como el plan de negocio que le fue aprobado por la CNMC por Resolución, de 27 de septiembre de 2013, en relación con la explotación de la red de servicios avanzados de telecomunicaciones; por lo que el plan de negocio a proponer por las licitadoras en este procedimiento, debe permitir el cumplimiento de estas obligaciones. Este fundamento, a su juicio, es suficiente para poder apreciar que el plan de negocio que integra la proposición, una vez valorado, no se ajusta a lo establecido en los pliegos que rigen el procedimiento de contratación y proceder a no adjudicar el contrato.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia suscitada en este segundo motivo del recurso en el que las recurrentes afirman que su oferta cumple a priori con los criterios del PIPEM y de los pliegos.

Pues bien, este Tribunal ha analizado en otras resoluciones que abordan la exclusión de ofertas por incumplimiento de los pliegos técnicos -por todas las Resoluciones 246/2015, de 7 de julio, 353/2015, de 14 de octubre, 139/2016, de 17 de junio y 339/2016, de 29 de diciembre-, la doctrina de la discrecionalidad técnica en la determinación del cumplimiento o no desde el punto de vista técnico de lo exigido en los pliegos aludiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que, a su vez, remite a la



doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que *“la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.”*

Así ocurre, sigue señalando la Sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que solo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad, pero sin que puedan sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos calificadoros.

Asimismo, este Tribunal ha invocado en dichas resoluciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) que afirma lo siguiente: *<<la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los*



órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)>>.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), viene a señalar que la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores, impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico.

Así pues, no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del razonamiento técnico se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

En el supuesto examinado, como se ha expuesto anteriormente, las recurrentes combaten cada uno de los argumentos esgrimidos en el informe de valoración del plan de negocio presentado por la UTE para entender que no se cumple el PIPEM y por tanto los pliegos que rigen la licitación.

1. En cuanto a los argumentos relacionados con la percepción de ingresos, las recurrentes alegan que la afirmación de que la oferta de la UTE no percibirá ingresos hasta el octavo año de vigencia del contrato es falsa, ya que según se desprende de su oferta, la Diputación percibiría ingresos desde el primer año del contrato, lo que no percibiría es la parte variable durante un periodo de carencia compatible con los pliegos, y tanto los ingresos fijos como variables computan, como no puede ser de otra forma, para el retorno de la inversión de la Diputación.



Por su parte, el informe al recurso señala que los ingresos fijos propuestos por la UTE corresponden al pago de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, tal y como se indica en el plan de negocio, que previamente realiza la Diputación y la UTE asumiría como entidad que realiza la explotación, por lo que no pueden computar por tanto para el retorno de la inversión, como se afirma incorrectamente por las recurrentes.

Indica que el hecho de que durante siete años la Diputación no reciba ingresos que permitan amortizar la inversión efectuada en la red de servicios avanzados de telecomunicaciones ciertamente parece poco compatible con el PIPEM y así se indicó en el informe de valoración del plan de negocio; si adicionalmente el periodo de carencia no es fijo, sino que depende de un factor que puede variar, se reafirma la valoración de que el plan de negocio ofertado por la UTE no es compatible con el PIPEM.

2. En cuanto a los argumentos relacionados con el periodo de carencia, las recurrentes alegan que la advertencia del informe de valoración del plan de negocio de que un esquema de ingresos variables con periodos de carencia aumenta el riesgo del proyecto, supone a su entender una descalificación cuando se cumple con la posibilidad de ofertar pagos con periodos de carencia -cláusula 2.3.2 del PPT- siempre que se cumplan los criterios del PIPEM, como entiende que los cumple su oferta.

Por su parte, el informe al recurso señala que el riesgo identificado lo era no por plantear un periodo de carencia, sino porque el propuesto es muy dilatado y además está supeditado a la obtención de flujo de caja positivo de la UTE, no contemplándose en el plan de negocio ningún pago variable en el caso de que el flujo de caja positivo se retrase; esto significa que mientras no exista flujo de caja positivo, la Diputación pondrá a disposición del adjudicatario una infraestructura de telecomunicaciones valorada en más de seis millones de



euros sin contraprestación económica alguna que permita amortizar la inversión realizada, lo que parece poco compatible tanto con el principio de reparto del riesgo -uno de los objetivos que establece la Comisión Europea en este tipo de contratos- como con el PIPEM, como se indicó en el informe de valoración del plan de negocio.

3. En cuanto a los argumentos relacionados con las tarifas, las recurrentes alegan que, según el informe de valoración del plan de negocio que se combate, las tarifas propuestas por la UTE no incluyen oferta convergente 4P (telefonía, banda ancha fija, TV y banda ancha móvil), y concluye que por tanto los precios (tarifas) propuestos serían difíciles de justificar ahora en la CNMC. Pues bien, a su juicio, al igual que la Diputación no incluyó en su plan de negocio oferta convergente 4P, la UTE ha propuesto niveles similares de precios con una oferta similar, consideramos por tanto que sería más que improbable que la CNMC indicara ahora que dichos precios son superiores a los de mercado, cuando en su día la propia CNMC dijo que eran unos precios adecuados.

Por su parte, el informe al recurso señala que la Diputación presentó su plan de negocio ante la CNMC en el año 2012, año en el que en España la oferta 4P era muy residual. En cualquier caso, a su juicio, el informe de valoración del plan de negocio no pone en cuestión el modelo de tarifas en sí, sino que estima que las tarifas contempladas en el plan de negocio, consistentes en una oferta de voz y datos, no están alineadas con las tendencias actuales del mercado de las telecomunicaciones en España, en la que se aprecia claramente el descenso de abonados de telefonía fija y banda ancha fija, mientras que los abonados de 4P crecen. Es decir, la UTE plantea la comercialización de un producto (telefonía y banda ancha fija) cuyas ventas en España están descendiendo y, sin embargo, su propuesta plantea alcanzar una elevada cuota de clientes en las localidades en las que está presente la red de servicios avanzados de telecomunicaciones.



4. En cuanto a los argumentos relacionados con la competencia en las zonas de implantación de la red de servicios avanzados de telecomunicaciones, las recurrentes alegan que a mayor abundamiento ha de recordarse que hablamos de zonas de cobertura de la red denominadas en su día zonas blancas -zonas donde no existe ninguna red de banda ancha-, donde se construyó precisamente la red de servicios avanzados de telecomunicaciones de la Diputación para eliminar las zonas de exclusión digital -brecha digital- en beneficio de los habitantes de dichas zonas, ya que no existían otras redes de iniciativa privada, por lo que es obvio afirmar que no existen precios de mercado de referencia con los que comparar los precios propuestos en su oferta para esas zonas. En cualquier caso, afirman las recurrentes, los precios ofertados para los productos están en línea formal con los que la CNMC indica, como afirma el propio informe de valoración del plan de negocio; por tanto, cabe concluir que en este apartado, se realiza una valoración incorrecta sobre el nivel de precios de los productos ofertado por la UTE.

Por su parte, el informe al recurso señala que las referencias a zonas blancas solo tendrían sentido en el caso de tratar de justificar la no aplicación del PIPEM y, por tanto, que nos encontremos ante una ayuda de estado.

Asimismo, señala que el plan de negocio que la Diputación de Sevilla presentó ante la CNMC basó su modelo de tarifas en las ofertas de operadores nacionales y locales que prestan servicios en las zonas donde se implanta la red servicios avanzados de telecomunicaciones, por lo que, siendo la propuesta de la UTE continuista con el modelo de tarifas que propuso la Diputación -hecho que se enfatiza por las recurrentes-, a su juicio, no procede indicar que las zonas afectadas no cuentan con una oferta similar a la propuesta por la UTE.

5. En cuanto a los argumentos relacionados con la cuenta de resultados, las recurrentes alegan que el plan de negocio presentado por la UTE tiene un plazo



de retorno de la inversión de 10 años en vez de 20 años como el que presentó en su día la Diputación a la CNMC. Así pues, a su juicio, se realiza nuevamente una valoración incorrecta y falsa, pues es difícil entender como el informe de valoración del plan de negocio pone un reparo a su plan de negocio cuando cumple en este apartado rigurosamente con un plazo de retorno de la inversión del 50% del periodo del proyecto completo, lo que además encaja con la práctica del mercado de las telecomunicaciones.

Por su parte, el informe al recurso señala que las recurrentes afirman que el plazo de retorno de la inversión propuesto en su oferta es de 10 años, sin embargo esta afirmación no es completa, ya que para el cumplimiento del PIPEM la CNMC impone además un valor objetivo para el TIR (tasa interna de retorno o rentabilidad) del 12,5%, por lo que la inversión no se recupera en el año 10, sino en el 15. Es decir, para cumplir el PIPEM no basta con que la Diputación pueda recuperar la inversión, sino que ha de hacerlo con criterios de rentabilidad similares a los de mercado.

Indica, asimismo, un hecho que no se destacó en el informe de valoración del plan de negocio y es que en su oferta, la UTE obtendría un VAN (valor actual neto o valor actualizado neto o valor presente neto) de 19,2 millones de euros y un TIR del 27,9%, mientras que para la Diputación el VAN sería de 1,89 millones de euros y un TIR del 15%; estas cifras muestran un desequilibrio que nuevamente parece difícil de compatibilizar con el reparto de riesgos.

6. En cuanto a los argumentos relacionados con la penetración en el mercado y la sensibilidad, las recurrentes alegan que el informe de valoración del plan de negocio indica que el de la UTE debería respetar el nivel de penetración presentado en su día a la CNMC, que consideró en su momento que dicha penetración era factible. Sin embargo, según su criterio, nada se indica en el informe de la CNMC sobre que una mayor penetración no sea factible, por lo que es difícilmente comprensible cómo el informe de valoración del plan de



negocio pretende restringir el nivel de penetración propuesto por la UTE, a su cuenta y riesgo empresarial, en base a unas limitaciones que la CNMC no ha indicado.

Por su parte, el informe al recurso señala que en el plan de negocio que presentó la Diputación de Sevilla ante la CNMC se presentaban tres escenarios: realista, pesimista y optimista, estos escenarios suponían un análisis de sensibilidad para identificar el comportamiento de la cuenta de resultados en función de la estimación de clientes. Sin embargo, a su parecer, llama la atención que la UTE no presentara un ejercicio de pruebas de sensibilidad para predecir el comportamiento de la cuenta de resultados en función de la cifra de modificación de clientes.

En este sentido, el informe al recurso señala que la UTE propone unas cifras de abonados en el segmento residencial un 35% superiores a las del escenario optimista presentado ante la CNMC por la Diputación, de tal forma que si utilizamos las previsiones de abonados calculadas por la Diputación, los ingresos de la UTE se reducen ese 35%, por lo que los cálculos de ingresos del plan de negocio de la UTE no se sostienen, a pesar de que se está confrontando el plan de la UTE con el escenario más optimista contemplado por la Diputación de Sevilla; en este escenario la Diputación comenzaría a recibir ingresos derivados de la tasa variable el año 17 del contrato.

Asimismo, se señala que con el fin de analizar el comportamiento ante cambios menores de la base de clientes -y, por tanto, de ingresos-, se comprobó que una disminución del 10% sí era aceptable, aunque si se consideraba una reducción mayor en la estimación de clientes y, por tanto, de ingresos, el plan de negocio no se sostenía; Esto evidencia que el plan de negocio presentado es muy sensible a los cambios en la base de clientes estimada.

En resumen, según el informe al recurso, el plan de negocio propuesto por la UTE se construye utilizando una base de clientes muy elevada y presenta poca



robustez ante un análisis de sensibilidad que simule una disminución de ingresos basada en una caída de la base de clientes; esta estimación de clientes elevada y no suficientemente justificada en función del marco de tarifas y servicios propuestos por la UTE puede suponer un riesgo si la estimación de clientes es errónea -y por ello también el volumen estimado de ingresos- y, por tanto, la percepción de la tasa variable de la Diputación podría verse disminuida, no cumpliéndose con el PIPEM como exige la CNMC.

En definitiva, a la vista de lo expuesto anteriormente, de lo previsto en los pliegos que rigen la licitación, en particular en la cláusula 2.10 del PPT, de lo ofertado por la UTE licitadora y del contenido del informe de valoración del plan de negocio, según el parecer de este Tribunal, no se aprecia en la citada valoración del plan de negocio ofertado por la UTE licitadora, falta de motivación, arbitrariedad o error patente que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos, y habiéndose cumplido los requisitos procedimentales, no resulta acreditado que se hayan superado los límites de la discrecionalidad técnica alegados por las recurrentes; es decir, hemos de concluir que los términos y alegatos en que se funda el recurso no desvirtúan la presunción de certeza de que goza el juicio técnico del órgano evaluador.

Procede, en consecuencia, desestimar este segundo de los motivos del recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las entidades **B.M. EXTREMADURA, S.L., NETLLAR,**



S.L. y ENODE TELECOM, S.A. contra la Resolución, de 20 de diciembre de 2016, de la Diputación de Sevilla por la que se declara desierto el procedimiento de licitación del contrato denominado “Explotación de la red de servicios avanzados de telecomunicaciones de la Diputación de Sevilla” (Expte. 2016/CONABDIP-00246), convocado por la Diputación de Sevilla.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición de los tres recursos, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

