

Recurso 291/2018**Resolución 280/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de octubre de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el informe de valoración de las ofertas finales presentadas al lote 3, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicios de la Red Corporativa de Telecomunicaciones de la Junta de Andalucía”, convocado por la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Expte. ADM/2017/0016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 14 de febrero de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, mediante procedimiento negociado con publicidad, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el 15 de febrero de 2018 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 1 de



marzo de 2018, en el Boletín Oficial del Estado número 53.

El valor estimado del contrato asciende a 236.524.704,62 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en 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, es de aplicación 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, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. La mesa de contratación, en sesión de 27 de julio de 2018, aprobó el informe de valoración de las ofertas finales presentadas al lote 3 del contrato. En la misma sesión, la mesa de contratación, considerando que ninguna de las ofertas admitidas podía considerarse anormal o desproporcionada conforme al Anexo VIII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), acordó proponer al órgano de contratación que requiriese la documentación previa a la adjudicación a la UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U por considerarse su oferta la económicamente más ventajosa en el lote 3.

El acta de esta sesión de la mesa de contratación fue publicada en el perfil de contratante el 31 de julio de 2018.



CUARTO. El 13 de agosto de 2018, VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (VODAFONE, en adelante) presentó en el Registro telemático de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el informe de valoración de las ofertas finales presentadas al lote 3 de la contratación.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 14 de agosto de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la empresa recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 21 de agosto de 2018.

SEXTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 29 de agosto de 2018, se dio traslado del recurso al único licitador interesado en el procedimiento, la UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U, a quien se le concedió un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo tras el trámite de vista del expediente practicado el 14 de septiembre de 2018 en la sede de este Tribunal, a instancia de la propia interesada.

SÉPTIMO. El 3 de septiembre de 2018, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación respecto al lote 3.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, requisito este que será objeto de análisis en el siguiente fundamento cuando se examine la procedencia del recurso especial contra el acto impugnado.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra un acuerdo de la mesa de contratación adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 236.524.704,62 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, aquel resulta procedente al amparo del artículo 44 apartado 1 a) de la LCSP, pues el acto impugnado se refiere a uno de los contratos en que está previsto el recurso especial.

Asimismo, formalmente el recurso se dirige contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el informe de valoración de las ofertas finales presentadas al lote 3 del contrato, si bien desde un punto de vista sustantivo es objeto de impugnación la admisión de la oferta presentada por la UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA), acto que tácita o implícitamente se desprende del contenido de aquel acuerdo.

Procede analizar, pues, si la admisión de la citada oferta es un acto susceptible de recurso especial. Al respecto, debe partirse de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición transitoria primera de la LCSP



conforme al cual *“En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”*.

En el supuesto analizado, la admisión de la oferta de TELEFÓNICA, acto que constituye el objeto del presente recurso, ha tenido lugar en la sesión de la mesa de contratación de 27 de julio de 2018, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor el pasado 9 de marzo de 2018 de la LCSP, aun cuando el expediente de contratación se haya iniciado con anterioridad a la citada fecha.

Por tanto, de conformidad con el apartado 4 de la Disposición transitoria primera de la LCSP, aquel acto se encuentra entre aquellos que son susceptibles del recurso previsto en su artículo 44, toda vez que el mencionado precepto establece, en su apartado 2 b), que *“Podrán ser objeto de recurso las siguientes actuaciones: b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”*.

Por otro lado, la admisión de la proposición de TELEFÓNICA, aun cuando no constituye un acto expreso dictado en el procedimiento de adjudicación, supone un acto tácito o implícito derivado del acuerdo expreso adoptado por la mesa de contratación, toda vez que la declaración de voluntad de dicho órgano en cuanto a la decisión de admitir aquella oferta se manifiesta de modo inequívoco a través del contenido del acuerdo formalmente impugnado, por el que:



- Se aprueba el informe de valoración de las ofertas finales presentadas al lote 3 -entre ellas la de TELEFÓNICA-
- Se estima que ninguna de ellas puede considerarse anormal o desproporcionada
- Se propone al órgano de contratación que requiera la documentación previa a la adjudicación a TELEFÓNICA, por considerarse su oferta la económicamente más ventajosa en el lote 3.

Así pues, la voluntad administrativa respecto a la admisión de la proposición de TELEFÓNICA no se presume, sino que existe aun cuando no se manifieste de modo expreso. Ello implica que su tratamiento, a efectos del recurso especial, deba ser el mismo que el de los actos expresos.

En tal sentido, no debe olvidarse la acepción amplia del concepto de «decisión» de un poder adjudicador a que se refiere el artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989; cuestión a la que alude expresamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), dictada en la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, cuando señala que *“(...) el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva.*

(...) Esta interpretación del concepto de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» que sean susceptibles de recurso no resulta afectada por la circunstancia de que el Tribunal de Justicia haya declarado, en el apartado 35 de la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), que no son recurribles las actuaciones que formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público. En efecto,



cuando se trata de la admisión de la oferta de un licitador, decisión sobre la que versa el litigio principal, procede considerar que tal decisión, por su propia naturaleza, rebasa el ámbito de la reflexión interna de la entidad adjudicadora”.

Por lo demás, nuestra jurisprudencia también viene admitiendo el recurso contencioso-administrativo contra los actos tácitos (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de junio de 2010. RJ 2010\5663).

Asimismo, llegados a este punto, hemos de puntualizar que la procedencia del recurso especial contra el acto que venimos examinando, habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso. En el mismo sentido expuesto, se vienen pronunciado otros Tribunales de Recursos Contractuales como el de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 131/2018, de 25 de abril y 157/2018, de 22 de mayo).

En el supuesto aquí enjuiciado, el interés legítimo que ostenta la recurrente en la impugnación del acto resulta clara, pues al haber solo dos ofertas en el procedimiento, la eventual estimación del recurso contra la admisión de una de ellas determinaría que la recurrente pudiera acceder a la adjudicación si finalmente la oferta de TELEFÓNICA resultase excluida. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia antes citada señala que *“(…) incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse*



perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho (...)”.

Además, la legitimación de VODAFONE encuentra su apoyo en la previsión del artículo 48.1 de la nueva LCSP que, con un sentido amplio comprensivo del perjuicio no solo directo sino indirecto, dispone que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

A la vista de cuanto se ha expuesto, una vez analizado que el acto de admisión aquí impugnado es una decisión susceptible de infringir la normativa contractual, que se manifiesta tácitamente a través de hechos concluyentes y cuya eventual anulación otorga a la recurrente una ventaja en orden a la adjudicación del contrato, hemos de concluir que el mismo ostenta la naturaleza de acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial al amparo del artículo 44.2 b) del TRLCSP.

No procede, pues, acoger el alegato de TELEFÓNICA sobre la inadmisión del recurso por no ser el acto impugnado susceptible del mismo, toda vez que, como se ha indicado, la decisión sustantivamente impugnada y combatida en el recurso no es -como sostiene la interesada- el acuerdo de la mesa de contratación por el que se aprueba el informe de valoración de las ofertas finales presentadas al lote 3, sino el acto tácito de admisión de su oferta que se contiene implícita e inequívocamente en la adopción del citado acuerdo.

CUARTO. En cuanto al requisito del plazo para interponer el recurso, el artículo 50.1 apartado c) de la LCSP dispone que *“Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento*



negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el supuesto analizado, al no existir notificación expresa del acuerdo formalmente impugnado, no es posible determinar en qué momento la empresa recurrente tuvo conocimiento de la infracción que denuncia. No obstante, aun cuando se computara el plazo desde el 31 de julio de 2018 -fecha de publicación en el perfil del acta correspondiente a la sesión de la mesa en que se adoptó el acuerdo-, el recurso presentado en el registro telemático de este Tribunal el 13 de agosto se habría formalizado en plazo.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar sus motivos. VODAFONE solicita la anulación del acuerdo de la mesa por el que se aprueba el informe de valoración de las ofertas finales presentadas al lote 3 y ello, por entender que la proposición final de TELEFÓNICA, única licitadora en el citado lote junto a la recurrente, contenía valores anormales o desproporcionados, siendo indebidamente admitida y evaluada sin solicitud previa de justificación, lo que constituye una infracción clara de los artículos 69 de la Directiva 2014/24/UE, 152 del TRLCSP y 85 del RGLCAP.

Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo, deben exponerse aquellos antecedentes necesarios para la resolución de la controversia, que se desprenden del expediente remitido por el órgano de contratación.

- Estamos ante un contrato de servicios de la Red Corporativa de Telecomunicaciones de la Junta de Andalucía, dividido en 4 lotes, para cuya adjudicación se ha previsto el procedimiento negociado con publicidad al amparo de lo establecido en el artículo 174 letra a) del TRLCSP *“Cuando debido a las características de la prestación, especialmente en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual y en los comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, no sea posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido”.*



- El recurso interpuesto afecta exclusivamente al lote 3 “servicios de voz y servicios en movilidad”, siendo su objeto la contratación de los servicios de voz, servicios de datos en movilidad, servicios de comunicaciones unificadas y colaboración, servicios de red inteligente, servicios para centros de contacto y otros servicios de valor añadido de los organismos adscritos a la Red Corporativa de la Junta de Andalucía (RCJA). Conforme al Anexo I-A del PCAP, el presupuesto máximo de contratación del lote asciende a 30.595.212,52 € (IVA excluido) y su valor estimado a 58.557.687,03 €.

El Anexo I-A establece, asimismo, para el lote 3 que *“Con los límites establecidos en la Disposición Adicional 34ª del TRLCSP, el coste efectivo en cada uno de los lotes dependerá de las tarifas resultantes del proceso de negociación para los servicios contenidos en cada uno de los lotes y del consumo efectivo de los mismos por parte de los organismos adheridos a la RCJA. Por ello no puede determinarse previamente el precio cierto del contrato”*.

- Respecto a la proposición económica, la cláusula 9.2.2 c) del PCAP establece que la misma, debidamente firmada y fechada, habrá de ajustarse al modelo que figura como ANEXO V. Este anexo se remite, en cuanto al modelo de proposición del lote 3, al formulario específico publicado en el perfil que deberá completar cada licitador.

El formulario contiene varias pestañas, destacando las relativas a instrucciones, propuesta económica, escenario de demanda actual y escenario adicional. De dicho formulario resulta lo siguiente:

- Que cada servicio se identifica con un código unívoco, debiendo el licitador indicar en la pestaña “propuesta económica” el coste de cada uno de los servicios ofertados (cuota de alta, cuota de servicio, tarifa y/o pago único), según se indique en la columna “Detalle” para cada servicio.



- Que en las pestañas de “escenario de demanda actual” y de “escenario adicional”, los licitadores deben reflejar el importe de los distintos servicios, así como los importes totales anuales y por 48 meses para cada uno de los escenarios.
 - Que en la pestaña de “escenario de demanda actual”, la mayor parte de las casillas se cumplimentarán con los datos introducidos por el licitador en la hoja “propuesta económica” y en la pestaña “escenario adicional”, las tarifas se completarán automáticamente con los datos introducidos por el licitador en la citada hoja.
- El Anexo VII-A del PCAP prevé para el lote 3, como aspecto objeto de negociación, la proposición económica señalando que “(...) se negociará el precio de los servicios que son objeto de la contratación en base a los escenarios propuestos, teniendo en cuenta las opciones de contratación”.
- El Anexo VII-B del mismo pliego se refiere a los criterios de adjudicación y baremos de valoración, señalando para el lote 3, de un lado, criterios sujetos a juicio de valor con una ponderación máxima de **45 puntos** y de otro, la proposición económica como criterio de evaluación automática con una puntuación máxima de **55 puntos**, desglosada en 50 puntos para el escenario de demanda actual -donde se valorará la proposición económica más ventajosa según la fórmula descrita en el citado anexo “*tomando como base el escenario que se encuentra en la hoja «escenario DEMANDA ACTUAL» del formulario «Proposición Económica Lote 3.ods»*”- y 5 puntos para el escenario complementario adicional -donde se valorará la proposición económica más ventajosa según la fórmula descrita en el citado anexo “*tomando como base el escenario que se encuentra en la hoja «escenario adicional» en el formulario «Proposición Económica Lote 3.ods»*”.
- El Anexo VIII del PCAP bajo el título “parámetros objetivos para considerar una oferta anormal o desproporcionada” establece que “*En estos supuestos se estará a lo previsto en el TRLCSP y en el RGLCAP. A efectos de considerar una oferta*



anormal o desproporcionada respecto de las proposiciones presentadas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo, lo establecido en el artículo 86.1 del RGLCAP se aplicará a las empresas de un mismo grupo que concurran separadamente a la licitación ya sea de forma individual o formando parte de una unión temporal”.

- En la licitación al lote 3 fueron invitadas VODAFONE y TELEFÓNICA y tras las fases de negociación de las proposiciones en los términos previstos en el PCAP, las dos licitadoras presentaron oferta final, celebrándose el 27 de julio de 2018 la mesa de contratación para el estudio del informe elaborado por la Comisión de valoración en relación a dichas ofertas finales. En esta sesión, la mesa aprueba por unanimidad el citado informe respecto al lote 3, resultando las siguientes puntuaciones:

- En los criterios ponderables en función de juicios de valor, la oferta de VODAFONE obtuvo un total de 42,87 puntos y la de TELEFÓNICA, 42,37 puntos.
- En los criterios ponderables automáticamente, la proposición de VODAFONE recibió 35,04 puntos (35,04 en el escenario de demanda actual y 0 puntos en el escenario complementario adicional) y la de TELEFÓNICA 43,36 (38,36 en el escenario de demanda actual y 5 puntos en el escenario complementario adicional).
- La puntuación total de las ofertas es de 85,73 puntos para TELEFÓNICA y 77,91 para VODAFONE.

- Asimismo, en el acta de 27 de julio de 2018 se hace constar lo siguiente con relación al lote 3:

- La proposición económica de TELEFÓNICA para el escenario de demanda actual asciende a 23.173.485,14 euros y la de VODAFONE a 24.936.151,68, y en el escenario complementario adicional la proposición económica de la primera licitadora es de 217.135,76 euros y la de VODAFONE de 1.254.752,17 euros.



- Se analizan las dos ofertas para comprobar si alguna puede considerarse anormal o desproporcionada con arreglo a los parámetros del Anexo VIII del PCAP, concluyéndose que, al haber dos licitadores, por aplicación del artículo 85 del RGLCAP -al que se remite el Anexo VIII- se entiende, en principio, desproporcionada o temeraria la oferta que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
- La observación de una propuesta anormal o desproporcionada en el lote 3 debe realizarse sobre la combinación de los escenarios de demanda actual y adicional complementario. El acta señala literalmente que “Respecto a esta combinación hay que señalar que los siguientes servicios contenidos en el escenario «Complementario adicional» tienen valores que no son acumulativos, sino que toman valores en función del consumo que se haga de los mismos. En concreto, son:
 - . Los servicios de mensajería masiva.
 - . Los servicios de gestión remota de dispositivos móviles, para los cuales se solicita una tarifa en función del volumen de dispositivos a gestionar.

Tanto para los servicios de mensajería masiva (SMS) como para los servicios de gestión remota, la combinación del escenario de demanda actual y complementario adicional se debería realizar según las múltiples combinaciones que resultan de unos y otros. No obstante, este cálculo se simplifica pues ambos licitadores dan una tarifa de 0 euros para cada uno de estos volúmenes. Es decir, la contribución que tendrían estos servicios sobre el escenario de demanda actual es nula a efectos económicos independientemente del volumen de que se trate, pues para cada escalón se ofrece un precio de 0 euros.

Por ello, y teniendo en consideración todo lo expuesto, se realizan los cálculos oportunos resultando una diferencia entre ambas inferior a 20 unidades porcentuales.



En virtud de lo anterior, la Mesa de contratación considera que, conforme al Anexo VIII del pliego de cláusulas administrativas particulares, ninguno de los licitadores admitidos incurren en oferta anormal o desproporcionada(...).”

SEXTO. Sobre la base de los antecedentes expuestos en el anterior fundamento, procede analizar los motivos esgrimidos en el recurso.

VODAFONE aduce que la oferta final presentada por TELEFÓNICA al Lote 3 contiene un valor anormal o desproporcionado según los parámetros establecidos en el PCAP, lo que debió llevar a que se solicitase a dicha licitadora justificación de su proposición. Sostiene, pues, que la falta de tal requerimiento de justificación por parte de la mesa supone una infracción del contenido de los Pliegos que rigen la licitación y de los artículos 69 de la Directiva 2014/24/UE, 152 TRLCSP y 85 del RGLCAP.

En tal sentido, manifiesta que la oferta económica final de TELEFÓNICA en relación al apartado “Escenario complementario adicional” es inferior en 82,69 puntos porcentuales a la de VODAFONE y supera, por tanto, el límite de 20 unidades porcentuales señalado en el artículo 85 del RGLCSP.

Así pues, la recurrente muestra su disconformidad con el criterio de la mesa de contratación en cuanto a la inexistencia de diferencia entre ambas ofertas superior a 20 unidades porcentuales, y ello por los tres motivos siguientes:

1. Conforme al PCAP, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa debía calcularse mediante la aplicación de dos fórmulas, recayendo la primera sobre el importe ofertado en el “escenario de demanda actual” de la que podía derivar una puntuación máxima de 50 puntos y la segunda, sobre el importe ofertado en el “escenario complementario adicional” de la que podía resultar una puntuación máxima de 5 puntos.



Siendo ello así, los parámetros objetivos para determinar si una oferta incurría en un valor anormal o desproporcionado debían ser analizados de forma individual en cada uno de los apartados a valorar -“escenario demanda actual” y “escenario complementario adicional”-, ya que para calcular la oferta más ventajosa y el precio del contrato se habían de tomar de forma separada los importes ofertados en cada uno de dichos escenarios, obteniéndose una puntuación en cada uno de ellos, sin que hubiese una única fórmula aplicable sobre la suma de los dos importes ofertados. En apoyo de este argumento cita la Resolución 43/2013, de 20 de junio, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

2. No es cierta la afirmación del acuerdo impugnado en cuanto a que el “escenario adicional” únicamente está integrado por servicios complementarios que no figuran en el “escenario de demanda actual”, porque el servicio SMS se encontraba en los dos escenarios, tal y como se refleja en el formulario de proposición económica del Lote 3.

3. La mesa no ha efectuado el análisis del impacto económico de los precios ofertados en relación con todos los servicios solicitados en el “escenario complementario adicional”, tales como garantías de terminales, accesorios, adaptadores analógicos, terminales inalámbricos, etc y se ha limitado a analizar la comparación de los precios ofertados para los SMS. El resto de servicios tienen un precio determinado que se debe considerar, por lo que es necesario solicitar justificación del valor anormal o desproporcionado contenido en la proposición de TELEFÓNICA en el “escenario complementario adicional”, toda vez que debido al precio tan reducido ofertado, es posible que la oferta no sea viable en los términos ofertados, o incluso que incurra en venta a pérdida o en otros motivos que pudieran suponer la contravención de la legislación en materia de competencia.



Por su parte, el órgano de contratación, en el informe al recurso, se opone a los motivos esgrimidos por VODAFONE en su escrito de recurso alegando, en síntesis, lo siguiente:

1. Nos encontramos ante un contrato en el que no se conoce de antemano el consumo que pueda hacerse de los distintos componentes de la prestación. Por ello se ha fijado un “presupuesto máximo de la contratación” conforme a la Disposición Adicional 34 del TRLCSP que responde del consumo que vaya a llevarse a cabo de todos los servicios contenidos en la Pestaña "Propuesta Económica" y donde la evaluación económica de los mismos se realiza de forma global y automática mediante los escenarios de demanda actual y adicional complementario. Así pues, en el caso que nos ocupa, el término "oferta" incluido en el artículo 85 del RGLCAP se refiere a la proposición económica completa, es decir, a la conjunción de ambos escenarios, pues son complementarios y por tanto, la apreciación de valores anormales o desproporcionados debe hacerse por la suma de ambos.

2. Frente al segundo motivo alegado por VODAFONE, el órgano de contratación señala que lo que pretendía explicar el acta de la mesa es el mecanismo de cálculo empleado para la determinación de la proposición económica global sobre la base de la conjunción de los escenarios de demanda actual y complementario. Se explica en la citada acta que, dado que en el escenario complementario se contienen servicios cuyos valores no son acumulativos sino que toman valores en función del consumo de los mismos, la conjunción de ambos escenarios debería hacerse teniendo en cuenta todas las combinaciones posibles. No obstante, dado que ambos licitadores ofrecieron una tarifa de 0€/SMS y una cuota de servicio/mes de 0€ para la gestión de dispositivos móviles con independencia en ambos casos de las escalas de volumen, cualquier combinación cuando se hace la conjunción del escenario de demanda y complementario tendría el mismo resultado económico. Tampoco afecta el hecho de que el servicio de SMS esté en ambos escenarios, pues TELEFÓNICA



ofrece un precio de 0€/SMS tanto en el escenario de demanda actual como en el complementario.

3. Frente al tercer motivo alegado por VODAFONE, el órgano de contratación manifiesta que no tiene sentido, como así pretende la recurrente, realizar un análisis servicio a servicio, pues las propuestas hechas por los licitadores lo son en su globalidad, en la conjunción de ambos escenarios, y no se valoran servicio a servicio de forma unitaria e independiente.

Finalmente, TELEFÓNICA en fase de alegaciones al recurso, se opone al mismo por las razones que obran en su escrito y que vienen a coincidir en esencia con las esgrimidas por el órgano de contratación.

SÉPTIMO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de las mismas. VODAFONE estima que la oferta de TELEFÓNICA, conforme a los parámetros del PCAP, contiene, en principio, valores anormales o desproporcionados y no debió ser admitida a la licitación del lote 3 sin antes requerirle su debida justificación en orden a determinar si, finalmente, podía o no ser cumplida. Esta admisión sin previa justificación supone, a su juicio, una infracción de los pliegos y de la normativa contractual; en particular, del artículo 152 del TRLCSP que exige la tramitación de un procedimiento donde el órgano de contratación, tras la audiencia del licitador para que justifique la valoración de su oferta y la emisión de informe del servicio técnico correspondiente, estimará si la oferta puede o no ser cumplida.

La recurrente sostiene que, al haber solo dos ofertas en el lote 3, se considera, en principio, desproporcionada la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra, siendo así que la proposición de TELEFÓNICA en el “escenario complementario adicional” supera con creces este límite de desproporción o anormalidad. En apoyo de esta afirmación, aduce que para aplicar el anterior parámetro de anormalidad o desproporción debe analizarse la oferta realizada por TELEFÓNICA separadamente en cada uno de los dos



escenarios contemplados en el pliego, y no la oferta global resultante de la suma de los importes ofertados en cada uno de dichos escenarios, que es lo que ha considerado la mesa de contratación en el curso de la licitación y defiende ahora el órgano de contratación en su informe al recurso.

Pues bien, lo primero que debemos dilucidar -ya que constituye uno de los alegatos de TELEFÓNICA como interesada en el procedimiento- es si, en efecto, el PCAP establece parámetros para la determinación de la baja anormal o desproporcionada, extremo que niega la interesada.

Como ya hemos señalado, el Anexo VIII del PCAP dispone que *“En estos supuestos se estará a lo previsto en el TRLCSP y en el RGLCAP. A efectos de considerar una oferta anormal o desproporcionada respecto de las proposiciones presentadas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo, lo establecido en el artículo 86.1 del RGLCAP se aplicará a las empresas de un mismo grupo que concurren separadamente a la licitación ya sea de forma individual o formando parte de una unión temporal.”*

Aunque ciertamente la redacción del PCAP podía ser más precisa, resulta innegable su remisión expresa al RGLCAP, lo que unido a la mención expresa del artículo 86.1 del TRLCSP sobre régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias cuando se trate de proposiciones presentadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, nos lleva a concluir que el Anexo VIII del pliego se está remitiendo al artículo 85 del RGLCSP en cuanto a los parámetros de apreciación de ofertas desproporcionadas; y ello, aun cuando tal precepto se refiera expresamente a las subastas y en la licitación examinada existan varios criterios de adjudicación además del precio, pues este ha sido el criterio de la Administración a la hora de redactar el pliego y el mismo ha sido aceptado y no impugnado por ninguna de las dos licitadoras quienes han presentado sus ofertas sin cuestionar tal extremo.

Así las cosas, y resultando de aplicación el artículo 85 del RGLCAP en la licitación examinada, al haber solo dos ofertas en el lote 3, debe considerarse en



principio desproporcionada la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta, pues este es el tenor del citado precepto reglamentario cuando solo concurren dos licitadores.

Pues bien, una vez esclarecido que en esta licitación rige el anterior parámetro, la controversia entre las partes surge en su modo de aplicación: bien separadamente sobre cada una de las ofertas realizadas en los dos escenarios previstos en el lote 3 -como sostiene VODAFONE-, bien conjuntamente sobre la proposición económica resultante de la suma de importes ofertados en dichos escenarios -como defiende el órgano de contratación y TELEFÓNICA y entendió en su día la mesa de contratación al adoptar el acuerdo impugnado-.

En este punto, cualquier respuesta que pueda darse exige atender al contenido y espíritu que se desprende de las cláusulas de los pliegos, los cuales, insistimos, constituyen “lex contractus entre las partes” al haber sido incondicionalmente aceptados por las dos licitadoras.

En tal sentido, El Anexo I-A del PCAP establece un presupuesto máximo de contratación único para este lote que asciende a 30.595.212,52 euros (IVA excluido), el cual, de conformidad con lo estipulado en la disposición adicional 34 del TRLCSP, actúa como presupuesto limitativo, toda vez que el número total de prestaciones incluidas en el objeto del contrato no puede definirse con exactitud al tiempo de su celebración, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración.

Así pues, aquel presupuesto máximo responde del consumo que vaya a llevarse a cabo de todos los servicios contenidos en la Pestaña "Propuesta Económica" del formulario específico que debe completar cada licitador. Es más, si atendemos a la pestaña de “instrucciones” del citado formulario, en la misma se indica que el licitador deberá indicar en la pestaña “propuesta económica” el coste de cada uno de los servicios ofertados, de modo que en las pestañas de “escenario de demanda actual” y de “escenario adicional” la mayor parte de las



casillas se cumplimentan con los datos introducidos en la “propuesta económica”. Ello apunta a que el PCAP concibe un presupuesto máximo único que pretende dar cobertura a todos los servicios relacionados en la “propuesta económica” y que dicha propuesta, una vez cumplimentada por los licitadores, se configura como oferta económica global, aun cuando a efectos de su valoración se haya previsto un desglose de la misma por escenarios (escenario de demanda actual y complementario adicional).

En definitiva, la proposición económica al lote 3, tal y como se desprende del formulario diseñado a tal fin y publicado en el perfil, se configura como una oferta única compuesta por el catálogo de todos los servicios incluidos en la contratación y estructurada en dos escenarios que no son independientes sino complementarios, contemplando el “escenario de demanda actual” los servicios más importantes y habituales de la contratación y “el escenario complementario adicional” -como su propio nombre indica- servicios no habituales complementarios a los del primer escenario o con mayor alcance.

Se ha de dar la razón, pues, al órgano de contratación y a TELEFÓNICA cuando esgrimen que los dos escenarios están relacionados indisolublemente en los pliegos, no pudiéndose contratar los servicios del escenario complementario sin los del escenario de demanda actual.

Lo anterior nos lleva a concluir que, a efectos de determinar si la oferta de TELEFÓNICA debe considerarse, en principio, desproporcionada conforme a los términos del artículo 85 del RGLCAP, hay que atender a la proposición económica completa resultante de la suma de ambos escenarios, y no a los importes ofertados separadamente en cada uno de ellos como pretende la recurrente, pues la regulación contenida en los pliegos es clara en cuanto a la existencia de un único presupuesto máximo de contratación y de una única proposición económica comprensiva de todos los servicios incluidos en la licitación, sin que la valoración de dicha proposición por escenarios altere tal conclusión, máxime cuando nada dicen los pliegos sobre la consideración



separada de la oferta económica por escenarios a efectos de aplicación de los parámetros del artículo 85 del RGLCAP, debiendo pues entender que el concepto de “oferta” utilizado en el Anexo VIII del PCAP remite a la proposición económica global comprensiva de todos los servicios incluidos en la contratación.

Por lo demás, este es el criterio seguido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 610/2015, de 29 de junio, al señalar que *“(…) El contrato no está dividido en lotes, se adjudica por precios unitarios y la distinción de los distintos componentes o criterios de la oferta económica es relevante para la valoración de la misma, pero, puesto que se contrata la limpieza de distintos tipos de instalaciones (aseos; dormitorios;…) en las que se aplican también distintos precios unitarios por m², la anormalidad o desproporción de la oferta se debe referir a la oferta global, que el PCP refiere explícitamente al criterio C1 (precio básico para las instalaciones) y al C2 (incremento del precio C1 para instalaciones tipificadas, como residencias, centros deportivos o museos).*

Como hemos señalado en otras resoluciones (por ejemplo, en la nº 63/2015, de 20 de enero) no carece de lógica ni es temerario, en principio, hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o criterios a valorar, que se compense con otra más ajustada al presupuesto o precio máximo en el otro criterio. En este caso, la adjudicataria ofreció un precio más alto que la recurrente en el criterio C1, pero notoriamente más bajo en el criterio C2, por el que obtuvo mayor puntuación y compensó con creces la diferencia en el primero. En tal sentido, el criterio de tomar como referencia la facturación global de cada licitador con los criterios C1 y C2, aplicado por la Junta para determinar las ofertas incursas en presunción de temeridad, resulta totalmente adecuado a la finalidad perseguida por tal figura y respetuoso también con lo dispuesto en el PCAP”.



Y aunque VODAFONE cita, en apoyo del criterio que sostiene en su recurso, la Resolución 43/2013, de 20 de junio, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el supuesto analizado por tal resolución no es el mismo que el aquí examinado. En aquel caso, la oferta económica debía efectuarse por precios unitarios, concluyendo el Órgano de Recursos Contractuales de Euskadi que no podía admitirse la pretensión de la recurrente de que el valor relevante a efectos de aplicación de los parámetros de temeridad previstos en el pliego fuese el precio medio ofertado por los licitadores. En cambio, en la presente licitación, no hay una valoración de cada servicio de forma unitaria e independiente.

Sobre la base de las consideraciones realizadas e interpretando sistemáticamente el contenido de los pliegos, hemos de concluir que, en la licitación examinada, el parámetro para apreciar la desproporción o anormalidad de las ofertas previsto en el artículo 85 del RGLCAP por remisión del Anexo VIII del PCAP debía operar sobre la oferta económica global de los licitadores, compuesta por la suma de los importes ofertados en los dos escenarios previstos en el lote 3.

Siendo ello así, la diferencia porcentual entre la oferta económica de TELEFÓNICA (23.390.620,90 euros) y la de VODAFONE (26.190.903,85 euros) es de un 11,97%, sin alcanzar, por tanto, el límite del precepto reglamentario consistente en más de 20 unidades porcentuales. Por tanto, fue ajustada a derecho la decisión de la mesa en cuanto a la admisión de la proposición de TELEFÓNICA, sin requerirle justificación acerca de su viabilidad en los términos del artículo 152 del TRLCSP.

No obstan a tal conclusión los otros dos motivos esgrimidos por VODAFONE en su recurso. Así, respecto a que no sea cierta la afirmación del acuerdo impugnado de que el “escenario adicional” únicamente esté integrado por servicios complementarios que no figuran en el “escenario de demanda actual” porque el servicio SMS se encontraba en los dos escenarios, ha de estarse a lo



señalado por el órgano de contratación en su informe al recurso cuando afirma que el acta de la mesa tan solo pretendía explicar el mecanismo de cálculo empleado para la determinación de la proposición económica global sobre la base de la conjunción de los escenarios de demanda actual y complementario, teniendo en cuenta que en este último se contienen servicios (mensajería masiva y gestión remota de dispositivos móviles) cuyos valores no son acumulativos sino que se toman en función del consumo.

Y respecto al otro alegato de la recurrente de que la mesa no efectuó el análisis del impacto económico de los precios ofertados en relación con todos los servicios solicitados en el “escenario complementario adicional”, ha de estarse igualmente a lo manifestado por el órgano de contratación en cuanto a que las propuestas de los licitadores lo son en su globalidad, en la conjunción de los dos escenarios, no efectuándose la valoración de servicio a servicio de forma unitaria e independiente.

Procede, pues, la desestimación del recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el informe de valoración de las ofertas finales presentadas al lote 3, en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicios de la Red Corporativa de Telecomunicaciones de la Junta de Andalucía”, convocado por la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Expte. ADM/2017/0016).



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto al lote 3, que fue adoptada mediante Resolución de este Tribunal de 3 de septiembre de 2018.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

