

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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don A.G.M., en nombre y representación de Orange Espagne, S.A.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, de fecha 11 de octubre de 2017, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato y contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 8 de noviembre, de adjudicación del servicio de “Comunicaciones: banda ancha mediante fibra óptica, accesos secundarios de ADSL, telefonía fija IP y telefonía móvil”, número de expediente 2017/PA/000048, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17 y 21 de julio de 2017 se publicó en el BOE y en el DOUE, respectivamente, la convocatoria de licitación pública para la adjudicación del contrato mencionado por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, siendo su valor estimado de 2.107.685,95 euros, y su plazo de ejecución de tres años prorrogables por años sucesivos hasta un máximo de tres y con precios unitarios. Posteriormente se publicó con fecha 4 y 28 de agosto en el BOE y en el DOUE la corrección de errores de esta convocatoria.

Segundo.- La Mesa de contratación reunida el 11 de octubre acordó considerar que la oferta de Orange no podía ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados teniendo en cuenta el informe emitido sobre la justificación presentada. En el mismo acto consideró viable la oferta de la UTE Telefónica de España-Telefónica Móviles inicialmente incurso en presunción de temeridad y que habiendo obtenido un puntuación total de 96 puntos resultó propuesta adjudicataria por ser la oferta económicamente más ventajosa, requiriéndole para que aportara la documentación a que se refiere la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación. Dicho acuerdo fue publicado en el perfil de contratante el 26 de octubre de 2016. No consta la notificación expresa a la recurrente. Este es el último trámite del expediente que consta en la copia remitida al Tribunal.

Tercero.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, en sesión celebrada el día 8 de noviembre, acordó aprobar la propuesta elevada por la Mesa de contratación y en consecuencia considerar que la oferta de Orange Espagne no podía ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados, teniendo en cuenta la justificación y el informe técnico y adjudicar del contrato a la UTE Telefónica de España-Telefónica Móviles. La notificación de la decisión se remitió a los interesados el día 10 de noviembre haciendo constar la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación en el plazo de quince días hábiles desde su notificación o recurso contencioso-administrativo. El mismo 10 de noviembre Orange presentó anuncio de interposición de recurso.

Cuarto.- El 17 de noviembre de 2017, Orange Espagne, previo anuncio al órgano de contratación, presenta recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 11 de octubre, que propone el rechazo de su oferta. El recurso fue remitido el mismo día a este Tribunal que lo comunicó a la recurrente y le solicitó el alta en el sistema de notificaciones electrónicas NOTE.

Del recurso se dio traslado al órgano de contratación requiriéndolo para que remitiera el expediente de contratación completo y ordenado, acompañado del informe a que se refiere el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Tanto en el informe remitido como en el índice de la copia del expediente consta como último trámite el Acta de la Mesa de contratación acordando considerar que la oferta de Orange no puede ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados y proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la oferta más ventajosa económicamente, publicado en el Perfil de contratante el 26 de octubre. Nada se dice de la adjudicación ya recaída. En el informe a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP se aduce que se ha seguido el procedimiento legalmente previsto y que el informe técnico, expone los argumentos por los que considera inviable la oferta de Orange Espagne.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo presentado el correspondiente escrito la representación de la futura UTE Telefónica de España-Telefónica Móviles, en el que expone que el informe técnico que a su vez reproduce el Acuerdo de exclusión, rebate de manera concisa y detallada cada una de las argumentaciones de Orange en su escrito de justificación de la oferta. Asimismo tras insistir en las facultades que asiste al órgano de contratación a la luz del artículo 152.3 y 4 del TRLCSP y considerar fundamentado el Acuerdo en base al informe técnico, reitera lo en él manifestado y afirma que al contrario que la recurrente, realizó una justificación detallada y exhaustiva de su oferta en contestación de requerimiento efectuado en los mismos términos y advierte que nada impidió al Orange facilitar toda la información que considerara relevante a tales efectos.

Sexto.- El viernes 1 de diciembre Orange presentó, ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, otro recurso especial en materia de contratación, en este caso contra la adjudicación del contrato. El recurso fue remitido a este

Tribunal donde tuvo entrada el lunes 4 de diciembre. En el mismo se solicita que se:

“a. Anule íntegramente el acuerdo de exclusión de Orange del Procedimiento de Licitación de referencia y ordene la admisión de la oferta por ésta presentada por ser viable en los términos del artículo 152.4 TRLCSP,

b. Deje sin efecto el acuerdo de adjudicación del contrato a Telefónica y se adjudique el contrato a Orange”.

Del nuevo recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos previstos en el artículo 46 del TRLCSP.

Asimismo se dio trámite de alegaciones a Telefónica que opone, en primer lugar la extemporaneidad del recurso y falta de legitimación activa en caso de que se dicte resolución de exclusión en el recurso 361/2017, al no poder obtener ningún beneficio por haber quedado fuera del procedimiento. Se opone a la acumulación de los recursos porque en caso de resolverse el recurso 361/2017 de forma previa quedando Orange excluida de la licitación en ningún caso podría resultar adjudicataria del contrato. Asimismo se ratifica en todas las alegaciones formuladas en el procedimiento del recurso 361/2017, las cuales da por reproducidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Orange Espagne para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que su oferta ha sido rechazada.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Igualmente, el artículo 13 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados en que se solicita la acumulación, se aprecia identidad en el asunto, su fundamentación y *petitum*, se trata del mismo expediente de contratación, hay identidad en los interesados y la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría al otro, por lo que procede acordar la acumulación de la tramitación de los recursos para resolverlos en un solo procedimiento y por medio de una sola resolución.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso contra el Acuerdo de la Mesa de contratación adoptado el 11 de octubre de 2017 rechazando la oferta de Orange al no poder ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados, no consta que se haya practicado la notificación, dándose la recurrente por notificada con la publicación del Acuerdo en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Pozuelo, en fecha 26 de octubre de 2017. Siendo presentado el recurso el 17 de noviembre de 2017, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso 361/2017 interpuesto contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 11 de octubre, debe indicarse que el objeto del mismo es el rechazo de la oferta de la recurrente por la Mesa de contratación que no ha sido notificado.

Establece el artículo 40 del TRLCSP que son susceptibles de recurso especial los relacionados en el apartado 2 del mismo, entre ellos: *“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.*

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”.

El rechazo de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad corresponde, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP, a la entidad contratante, esto es al órgano de contratación, no a la Mesa. En este caso el rechazo de la oferta que consta en el Acta de la Mesa de contratación debe ser considerado como una propuesta cuya resolución corresponde al órgano de contratación junto con la resolución por la que se adjudique el contrato.

Podría plantearse la posibilidad de admitir el recurso por economía procedimental, dado lo avanzado de la tramitación del expediente en que consta ya la decisión de adjudicación y su notificación. Ciertamente, la notificación de adjudicación se remitió a la recurrente el 10 de noviembre, siendo interpuesto el recurso contra el acto de trámite el 17 de noviembre, por lo que cabe entender que en el mismo se manifiesta disconformidad contra la adjudicación confirmatoria de la propuesta y el recurso debe admitirse como presentado en plazo.

Sexto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso 392/2017 contra la adjudicación, el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local impugnado fue adoptado el 8 de noviembre de 2017, siendo notificado el siguiente día 10 e interpuesto el recurso ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 1 de diciembre de 2017, teniendo entrada en este Tribunal que es el competente para su resolución el 4, por tanto transcurrido del plazo de quince días hábiles, establecido el artículo 44.2 del TRLCSP por lo que este recurso especial, en principio, debe considerarse extemporáneo. En la notificación se hace constar expresamente la posibilidad de interponer este recurso especial y el plazo de interposición, sin embargo no se indica ni quién es el órgano ante el que se debe presentar, ni que el plazo se computa desde la remisión de la notificación. Por tanto, la notificación es defectuosa.

Debe examinarse con detalle el cumplimiento del plazo para recurrir ya que el órgano de contratación ha alegado la extemporaneidad del recurso.

El plazo para interponer el recurso especial viene establecido en el TRLCSP que en el apartado 2 del artículo 44 dispone: *“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”*.

La redacción del artículo 44.2 del TRLCSP relativa al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, no ofrece lugar a dudas en cuanto a su tenor literal antes transcrito. De tal forma que es la remisión y no la recepción de la notificación del acto impugnado la que se establece como fecha inicial del cómputo, en un sentido diferente al de las reglas especiales establecidas en el mismo artículo para la impugnación de los pliegos, actos de trámite o anuncio de licitación que sitúan dicho día inicial con carácter general, en aquél en que se tenga conocimiento del contenido del acto a impugnar.

Sobre la presentación del recurso, el artículo 44.3 del TRLCSP establece explícitamente que la presentación del recurso especial *“ha de hacerse*

necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”.

De esta forma aplicando ambos preceptos de forma conjunta el recurso debe entrar en plazo en el registro, bien del órgano de contratación o bien del órgano competente para resolver, que en este caso es el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, no siendo posible la aplicación subsidiaria de otros lugares de presentación, que se admiten en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), dado que el TRLCSP regula expresamente y de forma especial el lugar de presentación. En caso de hacerlo en otros registros distintos a los señalados en el artículo 44.3 se tendrá como fecha de presentación la de entrada en alguno de ellos. La razón de este sistema especial de cómputo del plazo de interposición del recurso y lugar de presentación puede encontrarse en la necesidad de hacer coincidir el plazo entre la adjudicación y la formalización (artículo 156 del TRLCSP) con el plazo para la interposición del recurso especial contra la adjudicación, de modo que el plazo se compute siempre desde una misma fecha para todos los interesados y que el órgano de contratación tenga una fecha cierta que posibilite la formalización del contrato una vez transcurrido el periodo suspensivo común a todos los licitadores, con conocimiento de si se ha interpuesto o no un recurso especial en materia de contratación.

En este caso, el recurso se dirige contra la Resolución de 8 de noviembre de 2017 por la que se adjudica el contrato, cuya notificación fue remitida y recibida y así lo reconoce la recurrente, el día 10. En consecuencia el plazo finalizaba el 1 de diciembre, por lo que debe considerarse extemporáneo. Este criterio es el mantenido por el Tribunal en aquellos casos en que la presentación se ha realizado en oficinas de Correos (Vid Resolución 28/2011, de 29 de junio de 2011, Resolución 133/2013, de 19 de septiembre o Resolución 78/2014, de 29 de abril) o en el registro de otros órganos administrativos.

Si bien es cierto que la notificación del acto de adjudicación es defectuosa al no indicar los órganos ante los que se puede presentar el recurso, Orange tenía perfecto conocimiento de la competencia de este Tribunal que se lo había comunicado y le había requerido para darse de alta en el sistema de notificaciones electrónicas una vez recibido del Tribunal Administrativo Central el recurso 361/2017. Por ello la notificación debe considerarse sanada y el recurso 392/2017 interpuesto fuera de plazo.

A ello cabe añadir que la posibilidad de recurso de forma sucesiva contra el acto de trámite y el acto que pone fin al procedimiento ha sido negada por la doctrina y la jurisprudencia, considerando que si el acto de trámite ha sido adecuadamente notificado y recurrido no cabe nuevo recurso contra la adjudicación. En este caso habiendo considerado que el recurso 361/2017 es admisible como recurso contra la adjudicación, no procede la interposición de nuevos recursos contra el mismo acto.

Séptimo.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho del procedimiento seguido respecto de la oferta de la adjudicataria incurso en presunción de temeridad.

Debe advertirse previamente que la recurrente no ha solicitado al Tribunal la vista del expediente administrativo, trámite al que tenía derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.3 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. El recurso se dirige contra la consideración como no viable de su oferta y el recurrente conoce el informe técnico soporte de la decisión de rechazo de su oferta, lo cual le ha permitido argumentar debidamente su recurso. Consta asimismo que el mismo día de presentación del recurso 361/2017 el Ayuntamiento le concedió acceso al expediente lo que le ha permitido formular el recurso 392/2017 reiterando lo dicho en el 361, añadiendo sólo otros defectos que considera irregularidades que afectan a la necesaria transparencia y aconsejan la nulidad, como son: el Acuerdo de la Mesa no fue notificado hasta presentada la

documentación por Telefónica dificultando que pudiera interponer recurso solicitando la suspensión antes de la adjudicación y defectos en la documentación aportada por Telefónica para la adjudicación.

La recurrente alega que no existe causa para el rechazo de su oferta que es, viable económicamente y realizable en todo su alcance sin perjuicio alguno para el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, existiendo un margen de rentabilidad y que el rechazo exige una motivación rigurosa.

Sostiene, en primer lugar, que la solicitud de justificación de oferta hecha por la Mesa de Contratación incumple con la obligación de detallar los concretos elementos de la oferta de Orange que dicho órgano entiende podría incluir valores anormales o desproporcionados, efectuando una petición genérica e inespecífica que impedía conocer la valoración hecha por dicho órgano de contratación y compara todos los precios ofertados por ambas compañías para afirmar que la oferta de Orange en su conjunto, podría llegar a obtener mayores ingresos que la de Telefónica.

Afirma que con la exclusión de su oferta se está adjudicando el contrato a una oferta menos ventajosa económicamente infringiendo el principio de adjudicación a la oferta “económicamente más ventajosa” porque la oferta de Orange habría obtenido una puntuación de 81,12920023 puntos, mientras que la de Telefónica tan sólo habría obtenido 66,09093571 puntos, según sus cálculos.

Al respecto cabe indicar que la institución de las ofertas anormales o desproporcionadas supone una excepción a la obligación de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Se trata de garantizar la adecuada ejecución del contrato excluyendo aquellas ofertas que puedan poner en riesgo una correcta ejecución o puedan suponer una ejecución conflictiva, deficiente o litigiosa con incidentes que supongan una ejecución deficiente e inadecuada para el interés público.

El TRLCSP en su artículo 152.3, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta, de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior*” estimar

si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que, como ya se ha dicho, corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

Considera Orange que el órgano de contratación incurre en desviación de poder al no haber acreditado la inviabilidad de la oferta, limitándose el Informe Técnico que la sustenta a comprobar cuál es el coste para Orange para elementos muy concretos del servicio (exigencia ésta que no recogen los Pliegos ni la solicitud de justificación) y tratándolos como si se tratasen de lotes distintos, ignorando la premisa fundamental de que, al tratarse de un lote único, la viabilidad de la oferta debe examinarse como un todo único e inseparable, desconociendo así los muchos otros elementos de juicio aportados sobre la rentabilidad del proyecto, su carácter

estratégico al invertir en infraestructuras de red en el término municipal del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, en el que tiene su sede social y las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone Orange para ejecutar la prestación (la experiencia, las economías de escala, el carácter unificado de la oferta,...), y que con los precios ofertados podría llegar a obtener unos ingresos superiores en un 30% a los ofertados por la UTE Telefónica -que no alcanzaría ni siquiera el 50% del precio de licitación- derivados de los precios unitarios por las llamadas desde las 165 líneas móviles.

Todo lo cual constituye una vulneración del principio de transparencia recogido en el artículo 1 TRLCSP, porque el PCAP no exige que la oferta se confeccione conforme a un esquema concreto de costes.

Por último, advierte que el órgano de contrario ha valorado viable la oferta de Telefónica con apreciaciones vagas y en ocasiones gratuitas y destaca la que se refiere al servicio de banda ancha mediante fibra óptica al manifestar lo siguiente:

“(...) la oferta de Telefónica está incursa en valores anormales por ser inferior en más de 20 puntos porcentuales a la otra oferta (concretamente, un 39,77% inferior), debe tenerse en cuenta que la oferta de ORANGE no realiza baja alguna, coincide exactamente con el presupuesto de licitación de este apartado. Por ello, no se considera que exista una gran desproporción en la oferta de TELEFÓNICA”.

El precio ofertado para el soporte y mantenimiento de la solución técnica propuesta de telefonía fija IP y telefonía móvil por los dos licitadores fue el siguiente:

UTE TELEFÓNICA:	49.828,19 €
ORANGE SPAGNE, S.A.U.:	0,00 €

Conforme dispone el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001), al que se remite la cláusula 18 del Pliego y el Apartado 17 del Anexo I, se considerará desproporcionada la oferta que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta. Por lo que la oferta de

Orange que es inferior en un 100% a la otra oferta, se consideró anormal o desproporcionada, lo que en ningún momento puso duda la recurrente ni planteó ninguna aclaración sobre el tenor del requerimiento efectuado.

El órgano de contratación informa que la valoración de la viabilidad se realizó conforme al informe emitido el 5 de octubre de 2017 por el técnico municipal, en el que se indicaba que no aporta desglose económico para cada una de las soluciones y servicios de las comunicaciones unificadas de la plataforma global de telefonía móvil y fija requeridos en el PPT, sin considerar suficiente la justificación de que el coste del servicio de voz de líneas móviles compensa los servicios que puedan ser considerados anormales o desproporcionados. Señala que el presupuesto asignado al tráfico de llamadas es 152.066,12 euros y comprende el grupo de llamadas a coste cero y un segundo grupo que integra 21 conceptos diferentes a los que se debe ofertar su correspondiente precio sin que, como advierte el informe técnico, se aporte ninguna justificación económica para cada tipo de servicio, con lo que no se destruye la presunción de anormalidad de su oferta. En concreto, se refiere a los siguientes:

- coste de la descripción de la solución IP de Cisco CallManager implantada a mantener y mejorar.
- coste del 15% de stock de terminales IP en las dependencias municipales.
- coste del mantenimiento de terminales inalámbrico IP y Tablet.
- coste del servicio de telefonía móvil para el parque de los 160 terminales móviles.
- coste de la previsión de crecimiento de un 15% del número de terminales IP y terminales móviles durante la ejecución del contrato requeridos en el PPT.
- coste del recurso técnico *in situ* especializado, dedicado en exclusividad al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón.

Explica que además de ser patente que Orange ha incurrido en valores anormales ofertando cero euros para el soporte y mantenimiento para la solución técnica de telefonía IP y telefonía móvil, no se puede apreciar la viabilidad de la oferta porque a su juicio no se podría compensar con el coste en la volumetría de unas

tarifas de líneas móviles, sin aportar un estudio económico que acredite con cifras lo manifestado, ya que según explica, esa prestación tiene asignado un presupuesto de licitación de 104.545,46 euros/año, que representa el 32,69% del presupuesto total lo que denota que es un servicio indispensable para el correcto funcionamiento del servicio de comunicaciones unificadas de la voz IP y móvil, y el mantenimiento implícito descrito para la Red de Telecomunicaciones del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón y sus edificios municipales. Reitera que es al licitador a quien le corresponde justificar la viabilidad y no al órgano demostrar que es inviable.

En cuanto a la valoración de la justificación de la oferta de Telefónica para el servicio de banda ancha mediante fibra óptica gestión de red y mantenimiento y soporte, niega haya habido trato discriminatorio. Según justifica el informe técnico dicho apartado tiene un presupuesto de licitación de 50.826,45 euros IVA no incluido, por lo que representa tan solo un 15,89% del total del presupuesto del contrato. Siendo las ofertas realizadas las siguientes: Orange: 50.826,45 euros y Telefónica: 30.609,52 euros, por lo que esta es 39,77% inferior a aquella pero *“debe tenerse en cuenta que la oferta de ORANGE no realiza baja alguna, coincide exactamente con el presupuesto de licitación de este apartado. Por ello, no se considera que exista una gran desproporción en la oferta de TELEFÓNICA”*.

Comprueba el Tribunal que el órgano de contratación ha observado el procedimiento legalmente establecido quedando acreditado que el procedimiento se ha llevado a cabo en todas sus fases.

En cuanto a la imprecisión del requerimiento de justificación de viabilidad de la oferta, este ha sido efectuado en los mismos términos a ambas licitadoras el 19 de septiembre de 2017 y cada uno conocía qué aspectos de la oferta determinan la consideración de la oferta como anormal o desproporcionada. La recurrente conocía la composición de su oferta, los criterios para formular la misma debiendo a efectos de justificar su importe y su viabilidad presentar la documentación que considere oportuna para justificarla en los términos propuestos, por lo que no puede prosperar el alegato sobre defectuoso requerimiento.

Conviene recordar que se trata de un procedimiento para la adjudicación de un contrato en un único lote, con pluralidad de criterios y precios unitarios, en el que el modelo de oferta aprobado en el Anexo IV del PCAP no se requiere el precio total ofertado para la prestación global del servicio, sino los precios máximos para cada tipo de prestación con el desglose que se especifica y que el PCAP al regular en la cláusula 18 cómo se determinarán la ofertas con valores anormales o desproporcionados remite al Anexo I (Punto 17) en el que se establece que se apreciará el carácter anormal o desproporcionado *“con arreglo a los criterios del artículo 85 del RGLCAP”* únicamente respecto de los precios ofertados para dos servicios:

- “- el servicio de banda ancha mediante fibra óptica, gestión de red y mantenimiento y soporte*
- el soporte y mantenimiento de la solución técnica propuesta de telefonía fija IP y telefonía móvil”.*

El presupuesto asignado a tales servicios -según declara el propio órgano- representa el 15,89% y el 32,69% respectivamente, por lo que conjuntamente representarían el 58,58 % del total de contrato.

En la justificación de la viabilidad Orange expone los siguientes motivos:

- La solvencia del grupo a nivel internacional, su facturación (40.236 millones de euros) y beneficio bruto (12.426 millones de euros) en 2015 y la de la compañía en España, (3.775 y 1.068 millones de euros respectivamente) lo que asegura una “rentabilidad del proyecto dentro de los ratios financieros establecidos por el Grupo que garantiza la viabilidad la viabilidad de servicio, tanto por lo que respecta a las inversiones como a gastos necesarios durante toda la vigencia del contrato”, sin detallar ninguna cifra ni cuantificar el volumen negocio estimado para este contrato.*
- El ahorro que permite la ejecución del contrato, gracias a “la gran experiencia de Orange España .S.A.U. en el mercado de las telecomunicaciones” y “un plan de negocio razonable” basado “en el ambiciosos despliegue de red de fibra óptica” (...)*

“al uso de infraestructuras existente o al reaprovechamiento de las nuevas inversiones en otros clientes y servicios”, “acuerdos con otros operadores a nivel nacional e internacional”, sin detallar ninguna cifra ni cuantificar el ahorro estimado para este contrato. La compensación de determinadas partidas con otras, concretamente “esta permite que el servicio de voz de líneas móviles compense los servicios que pueden ser considerados sujetos a oferta anormal o desproporcionada”, sin detallar ninguna cifra ni cuantificar cómo y en cuánto se estima la compensación de costes para este contrato.

- Las soluciones técnicas y las condiciones excepcionalmente favorables de Orange que concreta:

1. Servicios de voz mediante una plataforma de red inteligente de última generación, cuyas funcionalidades explica (*numeración privada, facturación diferenciada y grupos de usuarios, entre otros*), sin identificar costes, ingresos, ni su relación con los precios unitarios ofertado para ese servicio.
2. Integración de los servicios de telefonía móvil corporativa con el servicio de telefonía fija haciendo posible una solución global de telefonía corporativa, sin identificar costes, ingresos, ni su relación con los precios unitarios ofertados para esos servicios.
3. Servicio de datos, explica la funcionalidad pero no aporta ningún dato ni cifra económica.
4. Banda ancha mediante Fibra Orange y accesos secundarios, que permite una mejor gestión del coste repercutiéndolo en la duración del contrato no siendo necesario incurrir en costes de línea alquilada. No acompaña importes.
 - Protección del empleo y condiciones de trabajo.
 - Gestión medio ambiental.

En consecuencia, el Tribunal aprecia que el informe soporte de la decisión de rechazo aparece debidamente motivado, siendo racional y razonable la propuesta de considerar inviable la oferta por no haber sido adecuadamente justificado el importe ofertado.

Octavo.- Como segundo motivo el recurso alega la improcedente y arbitraria apreciación de la viabilidad de la oferta de la UTE Telefónica-Telefónica Móviles.

Ni se trata de ofertas con desviaciones iguales ni la justificación ha sido en términos similares. El informe de viabilidad justifica cómo la oferta de Telefónica incurre en oferta anormal en prestaciones que representan un 15,89% frente a un 32,69 % de Orange y por otra parte la disposición y desembolso de cierto material del que no dispone Orange, por tanto no se aprecia la arbitrariedad alegada en la valoración de ambas justificaciones.

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

ACUERDA

Primero.- Acumular la tramitación de los recursos interpuestos por Orange Espagne, S.A.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, de fecha 11 de octubre de 2017, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato y contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 8 de noviembre, de adjudicación del servicio de “Comunicaciones: banda ancha mediante fibra óptica, accesos secundarios de ADSL, telefonía fija IP y telefonía móvil”, número de expediente 2017/PA/000048.

Segundo.- Desestimar el recurso interpuesto por don A.G.M., en nombre y representación de Orange Espagne, S.A.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, de fecha 11 de octubre de 2017, tramitado como 361/2017 e inadmitir el recurso tramitado con el número 392/2017 contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de adjudicación del contrato de servicio de “Comunicaciones: banda ancha mediante fibra óptica, accesos

secundarios de ADSL, telefonía fija IP y telefonía móvil”.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal en su reunión de 2 de noviembre de 2017.

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

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