



Recurso nº 1105/2019

Resolución nº 1242/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 4 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. B. M., en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la admisión de la oferta de ORANGE ESPAGNE S.A.U. puesta de manifiesto mediante la valoración técnica de la misma notificada en fecha 18 de julio de 2019 en el procedimiento de licitación del contrato de “*servicio de telecomunicaciones en movilidad*”, expediente 2.19/28520.0006, este Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En fecha 28 de febrero de 2019 el ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS aprobó el expediente para la contratación de servicios de telecomunicaciones en movilidad, por importe total 10.185.161,07 €. En la misma Resolución se aprobaron los Pliegos que han de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

Segundo. El 11 de marzo de 2019 se publicó el anuncio de convocatoria del contrato en el Diario Oficial de la Unión Europea. El anuncio fue publicado en el Boletín Oficial de Estado el día 18 de marzo de 2019. El 13 marzo se había publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Tercero. Según certificado expedido por el órgano de contratación el 24 de junio de 2019 se presentaron ofertas por las siguientes empresas

VODAFONE ESPAÑA, S.A.U



ORANGE ESPAGNE, S.A.U

Cuarto. El 27 de junio de 2019 se procedió a la apertura de la documentación contenida en el sobre 1, documentación administrativa y solvencia técnica, apreciadas ambas de acuerdo con lo declarado por los licitadores en el Documento Europeo Único de Contratación, de conformidad con la Cláusula 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y en el apartado II.3 del Cuadro de Características y en la Cláusula 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Quinto. Tras la apertura de la documentación que contenía los criterios sometidos a juicio de valor en su puntuación, se emitió informe por el órgano técnico en el que se otorgaba un total de 49 puntos a la oferta presentada por VODAFONE y 42,97 puntos a la oferta presentada por ORANGE.

Sexto. El 23 de julio de 2019 se procedió a la apertura del sobre 3, relativo a los criterios sometidos a fórmula, que se refería a las ofertas económicas, obteniendo VODAFONE 30,38 puntos y ORANGE 51 puntos. Atendido que la baja del precio de licitación ofertada por ORANGE excedía del umbral mínimo previsto de 41,20 % para ser considerada la oferta como incurso en presunción de temeridad, el 25 de julio de 2019 se requirió a ORANGE la justificación de la misma. El 5 de agosto de 2019, ORANGE presentó escrito de justificación de la oferta, que fue examinado por la mesa de contratación, en base a los informes de la Dirección proponente, de fechas 30/9/2019 y 8/10/2019, acordando en la reunión de 8 de octubre de 2019 no aceptar dicha justificación, omitiendo a la empresa ORANGE de la propuesta de clasificación dirigida al órgano de contratación.

Séptimo. El 1 de agosto de 2019 D. C. B. M. solicitó acceso al expediente de contratación, así como a la oferta presentada por ORANGE ESPAGNE. El 2 de agosto siguiente el órgano de contratación informó por correo electrónico a VODAFONE que estaba pendiente de obtener respuesta de ORANGE en relación con qué documentos debían ser considerados secretos o confidenciales. El 8 de agosto de 2019 ORANGE presentó escrito detallando la documentación que debía considerarse confidencial, circunstancia que fue inmediatamente comunicada por correo electrónico a VODAFONE el mismo día. La fecha que propuso VODAFONE para examinar el expediente –al no ser posible para ella la



propuesta por el órgano de contratación, 12 de agosto– fue el 26 de agosto de 2019. En esa fecha VODAFONE presentó escrito proponiendo que la vista se celebrara el 29 de agosto, fecha en la que definitivamente, VODAFONE accedió al contenido del expediente que no había sido declarado confidencial.

Octavo. Con anterioridad, el 7 de agosto de 2019, VODAFONE interpuso recurso especial en materia de contratación contra la admisión de la oferta presentada por ORANGE, en el que por otrosí solicitó la suspensión del procedimiento de contratación durante la pendencia del recurso, petición que fue denegada por Resolución de 23 de agosto de 2019 dictada por la Secretaria del Tribunal, en el ejercicio de competencias delegadas por Acuerdo de 21 de febrero de 2014. Este recurso se ha tramitado bajo el número 1005/2019.

Noveno. El 3 de septiembre de 2019, VODAFONE interpuso nuevo recurso especial en materia de contratación contra la admisión de la oferta presentada por ORANGE, en el que por otrosí solicitó nuevamente la suspensión del procedimiento de contratación durante la pendencia del recurso, petición que fue denegada por Resolución de 24 de septiembre de 2019 dictada por la Secretaria del Tribunal, en el ejercicio de competencias delegadas por Acuerdo de 21 de febrero de 2014.

Décimo. A la vista de la documentación adicional presentada en el recurso 1005/2019, se ha constatado por este Tribunal que el 8 de octubre de 2019 se emitió informe de valoración de las ofertas económicas, que fue presentado ante la Mesa de contratación, quien acordó elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación a favor de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

Undécimo. La empresa ORANGE ESPAGNE, S.A.U., ha presentado alegaciones en el procedimiento de este recurso especial, con fecha 17 de septiembre de 2019, en las que solicita la inadmisión del presente recurso especial.

Duodécimo. Se ha presentado ante este Tribunal por parte de los servicios técnicos de ADIF informe en relación con la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, como también lo ha sido por parte del Director de Compras y Contratación, relativo a la tramitación del procedimiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna por parte de D. C. B. M. en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. la admisión de la oferta de ORANGE ESPAGNE, SAU *«puesta de manifiesto mediante la valoración técnica de la misma notificada en fecha 18 de julio de 2019»*.

Segundo. Se ha cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Tercero. La legitimación activa viene otorgada por el Artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), al haber concurrido a la licitación de la que no resultó adjudicatario.

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el Artículo 50 de la LCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación.

Quinto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 45 de la LCSP.

Sexto. El acto impugnado NO es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el Artículo 44 de la LCSP. De hecho, con posterioridad a la interposición del recurso y remisión del expediente, el órgano de contratación ha remitido información adicional, entre la que figura la propuesta de la Mesa de adjudicación a favor del licitador recurrente. Este acto tampoco sería susceptible de recurso, al poder apartarse motivadamente el órgano de contratación de la propuesta de la Mesa.

En efecto, según el Artículo 44.2 de la LCSP *«podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. 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. c) Los acuerdos de adjudicación. d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. f) Los acuerdos de rescate de concesiones.».

Atendido que la recurrente se limita afirmar que el acto es recurrible, sin amparo normativo alguno, interpreta este Tribunal que se ampara en la regla del Artículo 44.2 b) LCSP. Como pone de manifiesto la Resolución 929/2019, 1 de agosto, dictada en el recurso 805/2019:

«La novedad de esta norma se concreta en la introducción de la referencia a los actos por los que se acuerde la admisión de candidatos o licitadores, o la admisión de ofertas, debiendo analizarse en el caso concreto si efectivamente nos encontramos ante una decisión de admisión de proposiciones o licitadores susceptible de impugnación al amparo de dicha norma. A tal respecto, hemos de traer a colación lo que, acerca del alcance de dicha norma, razonábamos en nuestra resolución nº 647/2018: “Para interpretar el alcance de dicha expresión (acuerdos de admisión de licitadores o de proposiciones) partimos, en primer término, de que en la regulación del procedimiento abierto en el TRLCSP y en su desarrollo mediante Real Decreto 817/2009 (y lo mismo cabe decir del régimen de la ya hoy vigente LCSP), no existe una específica previsión legal acerca de la adopción por parte de la mesa de contratación o del órgano de contratación de acuerdos expresos de admisión de los licitadores a la licitación o a los sucesivos trámites del procedimiento de adjudicación. Así, mientras que en el artículo 82 del Real Decreto 1098/2001 sí que se establecía expresamente que la mesa realizaría un pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo, en la regulación del Real Decreto 817/2009, por el contrario (y en tal sentido debe estimarse derogada la previsión del Reglamento de 2001), al regular en su artículo 22.1.b) las funciones de las mesas de contratación se refiere ya solo a la determinación de los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin prever una decisión expresa de



admisión de ofertas o licitadores. (...) En segundo lugar, retomando nuestro hilo argumental acerca de la interpretación del alcance de estos actos de admisión de ofertas o licitadores, es relevante destacar que nos encontramos ante una previsión novedosa de la Ley 9/2017 que amplía el alcance del objeto de este recurso especial pero que debe ser interpretada en el contexto que marca el principio más general conforme al cual estos actos de trámite de admisión de ofertas o proposiciones deben tener el efecto de decidir directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento o producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Adviértase, en tal sentido, que la norma no ha querido establecer estos actos como objeto del recurso especial al margen o más allá de los actos de trámite cualificados que ya se contemplaban en el artículo 40.2.b) del TRLCSP, sino como una específica concreción de los mismos, con el matiz de que, al igual que sucede con los actos de exclusión, se estima que en todo caso concurre en ellos ese carácter cualificado. De haber querido el legislador añadir esta categoría de actos como objeto del recurso de manera adicional a los actos de trámite cualificados, y como un específico acto de trámite impugnabile aun cuando no concurriera en el mismo alguna de las circunstancias indicadas para cualificar el acto de trámite a estos efectos, se habría utilizado otra redacción del precepto, indicando que, además de los actos de trámite cualificados por concurrir las indicadas circunstancias, son en todo caso objeto de impugnación los acuerdos de admisión de licitadores o de proposiciones. Pero no es eso lo que dice la norma, sino que su tenor manifiesta que son objeto de recurso los acuerdos de admisión en tanto se consideran en todo caso actos de trámite cualificados. Esta consideración enlaza con lo que previamente señalábamos acerca del alcance de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE en el Asunto C391/15, donde la posibilidad de interponer recurso frente a una decisión de admisión pasaba siempre por la comprobación de los requisitos generales para que una decisión resulte impugnabile, aparte de venir sustentado su pronunciamiento en las específicas circunstancias del caso que se examinaba, como hemos indicado. Partiendo de las anteriores reflexiones, nos parece evidente que, para que pueda estimarse que nos encontramos ante un acto de admisión de ofertas o de licitadores que pueda calificarse como acto de trámite cualificado, debe exigirse como mínimo, so pena de vaciar de sentido la norma, que se trate de una formal y expresa decisión del órgano en cuestión admitiendo una o varias proposiciones en un específico trámite del procedimiento como



consecuencia de una expresa previsión legal a tal respecto. Solo en tal caso será posible estimar que nos encontremos ante un auténtico acto impugnabile, en cuanto encierre una decisión sobre la admisión de ofertas que pueda afectar a los intereses legítimos de los licitadores. Así las cosas, y conforme venimos insistiendo, en la regulación contenida tanto en el TRLCSP (aplicable al presente contrato, como ha quedado previamente advertido) como en la vigente LCSP y disposiciones reglamentarias de desarrollo (Real Decreto 817/2009) no se recoge la existencia de un pronunciamiento formal de la mesa de contratación acerca de la admisión de los licitadores en el procedimiento abierto. Antes, al contrario, la atención se centra en los acuerdos de dicho órgano que suponen la exclusión de un licitador del procedimiento. En la actuación de la mesa de contratación lo que se establece es una sucesión de trámites a través de los cuales se procede a la apertura y examen de las proposiciones, valorando la documentación incluida en los distintos sobres o archivos electrónicos, con posibilidad de exclusión de proposiciones que no cumplan con los requisitos legales o establecidos en los pliegos, y formulando en última instancia la propuesta de adjudicación. Aun cuando con el desenvolvimiento del procedimiento, y en tanto en cuanto no resulten excluidas, se produce un progresivo examen de las distintas proposiciones a lo largo de las sucesivas fases (tras la apertura de la documentación administrativa y posterior apertura del sobre o archivo electrónico conteniendo la documentación correspondiente a criterios ponderables mediante juicio de valor, y, posteriormente, con la apertura del sobre o archivo conteniendo la documentación referida a criterios evaluables mediante fórmulas), lo que no resulta admisible es que se trate de construir sobre tal base la ficción de la existencia de sucesivos actos de implícita admisión de las proposiciones a las distintas fases del procedimiento. Por el contrario, en el desarrollo de la actuación de la mesa de contratación a tales efectos no existe un expreso y formal pronunciamiento acerca de la admisión de las proposiciones en cada una de las fases de la sucesiva evaluación del contenido de las mismas, esto es, no se produce una decisión impugnabile acerca de la admisión de licitadores o proposiciones. En esta tesitura, se ha de tener muy presente, en este sentido, que una interpretación extensiva del alcance de la posibilidad de impugnar la admisión de ofertas o licitadores podría conllevar resultados contrarios a la lógica, entorpeciendo y demorando innecesariamente los procedimientos de adjudicación y dificultando una resolución ágil y eficaz de los recursos, puesto que podría conducir a que se permitiese una continua impugnación de los sucesivos



actos de trámite de la mesa de contratación en el desarrollo del procedimiento, aun no incidiendo de manera sustancial sobre los intereses legítimos de los licitadores, bajo el argumento de que en ellos, al dar paso a la siguiente fase del proceso de licitación, se puede advertir la existencia de una implícita admisión de licitadores a esa fase. Tal argumento resulta inaceptable, y vendría a privar de sentido la previsión general del artículo 44.2.b) de la LCSP, por cuanto supondría tanto como admitir la interposición de recurso frente a cualesquiera actos de trámite a lo largo del procedimiento, en contra del principio básico y tradicional de nuestro derecho administrativo, recogido en dicho precepto, que destaca el carácter irrecurrible de los actos de trámite, a salvo los de carácter cualificado, esto es, en este ámbito, los que 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”».

Como en el supuesto que se sometió a análisis en la resolución transcrita, la pretensión de la recurrente pretende la exclusión de uno de los licitadores por no cumplir, a su juicio, los requisitos establecidos en el pliego. Por lo tanto, la posibilidad de impugnar este acto de trámite se circunscribe a decidir si el mismo decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento o produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Pues bien, en este sentido, el acto no reúne ninguno de tales requisitos. Es más, se ha considerado la oferta de ORANGE como incurso en presunción de temeridad y se ha pedido justificación de la misma al licitador, sin que haya recaído a la fecha de la presente resolución, acuerdo alguno aceptando o rechazando la justificación.

Por otro lado, en relación con la petición de vista del expediente, no consta que en la fecha propuesta (el 26 de agosto de 2019) se accediera a la documentación no declarada confidencial. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la cronología de los hechos, pues el 1 de agosto se solicita vista del expediente, el 2 siguiente se informa de estar a la espera de obtener respuesta de la licitadora afectada en relación con qué información de su oferta deba considerarse confidencial y el 7 de agosto se interpone recurso. La recurrente, al margen de interponer recurso contra un acto que no es susceptible del mismo, ha hecho una considerable dejadez de sus intereses en relación con el presente recurso. Si su interés



era realmente examinar el expediente para fundamentar su recurso, cabe cuestionarse por qué no accedió al mismo.

Es más, de hecho, la recurrente interpone el recurso con la finalidad de comprobar si la oferta presentada por ORANGE cumple o no los requisitos técnicos. En los hechos quinto y sexto de su recurso sostiene que la admisión de ORANGE podría no ajustarse a Derecho, por incumplir esta empresa requerimientos técnicos, incumplimiento cuya acreditación por la recurrente precisa acceder al expediente. Es decir, necesita acceder al expediente para averiguar el contenido de la oferta de ORANGE y constatar si cumple o no los requerimientos técnicos, circunstancia que ignora.

La finalidad del recurso especial de contratación es otorgar a los licitadores excluidos o a aquellos que no han obtenido la adjudicación un instrumento para revisar la resolución del órgano de contratación. No se trata de un medio para comprobar la adecuación a Derecho de todos y cada uno de los trámites del procedimiento de contratación. Debe existir una vulneración de alguna norma o principio que rige la contratación de carácter real e inmediato; no una mera posibilidad. La recurrente tiene sospechas, no se sabe si fundadas –pues no invoca indicio alguno de la supuesta vulneración de los requerimientos técnicos– de haberse incumplido los requerimientos técnicos exigidos en los Pliegos por parte de ORANGE. Y con esta simple sospecha pretende el acceso a la oferta del licitador concurrente.

En definitiva, se ha presentado un recurso totalmente carente de fundamento, apoyado única y exclusivamente en una sospecha de la recurrente carente del más mínimo indicio.

En consecuencia, el recurso debe ser inadmitido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:



Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. C. B. M., en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la admisión de la oferta de ORANGE ESPAGNE S.A.U. puesta de manifiesto mediante la valoración técnica de la misma notificada en fecha 18 de julio de 2019 en el procedimiento de licitación del contrato de “*servicio de telecomunicaciones en movilidad*”, expediente 2.19/28520.0006.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.