



Recurso nº 1650/2022 C. A. Illes Balears 88/2022

Resolución nº 65/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 02 de febrero de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. V.T.B., en representación de ORANGE ESPAGNE, S.A.U., contra el Decreto del Alcalde de 18 de noviembre de 2022, de adjudicación del procedimiento “*Servicio de telefonía móvil del Ayuntamiento de Lluçmajor*”, con expediente 22/2022, convocado por el Ayuntamiento de Lluçmajor, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Tal y como resulta del expediente, en fecha 2 de mayo de 2022 se inicia el expediente de contratación del servicio de telefonía móvil en el Ayuntamiento de LLuçmajor, expediente 22/2022, convocado por el Ayuntamiento de Lluçmajor, mediante procedimiento, abierto, ordinario y sujeto a regulación armonizada, conforme a los artículos 19 y 22 de la LCSP, publicándose en la PCSP en fecha 23 de junio de 2022, y abriéndose el correspondiente plazo para la presentación de ofertas, el cual expiraba el día 22 de julio de 2022 a las 13.00 horas (documento 9 del expediente).



La empresa recurrente, ORANGE ESPAGNE, SAU, se presenta a la licitación junto a VODAFONE ESPAÑA, SAU siendo admitida a la misma junto con la otra licitadora, según certificado contenido en los documentos 5 y 10 del expediente administrativo.

Segundo. La Mesa de contratación, en fecha 4 de agosto de 2022, procedió a la calificación de la documentación administrativa presentada por los licitadores antes mencionados y adoptó por unanimidad requerir de informe al órgano de asistencia técnica (departamento de informática) para valorar la documentación presentada por los licitadores, al efecto de verificar su concordancia con los Pliegos del contrato.

El citado servicio concluye, en informe examinado por la mesa en su sesión de 24 de agosto de 2022, de la manera que sigue: *“Visto cuanto antecede, quien subscribe informa que la propuesta técnica de Vodafone adolece de defectos e incongruencias, siendo necesaria la subsanación de ésta para fijar el número de terminales conforme al PPT, la inclusión del plan alternativo y fijar los modelos de terminales no incluidos. A su vez, se informa que la propuesta técnica presentada por Orange es conforme a los pliegos”*. De acuerdo con ello, la mesa acepta la documentación presentada por ORANGE y requiere de subsanación en un plazo de 3 días naturales a la empresa VODAFONE

Tercero. En fecha 15 de septiembre 2022, la mesa de contratación se volvió a reunir para la toma en consideración de la documentación subsanatoria presentada por VODAFONE, la cual fue remitida para informe del servicio técnico municipal correspondiente. Finalmente, en fecha 23 de septiembre de 2022, la mesa acuerda admitir a la licitadora, tras el informe favorable remitido por el técnico.

Cuarto. En fecha 30 de septiembre de 2022, se reúne de nuevo la mesa para la apertura del sobre 2 que contiene la documentación evaluable automáticamente. Posteriormente, en la misma sesión se procedió a la valoración de los criterios de adjudicación y, de acuerdo con ello, la puntuación total obtenida para los licitadores fue la siguiente: 94,39 puntos para ORANGE, y 98,97 puntos para VODAFONE. Mediante comunicación a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público se requirió al licitador de la entidad que había obtenido la mejor puntuación, VODAFONE, para que presentara la documentación, la garantía definitiva por importe de 7.651,1 euros y la acreditación de cumplimiento de las condiciones de capacidad, representación y solvencia exigida en la cláusula 20 del PCAP. Recibida, la



Mesa, en sesión de fecha 28 de octubre de 2022, procedió a emitir su propuesta de adjudicación en favor de VODAFONE (documento 11 expediente). En fecha 18 de noviembre de 2022, el órgano de contratación procedió a emitir la correspondiente resolución de adjudicación, por un importe de 153.022,32 €, al que corresponde en concepto de IVA la cuantía de 32.134,69 €, totalizándose el precio en 185.157,01 €, la cual fue notificada en esa fecha a los licitadores (documento 14 expediente).

Quinto. En fecha 23 de diciembre de 2022, la empresa ORANGE interpone recurso especial en materia de contratación frente el acto de adjudicación a la empresa VODAFONE, considerando, de forma preliminar, una vulneración del principio de los actos propios poniendo en relación la licitación con el anterior expediente 22/201. Asimismo, considera que el contrato de servicios de telefonía móvil licitado por el Ayuntamiento de Lluçmajor no va a poder ser ejecutado correctamente por VODAFONE toda vez que la oferta adjudicataria incurre en incumplimientos claros y palmarios de los pliegos que le impide satisfacer los compromisos exigidos en el PPT. Finalmente, considera que la subsanación de la propuesta de VODAFONE constituye en realidad una modificación de su oferta contraria a derecho.

Sexto. El órgano de contratación aborda la cuestión en el informe de fecha 18 de diciembre de 2022, expedido de conformidad con el artículo 56 de la LCSP, y del que resulta que no procede la estimación del recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato por resultar, a su juicio, ajustada a derecho la resolución de adjudicación del mismo, ya que tal y como ha quedado motivado, la oferta del adjudicatario no incumple lo requerido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y haber recibido ambos licitadores un trato igualitario en la tramitación del correspondiente procedimiento de contratación.

Séptimo. En fecha 19 de diciembre de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiendo hecho uso de su derecho la adjudicataria, VODAFONE, en escrito presentado en fecha 27 de diciembre de 2022, en el que interesa la desestimación del recurso.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 12 de diciembre de 2022 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de



la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 y 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. Con relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“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”*.

En el presente caso el recurso se interpone por una licitadora a la que se ha de reconocer legitimación para la interposición del presente recurso, pues, de ser admitido el recurso, la recurrente podría resultar adjudicataria final del contrato, al no haber otros licitadores en el mismo.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50.1, a) de la LCSP, ya que el Acuerdo impugnado es publicado en fecha 18 de noviembre de 2022 (documento 14 del expediente), y el presente recurso especial fue interpuesto el día 23 de diciembre de 2022.

Cuarto. Se recurre la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 € (artículo 44.1 a) de la LCSP, susceptible, por tanto, de enjuiciamiento por este Tribunal. El acto que se recurre, es el acuerdo del órgano de contratación de adjudicación del contrato (documento nº 14 del expediente), siendo también por ello susceptible de ser impugnado por medio del presente recurso especial, de conformidad con el artículo 44.2 c) de la misma LCSP.



Quinto. Al presente contrato le son de aplicación las disposiciones referidas a la preparación y adjudicación contenidas en la LCSP, y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Expuestas las posiciones de las partes conforme a lo expuesto en los antecedentes de hecho, la cuestión se centra en determinar si el licitador adjudicatario fue correctamente mantenido en el proceso de contratación, por entender que ha acreditado correctamente el cumplimiento de los pliegos. Existen, no obstante, dos cuestiones previas que es preciso aclarar, (i) si existe vulneración del principio de los actos propios en relación con el expediente 22/2021, y (ii) si ha existido alguna incorrección en relación con el trámite de subsanación conferido al licitador adjudicatario, con ocasión del examen de la documentación administrativa.

Empezando por la primera de las cuestiones planteadas, si existe vulneración del principio de los actos propios en relación con el expediente 22/2021, es menester traer a colación como antecedente que, tal y como expone el recurrente, el Ayuntamiento de Lluçmajor tramitó el expediente 22/2021 que se resolvió el 15 de diciembre de 2021 con la adjudicación a VODAFONE, mediante Decreto 2021005692, del referido contrato, que frente a él ORANGE interpuso recurso especial ante este Tribunal frente al acuerdo de adjudicación al considerar que VODAFONE había incurrido en notorios y graves incumplimientos de los pliegos y que este Tribunal estimó el recurso mediante la Resolución 164/2022, de 3 de febrero de 2022. Como consecuencia de ello, el 28 de febrero de 2022, el Ayuntamiento de Lluçmajor publicó acta en la PCSP por la que acordó excluir a VODAFONE de la licitación y proponer adjudicar el contrato a ORANGE, segunda mejor clasificada, requiriéndole la documentación del artículo 150.2 LCSP.

No obstante, mediante Decreto 2022001354 de 31 de marzo de 2022, el Ayuntamiento de Lluçmajor resolvió desistir del procedimiento de contratación del servicio de telefonía móvil alegando errores en la redacción del PPT. Dicha resolución, tal y como alega el órgano de contratación fue notificada a los licitadores sin ser recurrida, siendo, por tanto, un acto consentido y firme. El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba



obligado a respetarla (SSTS 9 de diciembre de 2010, 7 de diciembre de 2010, 25 de febrero 2013), situación que no existe en este caso, tratándose de dos expedientes de contratación distintos y diferenciados, por más que su objeto sea casi idéntico. Se trata, además, de un expediente que terminó con desistimiento por incorrección de los Pliegos, extremo que impide establecer un antecedente comparable, desde el punto de vista de la doctrina de los actos propios, puesto que el expediente, en puridad, fue anulado.

Tampoco puede ser asumido al argumento del desbordamiento de los límites de la subsanación del artículo 141.2 de la LCSP, por cuanto fue un trámite, el de subsanaciones o aclaraciones que no afecta a los criterios de adjudicación o a la oferta, si no a la verificación preliminar del cumplimiento de los criterios de admisión, administrativos y técnicos, la revisión de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (artículo 140 de la LCSP), después de cuyo análisis, se puede admitir o inadmitir al licitador, pero no dar lugar a una “variación” o “mejora” de la oferta en este punto, pues esto se produciría si se variarían los parámetros del sobre 2, sobre criterios evaluables mediante fórmulas (criterios de adjudicación).

No obstante, el órgano de contratación procedió a remitir la documentación previa al órgano de asistencia técnica, en ejercicio de la facultad a que se refiere el artículo 140.3 de la LCSP, y éste indicó que existían deficiencias en la información suministrada. Finalmente, ambos optaron por admitir la declaración responsable de VODAFONE de que éste se aquietaba a las condiciones de solvencia técnica incluidas en los Pliegos, y esta declaración era válida de conformidad con el artículo 140 de la LCSP. También el propio órgano de asistencia técnica admite al licitador en su informe de fecha 29 de septiembre de 2022, en el que da por subsanados los defectos advertidos. Evidentemente, y de conformidad con el artículo 140.4 de la LCSP, el órgano de contratación, con ocasión del trámite del artículo 150.2 de la LCSP, deberá verificar la efectividad del cumplimiento de los requisitos de capacidad, solvencia, y ausencia de prohibiciones, y demás requisitos establecidos en los Pliegos por parte del que resulte adjudicatario, en fecha anterior a la fecha final de presentación de ofertas.

En el punto siguiente analizaremos si se cumplen efectivamente o no, las condiciones de solvencia técnica exigidas en los pliegos, siendo aquí analizado si el trámite de subsanación fue correcto en cuanto a su oportunidad, no en cuanto al fondo, habiéndose constatado en el expediente que se optó por admitir a la licitadora. Ese parece que sería el sentido que habría



de darse al informe técnico de 29 de septiembre de 2022, que expresamente dice que VODAFONE cumple con los requisitos mínimos del pliego

Sexto. En cuanto a si VODAFONE incumplió o no de manera efectiva el contenido de los Pliegos; en el sentido expuesto por el recurrente, que afirma que la oferta adjudicataria incurre en incumplimientos claros y palmarios de los pliegos que le impide satisfacer los compromisos exigidos en el PPT, debemos de alcanzar una conclusión desestimatoria. Empezando por los incumplimientos que fueron objeto del trámite de subsanaciones consistentes en (i) fijar el número de terminales de conformidad con el PPT (apartado 1.9.5 del PPT), (ii) aportar el plan alternativo (apartado 2 del PPT), y (iii) especificar los modelos de terminales ofrecidos para el resto de gamas (apartado 2.2.1 del PPT); y observado el escrito de subsanación obrante al documento 19 del expediente, ha de concluirse que se ha respondido de forma puntual a lo solicitado, de conformidad con la conclusión del informe del servicio técnico municipal de 22 de septiembre de 2022, sin que sea competencia de este Tribunal enjuiciar el acierto técnico de las soluciones ofrecidas, por ser cuestiones que entran dentro de la discrecionalidad técnica de las administración.

Así, tal y como ha señalado constante y reiterada doctrina de este Tribunal, con ocasión de la valoración de la documentación técnica de criterios dependientes de juicio de valor, trasladable a la valoración de la documentación técnica del trámite que nos ocupa, (Resolución 877/2022, de 14 de julio); *“los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, de manera que este Tribunal debe limitarse a comprobar si, en este caso, se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material, y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Podemos citar a este respecto, por todas, la Resolución nº 675/2021, de 4 de junio.”*

Y es que el documento de subsanación indica tanto el número y distribución de los terminales exigidos, aporta un plan alternativo y especifica también el modelo y marca de los terminales para todas las gamas no especificadas en la documentación administrativa inicial. Nuevamente recordemos aquí que tales aclaraciones o subsanación de omisiones no suponen una variación de la oferta en el sentido de poder dar lugar a una variación en la puntuación, si no que el efecto que se provocaría con su no observancia es la exclusión directa del licitador requerido, trámite, por tanto, que tiene una naturaleza y efectos distintos al de las

aclaraciones de las ofertas y su intangibilidad. En este trámite de subsanación, se acredita igualmente que lo subsanado no ha variado el contenido inicial de la proposición, si no especificado o, aclarado.

En cuanto al resto de incumplimientos de los pliegos alegados por la recurrente distintos de los anteriores, hemos de traer a colación el informe técnico de fecha 15 de diciembre de 2022, reproducido por el órgano de contratación en su informe, y a cuyo tenor:

“En cuanto al resto de supuestos incumplimientos, que no se refieren a las cuestiones que fueron objeto de subsanación, y que son alegadas en el recurso formulado por Orange Espagne, SAU, hay que estar a lo dispuesto en el Informe de los Servicios Informáticos de fecha 15 de diciembre de 2022, que se adjunta al presente informe, y en el que de manera sucinta se indica lo siguiente:

- *Incumplimiento en relación con el servicio a la central de Policía, en cuanto a la presentación de un SLA: la entidad Vodafone cumple con ello, ya que en la documentación técnica, al referirse a dicho apartado, indica que: “Vodafone se compromete a cumplir los Acuerdos de Nivel de Servicio pactados con AJUNTAMENT DE LLUCMAJOR y que garantizan el correcto funcionamiento de los servicios contratados.”.*

Por su parte, la entidad recurrente, Orange, no presenta un SLA relativo al tiempo de resolución de averías, si bien para que ambas empresas contaran con el mismo criterio sobre este punto, se admitieron como correctas las dos propuestas, en base a la aceptación de las condiciones indicadas en el pliego, formuladas de manera expresa por ambos licitadores.

- *Incumplimiento del servicio postventa de terminales: los puntos a) 3 averías al 100% de descuento y b) Limitación del 10% del parque de terminales, se consideran correctos y por tanto se ajustan a lo requerido por los Servicios Informáticos. En cuanto a los puntos c) No se prevén terminales de sustitución y d) Se cubre el robo excepto en TABLETS y con un límite del 10% del parque de terminales, se considera que, si bien no es correcto por ser una incongruencia, se aceptó favorablemente pues tanto Orange como Vodafone manifestaban en sus ofertas técnicas que aceptaban y acataban de manera expresa todas las condiciones detalladas en el PPT.*



- *Incumplimiento del mapa de cobertura: la entidad Vodafone si cumple con ello, constatándose que se presentan mapas de cobertura a nivel nacional, así como porcentajes de cobertura por población, indicándose asimismo las correspondientes coberturas.*
- *Incumplimiento de la analítica de llamadas: la entidad Vodafone si cumple con ello, constatándose que la herramienta de analítica de llamadas es una herramienta muy completa que cubre y se ajusta a las necesidades expresadas en el PPT, lo que se concreta y refuerza en diversos puntos de la documentación técnica aportada por Vodafone.*
- *Incumplimiento de la obligación de detallar las tarifas propuestas: la entidad Vodafone si cumple con ello. Se constata que tanto la adjudicataria como la recurrente, presentan el cuadro de tarifas como Anexo I de la Oferta económica, por tanto, se considera que ambas cumplen con lo requerido en los Pliegos.*

Se destaca asimismo, que en la documentación técnica de la recurrente, Orange, en el punto 4.3.6 se indica que existe un cuadro de tarifas que debería aparecer en el punto 4.1.8. Sin embargo, al realizar la consulta de este punto no figura. No obstante, en tanto que, si aparece en el Anexo I de la Oferta económica, se dio por válida esta omisión”

Constatado por parte del informe del servicio técnico que la oferta presentada por VODAFONE sí cumple con los requisitos de los Pliegos en cuanto a la solvencia técnica exigida, y comprobado por parte de este Tribunal que existe una adecuada motivación, no existe razón para desvirtuar el sentido, ni de la adjudicación del contrato, ni de la inclusión inicial del adjudicatario. Es doctrina consolidada de este Tribunal, además, que el incumplimiento del PPT ha de ser evidente, fuera de toda duda (Resolución 1564/2021, de 11 de noviembre): “*si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el PCAP, cabe deducir un incumplimiento claro, palmario y evidente más allá de toda duda técnica o jurídica, de las prescripciones técnicas exigidas en el PPT que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego*”, requisito que no se cumple en el presente caso. En puridad, no se está cuestionando el proceso de adjudicación, ni la valoración de las ofertas, o la puntuación otorgada, sino la conformidad con el pliego de la documentación presentada por el adjudicatario.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. V.T.B., en representación de ORANGE ESPAGNE, S.A.U., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Servicio de telefonía móvil del Ayuntamiento de Lluçmajor*”, con expediente 22/2022, convocado por el Ayuntamiento de Lluçmajor.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES