



EXPEDIENTE: Recurso Especial
REFERENCIA: Servicio Red Corporativa
120/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS ESPECIALES EN
MATERIA CONTRACTUAL DEL AYUNTAMIENTO DE LINARES**

Linares a 22 de diciembre de 2014

Visto el Recurso especial en materia de contratación presentado el día 27 de octubre de 2014 por Maria Luisa Belda Cuesta, en nombre y representación de VODAFONE ESPAÑA SAU, contra Acuerdo de Adjudicación de fecha 9 de octubre de 2014, del contrato del Servicio de Red corporativa de voz y datos del ayuntamiento de Linares y Organismos Autónomos, a favor de TELEFONICA ESPAÑA SAU. Y TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA SAU. amparado en las prescripciones técnicas de la clausula 4.2 del PPT que rige la licitación, este Tribunal en el día de la fecha adopta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante anuncio de fecha 16 de junio 2014 en el DOUE y en el Boletín Oficial del Estado nº 154 del día 25 de junio de 2014, se publicó anuncio de licitación mediante procedimiento abierto, del contrato Servicio de Red corporativa de voz y datos del ayuntamiento de Linares y Organismos Autónomos, con un presupuesto base de licitación de 84.700 € IVA incluido.

SEGUNDO.- La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico, 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 de la General de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La empresa recurrente VODAFONE ESPAÑA SAU, se encuentra entre las empresas que presentaron proposiciones en el procedimiento contractual.

TERCERO.- el día 9 de octubre de 2014 el Órgano de contratación, es decir el Pleno municipal dictó Acuerdo de adjudicación de contrato, que fue remitido a los licitadores en día 16 de octubre.

CUARTO.- El día 27 de octubre tuvo entrada en el registro de este ayuntamiento de Linares y fue remitido al Tribunal administrativo, recurso especial en materia de

contratación interpuesto por la empresa VODAFONE ESPAÑA SAU, contra resolución de acuerdo de adjudicación del contrato, cláusula 4.2 , apartado 4 del pliego de condiciones técnicas.

QUINTO.- Mediante oficio de fecha 14 de noviembre de 2014, se dio traslado desde Secretaria General del recurso especial al Tribunal administrativo municipal de materia contractual, a efectos de su Resolución.

Con fecha 21 de noviembre se dicta providencia de admisión a trámite, ordenando el traslado al órgano de contratación a fin de que procediera a la remisión del expediente objeto del recurso, e instalándole a manifestar alegaciones en caso de oposición a la suspensión del procedimiento.

Finaliza el contenido de la Providencia con la disposición de traslado a las partes del procedimiento de contratación, del recurso especial a efectos de que presenten cuantas alegaciones consideren oportunas.

SEXTO.- Con fecha 2 de diciembre se remite desde el órgano de contratación expediente administrativo e informe técnico sobre el recurso.

SEPTIMO.- para dar cumplimiento a lo acordado por el Tribunal, la Secretaria remite copia del recurso al único interesado en el procedimiento, así como al recurrente, dándole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado la entidad TELEFONICA ESPAÑA SAU Y TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA SAU.

OCTAVO.-El 9 de diciembre de 2014 se dicta Acuerdo por el Tribunal, adoptando medidas cautelares consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta tanto se resuelva el recurso especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011 de 14 de noviembre y en virtud del Decreto de la alcaldía de fecha 14 de noviembre de 2014.

SEGUNDO.- El recurrente está legitimado para interponer recurso dada su condición de licitador en el procedimiento contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 TRLCSP.

TERCERO.- Visto cuanto antecede, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del mencionado texto, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es procedente el recurso especial en materia

contractual de conformidad a lo previsto en el artículo 40 apartados 1a) relativo a contratos de servicios y 2 c) acuerdo de adjudicación, según TRLCSP.

CUARTO.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece “El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados desde el día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 151.4.

En el caso que nos ocupa fue enviado el acuerdo de adjudicación el día 16 de octubre de 2014 y el recurso especial se ha presentado en el Registro General el día 27 de octubre y por tanto se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO.- Una vez examinados los aspectos y cuestiones relativas a los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de los motivos alegados para rebatir la adjudicación del contrato.

Presenta como único motivo “la nulidad del acuerdo de adjudicación, por cuanto la oferta de TELEFONICA incumple con el pliego de prescripciones técnicas para el concurso de telefónica móvil publicado por el ayuntamiento de Linares y en concreto la cláusula 4.2. del PPT (Gama de terminales), en el apartado de terminales de operadora dice lo siguiente:

Terminal de Operadora.

El licitador propondrá en su oferta al menos tres modelos de teléfono destinados a ser usados por los operadores y que dispongan de las facilidades más usuales para el desarrollo de su trabajo habitual. El Ayuntamiento seleccionará de entre los propuestos el modelo más adecuado y que será suministrado por el adjudicatario sin coste alguno.

De tal forma que la oferta presentada por TELEFONICA consta de único modelo HUAWET F610, cuando se solicitaban al menos tres modelos por lo que debería haber sido excluida del concurso TELEFÓNICA.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene manifestando de modo muy reiterado que los pliegos que rigen la licitación constituyen la ley del contrato y tienen fuerza vinculante para el contratista y para la administración. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal supremo de 27 de Mayo de 2.009, en su Fundamento de Derecho Cuarto donde pone de relieve lo siguiente: “... En nuestro ordenamiento contractual administrativo el pliego de condiciones es la legislación del contrato para el contratista y para la administración contratante, teniendo, por ende, fuerza de ley entre las partes. De ahí la relevancia tanto de los pliegos de cláusulas administrativas generales como del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas”.

En el pliego de cláusulas administrativas y pliego de cláusulas de prescripciones técnicas se indican los criterios de adjudicación y en el informe técnico de adjudicación se desglosan dichos criterios de valoración detallándose el cómo se ha llegado a la

puntuación de cada oferta con arreglo a dichos criterios, por lo que nunca se puede hablar de arbitrariedad en la valoración de las ofertas por la administración cuando se realiza conforme a los criterios establecidos en el pliego. Así el informe técnico emitido en donde desgana los criterios de valoración lo realiza con una motivación suficiente de las puntuaciones asignadas a las ofertas del recurrente y de los restantes licitadores y lo que pretende en este caso el recurrente es descartar a la empresa propuesta como adjudicataria porque considera que no se ajusta al pliego olvidando que en el informe de valoración se actúa conforme a los criterios de valoración y la falta o requisitos alegados por los recurrentes se minoran en la puntuación asignada.

Recogido por parte de la jurisprudencia el principio de libre apreciación que no debe prevalecer sobre el criterio de un órgano administrativo especializado al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hayan amparadas por la doctrina de la discrecionalidad técnica amparada por el Tribunal Supremo. A este respecto los tribunales creados de resolución de recursos administrativos, como el de Andalucía siguen esta doctrina y en resoluciones 87/2012 de 25 de Septiembre, 107/2011 de 11 de Noviembre y 120/2011 de 13 de Diciembre han manifestado lo siguiente: “Se cita la Sentencia de 23 de Noviembre de 2007 que alude a su vez a la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límite determinados.

Así ocurre, sigue señalando la Sentencia en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que puede ejercer los órganos jurisdiccionales y que naturalmente deberá ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad. La Sentencia, aludiendo a la doctrina del tribunal constitucional, manifiesta que lo que no pueden hacer los tribunales de justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativas calificadoros.”

Esta doctrina desde la discrecionalidad técnica ha sido asumida plenamente entre otros por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 33/2.011 e igualmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Septiembre de 2.009, cuando afirma “la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de racionalidad de la actuación administrativa apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control

jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible y manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.”

Dicho esto, conviene por tanto recordar que la finalidad del recurso especial es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que analiza la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y realiza su valoración en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable. Este criterio es igualmente sostenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en donde cuando se trata de cuestiones que evalúan elementos o criterios estrictamente técnicos, el tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos (resolución 176/2011 de 29 de Junio y resolución 56/2013 de 7 de Octubre de 2.013 del Tribunal Administrativo de contratos públicos de Aragón).

Por ello, el art. 139 del TRLCSP indica en cuanto al procedimiento de adjudicación que “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán sus actuaciones al principio de transparencia”. Este principio de igualdad significa que los licitadores potenciales conocen las reglas del juego y éstas se deben de aplicar a todos de la misma manera. En este sentido el pliego de prescripciones técnicas establece los criterios y condiciones que deben de cumplir e igualmente establece los criterios de valoración a los que se someten todos y cada uno de los licitadores cuando concurren al procedimiento de contratación.

Entre las prescripciones técnicas puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir de hacerlo conforme a las exigencias que la administración ha considerado imprescindible para asegurar la realización de la prestación que constituya su objeto. De tal modo que las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable.

Pero pueden haber otras prescripciones que de acuerdo con lo establecido en el pliego y bajo una interpretación acorde en su conjunto del mismo tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación, por ello la cuestión se convierte en una razón de interpretación de la norma jurídica de tal modo que se observa en la aplicación de los criterios de valoración que la administración no ha elevado a obligación incondicionada y por tanto esencial para realizar el objeto del contrato la no concurrencia de los requisitos indicados por parte de VODAFONE en su recurso, sino que en consonancia con los criterios de valoración los ha elevado a obligaciones de mejora por parte de las empresas licitadoras, de tal modo que aquella que no ha concurrido con los tres modelos de terminales, la administración no le asigna puntuación.

Como se puede observar perfectamente, el hecho de que no presenten los tres terminales no impide la ejecución del contrato, lo que por otra parte sería absolutamente lógico ya que el objeto del contrato administrativo no es un contrato de suministro, esto es de adquisición de unidades de telefonía, sino el objeto es la contratación de un servicio de voz mucho más amplio que una simple propuesta de oferta consiste en más o menos unidades de terminales. Admitir una exclusión a una de las empresas cuando hace mejor oferta en su conjunto para la prestación del contrato del servicio de voz por el hecho de no haber presentado mejora en cuanto al número de terminales supondría ir en contra de los principios fundamentales de la contratación establecidos en el art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos Públicos que proclama como objeto y fin para garantizar con la contratación pública la eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de los servicios, estabilidad presupuestaria y selección de la oferta económicamente más ventajosa. Pues precisamente el criterio de la oferta económicamente más ventajosa es el que prima con la propuesta efectuada por el técnico donde no obvia la falta de terminales pero esta propuesta que concurre en dicha circunstancia, le asigna menos puntuación en ese apartado, sin embargo la oferta de TELEFÓNICA en su conjunto sigue siendo la oferta económicamente más ventajosa, sin que en ningún momento esto pueda impedir la realización efectiva del contrato de lo que se deduce que dicho elemento indicado por VODAFONE no responde a una obligación esencial sino más bien a una mejora susceptible de valoración.

Dicho esto, afirma este Tribunal que una idea fundamental que debe de regir el recurso en realización con los argumentos utilizados por VODAFONE es que nos encontramos ante un contrato de prestación de servicios y no de suministro, y en segundo lugar que este tribunal no puede valorar bajo criterios jurídicos juicios de carácter técnico, como es el emitido por el órgano de la administración especializada. Los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables y matemáticos, por lo que en este caso concreto, hay que ver el desarrollo de la prescripción en su totalidad, y por lo tanto distinguir dos cuestiones esenciales en la valoración de los criterios subjetivos, y que son, si los medios a ofertar u ofertados sean imprescindibles o no para la prestación del Servicio:

a).- Los medios (terminales y características) imprescindibles para la prestación del Servicio se recogen la prescripción 4.1 del PPT (Provisión, renovación y ampliación), cuyo tenor literal es el siguiente:

“En este apartado se indican los modelos de terminales móviles, dispositivos PCMCIA o USB y tarjetas SIM, todos ellos englobados con el mismo nombre de terminales, propuestos para el suministro inicial, así como para las nuevas altas que se produzcan en el transcurso de la prestación del servicio. También se incluyen las políticas del adjudicatario en relación con aspectos tales como el de renovación de terminales y el de la existencia de un stock de reposición de terminales.

TELEFONICA oferta el número de terminales y características exigidas en la prescripción 4ª del PPT y que se resumen en el cuadro siguiente:

Tipo de Terminal	Número de Terminales	Modelos a ofertar
Gama Alta	21	2
Gama Media	80	2
Gama Baja (sobremesa)	139	2
Gama Baja (móvil)	15	
Gama Baja Operadora	4	3
Total Terminales	259	

La cuestión de nulidad que solicita Vodafone, es por el hecho de no presentar en su oferta los tres modelos de Gama Baja para Operadora (a elegir uno) referenciados a 3 terminales de los 259 exigidos en el PPT, lo que afecta al 0,015% del total de terminales.

En definitiva la pretensión de exclusión de TELEFÓNICA de la adjudicación del contrato por incumplimiento del PPT no puede prosperar porque se ciñe a un único subapartado relativo a 3 operadores de los 259 exigidos y que en ningún momento afectaría a la prestación del servicio, sino en todo caso a la valoración, lo cual motivó la menor puntuación de aquella oferta, tal y como aparece en el informe técnico recogido en el expediente, todo ello se desprende del siguiente detalle:

c).- En lo que respecta a la penalización a la que se hacía referencia en el apartado anterior, la Valoración Técnica (criterios objetivos de juicio de valor), se valora en el apartado 22.1.3 del Anexo I del PCAP con un máximo de **15 puntos** conforme a los siguientes criterios:

- Descripción detallada de la solución técnica propuesta y del servicio ofertado.

Se valorará la solución planteada por los operadores, su adaptación a las necesidades actuales del Ayuntamiento, a su estrategia tecnológica y a sus requerimientos de calidad en el servicio.

Máximo.....3 puntos

- Descripción del modelo de gestión, mantenimiento y soporte propuesto.

Se valorarán los siguientes aspectos del servicio de soporte y mantenimiento:

- Niveles de servicios ofertados.
 - Tiempo de asignación de incidencias.
 - Tiempo máximo de resolución de incidencias.
 - Tiempo máximo de respuesta a peticiones.
 - Notificación de alertas, incidencias, peticiones o actuaciones.
- Tiempo máximo de suministro y activación de nuevos terminales.
- Tiempo máximo de despliegue de nuevos servicios.

- Equipo de personas que actuarán como interlocutores del Ayuntamiento.

Máximo.....2 puntos.

- Plan de mantenimiento de la solución en el que se especifiquen los procedimientos de gestión de incidencias tanto a nivel administrativo como a nivel operativo, los tiempos de respuesta ante fallos, ante solicitudes que impliquen trámites administrativos (modificaciones de líneas, altas, bajas, etc.) y ante solicitudes de mantenimiento general del día a día en el sistema.

Máximo.....2 puntos.

- Plan de seguimiento propuesto y herramientas que se facilitarán al Ayuntamiento para el seguimiento y control del servicio.

Máximo.....2 puntos.

- Propuesta de Acuerdo de Nivel de Servicios.

Máximo.....3 puntos.

- Plan de transición desde la situación actual hasta la puesta en marcha del nuevo servicio.

Máximo.....2 puntos.

- **Características del hardware propuesto: centralitas, dispositivos de comunicaciones, software de gestión, así como los terminales propuestos en telefonía fija y móvil.**

Máximo.....1 punto.

Es en este último apartado evaluado con 1 punto, en el que se fundamenta Vodafone para presentar el recurso especial. Cuando en este concepto se puede aplicar hasta un máximo de 1 punto, evidentemente la valoración puede ser de 0 a 1, e irá en función del contenido de la oferta, siempre y cuando lo ofertado haga factible la prestación del Servicio objeto del contrato, como es en este caso.

La penalización a TELEFÓNICA sobre el margen de puntuación máxima que contempla este apartado del PCAP, es decir, sobre 1 punto, por no aportar tres modelos de gama baja de operadora de los cuatro terminales exigidos, es de 0,10 puntos, obteniendo por lo tanto TELEFÓNICA en este apartado 0,90 puntos y en el global de los criterios subjetivos, 14,90 puntos sobre 15, superando esta puntuación la recurrente VODAFONE.

Examinando cuantos antecedentes, informes, pliegos de prescripciones y demás documentación obra en el expediente se observa a primera vista, que el subcriterio de adjudicación alegado, es decir el numero de terminales de gama baja, está incluido a su vez en un apartado en el que se contemplan numerosas exigencias no solo referido a los terminales sino también servicios de datos, funcionalidad de las SIMS, acceso a internet, potencia de la señal, todos ellos puntuables hasta un límite. Y para su valoración, se reconoce a la Comisión evaluadora un ámbito de discrecionalidad técnica que debe ser respetado, máxime porque no se trata de una evaluación matemática y automática, por lo que este Tribunal se ciñe al examen de cuestiones que pudieren evidenciar arbitrariedad, error o falta de motivación y en el caso que nos ocupa no aparecen

sobrepasados, quedando justificada la menor puntuación en este apartado de TELEFÓNICA, sin poder considerar este elemento suficiente para excluirlo del procedimiento de adjudicación por los motivos expuestos y porque ha quedado demostrado que fue valorado con menor puntuación de forma razonada. Con lo que culminamos que no procede la exclusión de TELEFONICA en el procedimiento de adjudicación sino con una menor valoración, tal y como la Comisión calificadora llegó a la conclusión.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VODAFONE ESPAÑA SAU, contra Acuerdo de Adjudicación de fecha 9 de octubre de 2014, del contrato del Servicio de Red corporativa de voz y datos del ayuntamiento de Linares y Organismos Autónomos.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede imponer multa alguna y en los términos previstos en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO.- De acuerdo a lo previsto en el artículo 47.4 del TRLCSP, se acuerda el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato, acordado por este tribunal el día 9 de diciembre de 2014..

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe interponer recurso contencioso administrativo ante la sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior 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 el artículo 10.1 letra K y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso –administrativa.

LA PRESIDENTA