

Recurso 468/2023
Resolución 510/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 20 de octubre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, contra el acuerdo de adjudicación de 7 de septiembre de 2023 dictada en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Contratación del sistema de comunicaciones de telefonía y datos móviles para la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA) y su entidad matriz, la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar (Mancomunidad)», (Expediente 11-3-2023), convocado por dicha sociedad, entidad dependiente de la citada Mancomunidad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de julio de 2023 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 206.471 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el día 20 de julio.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 29 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra la resolución de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 2 de octubre de 2023, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Tribunal el 4 de octubre de 2023.



El 6 de octubre de 2023, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al interesado, ORANGE ESPAGNE, S.A.U, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiéndose recibido en plazo las formuladas por la citada entidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que la Mancomunidad no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, por sí o a través de la Diputación provincial, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Tiene interés legítimo la entidad recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP, ya que ha participado en la licitación y ostenta interés legítimo como entidad excluida.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación en un contrato de mixto de servicios y suministros, cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartados d) de la LCSP, dado que formalmente se impugna la adjudicación aun cuando materialmente se combata la exclusión. Formalmente se encuentra en la notificación de la adjudicación de fecha de 7 de septiembre de 2023, si bien es notificada posteriormente.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustentan. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra la decisión de su exclusión dado que:

«(...) es contraria a derecho la exclusión porque la aportación del listado de terminales como hizo mi mandante sin valoración no servía en ningún caso al Órgano de Contratación, ya que no era un ítem valorable, NI ERA UN



ELEMENTO TÉCNICO A VERIFICAR EN EL SOBRE B, y en ningún caso afecta ni al contenido ni el tiempo de duración del contrato que es lo que pretende fundamentar el Órgano de Contratación la exclusión,(...) la referencia a los puntos esenciales no ha sido detallada en ningún documento ni puesta en conocimiento de los licitadores, por lo que nos encontramos ante una clara indefensión ante este argumento al ser imposible saber si es un punto esencial realmente; más aún cuando no aparece en ningún momento precedido de la palabra “obligatoriamente” (en negrita) que aparece en varias ocasiones a lo largo del PPT (página 8)».

De forma subsidiaria (página 9) indica que la adjudicación a ORANGE tampoco se ajusta a Derecho, puesto que constatados los incumplimientos de ambas entidades licitadoras y “no habiendo un concepto de esencialidad de uno de los requisitos (que como hemos visto no es esencial en ningún caso), cualquier incumplimiento del Pliego debería conllevar la exclusión de cualquier licitador que lo cometiera”. Alega que ORANGE incumple el pliego al no incluir en su memoria técnica determinados aspectos que exigía, como es el requerimiento de “implantación en 30 días máximo”, la elaboración de “informes de ejecución mensuales” y la “reducción de precio por mejoras”.

Solicita que finalmente se declare la nulidad de la adjudicación resolviendo la adjudicación a favor de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., así como resuelva cuanto proceda para la efectiva adopción de las medidas cautelares solicitadas.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe al recurso, respecto al fondo de la cuestión, el órgano de contratación señala que la exclusión viene determinada por la aplicación de los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas (PPT), de tal modo que el hecho de no valorar los teléfonos móviles en su oferta técnica, conforme a las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), y el PPT supone el incumplimiento de un elemento esencial del mismo a la luz de las cláusulas del mismo.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

Se opone al recurso, manifestándose en términos similares al órgano de contratación, estimando que el comportamiento de la entidad recurrente podría ser temerario, y por ello susceptible de ser objeto de multa por este Tribunal, si bien no ahonda en cuanto a ello conforme a lo preceptuado en el artículo 58.2 LCSP.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la exclusión de la oferta de la entidad recurrente por no aportar la valoración de los terminales.

La razón de la exclusión explicitada en la notificación de la adjudicación recoge la siguiente motivación: “No entrega el “catálogo de móviles valorado”, información que se considera condición esencial para la correcta ejecución del contrato, ya que afecta tanto al contenido como a todo el tiempo de duración del contrato. Por otra parte, destacamos que el proveedor no menciona nada en su memoria técnica de otras seis condiciones accesorias o no esenciales”.

La cláusula 8.7 del PCAP dispone:

“8.7. Se presentarán tres sobres;

- Sobre A: que contendrá la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos (ver cláusula 9.1.).

- Sobre B: que contendrá la información necesaria para comprobar que la oferta presentada por la empresa licitadora, cumple con los requerimientos técnicos recogidos en el PPT (ver cláusula 9.2.).



- Sobre C: que contendrá la información necesaria para efectuar la valoración de las ofertas mediante criterios cuya cuantificación dependa de la mera aplicación de fórmulas recogidos en el Anexo 2 (ver cláusula 9.3.)”.

Por su parte, la cláusula 9.2 del PCAP establece:

“ 9.2.- Sobre B. Documentación relativa al cumplimiento de los requerimientos técnicos.

En este sobre se incluirá la documentación requerida para comprobar que la oferta presentada por la empresa licitadora, cumple con los requerimientos técnicos exigidos para el objeto de la presente licitación, recogidos en el PPT.

En el Sobre B se incluirá con carácter general la siguiente documentación:

1. Memoria técnica que detalle la información necesaria para comprobar que la oferta presentada por la empresa licitadora cumple con los requerimientos técnicos del PPT para este contrato.
 2. Documento de precios por exceso de consumo aplicables en los suministros y servicios no incluidos en la tarifa plana ofertada.
 3. Cuadro de incidencias que incluya periodos de resolución de las mismas, así como la penalización en cada caso concreto.
- Además, se podrá incluir cualquier otra documentación complementaria que estimen oportuna las empresas licitadoras.”.

Señala que la prescripción 2.3 del PPT establece:

“Se entregarán terminales nuevos para la renovación del parque actual de ARCGISA que está formado por los siguientes dispositivos:

- o 10 terminales móviles de la gama TOP.
- o 25 terminales móviles de la gama ALTA.
- o 100 terminales móviles de la gama MEDIA.
- o 45 terminales móviles de la gama BAJA.
- o 50 terminales móviles de la gama Básica (VOZ).
- o 22 dispositivos pastilla USB con conexión a internet.
- o 80 terminales de sobremesa.* o 4 terminales de sobremesa con servicio de operadora.

La renovación se realizará a demanda de ARCGISA conforme vaya siendo necesario. Para asegurar la necesaria adaptación del contrato a las necesidades de ARCGISA en caso necesario, será posible la permuta entre terminales de distinta gama.

Dentro de la oferta se presentará un catálogo actualizado que recogerá los dispositivos disponibles para su renovación. Para la clasificación de los terminales en su correspondiente gama, se estará a las características técnicas establecidas en la cláusula 3.7 de este Pliego.

Los precios de catálogo nunca serán superiores a los que la empresa adjudicataria oferte en su mercado minorista.
*Los terminales de sobremesa podrán ser sustituidos por licencias Softphone a petición de ARCGISA según lo establecido en la cláusula 3.7.3 de este Pliego”.



La prescripción 3.7 del PPT determina las características técnicas de los terminales telefónicos. El apartado 4 para terminales de telefonía móvil, con las especificaciones técnicas mínimas de los mismos, y que concluye como sigue: “Los terminales que se incluyen en la oferta deberán aparecer valorados individualmente según valor de mercado de los mismos”. Es decir, se establecía la exigencia de que las entidades licitadoras, en el Sobre B, debieran aportar un “catálogo de móviles valorado”.

La entidad recurrente en la memoria presentada justificaba la falta de valoración expresando en su oferta que: “Los terminales ofertados no pueden aparecer valorados en la presente memoria por ser motivo de exclusión, para conocer su valoración, al ser actualmente clientes de Vodafone, se dirige a ARCGISA y MANCOM. de MUNICIPIOS del CAMPO de GIBRALTAR al catálogo publicado y actualizado mensualmente en el Área de clientes”.

En cuanto a las cuestiones planteadas, el artículo 139.1 de la LCSP establece que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”, mención al pliego de condiciones particulares que se extiende al pliego de prescripciones técnicas. Si bien las condiciones afectan exclusivamente a la ejecución del contrato, pueden exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución, hay que señalar que no son admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajusta a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión de la licitadora. En consecuencia, es exigible que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica al contenido del pliego de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, sin que sea necesario que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al pliego de prescripciones técnica.

Partiendo de esta base, debe señalarse que la posibilidad de excluir a una entidad licitadora por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas está expresamente recogida en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

Por tanto, es innegable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión de la entidad licitadora, siempre que ello suponga la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por la licitadora al presentar su oferta.

Es decir, es necesaria la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.



Pero debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa, es decir, a la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria, principios recogidos en el art 1 de la LCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 132 de la LCSP cuando exige que: *“ los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*. En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación.

Por todo ello, no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato, es decir, el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. De este modo cuando el artículo 139.1 de la LCSP, dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de las entidades licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. No puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Debe presumirse que la propuesta de la entidad licitadora en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar, y solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así, no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de las licitadoras para cumplir lo ofertado, como ocurre en este caso, pues de la afirmación contenida en la propuesta técnica la mesa de contratación pudo integrar la valoración de los terminales accediendo al área de clientes al que se remitía la propuesta, más aún a la vista de lo irregular que resulta establecer una serie de precios sobre determinados suministros en la oferta técnica a presentar por la licitadora.

La propuesta de la entidad recurrente cumple el PPT, pues realizaba la valoración por remisión al catálogo actual, y por otro lado no superaba los precios de mercado.

Desestimamos pues que exista un incumplimiento, pues ante la posibilidad de ser excluido, realiza una remisión al área de clientes de su web, de donde se puede extraer que sí existiría una valoración. Es decir, no puede estimarse omitido el cumplimiento del deber de valorar los terminales, en el sobre de la oferta técnica, dado que esa



exigencia de incluir una valoración se trata de una exigencia que afecta al criterio precio. Es decir, si bien los pliegos están consentidos, no deja de ser una anomalía que se exija valoración del suministro que se va a aportar, cuando lo esencial es la calidad de lo ofertado y no el precio.

Estimamos que no es cierta la afirmación de inexistencia de “catálogo de móviles valorado”, pues advierte en su oferta que los precios están en su área de clientes, de los que la mancomunidad ya es cliente.

Dada la anomalía del pliego de exigir una valoración económica de los suministros en el sobre B, correspondiente a la oferta técnica, no puede sostenerse que no exista valoración, pues sí que existía por remisión.

A estos efectos, si bien como es sabido respecto de las dudas que arroja la oferta técnica, no está reconocida de una forma expresa la posibilidad de solicitar aclaración¹, dados los términos del PPT, debe considerarse el presente supuesto conforme el principio de subsanabilidad de los defectos formales, para proteger los principios generales, ya que permitiría la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. De ahí que la mesa de contratación a la hora de tomar su decisión, además de valorar la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia, debió evaluar si la aclaración o subsanación contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. Estimamos que el principio de igualdad de trato de los operadores económicos no implica obstáculo alguno en este caso para que la entidad adjudicadora requiera a una licitadora con la finalidad de que aclare una oferta si el órgano de contratación no pudo acceder a dicho catálogo que estaba en la red.

En conclusión, la solicitud de aclaración o subsanación de las ofertas es factible para la mesa de contratación, cuando juzga que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando conciben que se han de corregir errores materiales en la redacción de la oferta; por tanto, no están obligados a solicitarla si entienden que la misma es lo suficientemente clara y precisa. Es decir, una solución caso por caso, donde cada órgano de contratación o la mesa de contratación, según proceda, pondere entre la oportunidad y legalidad de esta posibilidad, concretando qué defectos de la oferta presentada por las entidades licitadoras son susceptibles de aclararse o subsanarse y cuáles implican una modificación de la oferta y, por ello, atentan contra el principio de igualdad. Es decir, en este caso, es permisible solicitar aclaraciones o subsanaciones que pretendan solventar ambigüedades siempre que ello no suponga, en modo alguno, variación de la oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, propios de un procedimiento administrativo de concurrencia competitiva y básicos de toda licitación en los artículos 1 y 132 de la LCSP como ocurría en el presente supuesto, pues la aclaración no se trata de un requerimiento técnico esencial que permita hacer de mejor condición la oferta técnica de la ahora recurrente, que también incumple otros requerimientos técnicos accesorios o no esenciales.

El principio de subsanabilidad de los defectos formales, además de proteger a los principios generales ya mencionados previamente (en particular a los principios antiformalista, de libre concurrencia y de buena

¹ El art. 95 LCSP se ubica sistemáticamente dentro de la Sección 2 del Capítulo II del Título II del Libro de la LCSP, respecto a la acreditación de la aptitud para contratar. Arts. 141.2 y 326.2.a) LCSP limita la corrección de defectos subsanables a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y a la declaración responsable. Algo semejante ocurre con el art. 22 Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Igualmente el art.81 del antedicho Reglamento, el cual habla de “defectos u omisiones subsanables” El artículo 176.1 de la LCSP recoge específicamente la posibilidad de precisar o aclarar las ofertas, al prever lo siguiente: “La mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio”. Ahora bien, hay que remarcar que esta previsión es específica y típica del diálogo competitivo.



administración), puede contribuir, en determinados supuestos, a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. De ahí que la mesa de contratación a la hora de tomar su decisión, además de valorar la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia, deberá evaluar si la aclaración o subsanación contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. En este sentido, la Resolución 260/2019, de 9 de agosto de 2019 de este Tribunal.

Por todo ello, estimando que la oferta, si bien no contenía la valoración que establecía el PPT, dadas las circunstancias concurrentes, debía haberse integrado la oferta o bien haber solicitado aclaración que no constituía cambio de la misma dados los términos en los que había sido formulada, pues preveía una remisión. La prescripción técnica de exigir una valoración en la oferta técnica supone introducir cierta confusión. Es decir, obligar a que se valore por las entidades licitadoras una parte del contrato, el suministro de los terminales. Por mucho que los pliegos estén consentidos, no deja de ser un contenido impropio del mismo. A su vez, se tiene en cuenta que la oferta contenía una remisión expresa a la valoración preexistente y de mercado, a la que fácilmente podía haber accedido el órgano de contratación, por disponer de ella dado que era la hasta entonces adjudicataria a través del área de cliente de su sitio web en internet. Esto es, sin necesidad de aclaración.

Por todo ello, y conforme a los principios abordados no puede constatarse una contravención plena del PPT que deba tener como único efecto la exclusión, y todo ello si las circunstancias concurrentes en estos casos son ponderados conforme a los principios anteriormente puestos de relieve.

Por todo ello, el recurso debe ser estimado por este motivo, retro trayéndose las actuaciones a fin de que se permita por la mesa bien integrar la valoración de los terminales con los precios que se indican en el área de clientes, o bien pidiendo una aclaración expresa.

2. Pretensión subsidiaria: sobre el incumplimiento de determinados requerimientos técnicos del PPT en la memoria técnica presentada por la entidad adjudicataria.

Señala la entidad recurrente, que para el caso en el que no prospere la pretensión anterior debe tenerse en cuenta que la entidad ORANGE, y también su propia entidad VODAFONE no mencionan en la memoria técnica determinados requerimientos del PPT. Alega la entidad recurrente que no se incluyen requerimientos esenciales del pliego, y que sólo se excluye a VODAFONE porque se considera que una de las deficiencias es esencial, término que en ningún caso es establecido para ninguna de las obligaciones del pliego. Así, el cuadro contenido en el informe de valoración indicaba al final del mismo que ORANGE no menciona el requerimiento de “Implantación en 30 días máximo”, la elaboración de “Informes de ejecución mensuales” y la “reducción de precio por mejoras”.

De este modo solicitaba, subsidiariamente, que no pudiendo haber calificación y motivo de que un incumplimiento del pliego fuese más importante que otro, en su caso las dos licitadoras incumplirían y sería nula la adjudicación a ORANGE que debió ser excluida.

A la vista de ello cumple mencionar que siendo subsidiaria no procede realizar valoración alguna al respecto, si bien a mayor abundamiento se dirá, dados los efectos estimatorios del recurso, que vistos los términos del pliego y la valoración realizada sobre los mismos por este Tribunal, que ello debe tenerse en cuenta a los efectos de la retroacción ordenada en el fundamento de Derecho anterior, que como bien dice la entidad recurrente no existe identificados puntos críticos en el PPT, de tal modo que después pueda considerarse cuando un ítem es esencial y cuando no, más aún en una cuestión técnica, de tal modo que el pliego al no establecer de una forma taxativa la exclusión, ello solo podrá determinarse con la interpretación de las memorias, de tal modo que solo pueda concluirse una contravención de pleno con el PPT, y solo entonces podría ser excluida, agotando la posibilidad de



la interpretación de la memoria presentada y , en su caso, aclaración, a la vista de poder desestimar conforme a los principios que rigen la contratación pública las ofertas de las entidades licitadoras, más aún dada la falta de determinación de los pliegos respecto de este efecto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de la infracción que ha sido analizada debe llevarse a cabo anulando la resolución de adjudicación y con ello la exclusión de la entidad recurrente, a los efectos de proceder a retrotraer el expediente al momento de valoración de la oferta de la entidad recurrente en ese extremo concreto, sin poder valorar la oferta de nuevo en el resto de su conjunto, así como tampoco la de la entidad ORANGE, para que en el caso en el que no exista causa de exclusión proseguir la licitación, y efectuar el acto público de apertura del Sobre C, tal y como se recoge en la cláusula 11.2.C) del PCAP respecto de la entidad recurrente, para proceder a la calificación de la oferta en base a los criterios de adjudicación que se recogen en el Anexo 2 del PCAP, cuya cuantificación depende de la mera aplicación de una fórmula matemática, y efectuados los correspondientes cálculos, realizar nueva propuesta de adjudicación.

OCTAVO. Sobre la multa solicitada.

Sobre lo anterior, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma»*, en este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional: *«Es criterio de esta Sala que “La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución” (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014, recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular “algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas” (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015, recurso 26/2014).*

Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014, recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)).

Al respecto, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la*



falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita», o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, «La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, no se aprecia una evidente falta de fundamentación y de viabilidad jurídica del mismo en tanto que se invoca interés legítimo en el recurso, pero no carece del contenido impugnatorio mínimo. En el supuesto que nos ocupa, si bien no se articula con la debida argumentación no se puede considerar que se haya sobre pasado la exigencia de la diligencia media exigible, no procediendo la imposición de la misma. A más el artículo 31 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 el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, recoge que la multa solo procede en los supuestos en el que la resolución es desestimatoria.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S. A. U.**, contra el acuerdo de adjudicación de 7 de septiembre de 2023 dictado en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Contratación del sistema de comunicaciones de telefonía y datos móviles para la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA) y su entidad matriz, la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar (Mancomunidad)», (Expediente 11-3-2023), convocado por dicha sociedad, entidad dependiente de la citada Mancomunidad y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

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

