

Recurso 492/2019

Resolución 197/2020

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

Sevilla, 4 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** contra la adjudicación del contrato denominado «Servicios de voz, datos e Internet de banda ancha para el Ayuntamiento de Almería» (Expte. C-76/2018), lote 1, promovido por el mencionado Ayuntamiento de Almería, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 de febrero de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El mencionado anuncio se publicó, el 12 de febrero de 2019, en el Diario Oficial de la Unión Europea n.º 2019/S 030-067297.

El valor estimado del contrato asciende a 1.538.581,39 euros

SEGUNDO. 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 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.

TERCERO. Con fecha 19 de marzo de 2019, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación con el objeto de dar cuenta de las gestiones realizadas por el servicio de contratación en relación con la comprobación de diversos extremos relacionados con la presentación de ofertas en la plataforma de licitación electrónica. En la mencionada sesión la mesa de contratación acordó la inadmisión de la oferta por lotes individualizados y la oferta integradora de la recurrente por haberse presentado fuera del plazo establecido para ello. El acta fue publicada en el perfil de contratante el día 5 de abril de 2019.

CUARTO. El 7 de junio de 2019 la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante VODAFONE) solicitó el acceso al expediente al órgano de contratación. Con fecha 30 de octubre de 2019, tuvo lugar trámite de vista del expediente ante el órgano de contratación en el que la recurrente accedió de forma parcial a la documentación contenida en el sobre 2 de la oferta presenta por ORANGE ESPAGNE, S.A.U., respecto del lote 1.

QUINTO. El 19 de noviembre de 2019, la Junta de Gobierno Local de la Ciudad de Almería acordó adjudicar el contrato, respecto de los lotes 1 y 2, a favor de la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en adelante ORANGE). El mencionado acuerdo fue publicado en el perfil de contratante el 25 de noviembre de 2019.

SEXTO. El 11 de diciembre de 2019, la entidad VODAFONE solicitó acceder al expediente por segunda vez; en esta ocasión el acceso se refiere a la oferta de ORANGE respecto de los lotes 1 y 2. El 17 de diciembre de 2019 se publicó en el perfil de contratante comunicación del órgano de contratación relativa a la nueva concesión a la recurrente del trámite de vista de expediente.

SÉPTIMO. Con fecha 17 de diciembre de 2019, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VODAFONE contra la adjudicación del contrato. Además, la recurrente solicita en su escrito que se le dé acceso al expediente de contratación.



OCTAVO. Mediante oficio de fecha 17 de diciembre de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso presentado al órgano de contratación y le solicitó el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. El 10 de enero de 2020, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación requerida, en la que se incluye solicitud del órgano de contratación dirigida a este Órgano para que acuerde el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

NOVENO. El 5 de febrero de 2020, este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato anteriormente mencionado.

DÉCIMO. Con fecha 26 de febrero de 2020, este Tribunal acuerda denegar a la recurrente el acceso al expediente de contratación al considerar que su solicitud no se encuentra amparada en el supuesto previsto en el artículo 52.3 de la LCSP.

UNDÉCIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.

DUODÉCIMO. El 15 de mayo de 2020, la Secretaría del Tribunal da traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 26 de noviembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Almería, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta en principio legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio del análisis que se efectuará más adelante.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad recurrente el 25 de noviembre de 2019 y su notificación se



produjo el día 26 de noviembre de 2019. En todo caso, aun computando desde la fecha en que la adjudicación se publicó en el perfil de contratante, el recurso presentado el 17 de diciembre de 2019 en el registro electrónico de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La entidad VODAFONE interpone el presente recurso contra el acuerdo, de 19 de noviembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato a favor de ORANGE, respecto del lote 1. La recurrente argumenta que si bien su oferta fue excluida de la licitación, ha detectado un incumplimiento en la oferta de la entidad adjudicataria que podría conllevar a que se declarase desierto el procedimiento al ser la misma la única admitida al procedimiento respecto del lote indicado.

Según se indica en el escrito de recurso, el supuesto incumplimiento en la oferta de la entidad adjudicataria fue detectado por VODAFONE en el trámite de vista de expediente que tuvo lugar el día 30 de octubre de 2019, previa petición de fecha 7 de junio de 2019. En síntesis, la recurrente argumenta que en la oferta de ORANGE al lote 1, se incluye un modelo de terminal telefónico denominado “Huawei Psmart X” que no existe por lo que, a su juicio, debió tenerse por no incluido en su proposición.

En este sentido, la recurrente considera que la inclusión de este terminal constituye un incumplimiento de la cláusula 7.1.3.1. del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que establece que no serán evaluadas aquellas ofertas que no incluyan el catálogo con los 15 terminales que se exigen. En consecuencia, argumenta, la mesa de contratación debió excluir la propuesta de ORANGE del procedimiento de licitación.

Además, VODAFONE manifiesta que con posterioridad a que el órgano de contratación le notificara la adjudicación solicitó una segunda vista de expediente, el 11 de diciembre de 2019, con el objetivo de acceder a la oferta de ORANGE esta vez, respecto de los lotes 1 y 2, y así comprobar si su oferta incurría en incumplimientos adicionales. Afirma, que a la fecha de presentación del recurso no se le había conferido el mencionado trámite; en este sentido, la recurrente argumenta que dicha petición se realizó al considerar



que el primer acceso que tuvo al sobre 2 de la oferta de ORANGE, el 30 de octubre de 2019, fue parcial sin que ello estuviera realmente fundamentado en defensa de la confidencialidad de la propuesta.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe al recurso alega respecto de esta segunda petición de vista de expediente que con fecha 17 de diciembre de 2019, se le notificó a VODAFONE y se publicó en el perfil de contratante comunicación relativa a la posibilidad de ejercitar su derecho a acceder al expediente de contratación -extremo comprobado por este Tribunal-.

Sobre el escrito de recurso el órgano de contratación solicita su inadmisión. En este sentido, argumenta que la resolución de adjudicación recoge la exclusión de la oferta a lotes individualizados y de la oferta integradora de VODAFONE al haberse presentado fuera del plazo previsto para ello y que, sin embargo, la recurrente en su escrito no combate su exclusión sino la adjudicación del contrato a otra entidad con la intención de que el procedimiento quede desierto respecto del lote 1.

En este sentido, el órgano de contratación considera que al haber transcurrido el plazo para la presentación de recurso contra la exclusión de su oferta dicho acto ha devenido firme y se ha de considerar consentido por parte de VODAFONE por lo que solicita, como se ha mencionado, su inadmisión.

De manera subsidiaria el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso, respecto del lote 1, en síntesis, aporta junto a su informe una declaración del suministrador HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA, S.L. en el que se afirma que es el distribuidor de los productos de la mencionada marca en España. Argumenta, que en la mencionada declaración se indica que existió un producto que inicialmente se denominó "*P Smart X*" y que finalmente se cambió a "*P Smart Z*" para su distribución en España, y que independientemente de su denominación, su marca o su nombre comercial es "*Starck-L21A*", de lo que concluye que la oferta de ORANGE sí cumple con las prescripciones del PPT.

Finalmente, con relación a una posible impugnación de la adjudicación de ORANGE tras un hipotético trámite de vista del expediente en el que la recurrente pudiera acceder a la oferta de la mencionada entidad, respecto del lote 2, y ampliara su recurso el órgano de contratación solicita que sea desestimado por falta de fundamentación jurídica en tanto que en su escrito de recurso no se alude a infracción alguna de la oferta ORANGE respecto del lote 2.



SEXTO. Pues bien, con carácter previo al examen del fondo del recurso ha de analizarse el alegato de falta de legitimación ad causam de la recurrente esgrimido por el órgano de contratación.

En este sentido, y como antes se ha mencionado procede traer a colación el hecho de que en la sesión de la mesa de contratación, de 19 de marzo de 2019, se acuerda la inadmisión de la oferta por lotes individualizados y de la oferta integradora presentada por VODAFONE. Según el tenor literal del acta levantada al efecto, el motivo fue el siguiente: *«dichas ofertas son extemporáneas al haber sido presentadas una vez finalizado el plazo de presentación de proposiciones ya que este concluía a las 14:00 del día 13 de marzo de 2019»*. Dicha acta fue publicada en el perfil de contratante el día 5 de abril de 2019.

Como se ha indicado, la recurrente solicitó vista del expediente en dos ocasiones, el 7 de junio y el 11 de diciembre de 2019, mediante escritos en los que VODAFONE manifiesta tener conocimiento de que su oferta fue excluida del procedimiento de licitación y en los que argumenta que su objetivo es detectar determinados incumplimientos en la oferta de la adjudicataria con el objetivo de que el procedimiento se declare desierto.

Por otro lado, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación, el 19 de noviembre de 2019, dicha resolución, que fue publicada en el perfil de contratante 25 de noviembre de 2019 y que le fue notificada a la recurrente, el 26 de noviembre de 2019, es la combatida por VODAFONE en el recurso presentado el 17 de diciembre de 2019. En este sentido, la recurrente no cuestiona en su escrito la inadmisión de su oferta -que además ha de entenderse firme, al no constar que haya sido combatida en el plazo previsto para ello- sino que argumenta que dado que la oferta de la entidad adjudicataria, respecto del lote 1, incumple una de las prescripciones exigidas en el PPT debe ser excluida del procedimiento y siendo la única licitadora admitida quedaría así la licitación desierta.

Sobre lo anterior y como este Tribunal ha venido pronunciando (v.g. Resolución 439/2019, de 27 de diciembre, 44/2020, de 11 de febrero, 91/2020 y 95/2020 ambas de 13 de marzo), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sostiene que en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, las entidades licitadoras tienen un interés legítimo en que se excluya la



oferta de las otras para obtener el contrato, con independencia del número de entidades participantes en el procedimiento y del número de ellas que haya interpuesto recurso.

En concreto, en el apartado 24 de la Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2016, PFE, asunto C-689/13, se dispone que *«En el apartado 33 de la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), el Tribunal de Justicia consideró que el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador rechazado en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento, dado que, en tal hipótesis, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los demás, lo que puede llevar a la constatación de que el poder adjudicador no puede proceder a la selección de una oferta adecuada»*. Asimismo, en los apartados 26 y 27 de dicha Sentencia de 5 de abril de 2016 se dispone que *«26 La anterior sentencia [Fastweb asunto C-100/12] concreta las exigencias de las disposiciones del Derecho de la Unión citadas en el apartado 23 de la presente sentencia en circunstancias en las que, a raíz de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dos licitadores interponen sendos recursos para lograr la exclusión del otro licitador.*

27 En tal situación, cada uno de los licitadores tiene un interés en lograr un contrato determinado. En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que el otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de los dos licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, de este modo, obtener indirectamente el contrato.»

Sin embargo, en la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, asunto C355/15, se dispuso que es admisible que una licitadora que ha sido excluida de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando la licitadora excluida y la adjudicataria del contrato son las únicas que han presentado ofertas y aquella licitadora sostiene que la oferta de la adjudicataria también debería haber sido rechazada.

En concreto en el apartado 33 y siguientes de la citada Sentencia de 21 de diciembre de 2016 se establecía:

«33 De ello se infiere que el principio jurisprudencial sentado en las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), y de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), no es aplicable a la situación procesal y contenciosa controvertida en el litigio principal.



34 Procede observar, por añadidura, que, como resulta de los artículos 1, apartado 3, y 2 bis de la Directiva 89/665, ésta garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada.

35 En estas circunstancias, no cabe interpretar el artículo 1, apartado 3, de la mencionada Directiva en el sentido de que se opone a que a un licitador como el consorcio se le niegue el acceso al recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, en tanto en cuanto deba considerarse a dicho consorcio un licitador definitivamente excluido en el sentido del artículo 2 bis, apartado 2, párrafo segundo, de la misma Directiva.

36 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.».

Igualmente, la doctrina del Tribunal Supremo (valga por todas las Sentencias de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 18 de abril de 2012) señala que una vez que la recurrente fue excluida del procedimiento de contratación y consintió dicha exclusión, se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carece de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo.

Aplicando todo lo anterior al presente supuesto, se debe concluir que en tanto que la entidad VODAFONE fue excluida del procedimiento de contratación y dado que no combatió tal decisión en el momento procedimental oportuno -en los términos que se han expuesto anteriormente-, teniendo en cuenta que dicha decisión tampoco ha sido cuestionada en su recurso contra la adjudicación, ha de entenderse que aquella ha adquirido carácter definitivo, de modo que ningún beneficio puede obtener ya en el seno del procedimiento cuya adjudicación impugna lo que conlleva que carezca de legitimación para la interposición del recurso.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, al constar la falta de legitimación de la recurrente, procede inadmitir el recurso por tal causa, lo que impide que este Tribunal pueda acceder a su solicitud de



vista de expediente, a que se realice la práctica de prueba solicitada, así como entrar a conocer los motivos de fondo en que el recurso se ampara.

SÉPTIMO. A mayor abundamiento, y sobre la cuestión de fondo controvertida procede indicar, de forma sintética, que en el supuesto de que el recurso no hubiera sido inadmitido el mismo se habría desestimado. En este sentido, VODAFONE funda su pretensión en el presunto incumplimiento por parte de la oferta de ORANGE del la cláusula 7.1.3.1. del PPT al incluir un modelo de terminal telefónico “Huawei Psmart X” que no existe siendo este el motivo por el que entiende que su oferta debió ser excluida del procedimiento de licitación.

Sobre esta cuestión, se debe de partir del dato de que la cláusula del PPT invocada por la recurrente establece que no serán evaluadas aquellas propuestas que no incluyan el catálogo con los 15 terminales que se exigen y no que estas ofertas sean excluidas, dicho esto, consta en el expediente remitido a este Tribunal por el órgano de contratación declaración del suministrador HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA, S.L., de 19 de diciembre de 2019, en la que se afirma lo siguiente:

“Que Huawei es distribuidor del producto con referencia Stark-L21A, en adelante el “Producto” distribuido en España, que el producto tiene una única referencia interna que es la que corresponde con: «type: Stark-L21A, color: Midnight Black, BOM: 51093WDL, EAN: 6901443299317» Que el producto fue inicialmente denominado con la marca P Smart X y que finalmente se cambió a P Smart Z para su distribución en España. Que, independientemente de la denominación del producto, su marca o su nombre comercial del producto es Stark-L21A y a día de hoy se comercializa con la denominación P Smart Z y nunca se ha comercializado bajo la denominación P Smart X”.

En este sentido y como indica el órgano de contratación *“dado que el identificador real del producto: nombre del proyecto, referencia interna, BOM y EAN han permanecido inalterables desde el inicio, a pesar de que su nombre comercial se haya visto alterado, podemos afirmar que el producto denominado comercialmente P smart Z y el incluido en la oferta de ORANGE con la denominación P smart X es exactamente el mismo”.*

En consecuencia, y como este Tribunal ha considerado en otras ocasiones ante supuestos similares (v.g. Resolución 55/2017, de 24 de marzo), teniendo en cuenta que, en cualquier caso, desde un punto de vista



material el producto existe y que realmente la cuestión se circunscribe a la mera denominación comercial del producto, este Órgano concluye que el recurso habría sido desestimado.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** contra la adjudicación del contrato denominado «Servicios de voz, datos e Internet de banda ancha para el Ayuntamiento de Almería» (Expte. C-76/2018), lote 1, promovido por el mencionado Ayuntamiento de Almería, por falta de legitimación de la recurrente.

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, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal mediante Resolución, de 5 de febrero de 2020.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes 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.

