

Recurso 61/2019**Resolución 326/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.**, contra la Resolución de la Presidencia de la Corporación, de 30 de enero de 2019, por la que se adjudica el contrato denominado “Contrato de Telefonía Fija y Móvil, Datos y Acceso a Internet” (Expte. 02/2018), promovido por el Consorcio de Bomberos de Cádiz, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Con fecha 15 de octubre de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del expediente de contratación indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 218.428,56 euros y entre las empresas



que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

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 citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 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 30 de enero de 2019, se dictó la resolución de adjudicación a favor de la licitadora ORANGE ESPAGNE, S.A. (en adelante, ORANGE) que se notifica con fecha 31 de enero del citado año a la recurrente.

CUARTO. Con fecha 20 de febrero de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial interpuesto por la entidad UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la mencionada resolución de adjudicación de fecha 30 de enero de 2019.

En su escrito, TELEFÓNICA solicita a este Tribunal vista del expediente, pues sostiene que la información facilitada por el órgano de contratación, con fecha 15 de febrero de 2019, no satisface su interés y perjudica su derecho a la defensa y formulación de alegaciones contra la adjudicación.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 21 de febrero de 2019, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el preceptivo informe sobre el mismo, el expediente de contratación y el listado de las licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación. Asimismo, se le comunica que siendo el



acto recurrido la adjudicación, opera la suspensión automática establecida en el artículo 53 de la LCSP. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal con fecha 27 de febrero de 2019.

En el mismo escrito de 21 de febrero de 2019, y habiendo solicitado la recurrente vista del expediente, desde este Tribunal se le requiere al órgano de contratación para que se pronuncie sobre aquellos documentos que considere no deben ser divulgados o puestos de manifiesto en el acto de la vista, justificando debidamente tal extremo. Este requerimiento es atendido con fecha 27 de febrero de 2019.

Posteriormente, con fecha 8 de marzo de 2019, la Secretaría de este Tribunal se dirige, nuevamente, al órgano de contratación requiriéndole que aporte documentación adicional en la que se motive la consideración de la confidencialidad de parte de la documentación solicitada por la recurrente que haya justificado la denegación del acceso a la misma en el trámite de vista del expediente producido con fecha 15 de febrero de 2019, así como la justificación de la prevalencia del principio de confidencialidad sobre el principio de publicidad, en su caso. Con fecha 8 de abril de 2019, tiene entrada en el registro de este Tribunal la documentación requerida.

SEXTO. Con fecha 14 de abril de 2019, la Secretaría del Tribunal comunicó a la recurrente que podía proceder a la vista del expediente en la sede del mismo y le informó de cuáles documentos se consideraban de carácter confidencial. TELEFÓNICA concretó el día 17 de abril, a las 11 horas, para dicho acto, no habiéndose personado para el mismo, tal como se recoge en diligencia extendida al efecto.

SÉPTIMO. Con fecha 3 de mayo de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.



Con fecha 10 de mayo de 2019, la empresa ORANGE, -única licitadora, junto con la recurrente, y que ha resultado adjudicataria-, presenta escrito de alegaciones en el que rebate los argumentos del recurso y solicita a este Tribunal que inadmita el recurso por falta de legitimación de la recurrente o subsidiariamente lo desestime y deniegue el acceso a ningún otro apartado de la oferta técnica de ORANGE distintos de los expresamente señalados como no confidenciales.

OCTAVO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 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.

El apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*



Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011, permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Consorcio de bomberos de Cádiz manifiesta que no dispone de órgano especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. En principio, ostenta legitimación la 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 de lo que se analizará 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 en el artículo 44 de la LCSP.

En este sentido, el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado asciende a 218.428,56 euros, convocado por una 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. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo



dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación ha sido notificada con fecha 31 de enero de 2019 y el recurso ha sido recepcionado en el registro de entrada de este Tribunal con fecha 20 de febrero del presente año, por lo que ha sido interpuesto en el plazo de quince días hábiles establecido en el citado artículo 50 de la LCSP.

QUINTO. Verificado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión, procede el examen de las cuestiones planteadas.

La mesa de contratación, en su sesión de 19 de diciembre de 2019, procede en acto público a la apertura de las proposiciones económicas de las licitadoras. Así, ORANGE presenta una oferta por 251.712,33 euros y TELEFÓNICA plantea una propuesta económica por 1.225.575,47 euros, muy superior al precio de licitación fijado en los pliegos que asciende a 251.712,91 euros, IVA incluido. Por lo que, la mesa adopta la decisión de excluir la oferta de TELEFÓNICA.

Mediante Resolución de la Presidencia de la Corporación, de fecha 30 de enero de 2019, se adjudica el contrato denominado “Contrato de Telefonía Fija y Móvil, Datos y Acceso a Internet” a la entidad ORANGE.

Disconforme con la decisión de adjudicación adoptada por el órgano de contratación, la hoy recurrente presenta recurso especial en materia de contratación contra el referido acto. Solicitando a este Tribunal: a) que tenga por interpuesto el presente recurso contra la adjudicación del contrato de referencia; b) que requiera al órgano de contratación traslado del expediente y ordene la suspensión del mismo hasta la resolución del presente recurso; c) que dé efectivo acceso al expediente a la recurrente, para comprobar por sí misma el cumplimiento de los requisitos de los pliegos de la oferta adjudicataria; y d) que



le conceda a la recurrente nuevo plazo para presentación de alegaciones, una vez haya tenido efectivo acceso al expediente.

En particular, centra sus argumentos en las siguientes alegaciones:

1. Indicios de incumplimiento en la oferta de ORANGE. La recurrente sostiene que desde el conocimiento de las condiciones y precios de mercado de los equipos e inversiones necesarias para dar cumplimiento a las exigencias del Pliego, tiene fundadas razones para dudar de que la oferta de ORANGE, por un precio de 251.712,33 euros, cumpla con los requisitos objetivos impuestos por el Pliego de Prescripciones Técnicas.

2. Falta de acceso al expediente suficiente para satisfacer el derecho a la defensa y formulación del recurso especial.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe en el que rebate los alegatos esgrimidos por la recurrente y justifica las decisiones adoptadas.

Asimismo, la adjudicataria en su escrito de alegaciones combate con contundencia los alegatos de la recurrente y argumenta:

1. La falta de legitimación de TELEFÓNICA para la interposición del recurso.

2. La inexistencia de causa para recurrir y el uso de la figura del recurso especial para impugnar extemporáneamente los pliegos de la contratación y denunciar el presupuesto base de licitación.

3. La improcedencia de la solicitud de TELEFÓNICA de acceder a la oferta técnica y catálogo de servicios de ORANGE, en un claro ejercicio abusivo de derecho contrario al principio de buena fe .



Y solicita a este Tribunal que se inadmita el recurso o, subsidiariamente, se desestime por carencia de contenido impugnatorio y se deniegue la solicitud de acceso a ningún otro apartado de la oferta técnica de ORANGE distinto de los expresamente señalados por esta como no confidenciales.

SEXTO. Con carácter previo al estudio, en su caso, de los motivos del recurso, procede analizar detenidamente, como avanzábamos en el fundamento de derecho segundo, la legitimación ad causam de la recurrente.

Para ello, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 48 de la LCSP, relativo a la legitimación, que dispone *“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 (...)”*.

Pues bien, como se ha expuesto con anterioridad, la mesa de contratación en su sesión celebrada el 19 de diciembre de 2018, procedió a la exclusión de la oferta presentada por TELEFÓNICA, actual recurrente, por presentar una proposición económica por encima del presupuesto base de licitación. Dicha decisión de la mesa no ha sido atacada por la recurrente, ni en aquel momento ni ahora con ocasión del recurso contra la adjudicación, por lo que, debemos considerar que el acto de exclusión ha devenido firme.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sostiene que en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, los licitadores tienen un interés legítimo en que se excluya la oferta de los otros para obtener el contrato, con independencia del número de participantes en el procedimiento y del número de ellos que haya interpuesto recurso. Así, en un supuesto en el que se han presentado dos ofertas y la entidad adjudicadora adoptó dos decisiones simultáneas, una de rechazo de la oferta de uno de los licitadores y otra de adjudicación del contrato al otro, y el licitador excluido ha interpuesto un recurso contra esas dos decisiones, debe reconocerse



al licitador que ha interpuesto el recurso un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario, que puede llevar, en su caso, a que se determine que la entidad adjudicadora no puede proceder a la selección de una oferta adecuada (SSTJUE de 4 de julio de 2013, Fastweb, C100/12; de 5 de abril de 2016, PFE, C689/3; y de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C355/15).

Por otro lado, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo, es admisible que 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 (STJUE de 21 de diciembre de 2016, Technische Gebäudebetreuung y Caverion Österreich, C-355/15).

Igualmente, la doctrina del Tribunal Supremo (valga por todas SSTs, Sala 3ª, Sección 7ª , 12 y 18.4.12) señala que una vez que el recurrente fue excluido 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.

Procede, pues, la inadmisión del recurso interpuesto por ausencia de interés legítimo, en tanto que TELEFÓNICA ha sido excluida del procedimiento de contratación, no ha combatido tal decisión y, por tanto, esta ha adquirido carácter definitivo.

No obstante lo expuesto, y a mayor abundamiento, debe indicarse que de haber entrado este Tribunal al análisis del fondo del recurso, en cuanto al primer alegato de la recurrente, relativo a indicios de incumplimiento en la oferta de ORANGE, no quedan acreditados los motivos de tal incumplimiento, ya que, lo que se está cuestionando indirectamente es el presupuesto base de licitación y



los pliegos, pues la recurrente expone *“Que desde el conocimiento de mis mandantes de las condiciones y precios de mercado de los equipos e inversiones necesarias para dar cumplimiento a las exigencias del Pliego, mis mandantes tienen fundadas razones para dudar de que la Oferta de ORANGE ESPAGNE, SA, designada como adjudicataria, por un precio de 251.712,33 € cumpla con los requisitos objetivos impuestos por el Pliego de Prescripciones Técnicas.”* Y continúa diciendo con respecto a los requisitos que debe cumplir el Firewall según el apartado 11.2 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) *“Debido al precio de mercado de los equipos que satisfacen dichos requisitos objetivos, mis mandantes tienen dudas fundadas de que la Oferta de ORANGE ESPAGNE SA cumpla con dichos requisitos con el precio de su oferta.”*

Al respecto, téngase en cuenta que el presupuesto base de licitación estaba fijado en 251.712,91 euros, IVA incluido, y la oferta presentada por la adjudicataria asciende a 251.712,33 euros, IVA incluido. La diferencia entre la oferta adjudicataria y el presupuesto base de licitación es solo de cincuenta y ocho céntimos por debajo, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, no podría considerarse una oferta inviable por haber sido formulada en términos que la hicieran anormalmente baja.

Estaríamos, por tanto, ante un recurso que ataca indirecta y extemporáneamente los pliegos en cuanto a la definición de los requisitos exigidos y el presupuesto base de licitación fijado por el poder adjudicador, que lo considera insuficiente. Y donde la recurrente ha licitado con una oferta económica muy por encima de dicho presupuesto base de licitación, lo que ha motivado su exclusión.

En este sentido, ha de recordarse como tantas otras veces, que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni la adjudicataria impugnaron los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.



En este sentido se ha manifestado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 16/2019, de 24 de enero, que dice: *«(...) los pliegos son la ley del contrato entre las partes, que vinculan no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.*

Por lo tanto, si (...) consideraba que los lugares previstos en el PCAP para la presentación de las ofertas restringía su acceso a la licitación en igualdad de condiciones que los licitadores que presentaran sus ofertas desde territorio español, debió impugnarlo en el momento procedimental oportuno y no con ocasión de la comunicación de su exclusión del procedimiento, por lo que ahora necesariamente ha de estar al contenido de aquel, pues, transcurrido el plazo para recurrirlo y una vez presentada la oferta, pasó a ser un acto firme y consentido y su contenido resultó ya inalterable».

Todo ello nos conduce a concluir que el primer alegato del recurso que nos ocupa, debería haber sido desestimado.

En cuanto al segundo alegato, relativo a la supuesta falta de acceso de la recurrente a la documentación que conforma la oferta de la adjudicataria, tal como ha quedado constancia en el expediente, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 52 y 133 de la LCSP, ha facilitado el acceso a todos los documentos susceptibles de análisis y ha requerido a la adjudicataria informe sobre aquellos que deben ser considerados confidenciales. Además de ello, y en atención a la solicitud que hace TELEFÓNICA –que parece desconocer los límite de la confidencialidad establecidos en la LCSP, aun cuando ella misma, según informa el órgano de contratación, ha calificado de confidencial toda la documentación incluida en el sobre C- con ocasión del recurso, en la sede de este Tribunal se le facilita vista del expediente el día y a la hora propuesto por aquella, sin que se presentara a dicho acto; tal como se recoge en diligencia al efecto y ha quedado relatado en el antecedente de hecho sexto.



SÉPTIMO. Por último, la entidad adjudicataria ha cuestionado en su escrito de alegaciones la buena fe de la recurrente.

En este sentido, TELEFÓNICA ha sido excluida de la licitación por presentar una oferta superior al presupuesto base de licitación; la decisión de exclusión ha adquirido firmeza, pues no ha sido atacada por la recurrente; ha alegado indicios de incumplimiento en la oferta de la adjudicataria que, como ha quedado expuesto en el anterior fundamento de derecho, carecen de fundamentación puesto que lo que se combate indirectamente son los pliegos; y ha argumentado falta de acceso al expediente -aun cuando el órgano de contratación ha atendido tal petición- solicitando a este Tribunal vista del mismo, y no habiéndose personado para dicho acto. Todo ello, son indicios que debilitan la certeza de que el interés de la recurrente sea, exclusivamente, la obtención de un pronunciamiento del fondo del asunto. No obstante, y a partir de los mismos datos, tampoco se puede afirmar que la recurrente esté persiguiendo un resultado ilícito mediante la interposición del presente recurso.

En este sentido, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 octubre de 1991, dictada en el Recurso n.º 2136/1989, *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal considera que aun cuando podría haber indicios de mala fe o temeridad, no obstante, no se evidencia en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo.

Por tanto, no procede la imposición de multa de conformidad con lo dispuesto



en el artículo 58 de la LCSP.

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 **UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.**, contra la Resolución de la Presidencia de la Corporación, de 30 de enero de 2019, por la que se adjudica el contrato denominado “Contrato de Telefonía Fija y Móvil, Datos y Acceso a Internet” (Expte. 02/2018), promovido por el Consorcio de Bomberos de Cádiz, 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.

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. 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.

