

**Recurso 392/2020**

**Resolución 277/2021**

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

Sevilla, 22 de julio de 2021.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 3 de noviembre de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicios de telefonía fija, móvil, datos e Internet en el Ayuntamiento de Mijas” (Expte 0332 C.Sv.), convocado por el Ayuntamiento de Mijas (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 28 de abril de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 27 de abril de 2020. El valor estimado del contrato asciende a 1.815.740 euros.



A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento, el 3 de noviembre de 2020 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. que fue publicada en el perfil de contratante el 4 de noviembre.

**SEGUNDO.** El 17 de noviembre de 2020, según expone el órgano de contratación en su informe al recurso, tuvo entrada en su registro recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (VODAFONE, en adelante) contra la adjudicación del contrato.

El recurso especial fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal junto con la documentación necesaria para su tramitación y resolución, la cual hubo de ser completada posteriormente a requerimiento de la Secretaría de este Órgano.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados en el procedimiento por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, las ha formulado la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (ORANGE, en adelante).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

El recurso especial se dirige al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Mijas, si bien en el informe al recurso el órgano de contratación indica que resulta competente para su resolución el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, como consecuencia de la supresión del Tribunal mijeño acordada por el Ayuntamiento en Pleno en su sesión



ordinaria celebrada el 30 de junio de 2020 al punto 10.3 del orden del día. A tal efecto, se adjunta certificado del acuerdo adoptado sobre tal extremo que ha sido examinado por este Tribunal.

Por tanto, a la fecha de interposición del recurso especial interpuesto por VODAFONE el 17 de noviembre de 2020, el Ayuntamiento de Mijas no disponía de órgano propio para su resolución, siendo a tales efectos competente este Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP.

En sus alegaciones al recurso, ORANGE esgrime causa de inadmisión por carecer la persona que suscribe aquel de las preceptivas facultades para interponerlo. Tal causa de inadmisión no puede prosperar. Al escrito de recurso se adjunta escritura del poder otorgado a la persona firmante del recurso donde consta con claridad que se le confieren, con carácter solidario y sin límite cuantitativo, facultades para *“Representar a la sociedad personándose, compareciendo y actuando en general, en su nombre, ante toda clase de personas o entidades, privadas o públicas, Organismos Administrativos y dependencias de la Administración Estatal, autonómica, provincial y municipal, Institucional, organismos autónomos, empresas públicas y cualesquiera asociaciones y fundaciones de derecho privado o público, promoviendo, tramitando, declarando, decidiendo, así como representar a la sociedad, por sí o mediante procurador, ante Juzgados, Audiencias, Magistraturas, Fiscalías de todos los órdenes, competencias, jurisdicciones e instancias, nacionales o supranacionales, ejerciendo toda clase de acciones y pretensiones o derechos, demandando, denunciando o querellando, impulsando, contestando, alegando, excepcionando, reconviniendo, transigiendo, desistiendo, e incluso allanándose y prestando confesión (.....)”*.

Tales facultades, concedidas en virtud de la escritura de poder número 1513, de 27 de septiembre de 2017, otorgada en Madrid ante el Notario reflejado en la misma, no albergan dudas sobre la suficiencia del poder de representación conferido por VODAFONE a la persona firmante del recurso para su interposición en nombre de dicha entidad empresarial.



**TERCERO.** El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. En consecuencia, resulta procedente el recuso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el acto de adjudicación impugnado se dictó el 3 de noviembre de 2020, publicándose en el perfil y remitiéndose su notificación a la entidad recurrente el 4 de noviembre; por tanto, el recurso presentado en el registro del órgano de contratación el 17 de noviembre de 2020 se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de la controversia suscitada. VODAFONE solicita la anulación del acto de adjudicación impugnado y funda su pretensión en que la oferta de ORANGE incumplía las exigencias del pliego de prescripciones técnicas (PPT) y debió ser excluida.

En concreto, la recurrente centra los argumentos de su recurso en el incumplimiento del apartado 21.2.7 del PPT, denominado “*Gama de tabletas y dispositivos modem*”, englobado dentro de la cláusula 21 denominada “*Características técnicas del servicio de telefonía móvil*”. Aquel apartado establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

*“- Gama de tabletas*

- *Se propondrá el suministro de al menos 10 tabletas iPad Pro10,5 WIFICELL 64 GB Space Grey o similar y también el suministro de al menos 12 Samsung Galaxy Book 12” PRO 256 Gb 4G o similar con sistema operativo Windows.*

*-Gama de dispositivos modem*

- *Se propondrá el suministro de al menos 10 modem Wifi 4 G modelo Alcatel modelo MW40V negro o similar.*

*Estas condiciones mínimas en los terminales son de obligado cumplimiento, en caso que se presenten terminales que no cubran todas y cada una de las especificaciones, será motivo de exclusión de la oferta presentada”.*



VODAFONE aduce incumplimiento en lo relativo a las tabletas ofertadas por ORANGE, toda vez que los requerimientos mínimos del PPT exigían que fueran ofertadas al menos 12 Samsung Galaxy Book 12” PRO 256 Gb 4G o similar; es decir, la recurrente alega que el PPT exigía que las tabletas tuvieran al menos una pantalla de 12 pulgadas y 256 Gb de memoria interna y que ORANGE ofertó la Tablet Surface Go2, que cuenta con pantalla de 10,5 pulgadas y memoria interna de 128 Gb, como se acredita con las especificaciones técnicas indicadas en la propia web del fabricante Microsoft.

Insiste la recurrente en que ante el citado incumplimiento solo cabe la exclusión de la oferta de ORANGE, no siendo válida su admisión sobre la base de la manifestación realizada por la adjudicataria de que, en caso de error u omisión en su oferta que suponga contravención de los pliegos, se somete a los mismos; y ello porque tal manifestación supondría una modificación de la oferta presentada y porque además el PPT expresamente determina la exclusión de las ofertas en caso de incumplimiento de los citados requerimientos técnicos.

En su informe al recurso, el órgano de contratación aduce que la entidad adjudicataria indicaba expresamente en su oferta que *“En caso de discordancia u omisión en la redacción de la oferta técnica con lo indicado en el pliego, por error u omisión, Orange acata de manera inequívoca el contenido del mismo, Pliego Técnico (PT7) y Administrativo (PCAP) y prevalecerá el contenido de los pliegos frente a lo indicado en la oferta técnica”* y que tal declaración supone una sumisión y acatamiento de los pliegos en todos sus extremos. Además, sostiene que la contradicción con los pliegos denunciada en el recurso se produce en un único aspecto que es absolutamente residual desde un punto de vista técnico y económico.

ORANGE, como entidad interesada en el procedimiento de recurso, se opone a los alegatos de VODAFONE esgrimiendo, en síntesis, que el PPT permite presentar modelos de tabletas similares a las descritas en él, posibilitando a los licitadores ofrecer otras alternativas de características técnicas parecidas o análogas, siendo la mesa de contratación -dentro de su ámbito de discrecionalidad- la que debía otorgar más o menos puntuación a las ofertas en función de su adaptación o no a lo requerido en los pliegos. En este sentido, alega que su oferta técnica consiguió 14 puntos frente a los 20 puntos de la recurrente.



**SEXTO.** Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Es un hecho no controvertido que ORANGE no ofertó tabletas “*Samsung Galaxy Book 12” PRO 256 Gb 4G*” conforme a los términos descritos en el PPT, sino las tabletas Surface Go2 que, según el enlace facilitado por la propia adjudicataria en sus alegaciones al recurso, cuentan con una pantalla de 10,5” -no de 12” como establece el PPT- y en lo relativo a memoria interna (almacenamiento) aparece un número de Gb por debajo de los 256 requeridos en el PPT. Por tanto, tampoco es un hecho debatido o discutido que las tabletas ofertadas por la adjudicataria no reunían las características técnicas del PPT, pivotando el debate o discusión sobre dos aspectos que examinaremos a continuación:

1. Alcance del término “o similar” que se añade a la gama de tabletas definidas en el apartado 21.2.7 del PPT.
2. Alcance de la manifestación realizada por la adjudicataria en su oferta cuando declara que *“En caso de discordancia u omisión en la redacción de la oferta técnica con lo indicado en el pliego, por error u omisión, Orange acata de manera inequívoca el contenido del mismo, Pliego Técnico (PT7) y Administrativo (PCAP) y prevalecerá el contenido de los pliegos frente a lo indicado en la oferta técnica”*.

Pues bien, para dar respuesta a estos extremos controvertidos, hemos de partir de la doctrina reiterada de este Tribunal sobre la materia. La reciente Resolución 151/2021, de 22 de abril, reproduciendo parcialmente otras anteriores, señalaba lo siguiente:

*«Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. (...) En tal sentido, también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado. Así, la Resolución 898/2015, de 5 de octubre, de dicho Tribunal, recogiendo la doctrina ya sentada por el mismo, viene a afirmar que en muchos casos el cumplimiento de las prescripciones técnicas debe verificarse en fase de ejecución del contrato, sin que pueda presuponerse ab initio (...). En este punto, sigue señalando la Resolución citada, una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo puedan exigirse al*



*adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador”.*

*Asimismo, en la reciente Resolución 35/2020, de 6 de febrero, señalamos que <<(…) El PPT no prevé en ninguno de sus apartados que dichas especificaciones, en cuanto a la cantidad de cada uno de los componentes, deban ser solo aproximadas, y tampoco admite margen o porcentaje concreto de variación (en más o en menos) para ninguno de los componentes.*

*(…) Ello revela que la oferta de la adjudicataria al lote 22 ha incumplido las especificaciones del PPT, pliego que no admite modulación o variación en su cumplimiento.*

*(…) Como ya tuvo ocasión de declarar este Tribunal en su Resolución 307/2018, de 2 de noviembre, ante un supuesto similar en el que se planteaba, en sede de valoración de las ofertas, la flexibilización de las características técnicas del PPT para los productos licitados, “(…) los términos del PPT no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes de la agrupación, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio *lex contractus* -también predicable del PPT conforme a reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica (...).*

*En el sentido expuesto, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia (v.g. Sentencia de Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de febrero de 2017 -Roj: SAN 655/2017-) y de otros Órganos de recursos contractuales (v.g. Resoluciones 149/2017, de 10 de mayo, y 228/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad e Madrid, Acuerdo 33/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y Resolución 8/2016, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León) relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia”>>».*



En el supuesto analizado en la presente resolución, la dicción literal del apartado 21.2.7 del PPT para la gama de tabletas, en lo que aquí interesa, es *“al menos 12 Samsung Galaxy Book 12” PRO 256 Gb 4G o similar con sistema operativo Windows.*”, indicando dicho apartado al final que *“Estas condiciones mínimas en los terminales son de obligado cumplimiento, en caso que se presenten terminales que no cubran todas y cada una de las especificaciones, será motivo de exclusión de la oferta presentada”*.

Así las cosas, la doctrina antes expuesta de este Tribunal resulta de plena aplicación al supuesto enjuiciado, donde los requisitos «12” PRO 256 Gb 4G» son condiciones mínimas de obligado cumplimiento según la literalidad del PPT que no admiten modulación alguna en su cumplimiento. Así las cosas, el incumplimiento de estos requisitos mínimos por parte de la adjudicataria resulta evidente, siendo la exclusión de la licitación la consecuencia prevista en el propio pliego para tal supuesto.

Como antes señalamos, el órgano de contratación y la adjudicataria no discuten el hecho objetivo de este incumplimiento, sino sus consecuencias. De este modo, ORANGE pone el énfasis en el término similar utilizado en el PPT que, a su juicio, permitía a los licitadores ofrecer características técnicas parecidas o análogas. Pero tal argumento no puede prosperar. El PPT indica, de un lado, *“al menos 12 Samsung Galaxy Book 12” PRO 256 Gb 4G o similar con sistema operativo Windows*” y, de otro, *“Estas condiciones mínimas en los terminales son de obligado cumplimiento, en caso que se presenten terminales que no cubran todas y cada una de las especificaciones, será motivo de exclusión de la oferta presentada”*.

Así las cosas, el término *“similar”* no podía ir nunca referido a dichas condiciones mínimas que, como vemos, son de cumplimiento obligatorio y no admiten modulación ni flexibilización alguna en su concurrencia; sino al modelo de tableta ofertado que no tenía que ser necesariamente el de la marca prevista en el pliego (Samsung Galaxy), pudiendo ser uno *“similar”* o *“equivalente”*, circunstancia esta que, además, es una exigencia legal prevista en el artículo 126.6 de la LCSP *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e*





*inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente»”.*

En definitiva, el citado incumplimiento del PPT no puede desembocar, como pretende la adjudicataria, en una menor valoración de su oferta técnica. No es esta una cuestión amparada en la discrecionalidad técnica de la mesa de contratación. De admitirse tal aserto, se estaría otorgando a la mesa la facultad de apartarse de los pliegos en la valoración de las proposiciones, para otorgar más o menos puntos a las ofertas en función de que se acomoden o no a las exigencias de aquellos; ello chocaría frontalmente con el principio de “lex contractus” y supondría admitir que la mesa pudiera apartarse del tenor de los pliegos.

Por su parte, el órgano de contratación se opone a los alegatos de incumplimiento del PPT denunciado en el recurso, acudiendo a la manifestación realizada por la adjudicataria en su proposición de que, en caso de discordancia u omisión de su oferta técnica con lo indicado en los pliegos, acataría inequívocamente estos últimos los cuales prevalecerían sobre aquella.

A juicio del órgano de contratación, tal declaración supone una sumisión y acatamiento de los pliegos por parte de la oferta adjudicataria. Ahora bien, tal argumento no puede acogerse porque en modo alguno podría salvarse un incumplimiento del PPT con una declaración genérica de acatamiento de unos pliegos que se han infringido expresamente.

Si ORANGE ha pretendido con tal manifestación subsanar de antemano cualquier error u omisión de su oferta para acomodarla a los pliegos y el órgano de contratación ha admitido una declaración en tales términos, cualquier licitador podría, en base a una declaración genérica, alterar el contenido de su proposición una vez presentada para acomodarla al tenor de los pliegos. Es doctrina reiterada de este Tribunal que cualquier aclaración o subsanación de la oferta inicial tiene como límite infranqueable la imposibilidad de su modificación (v.g. Resoluciones recientes de este Tribunal como la 259/2021, de 24 de junio y la 151/2021, de 22 de abril).

En definitiva, pues, hemos de concluir que la oferta adjudicataria ha incumplido el PPT y no se ha ajustado a las condiciones mínimas de obligado cumplimiento establecidas en su apartado 21.2.7. ORANGE pudo impugnar el pliego si no estaba de acuerdo con dichas condiciones, pero no consta que lo hiciera por lo



que el PPT ha devenido en acto firme y consentido que vinculaba no solo a la adjudicataria sino al propio órgano de contratación, el cual no puede apartarse de las condiciones de la licitación que él mismo ha establecido en beneficio de un licitador, sin vulnerar el principio de igualdad de trato respecto al resto de entidades participantes.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser estimado, sin que proceda por tanto efectuar pronunciamiento sobre la temeridad o mala fe de VODAFONE en los términos solicitados por ORANGE.

La estimación del recurso conlleva la anulación del acto de adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones a fin de que se proceda a la exclusión de la oferta de ORANGE por incumplimiento del PPT, con continuación del procedimiento hasta la adjudicación, en su caso, del contrato; debiendo mantenerse la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción aquí analizada.

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 la resolución del órgano de contratación, de 3 de noviembre de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicios de telefonía fija, móvil, datos e Internet en el Ayuntamiento de Mijas” (Expte 0332 C.Sv.), convocado por el Ayuntamiento de Mijas (Málaga), y en consecuencia, anular el acto impugnado, a fin de que se proceda en los términos indicados en el fundamento de derecho sexto de la presente 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.** 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.

**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.

