

Recurso 304/2021
Resolución 489/2021

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

Sevilla, 25 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** contra los pliegos del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de telecomunicaciones consistente en la prestación de los servicios de telefonía fija, móvil, acceso a internet y datos en movilidad y conectividad en las dependencias municipales del Ayuntamiento de Mojácar” (Expte. 411/2021), promovido por el Ayuntamiento de Mojácar (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de junio de 2021, el Ayuntamiento de Mojácar publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, este mismo día se publicaron en el perfil de contratante el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). El valor estimado del contrato asciende a 112.010,10 €.

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. El 24 de junio de 2021, ha tenido entrada en el Registro electrónico estatal dirigido a este Tribunal escrito de recurso especial interpuesto por la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U, contra los pliegos que rigen la licitación del contrato arriba mencionado, en concreto respecto de las cláusulas 4.4.3 y 4.8 del PPT y cláusula undécima del PCAP relativa a los criterios de adjudicación. En su escrito de recurso la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de licitación, que fue denegada mediante resolución el 15 de julio de 2021. La Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida tuvo entrada en el registro de este Tribunal. Posteriormente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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 el Ayuntamiento no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de interesada en la licitación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que, según la documentación que obra en el expediente de contratación y según se desprende de su propio escrito de recurso, no ha presentado oferta en la licitación.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que «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. (...)».

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente relacionados con la exigencia en los pliegos de requisitos que, a su juicio, producen efectos discriminatorios, vulnerándose los principios de igualdad de trato entre licitadores y de libre competencia, ponen de manifiesto que el mismo restringe o dificulta sus posibilidades de acceder a la licitación.

Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

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 recurso se interpone contra los pliegos que rigen un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.



CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso presentado el 24 de junio de 2021, en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto conforme al artículo 50.1 LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, resulta de interés exponer las siguientes actuaciones llevadas a cabo en la tramitación del procedimiento de adjudicación.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

A. Con relación a los requisitos técnicos de las ofertas que han de presentarse y su falta de relación con el objeto del contrato.

La recurrente alega que se recogen en el PPT determinadas funcionalidades avanzadas de conectividad y seguridad (cláusula 4.8 del PPT) y del servicio de asesoría legal digital (cláusula 4.4.3 del PPT) cuyas respectivas descripciones transcriben literalmente, esto es con total exactitud, las especificaciones de los servicios Software-Defined Networking y soporte IT del portfolio de VODAFONE.

Señala que el Ayuntamiento *“ha colocado a VODAFONE en una situación de privilegio respecto del resto de posibles licitadores al cerrar el paso a otros servicios de marcas diferentes. Además, lo ha hecho sin justificación alguna pues se ha limitado a reproducir la descripción de los servicios de VODAFONE sin relacionarlos con el objeto del contrato y, por lo tanto, sin acreditar la necesidad de los mismos”*.

B. Oscuridad de cláusulas.

Señala a título de ejemplo:

- No se define con detalle las funciones ni el alcance de la intervención de la asesoría legal digital en el servicio posventa.

- No se justifica la necesidad del servicio, y como redundante éste en una mayor satisfacción de las necesidades del servicio. Sobre ello señala que la entidad recurrente solicitó aclaración al órgano de contratación en la fase de información a los interesados, pero las respuestas dadas no resolvieron las dudas.

- Asimismo estima que la exigencia de la aportación de un certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) como criterio de adjudicación en la cláusula 11 del PCAP vulnera las disposiciones del artículo 145.5 LCSP. La razón que esgrime es que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato han de estar vinculados, en todo caso, al objeto del contrato. Estima que los certificados de aseguramiento de la calidad no pueden utilizarse como criterios de adjudicación, por referirse a características de la empresa, y no de la prestación objeto del contrato. Este razonamiento es trasladable a los certificados de aseguramiento de la seguridad por cuanto se refieren al licitador en lugar de referirse a la oferta presentada.

- Por otro lado, aunque al hilo de lo anteriormente apuntado, señala también que el Ayuntamiento no es una entidad certificada del sector público, es decir, que no es titular de distintivo de seguridad alguno respecto al cumplimiento del ENS en materia de protección de la información. Por lo tanto, aún en el caso de que fuera



pertinente exigir la certificación controvertida como criterio de adjudicación, no se garantizaría la seguridad que se pretende proteger porque no se cumpliría el requisito de interoperabilidad entre los sistemas del Ayuntamiento y los que utilice el adjudicatario del servicio.

C. Limitación del principio de libre concurrencia, colocando a una de las licitadoras en una situación de privilegio respecto del resto de posibles licitadores. Las cláusulas 4.4.3 y 4.8 del PPT, vulneran el artículo 126 de la LCSP. Señala que estas cláusulas suponen una contravención a los artículos 126 y 132 de la LCSP.

Por otro lado, reproduce como una copia literal el punto 4.8 del PPT respecto del catálogo de una de las entidades que han licitado. Entiende que este Ayuntamiento ha incumplido su obligación de velar por la salvaguarda de la libre competencia, permitiendo que VODAFONE pueda aprovecharse de beneficios no accesibles al resto de empresas licitadoras.

En este sentido, y con base en el art. 138 de la LCSP, señala la recurrente que planteó consulta al órgano de contratación, pero no fue suficiente para resolver la oscuridad de la cláusula, de tal modo que se solicitaba aclaración sobre el alcance de las necesidades a cubrir con la contratación de los servicios de telecomunicaciones, señalando que respecto a “la Asesoría Digital” no se comprende el alcance de las necesidades. El órgano de contratación expresa que se limitó a señalar que sí estaba justificado *“el servicio de Asesoría Legal Digital como asesoramiento tecnológico en el apartado 1 de la memoria justificativa publicada en el perfil del contratante”*.

Asimismo, preguntaba que:

“La cláusula 4.8 del PPT reza lo siguiente: “Red privada virtual o VPN entre las sedes de tu empresa sin necesidad de invertir en equipos costosos”. No se entiende ni a qué sedes y ni a qué empresa se refieren”.

Respondía el órgano de contratación que hacía *“referencia a la interconexión de los accesos a internet detalladas en el apartado 5 del pliego y mediante canal seguro”*.

Concluye señalando que *“contestó haciendo referencia a otro apartado distinto del PPT relativo a líneas de datos en movilidad y acceso a internet”*.

D. Nulidad de la cláusula 11 del PCAP en aplicación del art. 145.5.a) LCSP: imposibilidad de usar como criterio de adjudicación la aportación de un certificado de conformidad con el ENS.

Señala que *“dicho criterio no guarda relación con el objeto del contrato e infringe con ello la doctrina reiterada de los Tribunales Administrativos de Contratación”*.

Estima que el certificado de conformidad con el ENS como *“criterio de adjudicación no va referido a la oferta presentada para determinar si satisface de manera adecuada las necesidades del poder adjudicador, sino que se refiere exclusivamente al licitador y a su aptitud para llevar a cabo la ejecución del contrato”*.

Entiende que el Ayuntamiento de Mojácar no *“puede exigir como criterio de adjudicación una certificación en el ENS de nivel alto a los licitadores del servicio de telecomunicaciones de las dependencias municipales si el mismo Ayuntamiento no es titular de distintivo de seguridad de conformidad con el ENS”*.



Concluye solicitando que se dicte resolución por la que se anulen, por un lado, las cláusulas 4.4.3 y 4.8 del PPT por vulnerar los principios de igualdad de trato entre licitadores y de libre concurrencia que deben presidir la contratación pública y, por otro lado, el criterio de adjudicación de la cláusula 11 del PCAP sobre certificación de conformidad en el ENS de nivel alto por no estar vinculado con el objeto del contrato, pues ni es justificado ni tampoco es razonable.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Solicita la desestimación del recurso interpuesto por los siguientes motivos, según informe propuesta de los servicios de secretaría:

A. En lo que se refiere a la cláusula 4.4.3 PPT relativa a la Asesoría Legal Digital, señala que *“no es cierto que se esté beneficiando a VODAFONE y que se le esté colocando en una situación de privilegio respecto del resto de los licitadores”*. Su defensa se centra en que *“hay tres licitadores que han presentado su oferta en esta licitación y que no han cuestionado los servicios de Asesoría legal Digital”*.

A su vez señala que *“esos servicios están justificados en la MEMORIA JUSTIFICATIVA EN EL APARTADO PRIMERO al incluir el asesoramiento tecnológico y EN EL APARTADO 5 LETRA E) EN LA JUSTIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, cuando dice que el servicio posventa se valorará como un criterio de gran calidad conforme a lo establecido en el artículo 145 apartado 2 de la LCSP”*.

B. En lo que se refiere a la cláusula 4.8 PPT, relativa a las funcionalidades avanzadas de conectividad y seguridad, señala que *“no es cierto que se esté beneficiando a VODAFONE y que se le esté colocando en una situación de privilegio respecto del resto de los licitadores”*. Alega en su defensa que hay *“tres licitadores que han presentado su oferta. En el PPT se han incorporado hasta 10 cláusulas particulares técnicas divididas a su vez en subapartados”*.

Señala que no es cierto que se haya copiado el catálogo de la adjudicataria con la intención de otorgar ventaja competitiva a una de las licitadoras. Expresa que *“para confeccionar este Pliego Técnico ha consultado innumerables pliegos técnicos que aparecen publicados en la Plataforma de Contratación del sector público con el mismo objeto que se licita y ha ido escogiendo lo que más le parecía beneficioso para este Ayuntamiento. Al no tener en su plantilla un abogado especializado en Asesoría legal digital consideró necesario que se ofreciera este servicio. Debe tener en cuenta el juzgador que este criterio de gran calidad no queda a la libre apreciación de la Administración. Es un criterio automático”*.

C. Respecto de la cláusula 11 del PCAP de valorar como criterio de adjudicación, tener *“un certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de nivel alto”*, estima que ese criterio de valoración no limita la concurrencia y se ajusta a derecho por cuanto está relacionado con el objeto del contrato y resulta proporcionado a los fines perseguidos.

Apela al artículo 128 de la LCSP, que establece *“que los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato”*.

Refleja en su informe que son los proveedores de servicios de telefonía los que deben de contar con el certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad. Fundamenta esa exigencia en la Resolución de 13 de



octubre de 2016 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Instrucción técnica de Seguridad de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad. Al respecto dice el órgano de contratación que se ha comprobado que la recurrente no cuenta con el certificado de conformidad.

Dice que su impugnación obedece a la estrategia de ganar tiempo para tramitar dicho certificado, pues el abogado que suscribe el recurso es conocedor que las resoluciones de los recursos contractuales por el Tribunal Administrativo Contractual tardan en resolverse.

Expresa finalmente que *“el recurrente en su recurso trata de confundir al juzgador mostrando una serie de cuadros gráficos de cómo funciona la interoperabilidad, obviando que la interoperabilidad de la información la tiene que tener el prestador del servicio con la Plataforma Informática de GESTIONA. A tales efectos la SEDE ELECTRÓNICA del Ayuntamiento de Mojácar está soportada en la plataforma informática de GESTIONA, por la empresa ESPUBLICO, que cuenta con la certificación de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) en su categoría Alta y que por tanto todos los procesos que se tramiten en este Ayuntamiento, han de entenderse con dicha plataforma para su reflejo inmediato en la SEDE ELECTRONICA, por lo que el cumplimiento de dicho esquema es un requisito necesario que han de tener los licitadores”*.

Alega el órgano de contratación que también obvia la recurrente la resolución de 13 de octubre de 2016 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, a la que se ha hecho referencia anteriormente, la cual *“establece expresamente, “la responsabilidad de las entidades públicas contratantes de notificar a los operadores del sector privado que participen en la provisión de soluciones tecnológicas o la prestación de servicios, la obligación de que tales soluciones o servicios sean conformes con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Seguridad y posean las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad, según lo señalado en la presente Instrucción. Por tanto, las medidas de seguridad que deben adoptar los proveedores de servicios no las fija el propio proveedor, sino que serán las determinadas por la Administración contratante, en virtud de la naturaleza de los servicios prestados (sistemas de categorías básica, media o alta), sin que pueda entenderse que con dicha exigencia se limita la concurrencia, siendo además dicha comprobación previa de conformidad con el ENS esencial para la prestación del servicio en las condiciones de seguridad exigidas por la normativa actual”, así lo avala el Tribunal Administrativo Central Contractual en su recurso nº 675/2019, resolución nº 802/2019>>”*.

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

1. Se ponen en duda determinados criterios de adjudicación. El artículo 145 LCSP, en cuanto a los criterios de adjudicación establece que estos deben estar vinculados al objeto del contrato, deben estar formulados de manera objetiva y deben garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

A pesar de la discrecionalidad técnica de la que intenta hacerse valer el órgano de contratación, la falta de definición de los criterios puede dar lugar a que la entidad recurrente no pueda entender que es lo que realmente se pretendía sobre un elemento accesorio al contrato. Más aun teniendo en cuenta que se solicitó información aclaratoria, debiendo estar a la respuesta entonces facilitada.

A. Respecto a la inclusión como criterio de adjudicación del asesoramiento legal digital.

En primer lugar debemos atender al objeto del contrato establecido en la memoria en cuyo apartado 2 señala que *“la prestación del servicio de “Telecomunicaciones” consistente en la telecomunicación de voz y datos, infraestructuras de servicios móviles y fijos y acceso a internet orientados no solo a empleados del Ayuntamiento y*



ciudadanos, sino que también van orientados a mejorar la fiabilidad y disponibilidad de infraestructuras del Ayuntamiento de Mojácar, así como la instalación en su caso y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias para la correcta prestación de todos los servicios asociados, en la forma prevista en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), que es documento contractual y que forma parte del expediente”.

Bien, pues una vez examinada la justificación de los criterios de adjudicación observamos al respecto que en el apartado 5 e) de la Memoria señala que el servicio posventa, donde se encuentra el asesoramiento jurídico digital pero no se explicita, *“también se valorará como un criterio de gran calidad conforme a lo establecido en el artículo 145 apartado 2 de la LCSP”.*

Alega que *“estos criterios de adjudicación introducidos como criterios subjetivos se ajustan a Derecho, por cuanto que están relacionados con el objeto del contrato y resultan proporcionados a los fines perseguidos”.*

(...)

“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la mejor oferta se atenderá a VARIOS criterios de adjudicación, establecidos con la finalidad de conseguir la mejor relación calidad-precio de los servicios a contratar:

-CRITERIOS CUYA CUANTIFICACIÓN ES SUBJETIVA (Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor.) (Sobre 2).

“Servicio de soporte posventa a incidencias sobre el servicio Móvil Soporte IT de equipos, (Asistencia y soporte técnico especializado) licencias antivirus, Asesoría legal digital (Servicio posventa)”.

Por otro lado, el PPT en su apartado 4.4.3 sobre Asesoría Legal Digital señala como criterio de adjudicación:

“Asesoramiento legal por parte de expertos jurídico, especializados en nuevas tecnologías y seguridad online. La asesoría debería abarcar los temas relacionados fundamentalmente con:

- Comercio electrónico.*
- Fraude y Ciberdelincuencia.*
- Propiedad intelectual e industrial.*
- Derecho al honor sobre personas físicas y jurídicas”.*

Pues bien es cierto que en ningún momento se justifica la conveniencia de esa necesidad de asesoramiento jurídico digital, ni siendo el objeto del contrato el que se ha expuesto no se explica por sí sola la conexión lógica e inmediata entre la prestación de un servicio de telecomunicaciones y la necesidad de asesoramiento digital, es decir, una cuestión es que la propia empresa esté formada jurídicamente para prestar el servicio y otra cuestión es que el Ayuntamiento necesite asesoramiento jurídico legal para el ejercicio de las competencias que legalmente tiene atribuidas que en nada tiene que ver con el objeto de la licitación. En cualquier caso, y si fuera necesario para poder prestar el servicio de asesoramiento jurídico digital, lo cierto es que no se explica, ni con el informe al recurso, ni en la memoria justificativa, como tampoco lo hizo a la pregunta aclaratoria que formuló la recurrente.

El artículo 145.5 de la LCSP señala que:

“5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:



a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

Por tanto, cumple afirmar que, además del error del PPT al calificarlo como criterio “*CUYA CUANTIFICACIÓN ES SUBJETIVA*”, dado que no existen éstos en la contratación administrativa (puesto que la valoración de los sujetos a juicio de valor es siempre objetiva) no aparece este criterio justificado aparentemente con el objeto del contrato, y tampoco se ha aclarado. Asimismo, no se ha formulado de forma objetiva, dado que no se ha establecido de una forma lo suficientemente detallada a efectos de poder cerciorarse una posible licitadora de que, ofertándolo, de una determinada forma le pueda ser valorado.

El artículo 146.2 de la LCSP establece que “*cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos*”.

El artículo 116 de la LCSP, en cuanto a la iniciación y contenido, señala en el apartado 4: “*En el expediente se justificará adecuadamente(...)*”.

c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.(...).

e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional. (...).”

Asimismo, ha de recordarse que el artículo 146.2 de la LCSP impone, una obligación adicional a los poderes adjudicadores, cual es la de justificar en el expediente contractual la elección de las fórmulas que hayan de aplicarse para evaluar los criterios de adjudicación.

Por otra parte, debemos acudir, a la formulación jurisprudencial del principio de la discrecionalidad técnica aplicándolo en nuestro supuesto a la libre configuración de los criterios de adjudicación, el cual no ha sido por cierto invocado por ninguna de las partes, (ni por la recurrente ni por el órgano de contratación), que ha sido formulado y consagrado por la jurisprudencia de nuestros altos tribunales. En tal sentido, cabe recordar que el Tribunal Supremo, reproduciendo la doctrina del Tribunal Constitucional ha dejado sentado en numerosas sentencias que en cuestiones que hayan de resolverse a través de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración (en el presente caso, del poder adjudicador), el único control que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales es el que se refiere a las cuestiones de legalidad que puedan verse afectadas por el dictamen técnico, de manera que no



pueden corregir o alterar las apreciaciones realizadas en el mismo, ya que dicho control sólo puede tener carácter jurídico, respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico.

Sin embargo, esta jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la motivación y el control de los actos discrecionales, es sabido que ha evolucionado, progresando en el control de los actos que son expresión de la discrecionalidad técnica, y reducir, así, las zonas exentas de control jurisdiccional en estos casos. De esta manera, nos encontramos con la STS de 3 de julio de 2015, que viene a considerar que *“en el ámbito de la discrecionalidad técnica resultan de aplicación las habituales técnicas de control de los actos discrecionales en general, a través del control de los aspectos formales del acto, los hechos determinantes, la aplicación de los principios generales del derecho, la desviación de poder o la proscripción de la arbitrariedad”*.

Con base en el principio de discrecionalidad técnica de la Administración, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos, de que vulneran el ordenamiento jurídico vigente o que se han dictado en clara discriminación de las licitadoras.

Sentado lo anterior, ha de advertirse que, de las actuaciones que obran en el expediente remitido por el órgano de contratación y, en especial, del contenido concreto del documento llamado “memoria justificativa” de la contratación del servicio licitado, no puede en modo alguno deducirse que los criterios de adjudicación que contempla el PCAP se encuentren debidamente motivados, pues no se añade mayor explicación sobre las razones que los fundamentan.

El artículo 116.4 de la LCSP es claro en cuanto a que los criterios de adjudicación deben encontrarse justificados de forma adecuada en el expediente contractual, y va indudablemente dirigido a garantizar que el poder adjudicador acredite que los mismos se encuentran vinculados al objeto del contrato y son proporcionados y adecuados para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, como establece el artículo 145 de la LCSP, al objeto de preservar los principios generales que inspiran la contratación pública de la Unión Europea y que se encuentran recogidos en el artículo 1 de la indicada norma legal, especialmente los de libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, transparencia, integridad y seguridad jurídica, así como garantizar el derecho de defensa y réplica, mediante el recurso que corresponda, de aquellas posibles licitadoras que se consideren perjudicadas por las exigencias del pliego.

Cabe aquí señalar que la tradicional jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha concluido que no es necesario, con carácter general, hacer una exposición detallada y exhaustiva para entender que se encuentran motivadas las previsiones contempladas por los pliegos, bastando con que se indiquen de forma clara, adecuada y suficiente las razones que fundamentan las mismas para dar por justificada la conveniencia y oportunidad de los criterios mediante los que se han de valorar las ofertas de las licitadoras. Esto no sucede en modo alguno en el presente caso, en el que el simple enunciado de éstos no permite, como pretende el órgano de contratación, sobrentender su adecuación al objeto del contrato y su correcta configuración. Si bien se remite a un supuesto recogido en la memoria, y en el PPT en todo caso, sin embargo, no entra a valorar ninguna cuestión concreta el pliego respecto de esos servicios adicionales.

Consecuentemente, en el supuesto que nos ocupa no es posible la aplicación del principio de discrecionalidad técnica en favor del parecer de la Administración contratante (aunque ésta ni siquiera lo invoca) y debe estimarse el indicado motivo de impugnación, pues como señala la recurrente, el criterio está determinado de una forma



imprecisa, adolece de falta de claridad contraviniendo el artículo 145.5 LCSP por lo que el recurso debe ser estimado por este motivo.

B. Vulneración del art. 126, y 132 de la LCSP, relativo al principio de proporcionalidad.

El artículo 126 de la Ley señala en su apartado 1 que: *“Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”.*

El apartado 5 señala que *“las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:*

“a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo;

b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención «o equivalente»;

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);

d) Haciendo referencia a especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características”.

Por otro lado, el artículo 132 de la LCSP señala en el apartado 1 que *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”.*

Asimismo, en el apartado 2 se establece que: *“2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.*

Observado el apartado 4.8 del PPT, relativo a las funcionalidades avanzadas de conectividad y seguridad, y aunque señala que no es cierto que se esté beneficiando a una de las licitadoras, lo cierto es que este Tribunal ha podido tener acceso a la oferta consultando la web a la que hace referencia la recurrente y figura esa información a la que alude. Así, requiere, teniendo una importancia fundamental, lo que ofrece dicha entidad en la url <https://www.vodafone.es/c/empresas/es/conectividad-aumentada-plus/> y es que la oferta general de la entidad adjudicataria para el público, incluye esas seis funcionalidades que precisamente recoge los pliegos objeto del recurso, además en las condiciones que éste contempla: *“Funcionalidades avanzadas de conectividad y seguridad*



gestionadas en tiempo real, sin necesidad de inversiones en Hardware y con un equipo experto en servicios avanzados”.

Requerimiento éste, el supuesto de incluso aportarlo sin necesidad de hardware, no queda además justificado en el expediente porque es necesario aportarlo para poder participar en la licitación. Por todo ello este Tribunal, puede no dudar de que el PPT se haya configurado consultando innumerables pliegos lo que sí es cierto es que la elección realizada responde objetivamente con los requisitos de un operador del mercado, que además se ha presentado a la licitación. Debe tenerse en cuenta además que la propia recurrente solicitó aclaraciones, y ni entonces ni ahora, podemos vislumbrar con claridad qué aportación de gran calidad (como se define) suponen esas funcionalidades, su aportación en el conjunto del pliego, porque no queda justificado, y menos en el modo en el que se exige, es decir sin hardware.

Por ello, debe admitirse la alegación realizada por la recurrente, dado que no aparece justificado este requisito técnico que debe presentar la oferta de una licitadora, no siendo conforme al art. 126 ni al 132 LCSP.

C. Se alega la nulidad solicitada por establecer como criterio de adjudicación en la cláusula 11 del PCAP en aplicación del art. 145.5.a) LCSP la aportación de un certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad (ENS). Entiende que dicho criterio no guarda relación con el objeto del contrato e infringe con ello la doctrina reiterada de los Tribunales Administrativos de Contratación. Sin embargo, el enfoque dado por la recurrente es que entiende que el certificado de conformidad con el ENS como *“criterio de adjudicación no va referido a la oferta presentada para determinar si satisface de manera adecuada las necesidades del poder adjudicador, sino que se refiere exclusivamente al licitador y a su aptitud para llevar a cabo la ejecución del contrato”*.

Respecto de la cláusula 11 del PCAP señala el órgano de contratación que valorar como criterio de adjudicación, tener *“un certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de nivel alto”*, no limita la concurrencia y se ajusta a derecho por cuanto está relacionado con el objeto del contrato y resulta proporcionado a los fines perseguidos, estimando que el artículo 128 de la LCSP le permite exigirlo, si bien este precepto se refiere a las prescripciones técnicas.

En lo referente a la falta de idoneidad del criterio, estimamos que yerra la recurrente en la motivación, porque el ENS sea una cualidad relativa a la entidad, y no a la oferta, sino si la misma es o no necesaria, o si aporta el tenerla una determinada calidad a la solución propuesta como oferta. Es decir, si es necesario o conveniente contar con una acreditación pública de que los sistemas son acordes con el Esquema Nacional de Seguridad, lo cual puede constituir para un organismo del sector público un elemento de juicio ciertamente relevante.

En este sentido, el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) de España es una entidad pública empresarial que tiene como objetivo promover la innovación y el desarrollo tecnológico de las empresas españolas. El CDTI es un organismo público (una entidad pública empresarial) sujeto al cumplimiento del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) en el ámbito de la Administración Electrónica, y al que se refiere el apartado segundo del artículo 156 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El artículo 29.2¹ del Real Decreto 3/2010, establece el carácter vinculante de las Instrucciones Técnicas de Seguridad (ITS). La Resolución de 13 de octubre de 2016 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de

¹ Tras la modificación operada por el Real Decreto 951/2015, de 23 de octubre.



conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, en su apartado VII, al tratar de las soluciones y servicios prestados por el sector privado, dispone que:

“VII.1 Cuando los operadores del sector privado presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas, a los que resulte exigible el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad, deberán estar en condiciones de exhibir la correspondiente Declaración de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, cuando se trate de sistemas de categoría BÁSICA, o la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, cuando se trate de sistemas de categorías MEDIA o ALTA, utilizando los mismos procedimientos que los exigidos en esta Instrucción Técnica de Seguridad para las entidades públicas.

VIII.2 Es responsabilidad de las entidades públicas contratantes notificar a los operadores del sector privado que participen en la provisión de soluciones tecnológicas o la prestación de servicios, la obligación de que tales soluciones o servicios sean conformes con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Seguridad y posean las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad, según lo señalado en la presente Instrucción Técnica de Seguridad.”

En consecuencia, la inclusión de la solución de firma electrónica cualificada en el Catálogo de Productos de Seguridad de las Tecnologías de la Información debe entenderse como proporcionada, pues posibilita al CDTI asegurar y acreditar que la solución de firma en la nube cumple con todas las medidas y requerimientos del Esquema Nacional de Seguridad y de las Instrucciones Técnicas de Seguridad aplicables. Es cierto que siendo ello así, quizá el modo oportuno de dar cumplimiento a la obligación normativa hubiera sido su configuración como requisito para el acceso a la licitación o como prescripción técnica del servicio, más su establecimiento como criterio de adjudicación (que permite una mayor apertura a la competencia que las mencionadas soluciones) no permite calificarla como desproporcionada o innecesaria”.

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP), estableció el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) que, aprobado mediante el RD 3/2010, de 8 de enero, tiene por objeto determinar la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en su ámbito de aplicación, conteniendo los principios básicos y requisitos mínimos que han de permitir una protección adecuada de los servicios, y la información que estos tratan, mediante el uso de sistemas de información. Posteriormente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), recoge el Esquema Nacional de Seguridad en el artículo 156 apartado 2, en similares términos *“2. El Esquema Nacional de Seguridad tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito de la presente Ley, y está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que garanticen adecuadamente la seguridad de la información tratada”.*

Además, el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, en su artículo 29 apartado 2, sobre Instrucciones Técnicas de Seguridad (ITS) y guías de seguridad, dispone: *“2. El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta del Comité Sectorial de Administración Electrónica previsto en el artículo 40 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, y a iniciativa del Centro Criptológico Nacional, aprobará las instrucciones técnicas de seguridad de obligado cumplimiento y se publicarán mediante resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. Para la redacción y mantenimiento de las instrucciones técnicas de seguridad se constituirán los correspondientes grupos de trabajo en los órganos colegiados con competencias en materia de administración electrónica”.*

Así se dictó la resolución de 13 de octubre de 2016, cuyo contenido se ha transcrito, y en el apartado sexto de la misma se establece expresamente la responsabilidad de las entidades públicas contratantes de notificar a los operadores del sector privado que participen en la provisión de soluciones tecnológicas o la prestación de servicios, la obligación de que tales soluciones o servicios sean conformes con lo dispuesto en el Esquema



Nacional de Seguridad y posean las correspondientes Declaraciones o Certificaciones de Conformidad, según lo señalado en la presente Instrucción.

Por tanto, las medidas de seguridad que deben adoptar los proveedores de servicios no las fija el propio proveedor, sino que serán las determinadas por la Administración contratante, en virtud de la naturaleza de los servicios prestados (sistemas de categorías básica, media o alta), sin que pueda entenderse que con dicha exigencia se limita la concurrencia, siendo además dicha comprobación previa de conformidad con el ENS esencial para la prestación del servicio en las condiciones de seguridad exigidas por la normativa actual.

En este sentido, debe tenerse en cuenta además, aunque no lo citan las partes, si es necesario inexcusablemente la exigencia del ENS. Así la Resolución nº 924/2017, de 11 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) resolvía el recurso interpuesto contra los pliegos de la licitación de un contrato de servicios de implantación de un nuevo sistema de información para la gestión tributaria integral, en la que se establece la exigencia de acreditación de conformidad con el ENS como prescripción técnica, para entender la recurrente que estos certificados son *“cualidades propias de las empresas licitadoras y no de las ofertas”* y que su exigencia como prescripción técnica supone limitar el acceso de concurrencia de las empresas y puede suponer una exclusión para participar en la licitación; el Tribunal afirma que resulta plenamente conforme a Derecho la exigencia de la Certificación de Conformidad con el ENS como prescripción técnica, dado que se trata de una especificación concreta relativa a la seguridad en la prestación del servicio, ya que las medidas de seguridad que deben adoptar los proveedores de servicios vienen determinadas por la Administración contratante, en virtud de la naturaleza de los servicios a prestar y, por tanto, considera que su exigencia no limita la concurrencia, *“siendo además dicha comprobación previa de conformidad con el ENS esencial para la prestación del servicio en las condiciones de seguridad exigidas por la normativa actual”*.² Así, el cumplimiento de conformidad con el ENS se puede exigir como prescripción, en la medida en que se trata de un requisito que define las características mínimas exigidas de un producto o de un servicio, de manera que, como requisito mínimo que deben cumplir las ofertas de las empresas licitadoras en los procedimientos que resulte procedente, estas lo deben cumplir para poder optar a convertirse en adjudicatarias del contrato, algo que a la luz de la memoria técnica no deja la posibilidad de su examen a este Tribunal.

No obstante, esto no ha sido discutido y por tanto no es necesario ahondar en su examen, sino únicamente si es posible utilizarlo por el Ayuntamiento como criterio de adjudicación. Esto será así para aquellos casos en los que los operadores presten servicios o provean soluciones a las entidades públicas a las que no resulte exigible el cumplimiento del ENS, por no serlo de conformidad con el artículo 30 del Real Decreto 3/2010, para la solución tecnológica o para el servicio del ente que contrata, y que, no obstante, el órgano de contratación considere adecuado o conveniente que las empresas licitadoras estén en situación de acreditar esta conformidad en sus ofertas, se podría valorar la inclusión en los pliegos como criterio de adjudicación, lógicamente siempre que el requerimiento de este cumplimiento de conformidad con el ENS se considere proporcionado dado el objeto del contrato y cumpla los requisitos básicos de los criterios de valoración de las ofertas, de acuerdo con lo que establece el artículo 145 de la LCSP³.

2 También el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en la Resolución nº 123/2019, de 28 de marzo, ha considerado adecuada la exigencia de “estar en posesión de la certificación en vigor, acreditativa de la adecuación al Esquema Nacional de Seguridad (ENS) para las actividades de Gestión, Recaudación e Inspección de Tributos y otros ingresos de Derecho Público, servicio de apoyo jurídico e informático” como prescripción técnica, frente a su previsión como criterio de adjudicación.

3 En la Resolución del TACRC nº 802/2019, de 11 de octubre, en el marco de una licitación de un servicio de firma electrónica centralizada y emisión de certificados electrónicos calificados de empleado público, el TACRC afirma que, si bien el hecho de contar con una acreditación pública que los sistemas son conformes con el ENS *“constituye, para un organismo del sector público estatal, un elemento de juicio ciertamente relevante que no puede entenderse desproporcionado”* y que la inclusión de la solución de firma electrónica cualificada en el Catálogo de Productos de Seguridad de las Tecnologías de la Información debe entenderse como proporcionada, ya que posibilita asegurar y acreditar que la solución cumple con todas las medidas y requerimientos del ENS y de las instrucciones técnicas de seguridad aplicables, *“quizá el modo*



Es cierto que la justificación con relación al artículo 145.5 de la LCSP no se realiza, ni en la memoria ni en el PPT, y sería más que deseable conforme a dicho artículo 30 del Real Decreto 3/2010, haber establecido porque no es exigible necesariamente (y haberse entonces conformado como requisito técnico del PPT). Asimismo si bien, se estima que dados los requerimientos mínimos del pliego parece que requiere que se presten servicios de datos de internet, y dado el ámbito del contrato, se podría estimar proporcional establecer como criterio acreditar que la solución cumple con todas las medidas y requerimientos del ENS y de las instrucciones técnicas de seguridad aplicables, pero el pliego en el caso concreto carece en su documentación de cualquier explicación que motive su exigencia, como criterio de adjudicación, si es que debiere ser solicitado como tal, puesto que la indefinición, tal y como se ha citado, pudiere hacer dudar incluso a que dependiendo de la finalidad del uso de esos datos en las líneas de móvil pudiere ser necesario a dar cumplimiento a la obligación normativa de ajustarse el ENS esas comunicaciones, por lo que hubiera sido su configuración necesaria como requisito para al acceso a la licitación o como prescripción técnica del servicio. No obstante, esta justificación no se realiza.

Por ello debe estimarse este motivo del recurso, anulándose este criterio de adjudicación, por falta de motivación de su elección con respecto al objeto del contrato.

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 **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** contra los pliegos del procedimiento de licitación del contrato denominado “servicio de telecomunicaciones consistente en la prestación de los servicios de telefonía fija, móvil, acceso a internet y datos en movilidad y conectividad en las dependencias municipales del Ayuntamiento de Mojácar” (Expte.411/2021), promovido por el Ayuntamiento de Mojácar (Almería), a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, anulando las referidas cláusulas del pliego.

SEGUNDO. 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 los interesados 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.

oportuno de dar cumplimiento a la obligación normativa hubiera sido su configuración como requisito para al acceso a la licitación o como prescripción técnica del servicio, más que su establecimiento como criterio de adjudicación (que permite una mayor apertura a la competencia que las mencionadas soluciones) no permite calificarla como desproporcionada o innecesaria”.

