Recurso 26/2022
Resolución 187/2022

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

Sevilla, 18 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio de voz y datos del Ayuntamiento de San Fernando" (Expte. SC 04/2021), tramitado por el citado Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Los días 14 y 17 de marzo de 2021, se publicaron en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 863.020,80 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

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) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento de licitación, mediante Decreto de la Delegación General del Área de Presidencia y Desarrollo Económico del citado Ayuntamiento de fecha 3 de diciembre de 2021, se adjudicó el contrato citado en el encabezamiento a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, VODAFONE).

SEGUNDO. El 21 de enero de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico estatal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en adelante, ORANGE) contra la referida adjudicación del contrato.

Asimismo, el presente recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la adjudicataria VODAFONE.

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 Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza, habiendo el Ayuntamiento de San Fernando remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

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

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, la resolución de adjudicación fue publicada y notificada a la entidad recurrente el 3 de enero de 2022, por tanto, el recurso presentado el 21 de enero de 2022 en el registro electrónico estatal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

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

1. Alegaciones de la recurrente.

ORANGE solicita mediante la interposición del presente recurso, de un lado, el acceso al expediente en sede de este Tribunal a fin de poder completar su escrito de impugnación y, de otro, la anulación de la adjudicación al considerar que se ha producido error en la valoración de una de las mejoras incluidas en la oferta de VODAFONE.

En primer lugar y en cuanto a la solicitud de vista del expediente ORANGE manifiesta que de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 LCSP, solicitó acceso al expediente de forma previa a la interposición del recurso especial. El Ayuntamiento de San Fernando respondió a su solicitud relacionando los documentos relativos al procedimiento de contratación publicados en la PCSP e indicando que los licitadores habían declarado la confidencialidad de sus propuestas técnicas. Argumenta la recurrente que tal proceder del órgano de contratación le ha supuesto un acceso parcial y sesgado al expediente, que le ha impedido conocer la oferta de VODAFONE y, por lo tanto, ejercer su derecho a recurrir la decisión de adjudicación con todas las garantías necesarias; y ello al no haber podido "*constatar, fundamentar y acreditar los posibles incumplimientos en que ha podido incurrir la adjudicataria".*

La recurrente invoca el artículo 133 de la LCSP y algunas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para afirmar, que el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la oferta, correspondiendo al órgano de contratación analizar la documentación señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si concurren o no los requisitos para poder otorgarle tal carácter.

Concluye afirmando que se ha vulnerado su derecho de acceso a la información preservado en la normativa contractual, por lo que solicita a este Tribunal el acceso al expediente a fin de completar el recurso presentado, y ello, tras el levantamiento de confidencialidad respecto de todos aquellos puntos y aspectos de la oferta técnica de VODAFONE que no constituyan secretos técnicos o comerciales.

En segundo lugar, la mercantil ORANGE alega que el órgano de contratación ha incurrido en error en la valoración de una de las mejoras propuestas por VODAFONE en su oferta. Afirma que del contenido del informe de valoración técnica, en el que se relaciona el equipamiento técnico propuesto por la adjudicataria, se desprende que los routers incluidos en la propuesta de VODAFONE no le permiten alcanzar los caudales o velocidad de transmisión en los términos propuestos en la mejora n.º 6, mediante la que la citada mercantil se comprometió a aumentar el ancho de banda a 2.000 Mbps de descarga, manteniendo los 100 Mbps de subida exigidos como mínimo en todos los accesos no simétricos ni garantizados recogidos en el pliego de prescripciones técnicas (PPT). Adjunta información técnica de los modelos de routers ofertados por VODAFONE, con la finalidad de acreditar los extremos alegados, y concluye afirmando la recurrente que: *"de acuerdo con el criterio de adjudicación del apartado 1.2 de la cláusula 19 del pliego de clausularas administrativas particulares (PCAP), la proposición de la entidad adjudicataria no tenía que haber recibido puntuación alguna en la mejora n.º 6. Sin embargo, obtuvo 1,906 puntos que son del todo improcedentes".*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos de la recurrente, y solicita su desestimación, manifestando al efecto lo siguiente.

A. Sobre el acceso a la información declarada confidencial.

Alega el órgano de contratación que la recurrente ha tenido acceso al expediente administrativo con anterioridad a la formulación del presente recurso, a excepción de las propuestas técnicas contenidas en los sobres electrónicos n.º 2, respecto de las cuales todas las empresas licitadoras, incluida ORANGE, han declarado su confidencialidad.

Tras citar diversas resoluciones de los tribunales de recursos contractuales en las que se aborda la cuestión relativa a los requisitos que han de concurrir en la documentación presentada por los licitadores para ser calificada como confidencial, continúa el informe del órgano de contratación afirmando, que analizada la propuesta técnica presentada por VODAFONE, la misma reúne las características necesarias para su calificación como tal, al contener: "*políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa, con indicación y desarrollo de metodologías operativas, características técnicas de sus servicios, rendimientos, sistemas e indicadores de calidad propios, medios internos para la explotación e implantación de sus servicios y redes, información toda ella que no debiera ser conocida por los competidores, pues lo contrario podría constituir una afectación y/o una injerencia al contenido de la formulación original y no estándar, de sus estudios y soluciones técnicas, que podría perjudicar sus intereses comerciales en futuras licitaciones.*

Queda acreditado, por tanto, que la documentación cuyo acceso pretende la recurrente, declarada como confidencial por la adjudicataria, forma parte su "know how", concebido el término como el conjunto de capacidades y habilidades desarrolladas por una organización empresarial tras la práctica prolongada de una tarea específica, y siendo así debe considerarse correcta la denegación por parte de la Corporación Municipal del acceso de la recurrente a tal información".

Por otro lado alega el órgano de contratación que, *"es importante resaltar que la recurrente solicita acceso a la propuesta técnica de VODAFONE aduciendo en su recurso que esta podía incumplir parte de los criterios exigidos en los pliegos, pero lo cierto es que ORANGE no aporta criterio ni motivación algunos que pongan en duda el criterio adoptado por la mesa, por lo que la supuesta indefensión alegada carece de sustento".*

En el último de los alegatos, respecto a la presente cuestión, el órgano de contratación afirma que "*ORANGE reclama tener acceso a la información técnica presentada por VODAFONE, declarada confidencial, cuando ella misma declaró la confidencialidad de su propuesta en los mismos términos que la empresa que ha resultado adjudicataria".*

B. Sobre la valoración de la mejora técnica de aumento de ancho de banda en el acceso no simétrico ni garantizado.

El órgano de contratación con carácter previo y tras una detallada narración de las actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del presente expediente insiste en que ORANGE presentó la mejor propuesta técnica de entre todos los licitadores admitidos, y perdió la opción de ser adjudicatario del contrato por la oferta económica presentada, dado que de los 21 precios unitarios relacionados en el PCAP, en 12 de ellos presentó una oferta igual al precio máximo contenido en el PCAP y por tanto no obtuvo puntuación alguna.

Considera que ORANGE intenta conectar las apreciaciones realizadas por la comisión de valoración respecto a los criterios sometidos a juicio de valor con mejoras técnicas correspondientes a criterios de adjudicación evaluables automáticamente. Alega que la recurrente discute la valoración dada a un criterio de adjudicación automático, donde no cabe apreciación subjetiva ni discrecionalidad alguna por parte de la Administración.

En tal sentido insiste el órgano de contratación, que una vez abiertos los sobres correspondientes a los criterios evaluables de forma automática, el resultado de la licitación ya es conocido, por lo que no es posible reconocer discrecionalidad alguna a la mesa de contratación a la hora de aplicar su valoración, pues de otro modo no se garantizaría la imparcialidad y objetividad en la adjudicación del contrato.

Por todo lo expuesto concluye que, "*la mejora técnica de aumento de ancho de banda en el acceso no simétrico ni garantizado ofertada por VODAFONE, es un servicio predeterminado por el órgano de contratación como criterio de adjudicación valorable objetivamente, sin margen de discrecionalidad alguna, cuya ponderación no puede verse condicionada por ningún otro factor como los medios materiales que habrán de adscribirse para su cumplimiento en la fase de ejecución del contrato. De este modo, el adjudicatario estará obligado al cumplimiento de la mejora durante el plazo total de ejecución disponiendo los medios materiales al efecto, pero sin que dichos medios en el supuesto de hecho que nos ocupa, deban ser concretados en la fase de adjudicación del contrato, y mucho menos, sin que pueda emitirse en esa fase de adjudicación un juicio sobre la idoneidad de los mismos para valorar una mejora evaluable automáticamente".*

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

La adjudicataria VODAFONE manifiesta su oposición a las pretensiones de la recurrente, y al efecto además de incidir, en parte, en lo ya manifestado por el órgano de contratación, alega lo siguiente.

- Afirma que de conformidad con la cláusula 15 del PCAP, en la que se establecía que: *"En ningún caso se incluirán en el SOBRE ELECTRÓNICO N.º 2 documentos propios del SOBRE ELECTRÓNICO N.º 3."*, no incluyó en el sobre n.º 2, información que pudiera estar relacionada u ofrecer información sobre las mejoras que incluyó en el sobre n.º 3, ya que ello hubiera supuesto su exclusión del procedimiento de licitación

- Alega que según el desglose de acceso relacionado en el PPT, el único acceso de banda ancha 1 Gb/s que consta en el Anexo 4 del mismo y al que aplicaría, por tanto, la mejora nº 6 es el acceso banda ancha 1 GB wifi edificio en Plaza del Rey s/n, sede de Alcaldía Presidencia. Por tanto, la mejora objeto de debate en el presente recurso sólo afecta a una de las sedes, a pesar de lo cuál ORANGE realiza un análisis sobre dicha mejora en su escrito de recurso como si afectara a todas las sedes.

- Por otro lado y en relación a que los routers ofertados no cumplen con las características técnicas necesarias para cumplir con la mejora ofertada, VODAFONE alega que uno de los los modelos ofertados cumpliría los requerimientos de la mejora, para el caso de que quisiera utilizarse el mismo. Así manifiesta que *"en el caso del router Huawei AR6121 se indica (en el recurso) que el caudal máximo soportado es de 2 Gbps, y estamos de acuerdo con que ese es su valor estándar y así se ofertó en SOBRE ELECTRÓNICO Nº 2 para el cumplimiento de los requerimientos técnicos del Pliego.*
Pero como es conocido técnicamente, el rendimiento del router o Performance, depende del tipo de tráfico que se cursa a través de él.
El valor de 2Gbps es el caudal máximo cuando se cursa un tipo de tráfico concreto.
(...)
Pero como puede observarse en el propio Datasheet adjuntado por ORANGE en relación a este, en otros escenarios, la capacidad del equipo podría duplicarse incluso, pasando de 2Gbps de caudal a 4Gbps según se indica en otras las líneas del mismo datasheet adjuntado por Orange .
Este equipo podría llegar incluso según las circunstancia por tanto hasta un máximo de 4Gbps de tráfico, por lo que si se decidiera utilizar dicho router, no sólo para la configuración estándar que fue para lo que inicialmente se ofertó, sino también para la mejora, ello sería posible".

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

A. Sobre el derecho de acceso al expediente.

Para el examen de la presente cuestión se ha de partir de lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP que, bajo la denominación de *"Acceso al expediente",* dispone: *"1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.*
2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.
3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente".

A la vista de este precepto legal se constata que la finalidad del mismo es permitir el examen del expediente en el Tribunal cuando el órgano de contratación haya incumplido su obligación legal de dar acceso con carácter previo a la interposición del recurso. Sin embargo, en el caso enjuiciado no se da tal presupuesto habida cuenta que mediante escrito de fecha 11 de enero de 2022, el Ayuntamiento de San Fernando respondió a la solicitud de acceso al expediente formulada por ORANGE, relacionando los documentos relativos al procedimiento de contratación publicados en la PCSP e indicando, en cuanto a la documentación contenida en el sobre nº2, que todos los licitadores habían manifestado la confidencialidad de sus propuestas técnicas. Disconforme con la respuesta dada por el órgano de contratación, que califica como un acceso parcial a la documentación, la recurrente se opone a la declaración de confidencialidad de la propuesta técnica de VODAFONE contenida en el sobre 2, y solicita el acceso a la misma ante este Tribunal.

Ahora bien, tal y como manifiesta el órgano de contratación y consta en el expediente remitido, la propia recurrente declaró también confidencial toda su proposición técnica y el órgano de contratación actuó respecto a ella en los mismos términos que lo hizo con la de VODAFONE; por tanto, ORANGE no puede esgrimir vulneración de su derecho de acceso basándose en la extensión de la confidencialidad declarada por VODAFONE, cuando su proceder ha sido el mismo y con él habría impedido igualmente el acceso que ahora invoca como infringido.

En igual sentido se pronunció este Tribunal en su Resolución 320/2020, de 24 de septiembre, en la que se argumentaba: *«Como señala la Resolución 166/2019, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales <<(…) debe señalarse que el mismo recurrente declaró también confidencial la totalidad de su oferta, supuesto similar al ya examinado en la resolución de este Tribunal 927/2018, a cuyo contenido debemos remitirnos: "Ahora bien, aunque fuera cierto que por los adjudicatarios de los distintos lotes se haya declarado confidencial la totalidad de su oferta técnica evaluable mediante juicios de valor, también lo es que ello no afectaría a toda la proposición sino solo a dicha oferta técnica sujeta a juicios de valor, y que la recurrente ha hecho lo mismo al amparo del artículo 140 del TRLCSP, es decir, ha declarado confidencial íntegramente su oferta técnica evaluable mediante juicios de valor. Tal y como alega el órgano de contratación "Por lo tanto no hay una ventaja de unos licitadores respecto a otros, no vulnerándose el principio igualdad de trato entre licitadores, puesto que todos los licitadores pueden hacerlo y de hecho el licitador que presenta este recurso su propia oferta técnica la ha calificado de confidencial, sin aludir a que partes son confidenciales y cuáles no, sino calificando la oferta en su*

conjunto de confidencial; lo que no puede hacer la licitadora recurrente es ir contra su propios actos, es un principio general del derecho - la doctrina de los actos propios -, es decir declaro confidencial toda mi oferta y luego recurro que otros licitadores hagan lo mismo y exijo que no sea confidencial todas las ofertas de los demás licitadores", pero la mía sí.
Pues bien, a la luz de todo lo expuesto, si bien es cierto que el órgano de contratación debió al menos motivar la extensión de la confidencialidad a la totalidad de las ofertas de algunos licitadores, en particular de la empresa adjudicataria, también lo es que la recurrente ha hecho lo mismo, por lo que no puede pretender que constituya infracción legal lo que el mismo ha hecho>>».

En este sentido, la reciente Sentencia núm. 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020] señala que *«En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum propium"»*

Por tanto la pretensión de la recurrente sobre el acceso a la documentación contenida en el sobre 2 de VODAFONE deviene contraria al deber de coherencia en el comportamiento exigido en el artículo 7.1 del Código Civil, que dispone: *"Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de buena fe".*

Asimismo, tampoco la solicitud de información de la recurrente está debidamente fundamentada con relación a un error evidente y concreto en la actuación del órgano de contratación, es decir qué pretende conseguir expresamente con la vista de todos los documentos.

Como menciona este Tribunal en su Resolución 329/2016, de 22 de diciembre, el derecho de acceso a las ofertas de los restantes licitadores no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otro licitador.

Pues bien, en el presente asunto ORANGE alega en su escrito de interposición, al interesar la vista del expediente, que "*de difícil manera puede mi representada constatar, fundamentar y acreditar los posibles incumplimientos realizados por la adjudicataria".* Es por ello que la recurrente no acredita un interés legítimo en el acceso solicitado amparado en la comprobación de una concreta actuación que estime incorrecta o contraria a la legalidad. En tal sentido, la Resolución 710/2016, de 16 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales viene a señalar lo siguiente: *«(…) cierto es que la doctrina expuesta no justifica un acceso general a la documentación del sobre 2 para comprobar que no se ha incluido documentación del sobre 3, pues se trata de una facultad del órgano de contratación, respecto de cuyo ejercicio no se plantea principio alguno de prueba de que pueda haber sido realizada de modo incorrecto. Así, ya dijimos en nuestra Resolución 498/2016 que "Por otra parte, y en cuanto al acceso de la recurrente a la oferta y en definitiva a documentación técnica de la empresa adjudicataria, debe hacerse una ponderación de intereses entre la confidencialidad que pueda presumirse de los datos que contiene y el interés del recurrente. A estos efectos, señalemos que el interés legítimo en el acceso exige un presupuesto lícito y razonable para su ejercicio: y, en este caso, se pretende el acceso solo para hacer una*

comprobación de coincidencia entre la oferta en un soporte y otro, sin que del relato de los antecedentes resulte indicio alguno que abone la existencia de una posible irregularidad que pudiera justificar sacrificar el interés del ofertante en el secreto de los datos de su oferta." »

Conforme a la doctrina expuesta este Tribunal estima que al no haber esgrimido ORANGE motivación que ponga en duda el criterio adoptado por el órgano especializado, no se ha producido indefensión con el acceso al expediente en los términos permitidos por el órgano de contratación para la interposición de un recurso fundado, y por consiguiente no se ha visto vulnerado su derecho de defensa.

Por las razones expresadas, este Órgano acordó, con fecha 25 de febrero de 2022, denegar el acceso solicitado por ORANGE para completar el recurso inicial, que ha seguido su curso legal hasta el dictado de la presente resolución.

B. Sobre la valoración de la mejora técnica de aumento de ancho de banda en el acceso no simétrico ni garantizado.

La controversia que el recurso plantea se centra en discernir si resulta procedente o no la puntuación otorgada a la mejora técnica ofertada por VODAFONE, concretamente la prevista con el n.º 6 en el apartado 1.2 de la cláusula 19 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y consistente en *"Aumento de ancho de banda en acceso no simétrico ni garantizado, siendo el mínimo valorable de 1.025 mbps y hasta un máximo valorable de 2.048 mbps. De 0 a 2 puntos",* y ello dado que, según afirma la recurrente, los medios que VODAFONE indica en su propuesta técnica, contenidos en el sobre electrónico nº 2, resultan inadecuados o insuficientes para el cumplimiento de dicha mejora.

En tal sentido conviene señalar que el PCAP en su cláusula 15, regula la forma y contenido de las proposiciones, disponiendo que los licitadores presentarán tres sobres, firmados y cerrados, de forma que se garantice el secreto de su contenido. En el sobre 2, denominado *"Documentación relativa a criterios evaluables mediante juicio de valor"* se incorporará "*una Propuesta Técnica que comprenderá toda la documentación que estimen adecuada a fin de acreditar que su proposición cumple lo requerido en el presente pliego de clausulas administrativas particulares y, en especial, en el pliego de prescripciones técnicas particulares, y de acreditar en que medida cumplen con el criterio de valoración para cuya cuantificación se requiere la emisión de un juicio de valor".*

Por su parte el sobre 3 titulado *"Documentación relativa a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas*", incluye la documentación relativa a la proposición económica y la relativa a los criterios de adjudicación evaluables de manera automática por aplicación de fórmulas previstos en el apartado 1.2 de la cláusula 19.

Asimismo, en el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 15 de octubre de 2021, consta lo siguiente: *"Constituida la Mesa de Contratación, se procede a dar lectura al informe emitido por la Comisión Técnica de evaluación de ofertas, de fecha 16 de septiembre de 2021, relativo a la valoración de la propuesta técnica presentada por las empresas concurrentes, en el que se les otorgan las siguientes puntuaciones, atendiendo a los criterios establecidos en el punto 2 de la cláusula 19 del pliego de cláusulas administrativas particulares, ponderables en función de un juicio de valor, y que a continuación se indican:*

EMPRESA	*PUNTUACIÓN CRITERIO 2.1*	*PUNTUACIÓN CRITERIO 2.2*	*PUNTUACIÓN CRITERIO 2*
ORANGE ESPAGNE, S.A.U.	*20,00 puntos*	*5,00 puntos*	*25,00 puntos*
UTE TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA	*13,50 puntos*	*5,00 puntos*	*18,50 puntos*
VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.	*13,50 puntos*	*5,00 puntos*	*18,50 puntos*

Leído el informe, se acuerda por la Mesa asumir íntegramente su contenido y, una vez comprobado que las empresas superan el umbral mínimo de puntuación de 12,50 puntos en los criterios evaluables en función de un juicio de valor, establecido en la cláusula 18 pliego de cláusulas administrativas particulares para continuar en el proceso selectivo, se procede por la Mesa a la apertura del SOBRE ELECTRÓNICO N.º 3 (...)"

Por su parte en el contenido del acta de la cuarta sesión celebrada con fecha 20 de octubre de 2021, consta que la mesa de contratación tras rechazar la oferta presentada por la UTE Telefónica móviles de España- Telefónica Soluciones de Informática u Comunicaciones de España, relaciona los distintos precios unitarios ofertados por los licitadores junto a la descripción del servicio o la mejora correspondientes, y entre los que consta que la oferta de ORANGE incluía como mejora n.º 6 *"Aumento de ancho de banda en acceso no simétrico ni garantizado, siendo el mínimo valorable de 1.025 mbps y hasta un máximo de 2.048 mbps: 2.048 mbps",* por lo que la mesa le atribuyó la puntuación máxima de dos puntos. En cuanto a VODAFONE, ofertó la mejora n.º 6 en los siguientes términos: *"Aumento de ancho de banda en acceso no simétrico ni garantizado, siendo el mínimo valorable de 1.025 mbps y hasta un máximo de 2.048 mbps: 2000 mbps",* que fue valorada por la mesa con 1,906 puntos.

Finaliza el acta de la sesión en los siguientes términos*: "Sumadas todas las puntuaciones parciales, la puntuación total obtenidas por las empresas licitadoras son:*

EMPRESA	*PUNTUACIÓN CRITERIO 1*	*PUNTUACIÓN CRITERIO 2*	*PUNTUACIÓN TOTAL*
ORANGE ESPAGNE, S.A.U.	*56,012 puntos*	*25,00 puntos*	*81,012 puntos*
VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.	*62,651 puntos*	*18,50 puntos*	*81,151 puntos*

A la vista de lo anterior, la Mesa de Contratación formula propuesta de adjudicación del contrato a favor de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., por ser el licitador que ha presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 LCSP".

Como se ha expuesto con anterioridad, la recurrente se opone a la valoración dada por la mesa de contratación a la referida mejora n.º 6 ofertada por la adjudicataria, en síntesis, porque considera que los equipos tipo routers incluidos en la propuesta técnica de VODAFONE, y que se relacionan en el anexo I del informe de valoración de la comisión de evaluación técnica de las ofertas, no permiten alcanzar los caudales o velocidad de transmisión de 2.000 mbps en acceso no simétrico ni garantizado, ofertados por VODAFONE como mejora evaluable de manera automática en el sobre electrónico nº 3.

En primer lugar interesa señalar que ni en el PCAP ni en el PPT existe exigencia específica que asocie y condicione la mejora n.º 6 a unos concretos requerimientos técnicos para su efectiva valoración. Por tanto ORANGE fundamenta su pretensión en la hipótesis de que la mejora de aumento de ancho de banda ofrecida por

VODAFONE, aun formulada conforme a los términos exigidos en el PCAP, va a ser incumplida dadas las características técnicas del equipamiento ofertado por VODAFONE en el sobre n.º 2.

Al respecto, y para el análisis del presente motivo del recurso hemos de partir de lo expuesto por este Tribunal en anteriores ocasiones en relación a los incumplimientos de los requisitos o exigencias técnicas, en el sentido de que éstos no pueden presumirse ab initio, pudiendo únicamente verificarse en la fase de ejecución del contrato sin que sea razonable adivinar ni presumir que la entidad licitadora, que ha asumido el compromiso de ejecutar la prestación con arreglo a las condiciones previstas en los pliegos, vaya a incumplirlo, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal 147/2020, de 1 de junio y 258/2020, de 23 de julio).

Pues bien, tal como argumenta el órgano de contratación, la mejora técnica de aumento de ancho de banda ofertada por VODAFONE, es un criterio de adjudicación de valoración automática, *"siendo obligación del adjudicatario el cumplimiento de la misma durante el plazo total de ejecución del contrato, disponiendo de los medios materiales al efecto".*

Por su parte, en las alegaciones formuladas por la adjudicataria VODAFONE se pone de manifiesto que de conformidad con el Anexo 4 del PPT denominado *"Accesos fijos voz/datos en la red municipal y centros remotos dependientes servicios requeridos a los licitadores"*, la mejora de aumento de ancho de banda en acceso no simétrico ni garantizado se circunscribe a una sola de las sedes administrativas del Ayuntamiento, y no a todas como se argumenta en el escrito de recurso, en concreto se trataría de la ubicada en la Plaza del Rey s/n sede de la Alcaldía -Presidencia. Además, continúa el alegato afirmando que de la documentación técnica de los routers, aportada en el propio escrito de recurso, se constata que uno de los router contenidos en la oferta adjudicataria, concretamente el Huawei AR6121, si cumpliría los requerimientos para dar soporte a la mejora n.º 6 de aumento de ancho de banda.

En consecuencia, y sin entrar este Tribunal a realizar un pronunciamiento acerca de las alegaciones técnicas formuladas por la adjudicataria VODAFONE conforme a las que considera que resulta viable su oferta -que en todo caso habrán de verificarse en la fase de ejecución del contrato-, de los términos de la oferta presentada por la adjudicataria, como se ha analizado, no cabe presumir, que se va a incumplir la mejora de aumento de ancho de banda en acceso no simétrico ni garantizado de 2.000 mbps.

Procede por cuanto antecede, desestimar el presente recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio de voz y datos del Ayuntamiento de San Fernando" (Expte. SC 04/2021), tramitado por el citado Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz).

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.

NOTIFÍQUESE 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.