

Incidente de ejecución 1/2024 (Resolución 510/2023)

Recurso 468/2023

Resolución 46/2024

Sección Tercera

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

Sevilla, 1 de febrero de 2024.

VISTO el incidente de ejecución promovido por la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA) respecto a la Resolución de este Tribunal 510/2023, de 20 de octubre de 2023, por la que se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, contra el acuerdo de adjudicación de 7 de septiembre de 2023 dictado en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Contratación del sistema de comunicaciones de telefonía y datos móviles para la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA) y su entidad matriz, la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar (Mancomunidad)», (Expediente 11-3-2023), convocado por dicha sociedad, entidad dependiente de la citada Mancomunidad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de octubre de 2023, este Tribunal dictó la Resolución 510/2023 correspondiente al recurso 468/2023. En la citada Resolución se acordó:

*“Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S. A. U.**, contra el acuerdo de adjudicación de 7 de septiembre de 2023 dictado en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Contratación del sistema de comunicaciones de telefonía y datos móviles para la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA) y su entidad matriz, la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar (Mancomunidad)», (Expediente 11-3-2023), convocado por dicha sociedad, entidad dependiente de la citada Mancomunidad y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución”.*

La resolución fue remitida el 30 de octubre de 2023.

El fundamento de derecho sexto de dicha resolución estimaba el recurso especial y el séptimo indicaba: *“La corrección de la infracción que ha sido analizada debe llevarse a cabo anulando la resolución de adjudicación y con ello la exclusión de la entidad recurrente, a los efectos de proceder a retrotraer el expediente al momento de valoración de la oferta de la entidad recurrente en ese extremo concreto, sin poder valorar la oferta de nuevo en el resto de su conjunto, así como tampoco la de la entidad ORANGE, para que en el caso en el que no exista causa de*

exclusión proseguir la licitación, y efectuar el acto público de apertura del Sobre C, tal y como se recoge en la cláusula 11.2.C) del PCAP respecto de la entidad recurrente, para proceder a la calificación de la oferta en base a los criterios de adjudicación que se recogen en el Anexo 2 del PCAP, cuya cuantificación depende de la mera aplicación de una fórmula matemática, y efectuados los correspondientes cálculos, realizar nueva propuesta de adjudicación”.

SEGUNDO. El 21 de diciembre de 2023, el órgano de contratación presentó en el registro electrónico de este Tribunal escrito promoviendo incidente de ejecución respecto al cumplimiento de la Resolución 510/2023 de este Órgano, aunque por motivos ajenos a este Tribunal, la documentación no fue accesible hasta el 15 de enero de 2024.

Se ha dado traslado a los interesados del incidente promovido, a efectos de realizar las alegaciones oportunas sobre el citado incidente, que se han recibido con posterioridad en esta sede.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal ya se declaró competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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 la Mancomunidad no había manifestado que dispusiera de órgano propio para la resolución del recurso, por sí o a través de la Diputación provincial, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

La competencia para resolver el incidente de ejecución promovido corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 36.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (RPER), aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que, en su primer párrafo, dispone: “*Los incidentes que planteen los interesados en relación con la ejecución de la resolución, se resolverán por el Tribunal previa audiencia de los interesados.*”.

SEGUNDO. Legitimación.

Respecto a la legitimación para formular el incidente de ejecución, el Reglamento antes citado señala que podrán plantearlo los interesados. Así, la Mancomunidad obviamente al ser el órgano de contratación, ostenta tal condición al ser parte recurrida en el procedimiento que dio origen a la Resolución 510/2023 de este Tribunal, cuya ejecución constituye el objeto del incidente promovido.

TERCERO. Tramitación del incidente de ejecución.

En cuanto al procedimiento para la resolución de los incidentes de ejecución, el artículo 36.3 del RPER prevé que “*A tal fin, recibido el escrito planteando el incidente, el Tribunal dará traslado del mismo, con la documentación que lo acompañe, a los interesados a fin de que, durante el plazo de diez días hábiles, puedan alegar cuanto estimen oportuno.*

Evacuado el trámite anterior o, en su caso, transcurrido el plazo para ello, el Tribunal resolverá el incidente en el plazo de cinco días hábiles”.



En el supuesto analizado, el escrito promoviendo el incidente se ha presentado ante este Tribunal y se remitió a los interesados. Asimismo, en el procedimiento de recurso que dio origen a la resolución del Tribunal y cuyo cumplimiento es objeto de este incidente, se personó ORANGE ESPAGNE SA, la cual se opone al planteamiento elaborado por la Mancomunidad para resolver definitivamente la ejecución del recurso especial.

CUARTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes con relación al incidente de ejecución promovido.

Examinados los requisitos previos de admisión del incidente, procedemos a analizar la cuestión deducida en el mismo. La cláusula 8.7 del PCAP disponía:

“8.7. Se presentarán tres sobres;

- Sobre A: que contendrá la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos (ver cláusula 9.1.).*
- Sobre B: que contendrá la información necesaria para comprobar que la oferta presentada por la empresa licitadora cumple con los requerimientos técnicos recogidos en el PPT (ver cláusula 9.2.).*
- Sobre C: que contendrá la información necesaria para efectuar la valoración de las ofertas mediante criterios cuya cuantificación dependa de la mera aplicación de fórmulas recogidos en el Anexo 2 (ver cláusula 9.3.)”*

Por su parte, la cláusula 9.2 del PCAP establecía:

“9.2.- Sobre B. Documentación relativa al cumplimiento de los requerimientos técnicos.

En este sobre se incluirá la documentación requerida para comprobar que la oferta presentada por la empresa licitadora, cumple con los requerimientos técnicos exigidos para el objeto de la presente licitación, recogidos en el PPT.

En el Sobre B se incluirá con carácter general la siguiente documentación:

- 1. Memoria técnica que detalle la información necesaria para comprobar que la oferta presentada por la empresa licitadora cumple con los requerimientos técnicos del PPT para este contrato.*
- 2. Documento de precios por exceso de consumo aplicables en los suministros y servicios no incluidos en la tarifa plana ofertada.*
- 3. Cuadro de incidencias que incluya periodos de resolución de las mismas, así como la penalización en cada caso concreto.*

Además, se podrá incluir cualquier otra documentación complementaria que estimen oportuna las empresas licitadoras.”

Señala que la prescripción 2.3 del PPT establece:

“Se entregarán terminales nuevos para la renovación del parque actual de ARCGISA que está formado por los siguientes dispositivos:

- o 10 terminales móviles de la gama TOP.*
- o 25 terminales móviles de la gama ALTA.*
- o 100 terminales móviles de la gama MEDIA.*
- o 45 terminales móviles de la gama BAJA.*
- o 50 terminales móviles de la gama Básica (VOZ).*
- o 22 dispositivos pastilla USB con conexión a internet.*
- o 80 terminales de sobremesa.* o 4 terminales de sobremesa con servicio de operadora.*



La renovación se realizará a demanda de ARCGISA conforme vaya siendo necesario. Para asegurar la necesaria adaptación del contrato a las necesidades de ARCGISA en caso necesario, será posible la permuta entre terminales de distinta gama.

Dentro de la oferta se presentará un catálogo actualizado que recogerá los dispositivos disponibles para su renovación. Para la clasificación de los terminales en su correspondiente gama, se estará a las características técnicas establecidas en la cláusula 3.7 de este Pliego.

*Los precios de catálogo nunca serán superiores a los que la empresa adjudicataria oferte en su mercado minorista. *Los terminales de sobremesa podrán ser sustituidos por licencias Softphone a petición de ARCGISA según lo establecido en la cláusula 3.7.3 de este Pliego*.*

La prescripción 3.7 del PPT determina las características técnicas de los terminales telefónicos. El apartado 4 para terminales de telefonía móvil, con las especificaciones técnicas mínimas de los mismos, y que concluye como sigue: *“Los terminales que se incluyen en la oferta deberán aparecer valorados individualmente según valor de mercado de los mismos”*. Es decir, se establecía la exigencia de que las entidades licitadoras, en el Sobre B, debieran aportar un *“catálogo de móviles valorado”*.

La entidad VODAFONE recurrente en la memoria presentada justificaba la falta de valoración expresando en su oferta que: *“Los terminales ofertados no pueden aparecer valorados en la presente memoria por ser motivo de exclusión, para conocer su valoración, al ser actualmente clientes de Vodafone, se dirige a ARCGISA y MANCOM. de MUNICIPIOS del CAMPO de GIBRALTAR al catálogo publicado y actualizado mensualmente en el Área de clientes”*.

La razón de la exclusión que se anuló por este Tribunal se debía a que se motivaba la exclusión en que se entendía que no se entregaba el *“catálogo de móviles valorado”*.

Estimábamos el recurso, de inicio, por la anomalía que suponía que el pliego exigiera una valoración económica de los suministros en el sobre B, correspondiente a la oferta técnica, y que no puede sostenerse que no exista valoración, pues sí que existía por remisión. Señalábamos:

“A estos efectos, si bien como es sabido respecto de las dudas que arroja la oferta técnica, no está reconocida de una forma expresa la posibilidad de solicitar aclaración, dados los términos del PPT, debe considerarse el presente supuesto conforme el principio de subsanabilidad de los defectos formales, para proteger los principios generales, ya que permitiría la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. De ahí que la mesa de contratación a la hora de tomar su decisión, además de valorar la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia, debió evaluar si la aclaración o subsanación contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. Estimamos que el principio de igualdad de trato de los operadores económicos no implica obstáculo alguno en este caso para que la entidad adjudicadora requiera a una licitadora con la finalidad de que aclare una oferta si el órgano de contratación no pudo acceder a dicho catálogo que estaba en la red.

En conclusión, la solicitud de aclaración o subsanación de las ofertas es factible para la mesa de contratación, cuando juzga que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando conciben que se han de corregir errores materiales en la redacción de la oferta; por tanto, no están obligados a solicitarla si entienden que la misma es lo suficientemente clara y precisa. Es decir, una solución caso por



caso, donde cada órgano de contratación o la mesa de contratación, según proceda, pondere entre la oportunidad y legalidad de esta posibilidad, concretando qué defectos de la oferta presentada por las entidades licitadoras son susceptibles de aclararse o subsanarse y cuáles implican una modificación de la oferta y, por ello, atentan contra el principio de igualdad. Es decir, en este caso, es permisible solicitar aclaraciones o subsanaciones que pretendan solventar ambigüedades siempre que ello no suponga, en modo alguno, variación de la oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, propios de un procedimiento administrativo de concurrencia competitiva y básicos de toda licitación en los artículos 1 y 132 de la LCSP como ocurría en el presente supuesto, pues la aclaración no se trata de un requerimiento técnico esencial que permita hacer de mejor condición la oferta técnica de la ahora recurrente, que también incumple otros requerimientos técnicos accesorios o no esenciales.

El principio de subsanabilidad de los defectos formales, además de proteger a los principios generales ya mencionados previamente (en particular a los principios antiformalista, de libre concurrencia y de buena administración), puede contribuir, en determinados supuestos, a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. De ahí que la mesa de contratación a la hora de tomar su decisión, además de valorar la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia, deberá evaluar si la aclaración o subsanación contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. En este sentido, la Resolución 260/2019, de 9 de agosto de 2019 de este Tribunal.

Por todo ello, estimando que la oferta, si bien no contenía la valoración que establecía el PPT, dadas las circunstancias concurrentes, debía haberse integrado la oferta o bien haber solicitado aclaración que no constituía cambio de la misma dados los términos en los que había sido formulada, pues preveía una remisión. La prescripción técnica de exigir una valoración en la oferta técnica supone introducir cierta confusión. Es decir, obligar a que se valore por las entidades licitadoras una parte del contrato, el suministro de los terminales. Por mucho que los pliegos estén consentidos, no deja de ser un contenido impropio del mismo. A su vez, se tiene en cuenta que la oferta contenía una remisión expresa a la valoración preexistente y de mercado, a la que fácilmente podía haber accedido el órgano de contratación, por disponer de ella dado que era la hasta entonces adjudicataria a través del área de cliente de su sitio web en internet. Esto es, sin necesidad de aclaración”.

Por todo ello, se concluía que no podía constatarse contravención plena del PPT que debiera tener como único efecto la exclusión, por ello el recurso era estimado por este motivo, ordenándose retrotraer las actuaciones “a fin de que se permita por la mesa bien integrar la valoración de los terminales con los precios que se indican en el área de clientes, o bien pidiendo una aclaración expresa”.

La forma de procederse a efectos de la estimación se establecía ordenando la anulación de “la resolución de adjudicación y con ello la exclusión de la entidad recurrente, a los efectos de proceder a retrotraer el expediente al momento de valoración de la oferta de la entidad recurrente en ese extremo concreto, sin poder valorar la oferta de nuevo en el resto de su conjunto, así como tampoco la de la entidad ORANGE, para que en el caso en el que no exista causa de exclusión proseguir la licitación, y efectuar el acto público de apertura del Sobre C, tal y como se recoge en la cláusula 11.2.C) del PCAP respecto de la entidad recurrente, para proceder a la calificación de la oferta en base a los criterios de adjudicación que se recogen en el Anexo 2 del PCAP, cuya cuantificación depende de la mera aplicación de una fórmula matemática, y efectuados los correspondientes cálculos, realizar nueva propuesta de adjudicación”.



Expuesto lo anterior, procede analizar la cuestión suscitada en el incidente promovido y las alegaciones de la entidad interesada.

1. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala que, en ejecución de esta resolución, se convocó la mesa de contratación para el 17 de noviembre de 2023, con objeto de proceder a la apertura del sobre C respecto de la entidad entonces recurrente, y en función de ello, en su caso, a realizar una nueva propuesta de adjudicación. Sin embargo, señala que el 16 de noviembre se recibió escrito por parte de la otra licitadora (ORANGE ESPAGNE, S.A.U.) en donde se consideraba que se produciría un vicio de nulidad si no se producía la exclusión de VODAFONE. Asimismo, solicitaba que, subsidiariamente, por el mismo motivo, en aplicación del artículo 152.4 de la LCSP, que el poder adjudicador desistiera del procedimiento de contratación

Entiende el órgano de contratación que la vulneración del secreto de proposiciones no quedaría afectado por los siguientes motivos:

“Al tiempo en que Vodafone desveló el precio ofertado en el REMC, ya era conocido el precio ofertado por Orange, con lo que no puede haber distorsión alguna de naturaleza discriminatoria.

- Si atendemos a la resolución del TACRC que se cita en el escrito de Orange (que trata un supuesto como el ahora planteado), se puede reparar que, en esa Resolución, se entiende infringido el secreto de las proposiciones por haberse abierto el sobre C en un acto celebrado a puerta cerrada, esto es, lo que se reprochó en esa Resolución del TACRC fue que el sobre se abrió en “un acto que no ha tenido carácter público”, cuando, en este caso, si se conoció el precio ofertado por Vodafone fue en el seno de un REMC y, por tanto, el dato fue plenamente conocido por todos los interesados (aparte de por la propia Orange, por el órgano de contratación)”.

Indica además que en el sobre C no sólo incorpora el precio ofertado, sino también otros hitos susceptibles de valoración, como se deduce del Anexo 2 del PCAP. Es decir, que *“en consecuencia, que eventualmente se hubiere desvelado el precio ofertado por Vodafone en su propio REMC, no significa predeterminar o prejuzgar en modo alguno el resultado de la valoración y selección del licitador, porque, para ello, además del precio, se han de valorar dos hitos, cuya puntuación es de 60 sobre 100, y que sólo pueden ser conocidos con la apertura del Sobre C de Vodafone”.*

2. Alegaciones de la entidad interesada.

ORANGE España S.A.U. realiza manifestaciones que tienen que ver con el hecho de que *“la entidad recurrente en su escrito de interposición ya nos desvelaba cuál era el contenido de dicho sobre (...)”.*

Es decir que se habría vulnerado el secreto de las ofertas, para ello cita la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 11 de junio de 2021 en el Recurso 96/2021 (Resolución 704/2021) trayendo a colación la Resolución 652/2019, de 13 de junio.

QUINTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestos los antecedentes necesarios y las alegaciones de las partes, procede examinar si el órgano de contratación ha ejecutado o no adecuadamente la Resolución 510/2023 de este Tribunal.



La interpretación de la resolución de este Tribunal 510/2023, cuando se señalaba en el fundamento de derecho séptimo que necesariamente debía retrotraer el expediente al momento de valoración de la oferta de la entidad recurrente en ese extremo concreto, “*sin poder valorar la oferta de nuevo en el resto de su conjunto (...)*”, tenía como finalidad indicar al órgano de contratación, que la propuesta técnica que había sido excluida por el motivo examinado, no podría ser de nuevo objeto de valoración, pues únicamente tras la sesión de la mesa correspondiente se había decidido excluir por el motivo de no presentarse el catálogo de móviles. Es decir, que no existiese una reinterpretación de la oferta técnica a efectos de volver a excluirla por otro motivo no puesto de relieve con anterioridad con relación al cumplimiento de las prescripciones técnicas, que era una posibilidad vedada, dado que los documentos ya fueron objeto de un primer examen.

Con relación a lo alegado por la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. se debe rechazar porque no existe aquí ninguna revelación de ofertas que suponga atentar contra el principio de igualdad de trato a los licitadores y no discriminación. El artículo 157 de la LCSP recoge el procedimiento para el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación en una licitación. El mencionado artículo, en relación con los artículos 140, 141 y 145 de la LCSP especifica que los participantes deberán presentar la proposición en dos o más sobres electrónicos, cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, sujetos a fórmulas y otros sujetos a juicio de valor deberán presentar:

1. Un archivo electrónico que contenga la proposición y la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.
2. Un archivo con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.
3. Y en su caso, un archivo electrónico con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor.

En esos casos se deben mantener una serie de cautelas a la hora de proceder a la apertura de dichos archivos electrónicos, dado que la apertura de los archivos electrónicos debe mantener un carácter sucesivo, es decir, constituyen dos actos distintos la apertura de la documentación de los criterios sujetos a juicio de valor y la apertura de la documentación que alude a los criterios evaluables mediante fórmulas. De este modo, la apertura del sobre electrónico que contiene la oferta relativa a los criterios sujetos a un juicio de valor debe realizarse de manera previa a la apertura de las proposiciones dependientes de la aplicación de fórmulas a efectos de garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, para que la evaluación de los criterios sometidos a juicio de valor no pueda verse condicionada por el conocimiento previo de la valoración otorgada a los criterios automáticos.

Solo en esos casos nos encontramos en situaciones en las que se debe anular la totalidad del procedimiento porque no es posible retrotraer las actuaciones para que se elabore un nuevo informe técnico cuando ya se conocen las proposiciones económicas.

De esta forma, lo relevante en nuestro caso, no es que se sepa la información de la oferta (si es que finalmente lo expresado por la entidad entonces recurrente coincide con la oferta incluida en el sobre C), sino que la inclusión o conocimiento de un dato de forma anticipada, suponga una vulneración del secreto, es decir, de un dato hasta entonces desconocido y que pueda influenciar en la adjudicación. No lo puede tener porque el dato está sujeto a fórmulas y no a juicio de valor.



Si el dato o datos eran ya conocidos, o bien existe conocimiento a destiempo, es irrelevante, pues no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores.

A mayor abundamiento, si bien los licitadores a la hora de confeccionar su oferta técnica deben tener cuidado de no adelantar criterios que se evalúen de forma automática o de no incluir archivos en sobres incorrectos cuando estén presentado la oferta; no obstante, de producirse dichas eventualidades también el órgano de contratación debe tener en cuenta que la exclusión del infractor no es automática, y en todo caso, ya que habrá que analizar si dicha anticipación de información influye en la objetividad de la valoración de los criterios subjetivos o quebranta realmente el principio de secreto de las proposiciones.

En cualquier caso, no es este el caso de ninguna forma, pues solo existen criterios sujetos a fórmulas, debiendo estimarse el incidente de ejecución en los términos planteados.

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

ACUERDA

ÚNICO. Estimar el incidente de ejecución promovido por la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA) respecto a la Resolución de este Tribunal 510/2023, de 20 de octubre de 2023, por la que se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, contra el acuerdo de adjudicación de 7 de septiembre de 2023 dictada en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Contratación del sistema de comunicaciones de telefonía y datos móviles para la Sociedad Agua y Residuos del Campo de Gibraltar, S.A. (ARCGISA) y su entidad matriz, la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar (Mancomunidad)», (Expediente 11-3-2023), convocado por dicha sociedad, entidad dependiente de la citada Mancomunidad, ordenando la ejecución de la resolución en los términos indicado en la resolución 510/2023, de 20 de octubre, procediendo conforme a lo ordenado en sus fundamentos de derecho sexto y séptimo.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

