

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. - 54/2019

RESOLUCIÓN Nº. - 2/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 9 de enero de 2020.

Visto el escrito de recurso interpuesto por C.B.M., en nombre y representación de la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra *“la admisión de la oferta presentada por ORANGE ESPAGNE, S.A.U.”* en el Lote 4, en relación con el Expte. 2019/000573, tramitado por el Servicio de Tecnologías de la Información del Ayuntamiento de Sevilla, para la contratación de los servicios de *“Desarrollo de la Red de Telecomunicaciones Metropolitana HISPALNET para el Ayuntamiento de Sevilla, sus Organismos Autónomos y Empresas Municipales de Sevilla”*, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de mayo de 2019 se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los Pliegos del contrato de servicios de referencia, rectificándose éstos el 9 de julio posterior. El valor estimado del contrato fijado en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas se cifra en 17.951.113,47 €.

Conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, el Pliego establece la división en 6 lotes:

- **Lote 1:** Infraestructura. Se trata de la red propietaria independiente de operador de telecomunicaciones. A parte de los propios Operadores de telecomunicaciones, existen otras empresas que están especializadas en la explotación de redes de comunicaciones.
- **Lote 2:** Internet. Existen Operadores de Telecomunicaciones que sólo dan este servicio, por lo que integrarlo en otro lote impediría su presencia en el concurso.
- **Lote 3:** Circuitos de datos. Servicio específico de telecomunicaciones para complementar la red propietaria.
- **Lote 4:** Servicios de usuarios y máquinas. Telefonía y datos en movilidad.

- **Lote 5:** Oficina Técnica. Es un servicio no realizado por operadores de telecomunicaciones y que además se encarga de gestionar, coordinar y supervisar técnica y económicamente la ejecución del resto de lotes
- **Lote 6:** Cableado estructurado. Se trata de trabajos sobre infraestructura de edificios realizados por empresas especializadas, de diferente naturaleza a las que prestan los servicios de los anteriores lotes. La existencia de un lote independiente supone que este tipo de empresas tengan posibilidad directa de optar a la realización de estos trabajos, sin tener que llegar a acuerdos de subcontratación con otras empresas, generalmente de mayor tamaño.”

A la finalización del plazo de presentación de ofertas, resulta la concurrencia de las siguientes licitadoras:

- Licitador nº 1: Ayesa ACT Sistemas, S.L (Lote 5)
- Licitador nº 2: TKT Servicios Informáticos, S.L. (Lote 6)
- Licitador nº 3: UTE Emergya Ingeniería S.L. y Soltel It Solutions, S.L. (Lote 5)
- Licitador nº 4: Gabitel Soluciones Técnicas, S.L.(Lote 5)
- Licitador nº 5: UTE Telefónica de España, S.A.U. y Magtel Operaciones, S.L.U. (Lote 1)
- Licitador nº 6: UTE Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U.(Lotes 2, 3 y 4)
- Licitador nº 7: Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U.(Lote 6)
- Licitador nº 8: Orange Espagne, S.A.U. (Lotes 2, 3 y 4) y oferta integradora (Lotes 3 y 4)
- Licitador nº 9: Bael Ingeniería, S.L. (Lote 5)
- Licitador nº 10: UTE Indra Soluciones Tecnología de la Información, S.L. y FujitsuTechnology Solutions, S.A. (Lote 1)
- Licitador nº 11: Cobra Instalaciones y Servicios, S.A. (Lote 6)
- Licitador nº 12: Solutia Innovaworld Technologies, S.L. (Lote 6)
- Licitador nº 13: Vodafone España, S.A.U.(Lotes 2, 3 y 4)
- Licitador nº 14: Acuntia, S.A.U. (Lote 1)
- Licitador nº 15: Elecnor, S.A. (Lote 6).- Licitador nº 16: Magtel Operaciones, S.L.U. (Lote 6).

Efectuada la calificación de la documentación contenida en los Sobres nº 1, tras la apertura y valoración de los Sobres 2 y la apertura de los número 3, con fecha 8 de noviembre de 2019 la Mesa acordó remitir la documentación contenida en los sobres nº 3, relativos a los criterios de valoración objetiva, al Servicio de Tecnologías de la Información para que emitiese informe técnico sobre las ofertas presentadas, a fin de determinar si se encuentran incursas en causa para ser consideradas como desproporcionadas.

Por lo que al lote 4 se refiere, identificándose como incurso en presunción de anormalidad la oferta integrada presentada por ORANGE, conforme a lo dispuesto en el art. 149 de la LCSP, se efectuó el oportuno requerimiento de justificación.

Presentada la documentación oportuna, se emite informe técnico, con fecha 27 de noviembre de 2019, por parte de la Jefa de Servicio de Tecnologías de la Información, en el que se considera justificada debidamente la oferta, informe que es conocido y asumido por la Mesa de Contratación en sesión celebrada el 29 de noviembre, tras lo cual, y una vez conocido y asumido el informe técnico de valoración de los criterios evaluables mediante

la aplicación de fórmulas, propone la clasificación de las empresas licitadoras y la adjudicación del contrato a la empresa ORANGE ESPAÑA.

El acta de la Mesa celebrada el 29 de noviembre, así como los informes técnicos sobre valoración de la oferta incurso en presunción de anormalidad y los de valoración de criterios automáticos fueron objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 4 de diciembre

SEGUNDO.- El día 20 de diciembre de 2019, tiene entrada en el Registro Electrónico del Ayuntamiento de Sevilla escrito de Recurso Especial en materia de Contratación, formulado por la representación de la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la admisión de la oferta presentada por ORANGE ESPAGNE, S.A.U. en el Lote 4, interposición que se pone en conocimiento de este Tribunal, por parte del Órgano de Contratación, con fecha 9 de enero. En esa misma fecha, se cursa petición de remisión de copia del expediente e informe a la unidad tramitadora del expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla, de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En cuanto al plazo de interposición, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

En relación al ámbito objetivo del recurso, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y **servicios**, que tenga un valor estimado **superior a cien mil euros**.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.
(...).”

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos.

Por lo que respecta al objeto del recurso, se plantea éste contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 29 de noviembre de 2019, sesión en la que la Mesa, tras la consideración del informe técnico y la documentación presentada para justificar una oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad, acepta dicha justificación y efectúa la propuesta de clasificación y adjudicación.

TERCERO.- La normativa actual en materia de contratación, contenida en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, amplía el ámbito objetivo del recurso especial. Constituye, así, una novedad la previsión contenida en el apartado 2.b) del art. 44, que posibilita que *“En todo caso se considera que concurren estas circunstancias en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del art. 149”*.

Ahora bien, como decíamos en nuestra Resoluciones 21/2019, 33/2019, 44/2019 y 46/2019, no es menos cierto que la nueva regulación no lo ampara todo, poniéndose de manifiesto la inadmisibilidad del recurso especial frente a diversos actos de trámite de la mesa de contratación o de otros órganos, tendentes a posibilitar la adjudicación del contrato, que no merecen aquel calificativo, pues con ellos no se decide directa e indirectamente sobre la adjudicación del contrato, tampoco determinan de la

imposibilidad de continuar el procedimiento y no producen indefensión ni perjuicio irreparable, dado que siempre sería posible interponer el recurso frente al acto de adjudicación a fin de que fueran solventadas las irregularidades que pudieran existir en la tramitación del procedimiento, sin perjuicio de que los interesados hayan podido hacerlas valer también ante el órgano correspondiente para su corrección durante la tramitación del indicado procedimiento contractual, conforme a lo que expresamente prevé el art. 44.3.

Entre tales actos destacan la apertura de sobres que contienen las proposiciones y valoración de las ofertas, la fijación de las puntuaciones de cada una de ellas, la comunicación a determinados licitadores que sus ofertas se hallan incursas en supuestos de baja anormal o desproporcionada, la publicación en el perfil del contratante del resultado de la apertura del sobre referido a la documentación sujeta a valoración automática, los informes técnicos de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, el acta de la mesa de contratación con inclusión de ese informe técnico de valoración de las proposiciones técnicas no evaluables mediante fórmula, requerimientos de documentación original realizados por la Mesa de contratación o la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación. (Véanse las resoluciones del TACRC 255/2011, 199/2012, 13/2013, 40/2013, 85/2013, 267/2011, 103/2013, 215/18 o 1138/2018, Andalucía 5/2014, 24/2018, Canarias 124/18, 126/18 o 187/2018, Galicia 129/2018, Madrid 300/2018, Cádiz 7/2018, o Granada 5/2014).

En esta línea nos pronunciábamos asimismo en nuestra Resolución 17/2019, concluyendo que los actos de la Mesa sólo en la medida en que *“decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*, son susceptibles de recurso especial, debiendo, en otro caso, y como expresamente señala el art. 44 en su apartado 3, sustanciarse como defectos de tramitación.

En efecto, como señalábamos en nuestra Resoluciones 44 y 46 de 2019, partiendo de que en el marco de la legislación española, resulta admitido ya con alcance general, el carácter impugnabile, como actos de trámite cualificados, de los acuerdos de admisión de ofertas o licitadores en el vigente artículo 44.2.b) de la LCSP, concluíamos que *“los Acuerdos de la Mesa susceptibles de recurso, serán sólo los adoptados por ésta en el ámbito de sus competencias, correspondiendo a la misma, conforme a nuestro derecho positivo, el trámite cualificado de exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten el cumplimiento de los requisitos previos, previo trámite de subsanación, no atribuyéndosele, por el contrario, competencias en orden a acordar admisión de candidatos o licitadores, inadmisión o exclusión de ofertas, calificación de una oferta como anormalmente baja, y exclusión de ésta, en su caso, clasificación de proposiciones ni adjudicación de contratos, aspectos éstos en los que la decisión corresponde al órgano de contratación, siendo las funciones de la Mesa sólo de propuesta, en cuanto órgano especializado de asistencia que es.*

Las posibilidades de recurso contra estas actuaciones de la Mesa de Contratación, señalábamos, habrán de reconducirse a la teoría general sobre recurribilidad de los actos de trámite cualificados y al examen, en consecuencia, de la concurrencia de los requisitos que definen éstos, en la actuación que se pretende recurrir, de suerte que, si no concurren las circunstancias que determinan su carácter cualificado, esto es; si la actuación *no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determina la imposibilidad de continuar*

el procedimiento o no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, no será impugnabile en esta vía.”

Como expresamente señala el art. 149.6 de la LCSP, la función de la Mesa de contratación es evaluar la documentación presentada por la empresa para justificar su oferta y elevar de forma motivada su correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación, que es a quien corresponde adoptar el acuerdo al respecto. En este mismo sentido se pronuncia el art. 326.c), teniendo, pues tal propuesta naturaleza de acto de trámite no recurrible, al igual que ocurre con las propuestas de clasificación y adjudicación efectuadas por la Mesa de Contratación, como tampoco lo es el informe de valoración, doctrina comúnmente aceptada por los órganos encargados de la Resolución de recursos especiales en materia de contratación (TCRC 97/18, 516/19, Granada 5/14, Cádiz 7/18, Canarias 126/18, Madrid 300/18, Galicia 129/18, Álava 2/15, Andalucía 155/18 ...)

En este mismo sentido se pronunciaba la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , 297/2019, de ocho de mayo del presente, que resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto contra las resoluciones números 339 y 375 de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid por las que se inadmiten los recursos especiales números 316 y 375 de 2017, recurso contencioso que el Superior de Justicia desestima, confirmando y considerando ajustadas a derecho las Resoluciones del Tribunal de Contratación de Madrid impugnadas, con imposición de costas a la parte recurrente, por considerar que el acuerdo corresponde *“a la entidad contratante, no a la Mesa de Contratación, que se limita a realizar una propuesta al órgano de contratación, quién podrá confirmar o separarse del parecer de la Mesa en los términos del apartado 4 del artículo 152, rechazando o admitiendo las ofertas incursas en temeridad, momento en el que adquirirá la condición de acto administrativo recurrible.”*

De acuerdo con las argumentaciones expuestas, y teniendo en cuenta las actuaciones llevadas a cabo en la sesión de la Mesa de contratación a la que se refiere el recurso, hemos de concluir que ni la valoración de la Mesa, ni los Informes técnicos, ni las propuestas de aceptación de ofertas incursas en presunción de anormalidad, clasificación y adjudicación efectuadas por la misma, constituyen actuaciones subsumibles en el artículo 44.2 de la LCSP, por lo que ha de concluirse la improcedencia del recurso especial formulado contra las mismas, debiendo inadmitirse éste.

A la vista de lo que antecede y, conforme a los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por C.B.M., en nombre y representación de la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la admisión de la oferta presentada por ORANGE ESPAGNE, S.A.U. en el Lote 4, en relación con el Expte. 2019/000573, tramitado por el Servicio de Tecnologías de la Información del Ayuntamiento de Sevilla, para la contratación de los servicios de *“Desarrollo de la Red de Telecomunicaciones Metropolitana HISPALNET para el Ayuntamiento de Sevilla, sus*

Organismos Autónomos y Empresas Municipales de Sevilla, por considerarse las actuaciones recurridas no subsumibles en el artículo 44.2 de la LCSP.

SEGUNDO.- 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 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES