

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 27 de julio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 5 de julio de 2023, por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato mixto “Servicio-Suministro de telefonía móvil para el Ayuntamiento de San Martín de la Vega”, número de expediente 81/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 15 de mayo de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 106.000 euros y su plazo de duración será de tres años, con la posibilidad de una única prórroga por dos años más.

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizada la apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa y calificada la misma, posteriormente se procede a la apertura de los sobres que contienen la documentación relativa a los criterios dependientes de juicio de valor.

El 23 de junio de 2023, se emite informe técnico que por lo que se refiere a VODAFONE indica: *“No se ha valorado esta oferta, ya que en el contenido del sobre nº2 se ha incluido un catálogo de Precios de los terminales, en los que aparecen los terminales ofertados en la oferta, dando a conocer datos acerca de la propuesta económica, por lo que este licitador debería ser excluido de la licitación, en aplicación de la cláusula 12.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rige la licitación y se transcribe a continuación: “12.3. El sobre o archivo electrónico nº2 DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS DEPENDIENTES DE UN JUICIO DE VALOR, contendrá los documentos que justifiquen los criterios de valoración recogidos en la cláusula 9.2.2 del presente pliego, para la adjudicación del contrato.*

Este sobre o archivo electrónico no puede incluir ninguna información que permita conocer el contenido del sobre nº 3 relativo a los criterios evaluables mediante cifras y porcentajes, o que contengan datos que permitan identificar de forma fehaciente la propuesta económica o algunas de las propuestas que puedan ser objeto de valoración mediante aplicación de fórmulas. El incumplimiento de esta obligación implica la exclusión de la licitación.”

Por lo tanto, el licitador Vodafone España, SAU ha quedado fuera de valoración técnica”.

En la sesión celebrada por la mesa de contratación, el 28 de junio, acepta el informe técnico y propone al órgano de contratación la exclusión del recurrente que es aceptada por la Junta de Gobierno Local el 5 de julio.

Tercero.- El 14 de julio de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de VODAFONE en el que

solicita que se anule el acuerdo de exclusión y se suspenda el procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 25 de julio de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso y la no suspensión del procedimiento de licitación.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de julio de 2023, e interpuesto el recurso el 20, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato mixto de suministros y servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar lo siguiente:

El PCAP señala en su cláusula 12.3 *“El sobre o archivo electrónico nº2 DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS DEPENDIENTES DE UN JUICIO DE VALOR, contendrá los documentos que justifiquen los criterios de valoración recogidos en la cláusula 9.2.2 del presente pliego, para la adjudicación del contrato. Este sobre o archivo electrónico no puede incluir ninguna información que permita conocer el contenido del sobre nº 3 relativo a los criterios evaluables mediante cifras y porcentajes, o que contengan datos que permitan identificar de forma fehaciente la propuesta económica o algunas de las propuestas que puedan ser objeto de valoración mediante aplicación de fórmulas. El incumplimiento de esta obligación implica la exclusión de la licitación.*

Y la cláusula 12.4 *“El sobre o archivo electrónico nº3 DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA A CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE CIFRAS Y PORCENTAJES. Contendrá la proposición económica, que se presentará redactada conforme al modelo fijado en el ANEXO II al presente pliego, no aceptándose aquéllas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta”.*

Por lo que aquí interesa el apartado 9.9.2. señala:

“Terminales (hasta 10 puntos): Se valorarán las características técnicas de los terminales ofrecidos por el licitador y su compatibilidad con los terminales propuestos que se describen en este pliego. Así como las funcionalidades demandadas para los terminales. Se valorarán las características del mantenimiento de los terminales y el seguro de reposición por robo”.

Al respecto el Pliego de Prescripciones Técnicas, en su cláusula 10.3. b) criterios técnica evaluables por juicio de valor (50 puntos), señala:

“Terminales

Se valorarán las características técnicas de los terminales ofrecidos por el licitador y su compatibilidad con los terminales propuestos que se describen en este pliego. Así como las funcionalidades demandadas para los terminales.

Se valorarán las características del mantenimiento de los terminales y el seguro de reposición por robo. También se tendrá en cuenta el precio por terminal que se adjunte en el Catálogo de precios incluido para futuras ampliaciones fuera de pliego”.

Alega la recurrente que de lo expuesto anteriormente se comprueba que había que incluir en el sobre 2 el *“Catálogo de Precios para futuras ampliaciones fuera de pliego”*. Además, los precios podían coincidir o no con las tarifas de terminales que exigía el pliego y que se incluye en el sobre 3 y señala que los terminales es un solo ítem de otros muchos que conformaba la oferta económica por lo que no era posible extraer ni directa ni indirectamente la misma aportando sólo el Catálogo de Precios de Terminales.

Manifiesta la recurrente su disconformidad con la exclusión y niega que la información incluida en el sobre 2 contenga datos que permita identificar de forma fehaciente la propuesta económica o cualquier otro dato que individualmente fuera objeto de valoración. Es más, lo que hizo fue cumplir lo dispuesto en la cláusula 12.3 del pliego.

En ningún caso el dato introducido en el “*Catálogo de Precios de Terminales relativos a solicitudes futuras fuera del Pliego*”, que fue lo aportado en el sobre 2, es un dato evaluable como tal, ni desvela la oferta económica.

Por lo tanto, su oferta era coherente con que no se revelaba ningún dato que fuera evaluable, o que indirectamente pudiera haber facilitado que se extrajera dicho dato y además dicho catálogo no se podía incluir en el sobre 3.

En defensa de sus pretensiones cita diversas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El órgano de contratación señala que podría que el PPT y el PCAP podría producir una clara ambigüedad o confusión, ya que en el PCAP se hace referencia a la valoración de los terminales respecto de sus características técnicas y su compatibilidad con los terminales propuestos descritos en el pliego, pero no se hace referencia a la valoración de precios respecto de terminales objeto de futuras ampliaciones fuera de pliego.

Y con la valoración del catálogo de terminales aportado por VODAFONE ESPAÑA, SAU se produce una clara influencia en la valoración del contenido del sobre nº 3, ya que la oferta económica puede haberse realizado sobre los terminales propuestos en el catálogo, no especificándose en ningún apartado de dicho catálogo que los dispositivos incluidos en el mismo sólo podrán ser objeto de futuras ampliaciones, quedando abierta la posibilidad de que los terminales aportados sean concretamente sobre los cuales se vaya a realizar la oferta económica.

De igual manera, es relevante poner de manifiesto que, de los tres licitadores presentados: ORANGE ESPAGNE, SAU, VODAFONE ESPAÑA, SAU y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU, el único licitador que ha aportado el mencionado catálogo de terminales en el sobre o archivo electrónico nº 2 ha sido VODAFONE ESPAÑA, SAU.

Sin embargo, TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU aporta, dentro del contenido del sobre o archivo electrónico nº3:

"ANEXO catálogo de precios para Tarifas de Voz y Datos_signed"

"Catálogo de terminales_signed".

Y respecto del primer catálogo, hace mención expresa a: *"Lista de precios para adquisición de nuevas líneas fuera de pliego"*.

Por ello considera el órgano de contratación que la posible ambigüedad de los establecido en la cláusula 9.2.2. del PCAP y lo establecido en la cláusula 10.3.b) del PPT se debe resolver con la prevalencia de lo dispuesto en el PCAP de acuerdo con la cláusula 14.1 del PCAP y la doctrina sobre el contenido de los pliegos.

Vistas las posiciones de las partes, de la redacción de los pliegos se constata que la documentación relativa a los criterios dependientes de juicio de valor se tiene que incluir en el sobre 2. Estos documentos tienen que justificar los criterios de valoración recogidos en la cláusula 9.2.2. del PCAP, entre ellos se valoran los terminales en cuanto a sus características técnicas, compatibilidad, funcionalidades, mantenimiento y seguro. No se dice nada del precio.

La cláusula 10.3. del PPT en relación con los terminales tiene idéntica redacción que la cláusula 9.2.2 del PCAP, sin embargo añade: *"También se tendrá en cuenta el precio por terminal que se adjunte en el Catálogo de precios incluido para futuras ampliaciones fuera de pliego"*.

En consecuencia, la recurrente no hizo más que cumplir con lo prescrito en los pliegos.

Alega el órgano de contratación que en el catálogo aportado por VODAFONE no se indicaba que los terminales incluidos sólo podían ser objeto para futuras ampliación, a juicio de este Tribunal esa imprecisión no puede llevar a la exclusión del

recurrente pues si el PPT exigía que dicho Catálogo de precios se debe incluir en el sobre 2, por referirse a criterios valorados mediante juicio de valor, y el Catálogo de precios se refiere a futuras ampliaciones no hay fundamento jurídico para apreciar lo contrario, toda vez que tampoco se pone de manifiesto que fuesen los precios de los ofertados en el pliego.

Respecto a las discrepancias del contenido de los pliegos, procede traer a colación el Acuerdo 8/2016, de 22 de enero de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que señala: *“Es también doctrina consolidada de este Tribunal, que la finalidad de los Pliegos, en tanto lex contractus, es aportar certeza y seguridad sobre los elementos de la licitación, en especial, sobre el objeto, plazo, retribución, condiciones de presentación y adjudicación. Difícilmente puede cumplirse la finalidad de un procedimiento de licitación, caracterizado por la comparación de ofertas, si estos extremos no son claros. Y, por ello, la oscuridad o contradicción de las disposiciones de los Pliegos nunca pueden ser interpretadas en perjuicio de los licitadores.*

La confusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico, proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo). Además, la valoración de la documentación requerida, y los efectos que se derivan de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de exclusión (Acuerdo 8/2011).

Es oportuno recordar, como ya dijimos en nuestro Acuerdo 33/2012, que la carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección, son también responsabilidad de los mismos. Por ello, resulta desproporcionado y contrario a la equidad, que los poderes adjudicadores tengan la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las

consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones.

La jurisprudencia actual, frente a decisiones jurisprudenciales anteriores que otorgaban a la interpretación unilateral de la Administración el valor de una especie de interpretación «auténtica», ha destacado que la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad sólo debe perjudicar a la Administración que las redactó, en aplicación del artículo 1288 CC.

Con rotundidad se pronuncia en tal sentido la STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, según la cual «Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración».

En el mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2001 afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las SSTS de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999.

En su consecuencia, la Administración no puede salvar la contradicción que pudiera existir entre las cláusulas del pliego mediante una interpretación que perjudique a quienes cumplieron con lo establecido en ellas”.

En el mismo sentido la Resolución 231/2017, de 18 de abril del TACRC “Sobre esta base, sostiene la recurrente que la contradicción existente entre ambos pliegos no puede causarle perjuicio, invocando a tal fin la doctrina expresada, entre otras, en la ya citada resolución de este Tribunal 187/2007, en cuyo fundamento séptimo se decía:

“En línea con todo lo expuesto, debe añadirse que este Tribunal tiene reiteradamente declarado (valga por todas, la Resolución 19/2014, de fecha 17 de enero) que los contratos públicos son, ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los Pliegos, si no es posible resolverlas de acuerdo con las previsiones de la legislación de contratos públicos, deben decidirse conforme a los preceptos generales del Código Civil y también acudiendo a la interpretación lógica de las cláusulas del contrato (Resolución 234/12, de 24 de octubre), siendo de especial relevancia el criterio establecido en el artículo 1.288 del Código Civil, con arreglo al cual “la interpretación de las cláusulas oscuras no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad” ni, consecuentemente, jugar en perjuicio de los contratistas (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en sentencias como las de 2 noviembre 1976, 11 octubre y 10 noviembre 1977, 6 febrero y 22 junio 1979 y 13 abril y 30 mayo 1981)”.

Resolución 163/2018 Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. *“Este Órgano ha venido señalando (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 y la jurisprudencia europea que en ella se cita) que el poder adjudicador tiene una obligación de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.*

Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la verdadera voluntad del poder adjudicador mediante criterios interpretativos aplicados a cláusulas contradictorias o imprecisas, castigándole con una grave consecuencia (en este caso, la exclusión de su oferta) si no tiene éxito en la tarea o si la conclusión obtenida no es la misma que la sostenida por el órgano de contratación (ver el artículo 1288 del Código Civil)”.

En el presente caso el órgano de contratación apunta una posible contradicción en los pliegos. Según se ha expuesto más arriba dicha contradicción se ha constatado por este Tribunal por lo que de acuerdo con la doctrina citada no procede la exclusión del recurrente y procedería ordenar la retroacción del procedimiento al momento de valoración de su oferta.

No obstante, actualmente se han abierto las ofertas económicas del resto de licitadores, esto implica que no se puede emitir un nuevo informe técnico sobre los criterios sujetos a juicio de valor, pues la imparcialidad de dicho informe técnico se vería truncada.

Cuestión diferente es que el error se hubiese producido en los criterios sujetos a fórmulas pues bastaría simplemente con la aplicación de dicha fórmula para obtener la puntuación adecuada.

En definitiva, esta circunstancia conlleva la anulación de todo el procedimiento de licitación.

En este sentido se pronuncia la Resolución 5/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía **“Sin embargo, en el presente supuesto, realizar por el órgano técnico correspondiente una nueva valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, una vez conocido el contenido íntegro de las proposiciones de todas las entidades licitadoras relativas a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática al encontrarse el contrato ya adjudicado, supondría una quiebra irremediable de las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, que constituyen el objetivo primordial perseguido por los artículos 146.2 de la LCSP cuando dispone en su párrafo segundo que "En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que**

no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello", y por el 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que determina que " La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos ", así como por la cláusula 7.1.2 del PCAP, que recoge dicho mandato legal, estableciendo un procedimiento de valoración de la oferta en dos momentos separados, valorando en primer lugar, las ofertas conforme a los criterios sujetos a juicio de valor y, en segundo lugar, conforme a los criterios de valoración automáticos.

En definitiva, la necesidad de respetar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa es incompatible con la posibilidad de realizar una nueva valoración de las ofertas conforme a criterios sujetos a juicios de valor, con posterioridad al conocimiento íntegro de la totalidad de las ofertas relativas a los criterios evaluables de forma automática.

*En consecuencia, a la vista de los artículos 146.2 de la LCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, al no quedar garantizada la imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, **la consecuencia inevitable es la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación, respecto del lote 8**, lo cual no impedirá la iniciación por el órgano de contratación de un nuevo procedimiento de adjudicación, si así lo estima necesario.*

Este criterio de anulación de la licitación se viene sosteniendo por todos los Órganos y Tribunales administrativos de recursos contractuales, incluido éste (v.g. Resoluciones de este Tribunal 120/2016, de 3 de junio, 244/2016, de 14 de octubre, 300/2016, de 18 de noviembre, 71/2017, de 6 de abril, 109/2017, de 25 de mayo, 133/2017, de 27 de junio, 198/2017, de 6 de octubre, 259/2017, de 29 de noviembre y 235/2018, de 8 de agosto, 115/2019, de 17 de abril, entre otras).

Resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 5 de julio de 2023, por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato mixto “Servicio-Suministro de telefonía móvil para el Ayuntamiento de San Martín de la Vega”, número de expediente 81/2023, declarando la nulidad de todo el procedimiento debiendo, si se considera oportuno, convocar nuevamente la licitación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio,

Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.