

Recurso 341/2024
Resolución 404/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 18 de septiembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, contra el anuncio, los pliegos y demás documentación contractual que rigen la licitación del contrato denominado «Servicios de voz, datos e internet de banda ancha y suministro de terminales de telefonía», (Expte. 2024 CONT-00025), convocado por el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 agosto de 2024 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. Con fecha 9 de agosto de 2024 los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil de contratante. El valor estimado del contrato asciende a 410.912,11 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 30 de agosto de 2024, tuvo entrada en el registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el anuncio, los pliegos y demás documentación contractual que rigen la licitación del contrato referenciado, interpuesto por la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante la recurrente o VODAFONE).

El 2 de septiembre de 2024, mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano mediante dos remisiones de fecha 4 y 10 de septiembre de 2024.

Mediante Resolución MC. 113/2024, de 6 de septiembre, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitado por la recurrente.

No ha sido necesario conceder plazo de alegaciones dado que a la fecha de la suspensión del plazo de presentación de proposiciones no se había presentado oferta alguna.

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, toda vez que el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, pese a no haber participado en la licitación.

La recurrente aduce, como motivos del recurso, la nulidad de determinados criterios de adjudicación y requerimiento técnico que, a su juicio, restringen la concurrencia. Por tanto, una eventual estimación del recurso permitiría la remoción de los obstáculos que limitan sus posibilidades de acceso a la licitación en condiciones de igualdad con otros posibles licitadores. Queda, pues, justificado el interés legítimo que ostenta para impugnar los pliegos.

TERCERO. Acto recurrible.

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

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 apartados a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Sobre el criterio de adjudicación 7. Calidad de red (TIER)

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Mediante el primero de los motivos del recurso la recurrente esgrime su oposición frente a la configuración de uno de los criterios de adjudicación del lote 1 del contrato denominado “Servicios de voz, datos e internet de banda ancha”, en concreto el criterio 7 “Calidad de red (TIER)”, respecto al que afirma la recurrente que *«se valora la tenencia de la certificación “TIE”, sin permitir a los licitadores la posibilidad de certificaciones equivalentes.»*, por lo que considera que se ha vulnerado la previsión contenida en el artículo 93.2 de la LCSP.

Cuestiona la justificación indicada en los pliegos respecto al citado criterio, denominado “calidad de red”, alegando que, aunque se hace referencia a términos como *“latencia”, “dependencia en la interconexión de una red”*, realmente lo que valora el citado criterio es la tenencia o no de una concreta certificación.

Igualmente aporta informe pericial, cuyo contenido parcialmente reproduce, para defender los siguientes argumentos:



(i) El fundamento de la mayor calidad que genéricamente indica el pliego se debe reconducir al término “latencia”, que es perfectamente medible y con relación al cual se pueden establecer parámetros claros para todos los licitadores que deban cumplir sin necesidad de tener que obtener un certificado emitido por una entidad privada.

(ii) La calificación del nivel de red “TIER” tiene que ver más con las características de la licitadora que ha obtenido dicho certificado que con los servicios ofertados, por lo que defiende que la obtención de certificación TIER no puede ser un criterio de valoración sino de solvencia, dado que evalúa características propias del licitador y no de los servicios objeto del contrato. Refiere como apoyo de su pretensión la doctrina recogida en la resolución de este Tribunal 67/2022, de 28 de enero.

(iii) Considera desproporcionada la puntuación de 20 puntos otorgada a este criterio, y que iguala la valoración dada en los pliegos a la oferta económica.

Tras todo lo expuesto concluye que el sistema de valoración de las ofertas es contrario al *«principio de concurrencia e igualdad, e incluso de neutralidad tecnológica por no permitir acreditar el cumplimiento solamente de parámetros técnicos equivalentes, e impide que aun cumpliendo parámetros de calidad no puedan presentarse licitadores por el simple hecho de no haber solicitado y pagado a la entidad privada dicho certificado.»*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso se opone a los argumentos de la recurrente, respecto a este primer motivo del recurso, y solicita su desestimación.

Al efecto defiende la existencia de motivación adecuada y suficiente respecto al criterio de adjudicación de calidad de la red. Así alega que de las actuaciones que obran en el expediente de contratación remitido, se puede constatar que el criterio de adjudicación recurrido se encuentra debidamente motivado en la memoria justificativa, en el pliego de cláusulas administrativas (PCAP) y en el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Aduce que, en contra de lo afirmado por la recurrente, en los pliegos de la presente licitación no se exige el certificado TIER, por el contrario, y tal y como consta en la propia memoria justificativa, como forma de acreditación del criterio de adjudicación se exige un informe técnico y una declaración responsable de la empresa licitadora donde se justifique que la calidad de la red es 1, 2 o 3, a efectos de valoración del criterio.

Esgrime que el criterio de adjudicación recurrido está directamente relacionado con el objeto del contrato, en cuanto que su finalidad es valorar el servicio ofrecido por la red del licitador, cuya calidad es determinante para la correcta prestación del servicio.

Invoca la aplicación al presente supuesto del principio de discrecionalidad técnica de la administración en la selección y determinación de los criterios de adjudicación.

3. Consideraciones del Tribunal.

La controversia que el presente motivo de recurso plantea se centra en la configuración de uno de los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas para el lote 1 del contrato, que se encuentra regulado en el apartado 10 del cuadro resumen del PCAP, en los siguientes términos:

«- CRITERIO 7. Calidad de red (TIER) Hasta 20 puntos



➤ Se valora la calidad de la red ofrecida en la oferta según detalle contenido en el PPTP. En función del nivel de red ofrecida por el ISP, se obtendrá la siguiente puntuación:

- Red de nivel 1 (TIER 1): 20 puntos
- Red de nivel 2 (TIER 2): 15 puntos.
- Red de nivel 3 (TIER 3): 0 punto

Justificación: Con el presente criterio se trata de poner en valor la calidad del servicio que ofrece el licitador con su red. Los distintos despliegues que ofrecen los licitadores no se encuentran en posición de igualdad desde el punto de vista de su rendimiento, latencia y calidad de servicio. Es por eso que es necesario poner en valor el ofrecimiento de servicios con mayor calidad de servicio, menor latencia y mayor huella de cobertura. La valoración es de naturaleza objetiva para permitir al licitador conocer la valoración del servicio ofrecido carente de subjetividades.».

Las principales carencias en las que a juicio de la recurrente incurre el criterio de adjudicación se centran en (i) la exigencia de una certificación “TIER”, sin posibilidad de certificaciones equivalentes, (ii) la falta de motivación y justificación adecuada de su elección, (iii) la falta de relación con el objeto del contrato: la certificación TIER no puede ser un criterio de valoración sino de solvencia, dado que evalúa características propias del licitador y no los servicios objeto del contrato, y (iv) la desproporción del peso del mismo al que se le otorgan 20 puntos.

Pues bien, los criterios de adjudicación han de cumplir los requisitos previstos en el artículo 145 de la LCSP, y de manera especial, deben estar vinculados con el objeto del contrato en los términos que establece dicho precepto, en el que se dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«Artículo 145. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.

1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

(...)

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

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

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

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

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».



Por su parte, el artículo 116.4 c) de la LCSP, exige que en el expediente se justifique, entre otros extremos, los criterios que se tendrán en consideración para la adjudicación del contrato.

Pues bien, consultada la memoria justificativa, de 20 de mayo de 2024, obrante en el expediente remitido, se ha podido comprobar que en el apartado 14 relativo a los criterios de adjudicación, se recoge la siguiente justificación respecto al controvertido criterio:

« 14.1.2.6. Calidad de red (TIER) (hasta 20 puntos)

(...)

El licitador acreditará el nivel de red ofrecido mediante un informe técnico que lo justifique y la presentación adicional de una declaración responsable. La oferta que no presente la documentación acreditativa obtendrá por este criterio cero puntos. La justificación de la aplicación de este criterio es que trata de poner en valor la calidad del servicio que ofrece en licitador con su red. Los distintos despliegues que ofrecen los licitadores no se encuentran en posición de igualdad desde el punto de vista de su rendimiento, latencia y calidad de servicio. Es por eso que es necesario poner en valor el ofrecimiento de servicios con mayor calidad de servicio, menor latencia y mayor huella de cobertura. La valoración es de naturaleza objetiva para permitir al licitador conocer la valoración del servicio ofrecido carente de subjetividades.».

Además, el PCAP en la regulación del presente criterio hace expresa referencia al contenido del PPT, al afirmar que se valorará *“la calidad de la red ofrecida en la oferta según detalle contenido en el PPT”*. Así, en el apartado 5 del PPT, y en lo que aquí interesa se dispone: *«Se valorará el nivel de TIER de cada proveedor, cada proveedor de servicios de internet (ISP) tiene un despliegue de red que permite la interconexión con el resto de internet. Esto permite la formación de distintos niveles de interconexión, de forma que aquellos ISP que se conectan directamente a otros ISP a través de acuerdos de interconexión libres, constituyen lo que se denomina red de nivel 1 (TIER 1). La red de nivel 1 a nivel mundial está formada por un número conocido de ISP. La interconexión del despliegue de otros ISP no integrados en este nivel, depende de alguno de los anteriores, a través del cual acceden al resto de internet y así sucesivamente. El nivel de red que ofrece cada ISP determina por tanto su huella de cobertura, su enrutamiento (y en consecuencia su latencia), su rendimiento y su nivel de dependencia ajena para su interconexión. En consecuencia, cuanto mayor sea la dependencia de interconexión de una red, más alta su latencia y más restringida su huella de cobertura, mayor deficiencia presentará el servicio que se presta. Es la calidad de la red ofrecida por el licitador y por tanto la calidad del servicio contratado la que se valora de esta manera.».*

En cuanto al objeto del presente contrato, el mismo se describe en el apartado 2 del cuadro resumen del PCAP, en los siguientes términos: *«El Objeto del Contrato de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 LCSP, es un contrato mixto, que tiene por objeto la prestación de servicios de telecomunicaciones (art. 17- Lote 1) y el suministro de terminales (art. 16- Lote 2) para el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre, cuyas características se especifican en el Pliego de Prescripciones técnicas.*

(...)

Es objeto del contrato del LOTE 1 lo siguiente:

- *La prestación de los servicios de Voz, Datos e internet de Banda ancha, de fijos y móviles.*
- *Incluye el tráfico completo de voz y datos, la prestación de los servicios de datos e internet de banda ancha para sedes.*
- *Incluye el tráfico de datos entre las distintas sedes y la Casa consistorial, y entre esta y la nube (Cloud)*
- *Incluye navegación por internet.*
- *La prestación de los servicios de voz y de datos fijos y móviles aplicados a los servicios de emergencia 092 y 112.*
- *Incluye el tráfico de voz y de datos, así como la monitorización en formato 24x7 del servicio (QoS).».*



Analizada la documentación remitida, y en cuanto a la primera de las cuestiones alegadas en el recurso, relativa a la exigencia de una certificación TIER sin posibilidad de aportar certificaciones equivalentes, se ha podido constatar que en el apartado 14.1.2.6 de la memoria justificativa se establece en cuanto a la acreditación del criterio de adjudicación objeto de recurso, lo siguiente: *«El licitador acreditará el nivel de red ofrecido mediante un informe técnico que lo justifique y la presentación adicional de una declaración responsable..»*. Por tanto, tal y como afirma el órgano de contratación en el informe al recurso, el presente criterio no tiene por objeto la titularidad de una concreta certificación, sino la calidad de la red que ha de acreditarse mediante la aportación de un informe técnico sobre los extremos objeto de valoración y la presentación de una declaración responsable.

Igualmente, tras el análisis del contenido de la memoria justificativa y los pliegos anteriormente expuestos, se ha podido comprobar que en el expediente consta justificación del criterio de adjudicación, calidad de red, en los términos exigidos por el artículo 116.4 c) de la LCSP.

Respecto a la pretendida falta de vinculación del criterio con el objeto del contrato, este Tribunal viene considerando que, un criterio de adjudicación cumple el requisito de vinculación al objeto del contrato si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, sin olvidar en este último caso que el criterio debe incidir en el rendimiento del contrato afectando significativamente a su ejecución.

Pues bien, como se ha tenido ocasión de exponer, mediante el controvertido criterio de adjudicación se valora la calidad de la red y el lote 1 del contrato tiene por objeto el servicio de telecomunicaciones del Ayuntamiento, por lo que concurre el requisito de vinculación entre ambos.

La recurrente en este punto cuestiona la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, y defiende que el criterio responde a características de la licitadora que ha obtenido dicho certificado por lo que estaríamos ante un criterio de solvencia de la empresa. Ciertamente tal y como se explica tanto por la recurrente como por el órgano de contratación los niveles de TIER derivan de los distintos acuerdos de interconexión con los que cuenta cada proveedor de servicios de internet (ISP).

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que conforme dispone el artículo 145.6 de la LCSP y la reiterada doctrina de este Tribunal, la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato ha de interpretarse en el sentido de que se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. En el presente asunto la vinculación con el objeto del contrato queda acreditada al repercutir en la calidad del servicio de navegación por internet. Así tal y como consta en el expediente *«El nivel de red que ofrece cada ISP determina por tanto su huella de cobertura, su enrutamiento (y en consecuencia su latencia), su rendimiento y su nivel de dependencia ajena para su interconexión.»*

En este contexto y conforme a la información y justificación obrante en el expediente de contratación se concluye que en el presente asunto concurre el requisito de vinculación entre el criterio de adjudicación y el objeto del contrato.

Finalmente, respecto de la alegación de la recurrente sobre la excesiva ponderación del criterio de adjudicación -20 puntos sobre 100-, cabe señalar que tal y como afirma el órgano de contratación la determinación de dicha puntuación se encontraría dentro del ámbito de discrecionalidad que asiste al órgano de contratación; que conforme se ha señalado con anterioridad ha motivado en el expediente la justificación del criterio de adjudicación y la trascendencia que para el consistorio tiene la buena calidad de la red para la correcta presentación del servicio.



En cuanto a la doctrina citada en el escrito de recurso, recogida en la resolución de este Tribunal 67/2022, de 28 de enero, cabe señalar que, en la referida resolución, el criterio de adjudicación recurrido exigía una certificación TIER, supuesto que no concurre en el presente asunto, por lo que las consideraciones parten de presupuestos diferentes.

Además, la citada resolución partía de la doctrina recogida en la Resolución 1259/2019, de 11 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en cuanto a que las certificaciones TIER pueden configurarse como criterio de solvencia, pero no de adjudicación. En tal sentido cabe señalar que el citado Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en posteriores resoluciones, entre otras en la resolución nº 1038/2023 de 3 de agosto, en el sentido favorable a la configuración de las certificaciones “TIER” como criterios de adjudicación.

Todo lo expuesto, a juicio de este Tribunal, permite concluir que no ha quedado acreditado el incumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 145 de la LCSP, ni se ha constatado la denunciada vulneración de los principios de concurrencia e igualdad, establecidos en el artículo 1 de la LCSP.

SEXTO. Fondo del asunto. Sobre el requerimiento de fibra óptica propia contenido en el PPT

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente esgrime su oposición frente a uno de los requerimientos contenidos en el PPT mediante el que se exige que los licitadores den cobertura con fibra óptica propia a 13 sedes del Ayuntamiento. Considera que tal requerimiento supone una infracción de los principios de concurrencia, neutralidad tecnológica y no discriminación.

La justificación que el propio PPT contiene hace referencia a “*garantizar el cumplimiento de la latencia anteriormente descrita*”, y a la necesidad de “*garantizar un nivel muy alto de seguridad y una latencia muy controlada que permita el uso de aplicaciones de escritorio*”. Defiende que los requerimientos han de limitarse a aspectos técnicos, tales como que se cumplieran determinados parámetros de latencia. Alega que supone una vulneración de los principios de neutralidad tecnológica y de proporcionalidad exigir el cumplimiento de un requerimiento de titularidad de la fibra que impide que los licitadores que no cumplan este criterio técnico no puedan participar en la licitación. Como apoyo de la argumentación esgrimida refiere el siguiente del contenido del informe pericial aportado al recurso:

«8.2. Motivación del requisito en los pliegos

(...)

Según lo descrito en el pliego, el objetivo de esta medida es garantizar una latencia máxima entre las sedes remotas de 15ms, sin embargo esta es, en sí misma, una medida de resultado objetivo que los operadores deben considerar al definir sus accesos ofertados, sabiendo que tendrán que ser los adecuados para cumplir este requisito de obligado cumplimiento. Es decir, en este caso, el pliego define el resultado esperado y establece también el medio que deben emplear los licitadores para alcanzarlo, siendo que el medio resulta mucho más limitativo que el propio objetivo que se persigue con él: cumpliendo los operadores con el resultado deseado en términos óptimos (latencia menor a la requerida) resultarían en todo caso excluidos de la licitación si emplean infraestructura de red que no sea de su titularidad.».

La recurrente hace referencia al Acuerdo de 24 de septiembre de 2020, de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC), cuya copia adjunta al escrito de recurso, afirmando que respecto de las exigencias recogidas en los pliegos de licitación pública sobre que el servicio se preste con red propia la CNMC «*fue muy clara al establecer que este tipo de cláusulas no tiene justificación técnica alguna y limitan la competencia.*»



Además, considera la recurrente que el PPT incurre en falta de motivación y arbitrariedad al no justificar porque determinadas sedes han de contar con este requerimiento y otras no. Al respecto reproduce el siguiente contenido del informe pericial:

«Por otra parte, no hay justificación en el pliego sobre por qué se considera que un acceso basado en fibra propia -que se refiere simplemente a una cuestión relativa a la titularidad de la infraestructura, no a que se trate de un acceso dedicado- puede garantizar una menor latencia que un acceso basado en la infraestructura de otro operador de las mismas características, siendo que en ambos casos se trataría de fibra compartida, en la que los recursos de la red troncal son compartidos entre los diferentes suscriptores finales, entre los que se integrarían las sedes remotas del Ayuntamiento; y tampoco se encuentra en los pliegos la motivación sobre por qué, de entre las 18 sedes remotas, todas ellas con un objetivo común de latencia máxima de 15 ms, sólo se requieren accesos basados en la propia red en 13 de estas ubicaciones, y no se desprende que pueda tratarse de centros de especial criticidad, pues entre ellos se incluyen, por ejemplo, un centro de mayores, un estadio de fútbol, y dos aparcamientos municipales.»

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos de la recurrente respecto a este segundo motivo del recurso, y solicita su desestimación. Al efecto esgrime las siguientes alegaciones.

(i) En la presente licitación no se permite la subcontratación. En la memoria justificativa de la presente licitación, en el apartado 22 “Subcontratación”, se manifiesta al respecto que: *«No procede por la criticidad de los servicios contratados. En ese sentido, tanto la clasificación como la solvencia técnica y profesional exigida al licitador garantizan que el mismo dispone de recursos propios especializados, técnicos y materiales para la prestación del servicio sin subcontratación.»*

La calidad necesaria en los servicios VoIP para garantizar las comunicaciones solo es posible si se asegura la combinación de equipamiento confiable y compatible, con protocolos establecidos con alto grado de eficacia. La mejor garantía de este requerimiento es la unificación de las actuaciones y las configuraciones en todo el equipamiento.»

(ii) Posibilidad de concurrir en UTE. Afirma que *«cualquier operador podría llegar a acuerdos con otros para concurrir en UTE y cubrir las necesidades indicadas en el pliego, en el caso de no poder cubrir por si solos ciertas exigencias del mismo.»*

(iii) El Acuerdo de Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) de fibra alquilada a otros operadores por parte de Telefónica no cumpliría los valores mínimos de SLA exigidos en el pliego. Argumenta que la pericial aportada por la recurrente no ha tenido en cuenta que el PPT contempla un acuerdo de nivel de servicios para ambos lotes del contrato, *«que exige en resumen que los circuitos de fibra tengan ante un posible fallo de interrupción del servicio o de degradación del mismo 6 horas como máximo de Lunes a Viernes, en resolver la avería por parte del adjudicatario.»*. Afirma que conforme a los términos del vigente acuerdo de ORLA *«es imposible cumplir el pliego con un circuito alquilado en ORLA a Telefónica (...)»*.

(iv) La disponibilidad de fibra óptica propia persigue garantizar el cumplimiento de los criterios de seguridad y de latencia. Al respecto se afirma que: *«Solo el propietario de un despliegue puede garantizar la seguridad del tráfico que transita por el mismo, basándose en criterios de control de trazado. Cuando se usan redes ajenas, la seguridad, si acaso, solo puede basarse en técnicas de cifrado ya que la seguridad basada en el control del trazado no es posible, con lo cual el nivel de seguridad perseguido en la documentación técnica no se puede garantizar. De hecho, en preguntas realizadas en plataforma solicitan saber si es necesario indicar el trazado a lo que se le ha respondido que efectivamente, para cumplir el punto.»*



Las comunicaciones de voz (VoIP) mediante softphone en el Ayuntamiento (que incluyen todas las comunicaciones de policía), y que exige la documentación técnica, necesitan de conexiones de datos de fibra propia, para garantizar que la voz transita por un medio seguro, por lo que nos obliga a tomar medidas especiales de seguridad y protección del tráfico para dar cumplimiento al ENS con cobertura de NIVEL ALTO según se exige en pliego, que obliga a esta administración, por ello la seguridad tanto lógica como de trazado, todas las sedes se integrarán a través de una VPN por lo que se verán unas con otras, teniendo que dar la misma importancia a unas y a otras (hecho ignorado en la pericial), para que no suponga una vulnerabilidad para el resto de sedes y usuarios.»

Alega que la pericial aportada por la recurrente parte de la idea de que la solución técnica que la nueva licitación contiene no varía respecto a la ahora existente en el Ayuntamiento, pero ello no es así y es esa la razón que lleva a la necesidad de nuevas medidas de seguridad cuya exigencia está perfectamente justificada.

Tras todo lo expuesto concluye que *«La exigencia de fibra óptica propia no conculca la concurrencia de la licitación, ya que está garantizada la posible concurrencia, ya que al menos cinco operadores tienen despliegue propio en Alhaurín de la Torre y con capacidad de llegar a las sedes, indicar que VODAFONE tiene actualmente despliegue propio en Alhaurín y puede también realizarlo si lo ve conveniente (si no quiere constituir UTE con otra empresa que lo pueda hacer) al igual que las otras cinco operadoras, de la misma manera que está dando servicio por fibra propia actualmente en el Ayuntamiento (VODAFONE) que es una de las sedes que se están exigiendo en el pliego.»*

Por último, relaciona e identifica las licitaciones convocadas por diferentes ayuntamientos, en cuyos pliegos se contiene el requerimiento de fibra propia del operador, con identificación de en cuáles de ellas ha participado como licitador la entidad ahora recurrente.

3. Consideraciones del Tribunal.

La controversia que el presente motivo de recurso plantea se centra en una de las especificaciones técnicas del PPT que, a juicio de la recurrente, vulneran los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y neutralidad tecnológica.

Dicho requerimiento se encuentra previsto en el apartado 7.2.2 del PPT, en los siguientes términos: *«El licitador dará cobertura de forma obligatoria, con fibra óptica propia a las sedes que se detallan a continuación y que tienen una “X” en la columna “F.P.”. La finalidad, entre otras, de este requerimiento es la de poder garantizar el cumplimiento de la latencia anteriormente descrita.»*

En el examen de la presente controversia hemos de partir del marco legal que regula el establecimiento de las prescripciones técnicas. Así, el artículo 126 de la LCSP dispone:

«1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

2. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

(...)



6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención “o equivalente”».

Por otro lado, el principio de neutralidad tecnológica a que alude la recurrente se recoge en el artículo 3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones que consagra, como uno de sus objetivos, “Fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación”. Sobre el referido principio tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en su Resolución 401/2020, de 19 de noviembre, en la que se decía: «(...), como señala la Resolución de 29 de abril de 2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) -RO 2009/1469-, el referido principio persigue “evitar que, a través de la imposición de una determinada tecnología, se pueda influir en las condiciones de libre competencia en que debe desarrollarse el sector de las comunicaciones electrónicas.

Asimismo, la Resolución citada de la CMT sigue indicando que “La aplicación concreta de este principio en el marco de la contratación administrativa se traduce en que los pliegos de cláusulas administrativas aseguren a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio, de tal modo que la Administración, al elaborar los mismos, debe evitar imponer condiciones restrictivas, como puede ser el uso de determinadas tecnologías, que dificulten al libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio mencionado.

La normativa postula, de este modo, la conveniencia de ofrecer a los operadores, prestadores de servicios, adjudicatarios en concursos públicos, etc., la posibilidad de ofrecer los servicios a través de las tecnologías o infraestructuras que consideren más convenientes, sin limitaciones en la introducción y desarrollo de una tecnología concreta”.

(...)

Este principio inspirador de la actuación de las Administraciones Públicas no puede sin embargo ser incondicionado. En particular, deberá atenderse a la posible existencia de justificaciones objetivas, que podrían hacer decaer la plena aplicación de este principio, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de de 18 de noviembre de 2009 (recurso contencioso administrativo núm. 54/2006)¹³ en la que expresamente se indica lo siguiente:

“La flexibilidad con la que se recoge este principio evidencia de que no se trata de un mandato inexorable, sino que el legislador, por supuesto, pero también el Gobierno, podrían adoptar medidas en las que no fuera posible mantener una absoluta neutralidad entre las distintas tecnologías que concurren en este ámbito. Ahora bien, no cabe duda de que en tal caso dicha medida tecnológicamente no neutral debe estar sólidamente justificada, sin que fuese posible adoptar otra equivalente y respetuosa con el referido principio, y ser proporcionada en relación con los objetivos perseguidos.”

En definitiva, puede de nuevo concluirse que el principio de neutralidad tecnológica es parte esencial del ordenamiento regulador del sector de las comunicaciones electrónicas, sin perjuicio de que las Administraciones públicas en el marco de su actuación puedan en caso de que esté justificado de manera objetiva hacer uso de la necesaria flexibilidad que reconoce la normativa sectorial a la hora de aplicar el citado principio.»

Por otro lado, hemos de incidir en la doctrina acuñada por este Tribunal a propósito de la configuración de la prestación por el órgano de contratación. Sirva de ejemplo la Resolución 111/2020, de 14 de mayo, en la que señalábamos con cita de otras resoluciones anteriores que “es el órgano de contratación el que, conector de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conector también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la



conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate, como sucede en el caso enjuiciado.

Así, si una concreta especificación técnica está suficientemente justificada por el órgano de contratación o por su personal técnico, resulta del todo imposible que este Tribunal pueda desvirtuar con argumentos jurídicos el razonamiento técnico que da cobertura a la especificación técnica de que se trate.».

En síntesis, la doctrina expuesta concluye en el sentido de que las disposiciones contenidas en el artículo 126 de la LCSP, así como el principio de neutralidad tecnológica, no son incondicionados pudiendo las Administraciones públicas en el marco de su actuación y siempre que ello encuentre una justificación objetiva hacer uso de la necesaria flexibilidad que reconoce la normativa sectorial a la hora de aplicarlo.

Sobre la base legal y doctrinal expuesta, en el supuesto en cuestión hemos de analizar si la cláusula impugnada, mediante la que se exige para concurrir a la licitación la titularidad de la fibra, se encuentra objetivamente justificada y ello sin perder de vista que nuestro análisis de los pliegos debe efectuarse atendiendo a parámetros jurídicos y no técnicos.

Pues bien, si acudimos a la documentación obrante en el expediente se obtiene la siguiente información en cuanto a la justificación y motivación respecto al requerimiento de fibra óptica propia.

En la memoria justificativa del contrato, de 20 de mayo de 2024, no se contiene justificación alguna respecto al controvertido requerimiento del PPT, y la única referencia que al respecto realiza es la de la documentación administrativa a aportar en el sobre A, entre la que el apartado 18.2 contiene: *«El licitador incluirá en su oferta una declaración responsable en la que asegurarán que llevarán a cabo la conexión con fibra óptica propia, a todas las sedes reseñadas, en el plazo de implantación que se indica en los Pliegos.».*

Por su parte en el PPT, sobre el requerimiento al licitador de fibra óptica propia se contiene la siguiente información: *«El licitador dará cobertura de forma obligatoria, con fibra óptica propia a las sedes que se detallan a continuación y que tienen una “X” en la columna “F.P.”. La finalidad, entre otras, de este requerimiento es la de poder garantizar el cumplimiento de la latencia anteriormente descrita.*

(...)

No se valorarán aquellas ofertas que no incluyan la conexión con fibra óptica propia en las sedes marcadas con dicha opción en la tabla anterior. El objeto de esta exigencia se fundamenta en la necesidad de garantizar un nivel muy alto de seguridad y una latencia muy controlada que permita el uso de aplicaciones de escritorio utilizadas aún en Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre.

(...)

El licitador incluirá en su oferta una declaración responsable en la que asegurarán que llevarán a cabo la conexión con fibra óptica propia, a todas las sedes reseñadas, en el plazo de implantación que se indica en los Pliegos.»

Lo expuesto hasta ahora, respecto de la justificación de la elección de procedimiento de licitación, es lo que se contiene en el perfil de contratante y fue remitido a este Tribunal con el expediente de contratación.

Por tanto, si tenemos en cuenta el requerimiento de titularidad de la fibra óptica de la cláusula impugnada, el primer aspecto relevante es que teniendo la misma un evidente impacto restrictivo en la concurrencia se hace necesario una motivación objetiva y exhaustiva que justifique su necesidad. En ese sentido, y a juicio de este



Tribunal deviene insuficiente la motivación contenida en el expediente de contratación respecto del requerimiento de titularidad de fibra óptica que condiciona el cumplimiento o evaluación de la oferta. Como se ha expuesto pese a la trascendencia del requerimiento de titularidad de la red, cuya carencia conllevaría la exclusión del licitador del procedimiento de licitación, ninguna justificación se contiene sobre las razones de tal exigencia en la memoria justificativa del contrato. En cuanto al PPT se limita a hacer referencia a la necesidad de garantizar la seguridad y la latencia.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto al no haberse justificado adecuadamente en el expediente las razones del requerimiento de titularidad de la fibra óptica.

En este sentido, no es posible admitir determinadas alegaciones vertidas en el informe al recurso, que vienen a poner de manifiesto razonamientos no recogidos en la documentación que forma parte del procedimiento de licitación, y mediante los que se desarrollan distintos argumentos que inciden en razones técnicas, así como a los concretos términos del acuerdo de nivel de servicio y los requerimientos de seguridad y de latencia exigidos en los pliegos, para cuyo correcto cumplimiento se requeriría ser titular de la fibra óptica.

Y ello es así, por cuanto la justificación del órgano de contratación debe ser expresa y previa, y no posterior, pues la falta de ésta, en los términos puestos de manifiesto en el informe al recurso, sin que este Tribunal prejuzgue su conformidad a derecho, ha privado a la recurrente de poder discutir o estimar si a su juicio la motivación eminentemente técnica ahora esgrimida es o no apropiada, y lo más importante, si supone que exista una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

Sobre el carácter previo de la motivación de las actuaciones administrativas ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia, de 11 de mayo de 2023 (asunto C-101/22P), mediante la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por la Comisión Europea argumentando, en lo que aquí interesa, que la motivación no puede ser explicada por primera vez y a posteriori ante el juez y que, si se permitiera a la institución demandada diferir la obligación de motivar su decisión, quedaría afectado el derecho de tutela judicial efectiva de los licitadores.

Por tanto, a la hora de analizar la justificación de los requerimientos técnicos contenidos en el PPT se ha de atender estrictamente al contenido de los pliegos, y demás documentación que formen parte de la licitación, que delimitan el objeto de la prestación sin que su contenido pueda ser alterado en un momento posterior. En este sentido, procede hacer referencia a la ya reiterada doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos una vez que adquieren firmeza, y su carácter vinculante no sólo para las entidades licitadoras sino también para el órgano de contratación redactor de sus cláusulas, quien tras la aprobación y publicación de aquellos se autolimita en su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato (v.g., entre otras muchas, Resoluciones 295/2020, de 3 de septiembre y 615/2022, de 16 de diciembre).

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el anuncio, los pliegos y demás documentación contractual que rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, contra el anuncio, los pliegos y demás documentación contractual que rige la licitación del contrato denominado «Servicios de voz, datos e internet de banda ancha y suministro de terminales de telefonía», (Expte. 2024 CONT-00025), convocado por el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (Málaga) 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.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 113/2024, de 6 de septiembre.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a 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.

