

Recurso 617/2024
Resolución 30/2025
Sección Primera

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

Sevilla, 24 de enero de 2025

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 el contrato denominado «Servicios de voz, datos e internet de banda ancha y suministro de terminales de telefonía», respecto al **lote 1** (Expte. 2024 CONT-00043), 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 20 de noviembre de 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. 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 13 de diciembre de 2024, VODAFONE ESPAÑA S.A.U. (VODAFONE, en adelante) presentó en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra el anuncio, los pliegos y demás documentación contractual que rigen el contrato referenciado.

Mediante oficio de 16 de diciembre de 2024, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, tras su reiteración, ha tenido posteriormente entrada en esta sede.

El 20 de diciembre de 2024, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, las ha formulado en plazo la entidad ORANGE ESPAGNE S.A.U.

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. En este sentido, VODAFONE recurre aquellos extremos de los pliegos que restringen o impiden la presentación de oferta por su parte. 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 en el recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el anuncio, pliegos y demás actos contractuales que rigen 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 motivo del recurso relativo a la inclusión de criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor en el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

I. Alegaciones de la entidad recurrente

Solicita la anulación de la licitación y funda su pretensión en varios motivos que se examinarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, señala que el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) prevén solo criterios de adjudicación de evaluación automática para el lote 1, si bien el pliego de prescripciones técnicas (PPT) se refiere al “plan de calidad” como criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor.

Manifiesta que los criterios de adjudicación deben contenerse en el PCAP, siendo su inclusión en el PPT contraria a derecho, sin perjuicio de la ilegalidad del propio criterio que no establece puntuación ni procedimiento de valoración.



II. Consideraciones del Tribunal

El argumento de VODAFONE debe rechazarse. La aportación de un plan de calidad es un requisito mínimo del PPT y, aun cuando el citado pliego establece que adicionalmente el licitador incluirá los servicios que se deriven de la naturaleza de la solución propuesta que serán valorados mediante la aplicación de un criterio sujeto a juicio de valor, al no especificarse ningún criterio de esta naturaleza en el PCAP, tal frase del PPT carece de virtualidad alguna, no pudiendo tener efectos invalidantes de toda la licitación promovida.

El artículo 122.2 de la LCSP prevé que los criterios de adjudicación deben contenerse en el PCAP; por lo que habrá de atenderse a este pliego para conocer qué criterios regirán la valoración de las proposiciones, debiendo prevalecer su contenido sobre el del PPT en caso de discrepancia entre ambos; sobre todo, teniendo en cuenta que el extremo aquí controvertido debe incluirse, por disposición del legislador, en el PCAP.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el motivo del recurso relativo al criterio de adjudicación 2 “Valoración de seguridad de trazado en el servicio”

I. Alegaciones de la entidad recurrente

Sostiene que este criterio de adjudicación, según refiere el apartado 7 del informe pericial que aporta, no valora realmente la seguridad de trazado, sino las condiciones de acceso basado en fibra que ofrece el licitador y, en particular, si la red es suya o no. En tal sentido, reproduce las conclusiones del informe pericial que señala lo siguiente:

<<En lo relativo al Criterio denominado “seguridad de trazado”, su descripción permite comprobar que lo que valora realmente son las condiciones de acceso basado en fibra que ofrece el licitador, y en particular si la red es suya o no: fibra óptica en despliegue en propiedad, fibra óptica alquilada en ORLA o fibra óptica mediante contrato especial que mejore las condiciones ORLA.

Aunque no se trata de un requisito excluyente, la desproporción de puntuación que introduce tiene, de facto, el mismo efecto: el hecho de contar con accesos de fibra en propiedad es condición sine qua non para poder presentar una oferta competitiva a la licitación.

El pliego no justifica por qué relaciona el hecho de que la fibra sea del operador o no con el nivel de seguridad que puede ofrecer, y de hecho ni siquiera aclara el concepto de seguridad al que se refiere, siendo que entre la descripción del criterio y su justificación hay diferencias en cuanto a lo que se interpreta como “seguridad”: en la descripción, siguiendo con el nombre del criterio, el concepto de seguridad se relaciona con que el operador cuente con fibra propia y por tanto pueda haber decidido en el momento de la implantación por dónde discurre su red, es decir, su trazado, frente a los operadores que alquilan sus circuitos; en cambio en la justificación posterior, se interpreta la seguridad en relación con el cumplimiento de las exigencias de la regulación del Esquema Nacional de Seguridad (ENS) para NIVEL ALTO; dos interpretaciones diferentes y que no están relacionadas.

A ello cabe añadir que el Ayuntamiento ya considera como habilitación necesaria para poder licitar al Lote 1 el hecho de estar en posición de un certificado que acredite el cumplimiento del ENS con nivel ALTO en los servicios prestados, lo que desvirtúa la justificación que se ha dado para el criterio: el nivel de seguridad certificado ENS no puede ser, por un lado, habilitación necesaria para licitar, y por otro, motivación para requerir la titularidad de los accesos de fibra, porque se puede disponer de un certificado ENS de nivel ALTO (tal es el caso de Vodafone) sin necesidad de prestar los servicios por medio de fibra propia. (...).”



Concluye, pues, que el criterio de adjudicación está exigiendo indirectamente fibra propia, no siendo posible presentar una oferta mínimamente competitiva si no se tiene red propia lo que conlleva una infracción del principio de concurrencia, igualdad, no discriminación y también del principio de neutralidad tecnológica, que si bien puede ser limitado en los pliegos debería contar con una justificación que no concurre en la licitación.

II. Alegaciones del órgano de contratación

Se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo, en síntesis, lo siguiente:

- Que el criterio impugnado introduce una valoración objetiva, repartiendo sobre más de 15 sedes la puntuación por peso de importancia.

-Que no se vulnera la concurrencia puesto que VODAFONE “*puntuaría en el criterio de forma automática con 10 puntos sobre 25, puesto que la recurrente tiene fibra propia comercial en el Ayuntamiento, que se valora con 10 puntos (5 la parte de internet y 5 la parte de VPN), el resto de puntos se reparten en otras 4 sedes (10 puntos), y el resto de los 5 puntos en 10 sedes. Estos puntos se reparten tanto si el licitador se presenta con FIBRA PROPIA como si no, dependiendo de la modalidad de cómo se presenta, puntuando de distinta manera y no sólo cuando se presenta con FIBRA PROPIA como quiere hacer entender Vodafone.*

La recurrente, falta a la verdad, cuando indica que solo puede presentarse si se presenta a todo con fibra propia, ahondando en la puntuación del criterio, se valora, tanto si se da el servicio por fibra propia, como si se da por ORLA (alquilada a Telefónica y que puede acceder la recurrente en TODO el término municipal de Alhaurín de la Torre) como si tiene un acuerdo especial con otro proveedor local o no (...)

(...)

De todo lo expuesto, se concluye.

Que el presente criterio de adjudicación denominado en el PCAP, como “ CRITERIO 2. Valoración de seguridad de trazado en el servicio. Hasta 25 puntos”, se encuentra justificado y motivado sobradamente en el PCAP y en la memoria justificativa, además el criterio se encuentra vinculado al objeto del contrato, tanto si se refiere a prestaciones directamente relacionadas con el objeto del contrato, o bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados en los ciclos de vida del contrato afectado, y cumple con los requisitos exigidos en el art. 145 LCSP. Su valoración no vulnera los principios de concurrencia e igualdad, establecidos en el art. 1 LCSP. Por

lo que consideramos que, dada la necesidad de esta administración, la impugnación debe desestimarse.

Que se ha justificado y motivado, la necesidad de la administración en cuanto a este criterio, y tras la resolución del anterior recurso, se ha modificado el mismo, no obstante, la recurrente vuelve a impugnarlo, únicamente por el motivo de que la misma no dispone de fibra óptica, y por tanto no podría obtener la totalidad de la puntuación, sin existir motivos de fondo que procedan a decretar la anulación del criterio”.

III. Alegaciones de la entidad interesada

Se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo que, si bien es cierto que VODAFONE interpuso un recurso anterior contra el anuncio y los pliegos del expediente de contratación iniciado en agosto de 2024 y que este Tribunal estimó su impugnación, “*los aspectos censurados han sido corregidos en los Pliegos de la nueva licitación convocada en noviembre del mismo año. La controversia se centraba en lo previsto en el apartado 7.2.2 del PPT que exigía que el licitador diera cobertura con fibra óptica propia. En los Pliegos impugnados, a diferencia de lo que*



afirma la recurrente, este requisito ha desaparecido y el servicio se puede dar a través de algunas alternativas (fibra propia o acuerdo especial con otro proveedor u Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de TELEFÓNICA DE ESPAÑA - ORLA)”.

IV. Consideraciones del Tribunal

Para solventar la controversia suscitada hemos de partir de la resolución de un recurso especial anterior interpuesto por VODAFONE contra los pliegos reguladores del mismo servicio. Se trata de la Resolución 404/2024, de 18 de septiembre, de este Tribunal que estimó el citado recurso en el que se impugnaba un requerimiento contenido en el PPT que exigía que los licitadores dieran cobertura con fibra óptica propia a 13 sedes del Ayuntamiento. La Resolución argumentaba que el requerimiento de titularidad de la fibra tiene un evidente impacto restrictivo en la concurrencia que hace necesario una motivación objetiva y exhaustiva que justifique su necesidad, siendo insuficiente la contenida en el expediente de contratación; razón por la que se acordó la anulación de los pliegos impugnados.

En cumplimiento de la citada resolución, el órgano de contratación ha aprobado nuevos pliegos que vuelven a ser objeto de impugnación por VODAFONE. En los nuevos se ha suprimido aquella exigencia, previéndose en el apartado 10 del cuadro resumen del PCAP como criterio de adjudicación 2 (de evaluación automática) para el lote 1, el siguiente:

“CRITERIO 2. Valoración de seguridad de trazado en el servicio. Hasta 25 puntos.

A efectos de valoración de la seguridad ofrecida en el servicio por los distintos tipos de accesos y medios que puede ofrecer el licitador:

◦ 1) Fibra Óptica en despliegue en propiedad. El licitador tiene el control absoluto de la red y determina su trazado y, opcionalmente también el cifrado, del tráfico de esta. Ofrece el mayor nivel de seguridad.

Valoración 100% puntuación de la sede.

◦ 2) Fibra Óptica en ORLA. El licitador utiliza el despliegue del operador dominante y con sujeción a la regulación de ORLA. No puede ofrecer control sobre la seguridad de trazado y el SLA se puede ver afectado por los mínimos que regulan el acuerdo ORLA, en aquellos casos de alta exigencia de SLA.

Valoración 33% de la puntuación de la sede.

◦ 3) Fibra Óptica en contrato especial con operador dominante/otros. El operador tiene un acuerdo especial que mejora las condiciones mínimas exigidas en ORLA con el operador dominante. No puede ofrecer control sobre la seguridad de trazado y puede obtener mejoras en el SLA para aquellos casos de alta exigencia. Valoración 66% de la puntuación de la sede.

Se valora con este criterio no excluyente, el nivel de seguridad de trazado y de SLA que puede ofrecer la solución propuesta por los licitadores en las conexiones principales (no en los back up que pudieran tener).

Con esta premisa, valoramos cada una de las tres situaciones previstas mediante la aplicación del porcentaje de cada opción a rellenar según tabla que se acompaña en el Anexo de la oferta económica por el licitador.

Justificación: La justificación de este criterio seguridad ofrecida por el licitador en su solución propuesta debe de dar cobertura a las exigencias de la regulación del ENS para NIVEL ALTO. El motivo de exigir NIVEL ALTO en cuestiones de seguridad se justifica en el hecho de que las comunicaciones de voz forman parte del tráfico del despliegue (softphone), y que su contenido, que no puede ser previsto con anterioridad, puede incluir información confidencial, relativa a menores, maltrato y situación de desamparo y exclusión social. Su confidencialidad potencial exige nivel alto de aplicación del ENS”.



A juicio de la recurrente, en los nuevos pliegos no se introduce un requisito excluyente como en los anteriores, pero -según manifiesta- la desproporción en la puntuación del criterio impugnado tiene *de facto* el mismo efecto. Asimismo, señala que el pliego no justifica por qué relaciona el hecho de que la fibra sea o no del operador con el nivel de seguridad que puede ofrecer.

Pues bien, este Tribunal observa que, si bien la fibra óptica en propiedad tiene la mayor valoración en el criterio de adjudicación, también es objeto de valoración la fibra óptica en ORLA y en contrato especial con operador dominante. Además, según señala el informe al recurso, la recurrente obtendría de partida en el criterio 10 puntos sobre 25 al tener fibra propia en el Ayuntamiento (5 puntos la parte de internet y otros 5 puntos la parte de VPN).

No se aprecia, pues, infracción del principio de concurrencia aun cuando pueda valorarse con mayor puntuación la fibra en propiedad; extremo que, por otro lado, justifica el órgano de contratación en el mayor nivel de seguridad del trazado. Y si bien VODAFONE cuestiona la relación que el pliego efectúa entre propiedad de la fibra y nivel de seguridad que pueda ofrecer el licitador, no acredita que el órgano de contratación haya cometido error o arbitrariedad al emitir esa justificación. En definitiva, la motivación en la elección del criterio existe y se refleja en el pliego, no pudiendo pretender la recurrente que el órgano de contratación justifique lo que ya ha motivado en el pliego, por la única razón de que no comparta sus argumentaciones.

Según se indica en la redacción del criterio, el mayor nivel de seguridad se obtiene cuando el licitador tiene el control absoluto de la red y determina su trazado, lo que se consigue con la fibra óptica en despliegue en propiedad (mayor puntuación); no pudiéndose conseguir el citado control con las otras dos modalidades de fibra óptica objeto de menor valoración. Asimismo, en el PCAP se motiva por qué es importante contar con el nivel mayor de seguridad, toda vez que las comunicaciones de voz forman parte del tráfico del despliegue (softphone) y su contenido, que no puede ser previsto con anterioridad, puede incluir información confidencial relativa a menores, maltrato y situación de desamparo y exclusión social.

Debe concluirse, pues, que la elección del criterio está suficientemente justificada, sin que el Tribunal pueda desvirtuar con argumentos jurídicos el razonamiento técnico que da cobertura al criterio de adjudicación objeto de impugnación.

El motivo debe, pues, desestimarse.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el requerimiento de licencias softphone premium que infringe el artículo 126.6 de la LCSP, el principio de igualdad y el de proporcionalidad.

I. Alegaciones de la entidad recurrente

Aduce, apoyándose en el informe pericial que adjunta al recurso, que no hay justificación para las especiales características exigidas respecto a las licencias que, además, requieren una solución basada en la marca comercial “CENTREX IP”, sin que se dé la opción de alternativas por mucho que se indique la palabra “o equivalente” puesto que ninguna de las soluciones en el mercado consigue cumplir el requerimiento de permitir 1.000 participantes en reuniones. Concluye, pues, que *“solo la marca CENTREX-IP, que tiene un licitador puede conseguir la integración de las licencias softphone que se requieren con las características técnicas de permitir 1.000 participantes en reuniones”*.

II. Alegaciones del órgano de contratación



Aduce, entre otros motivos de oposición, que las licencias en versión premium con softphone se exigían en la anterior licitación, cuyos pliegos fueron impugnados por VODAFONE. Asimismo, incide en que la recurrente ha participado recientemente en licitaciones con similares exigencias.

III. Alegaciones de la entidad interesada

Muestra su oposición por las razones que esgrime en su escrito de alegaciones y que, obrando en el expediente de contratación, damos aquí por reproducidas.

IV. Consideraciones del Tribunal

Sobre tal cuestión planteada por VODAFONE con ocasión de este segundo recurso contra los pliegos, hemos de señalar que el primer PPT impugnado por la recurrente contenía ya estos requerimientos que, sin embargo, no fueron objeto de impugnación; siendo ahora, con ocasión de este segundo recurso, cuando la recurrente plantea la impugnación de aquellas cláusulas.

En efecto, se observa que la cláusula 7.1.3 del PPT originario y la del nuevo PPT ahora impugnado tienen un contenido prácticamente idéntico. En ambas se establece que *“Se incluye en los servicios a prestar: dos puestos de operadora principal para Casa Consistorial, basados en CENTREX-IP o equivalente”*.

Del mismo modo, la cláusula 7.1.1.1 del PPT inicial, al referirse a la tarifa global, incluye como servicio “licencias versión premium con softphone”; lo mismo que la cláusula 7.1.1.1 del nuevo PPT.

Así las cosas, este motivo de impugnación no puede acogerse. Las cláusulas indicadas del segundo PPT pudieron ser impugnadas con anterioridad en el recurso especial contra el PPT originario y, al no ser entonces combatidas, adquirieron firmeza.

De permitirse en estos casos el recurso especial contra cláusulas de un pliego cuyo contenido es el mismo o casi idéntico al de las cláusulas del anterior pliego del que trae causa, las mismas nunca adquirirían firmeza y su plazo de impugnación nunca precluiría, lo que no puede admitirse por razones elementales de seguridad jurídica, principio de alcance constitucional consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

En nuestra reciente Resolución 482/2024, de 31 de octubre, se resume la doctrina del Tribunal en esta materia del modo siguiente:

<< (...) es doctrina de este Tribunal (v.g. Resoluciones 408/2015, de 4 de diciembre, 94/2016, de 6 de mayo, 151/2016, de 1 de julio, 125/2018, de 4 de mayo, 414/2020, de 26 de noviembre, 293/2022, de 27 de mayo, 407/2022, de 28 de julio y 621/2023, de 15 de diciembre, entre otras) que no es posible impugnar las cláusulas de un pliego cuyo contenido resulta idéntico al de las cláusulas de un pliego anterior recurrido y anulado por el Tribunal, pero por otros motivos y atacando otras cláusulas diferentes.

La argumentación de las Resoluciones citadas de este Tribunal ha sido, en síntesis, la siguiente:

1. Si un licitador pudo impugnar determinadas cláusulas de un pliego y no lo hizo, no puede hacerlo con ocasión del nuevo pliego que se apruebe como consecuencia de haber sido anulado el primero, pues el contenido de aquellas cláusulas quedó ya firme.

2. Si fuese permitido el anterior proceder de los interesados, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en un primer recurso contra el pliego y que vuelven a tener el mismo contenido



en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución.

3. No es admisible el recurso especial frente a cláusulas de un nuevo pliego que no fueron impugnadas con ocasión del recurso contra el anterior pliego anulado, tal como establece para los recursos jurisdiccionales el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa: «No es admisible el recurso contencioso- administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma».

4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2003, de 10 de febrero, resulta ilustrativa al respecto y zanja cualquier duda sobre esta materia al señalar que «los actos confirmatorios –al igual que ocurre con los reproductorios a los que se refiere también el precepto legal que estamos examinando– no son en realidad actos nuevos, sino que se limitan a reiterar lo ya declarado en otra resolución anterior que es firme, por lo que, si se permitiera la impugnación de este tipo de actos, se estarían recurriendo en realidad actos que no son susceptibles de recurso. En definitiva, las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la preclusividad de los plazos procesales son las que justifican que dichos plazos no puedan reabrirse forzando la producción de un acto cuyo contenido es el mismo que otro anterior que es firme por no haber sido recurrido en tiempo o forma. (...) dicho acto, como se ha indicado, no es un acto nuevo, sino que se limita a reiterar el contenido de otro anterior que, en su momento, pudo ser impugnado».

En el supuesto enjuiciado, aplicando la doctrina expuesta en estas resoluciones del Tribunal, no puede la recurrente impugnar la configuración del objeto del contrato, la no división en lotes y la reserva a la que hace referencia en los nuevos pliegos cuando consintió la configuración establecida en los pliegos iniciales de los que aquellos traen causa y que no han sido alterados en este particular extremo. El clausulado al que se refiere la recurrente quedó firme al no ser combatido mediante un recurso especial en materia de contratación contra los primeros pliegos en los que se pusiera de manifiesto estas cuestiones. Ello determina la inadmisión del recurso respecto al motivo analizado en este fundamento.

También el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha sostenido el criterio expuesto. En concreto, en su Resolución 462/2013, de 23 de octubre, señalaba que «procede también inadmitir el resto de motivos de impugnación que ahora incluye (nuevas cuestiones relacionadas con el IVA, insuficiencia del presupuesto del contrato, no diferenciación económica de las partidas del pliego lo que ocasiona indefensión y perjuicio económico para su empresa si se da por finalizado el contrato) en la medida que no fueron alegados en su día por la recurrente cuando impugnó el anuncio de licitación publicado en el BOP de Alicante el 31 de julio, pudiendo perfectamente haberlo hecho, por lo que debe considerarse que, en lo referente a los mismos, en cuanto que se trata de aspectos del anuncio y del PCAP que no han sido objeto de ninguna variación, tanto uno como otro quedaron en su día confirmados por su falta de impugnación, por lo que, al tratarse en este caso de una mera reproducción de los anteriores anuncios y pliegos firmes y consentidos, alcanzaron a su vez firmeza, sin que puedan ahora ser impugnados en la presente vía administrativa, tal como, respecto de los recursos jurisdiccionales, establece el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que declara inadmisibile el recurso “respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma”».

Y el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 53/2020, de 10 de marzo, también comparte este criterio al manifestar que «Contrastados ambos pliegos, se observa que, si bien con una sistemática ligeramente diferente y con una variación en la redacción del primer punto del criterio “Medidas de carácter social” que se analizará posteriormente, los criterios de adjudicación que ahora se



*impugnan ya existían en el PCAP que rigió el procedimiento de adjudicación cancelado por la Resolución 034/2019 de este OARC / KEAO. Consecuentemente, la base fáctica sobre la que se sustenta el recurso que ahora se analiza ya existía y podía ser conocida cuando se publicó el primer procedimiento de adjudicación. El actual recurrente no lo hizo así, y su pretensión de hacerlo ahora no puede ser aceptada, ya que ello supondría mantener permanentemente abierto el plazo de interposición del recurso especial, cuando su carácter preclusivo es parte fundamental del sistema establecido en la LCSP y el Derecho comunitario que ésta incorpora (ver Resoluciones 24/2014, 26/2015, 152/2018, 76/2019 y 108/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Universale-Bau AG* y otros contra *Entsorgungsbetriebe*, C- 470/99, de 12 de diciembre de 2002, apartados 75 y 76). La completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada), así como los objetivos de la compra pública, se verían comprometidos si los candidatos y licitadores pudieran impugnar una a una las diversas irregularidades del PCAP, obligando a la entidad adjudicadora a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos. Es decir, de admitirse la posibilidad de impugnar cualquiera de las cláusulas de un pliego cada vez que se procediese a su publicación como consecuencia de la estimación de un recurso especial, éste se podría convertir en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita. Debe resaltarse que la cuestión sería distinta si el recurso se basara en un motivo referido a cláusulas nuevas o actuaciones propias del nuevo procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 112/2014 y 26/2015 del OARC / KAO)».*

Como hemos argumentado, en el caso aquí analizado, teniendo en cuenta que la recurrente no recurrió (o al menos no consta ni se ha acreditado) los pliegos inmediatamente anteriores de los que traen causa los ahora impugnados, aquellos adquirieron firmeza en los extremos consentidos por inatacados. Asimismo, la recurrente debió observar en el presente recurso contra los pliegos la conducta que su actuación inmediatamente anterior hacía prever; es decir, que no iba a impugnar los actuales pliegos cuando no lo hizo respecto a los inmediatamente anteriores, generando con ello en la Administración contratante la confianza de que se aquietaba a su contenido en los particulares extremos ahora combatidos.>>

Incide igualmente sobre esta cuestión la Sentencia núm. 53/2022, de 2 de febrero (Recurso contencioso-administrativo 473/2021) del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que de forma muy ilustrativa señala lo siguiente: << la seguridad jurídica es uno de los valores que se pretenden garantizar en materia de contratación, siendo elemento central para conseguirlo el recurso especial que provoca este recurso.

En tal sentido, la posibilidad de presentar recurso especial contra los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación tiene como claro objetivo conseguir la seguridad jurídica en el proceso de contratación, tratando de minimizar las posibles crisis en dicho proceso desde el primer momento, para lo cual la Ley concede una muy amplia legitimación, no sólo a los posibles licitadores interesados, sino, además, a cualquier entidad creada para defender intereses colectivos, como la Asociación ahora recurrente (artículo 48 de la Ley). Y ello se conjuga con las normas relativas a la publicidad de los pliegos y a la posibilidad de solicitar medidas cautelares incluso antes de presentar el recurso especial, suspendiendo el procedimiento de adjudicación.

La seguridad jurídica en el proceso de contratación de que se trate (en este caso el contrato de teleasistencia) exige que todo legitimado, ante la publicación del anuncio de licitación y los pliegos que la regirán, esté obligado a cuestionarlos a través del recurso especial, en el plazo legalmente establecido. Y si no lo hace, debe estimarse que los acepta, que los consiente, que no observa queja de legalidad. Para él estamos ante actos firmes y consentidos. Y nada obsta a ello el que otro legitimado haya cuestionado algún aspecto de los pliegos y que, como consecuencia de la estimación del recurso especial planteado, se haya decidido una nueva publicación del anuncio de licitación y de los pliegos modificados en cumplimiento de la resolución del CJE, pues seguimos en el mismo, y único, proceso



de contratación, con lo que el legitimado que no cuestionó los pliegos no puede ahora aprovechar la ocasión para impugnar lo que consintió. No estamos propiamente ante pliegos distintos, autónomos e independientes, sino ante pliegos parcialmente reproducción de los anteriores dentro del único proceso de contratación del único contrato que se ha licitado.

Por tanto, si fuese permitido y se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en el pliego inicial y que vuelven a tener el mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, sino que podría reabrirse cada vez que concurrieran circunstancias como la aquí examinada, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución.

Este criterio es compartido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en sus resoluciones (v.g. Resolución 448/2013, de 16 de octubre) señala que "(...) debe considerarse que, en lo referente a la alegación ahora efectuada, tanto el anuncio como los pliegos quedaron en su día confirmados por su falta de impugnación, por lo que, al tratarse en este caso de una mera reproducción de los anteriores pliegos firmes y consentidos, alcanzaron a su vez firmeza, sin que puedan ahora ser impugnados en la presente vía administrativa, tal como respecto de los recursos jurisdiccionales establece el artículo 28 de la Ley 29/1998.">

Con base en las consideraciones y doctrina expuesta, este motivo debe ser inadmitido al haber quedado firme y consentido el contenido del PPT impugnado en lo relativo a las licencias y marca comercial referidas.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre la exigencia del requisito de latencia de 8 ms en el servicio de conexión de sedes remotas.

I. Alegaciones de la entidad recurrente

Esgrime que solo podrán cumplir este requisito los licitadores con red propia. La recurrente se remite al informe pericial que define la latencia de red como “*el retraso en la comunicación de la red. Muestra el tiempo que tardan los datos en transferirse a través de la red. Las redes con un mayor retraso o retardo tienen una latencia alta, mientras que las que tienen tiempos de respuesta rápidos tienen una latencia baja*”.

Apoyándose en el informe pericial, señala que una latencia de hasta 20ms para las aplicaciones más exigentes se considera adecuada en las Administraciones y que “*las aplicaciones de escritorio antiguas*” a las que se refiere el pliego no pueden ser las que más velocidad demanden porque si son antiguas se habrán diseñado para las velocidades de conexión que estaban disponibles en el pasado. Incide, además, en el dato de que en la anterior licitación anulada solo se exigió latencia de 15 ms.

Y concluye, con alusión de nuevo al informe pericial, que la fibra propia permite ofrecer valores menores de latencia por lo que, a efectos prácticos, lo que se está buscando es mantener el requisito de fibra propia.

II. Alegaciones del órgano de contratación

Se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo que corresponde a la Administración determinar cuáles son sus necesidades y que “*con la ORLA y la forma de medir atendiendo al pliego de Alhaurín de la Torre, se cumple con la latencia de forma sobrada, por lo que no es ningún caso algo que limite la concurrencia*”. Añade que la pericial de la recurrente no tiene en cuenta que “*las aplicaciones antiguas se ejecutaban sobre ordenadores personales*



que tenían instaladas las aplicaciones que incluso no tenían conexión a internet, y ahora se pretende que dichas aplicaciones se trasladen a servidores en la nube”.

III. Alegaciones de la interesada

Se opone igualmente al recurso invocando la discrecionalidad del órgano de contratación en la conformación de la prestación.

IV. Consideraciones del Tribunal

Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de partir para la solución de la controversia de lo que establece el PPT al respecto, cuyo apartado 7.2.2, bajo la denominación de “*Servicio de conexión en sedes remotas. Lote 1*” indica que “*La latencia máxima permitida entre cualquier ordenador personal conectado en una sede remota y un ordenador personal conectado en casa consistorial no podrá ser superior en ningún caso a 8 msg obtenidos como se explica a continuación.*”

(...)

Este requerimiento se sustenta en la necesidad de garantizar el funcionamiento de aplicaciones de escritorio antiguas, aún en uso, para lo que es necesario disponer de una latencia baja y controlada”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 126, apartados 1 y 6 de la LCSP conforme al cual <<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.

(...)

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».

Estos apartados del artículo 126 de la LCSP son, prácticamente, una reproducción literal de los apartados 2 y 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE.

La finalidad de esta regulación, como pone de relieve la Sentencia, de 9 de febrero de 2005, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, recurso 2406/2002, en relación con análoga previsión de los textos legales anteriores a la vigente LCSP, es “*garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades*”. Así pues, siendo la concurrencia e igualdad de trato principios básicos de la contratación pública conforme al artículo 1 de la norma contractual, el respeto a tales principios en el establecimiento de las prescripciones técnicas es un postulado legal indiscutible; no obstante, tampoco debe olvidarse que lo que se proscribía legalmente es el establecimiento de restricciones u obstáculos injustificados a la concurrencia o dicho de otra manera, el precepto legal no impide el establecimiento



de prescripciones técnicas no accesibles a todas las potenciales entidades licitadoras, con tal que las mismas respondan motivadamente a la mejor satisfacción de las necesidades públicas y así se justifique de modo adecuado.

No es que el órgano de contratación tenga que motivar cada una de las prescripciones técnicas de los productos o servicios que contrata, ni que tenga que adaptar, en todo caso, sus necesidades a las de un amplio número de licitadores existentes en el mercado. Puede decidir de qué modo satisface más adecuadamente las necesidades públicas; pero cuando acuda al establecimiento de prescripciones que puedan ser restrictivas de la concurrencia deberá justificar su decisión, sin que la motivación del informe al recurso pueda suplir la falta de justificación en el expediente, pues aquella ha de ser previa y todos los licitadores han de poder conocerla antes de la eventual preparación de sus ofertas.

En tal sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 326/2015, de 15 de septiembre, 7/2016, de 20 de enero y 189/2017, de 26 de septiembre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en sus Resoluciones 17/2012, de 18 de enero, 672/2015, de 17 de julio y 620/2016, de 29 de julio, y más recientemente, las Resoluciones 328/2018, 77/2024 y 174/2024.

Pues bien, en el supuesto analizado, la recurrente discute la restricción del PPT al establecer una latencia de 8ms, motivo que no puede prosperar conforme a la doctrina expuesta; pues si bien es cierto que las prescripciones técnicas deben permitir el acceso en condiciones de igualdad, también lo es que corresponde al órgano de contratación determinar sus necesidades y si, dentro del ámbito de discrecionalidad que le asiste en la conformación de la prestación, introduce alguna prescripción que pueda restringir la concurrencia podrá hacerlo justificando adecuadamente esta exigencia.

En el caso examinado, el órgano de contratación ha motivado en el propio PPT la razón que le ha llevado a establecer una latencia máxima de 8ms. Al efecto, señala en el citado pliego que ello se sustenta en la necesidad de garantizar el funcionamiento de aplicaciones de escritorio antiguas, aún en uso, para lo que es necesario disponer de una latencia baja y controlada.

La recurrente discrepa de esta justificación y se apoya en el informe pericial que adjunta al recurso, pero no puede prevalecer su criterio sobre el del órgano de contratación que es quien mejor conoce sus necesidades y el mejor modo de satisfacerlas. Por otro lado, tampoco puede acogerse el argumento del recurso relativo a que en la anterior licitación anulada por este Tribunal se exigía una latencia superior, por cuanto las exigencias técnicas han variado de una licitación a otra al darse cumplimiento a la resolución anulatoria de los pliegos iniciales.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo del recurso.

Por último, hemos de señalar que el levantamiento de la suspensión instado por el órgano de contratación no ha sido atendido por el Tribunal, habida cuenta que la presente resolución produce ex lege el levantamiento de la medida cautelar adoptada y atendiendo a la brevedad del plazo legal en la tramitación y resolución del recurso.

Y en cuanto a la imposición de multa a la recurrente que solicita, asimismo, el órgano de contratación por mala fe, abuso de derecho e intencionalidad de retrasar el procedimiento al ser la actual prestataria del servicio, hemos de señalar que el recurso, pese a ser desestimado, no resulta temerario ni infundado a juicio de este Tribunal, no apreciándose tampoco mala fe en su interposición, sino el ánimo de conseguir la anulación de aquellos criterios y requerimientos de los pliegos que, según VODAFONE, obstaculizan o restringen su participación en la licitación con posibilidades efectivas de acceder a la adjudicación.



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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, contra el anuncio, los pliegos y demás documentación contractual que rigen el contrato denominado «Servicios de voz, datos e internet de banda ancha y suministro de terminales de telefonía», respecto al **lote 1** (Expte. 2024 CONT-00043), convocado por el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (Málaga)

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 el 20 de diciembre de 2024.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las 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.

