



**Recurso 8/2016 Errekurtsoa**  
**Resolución 7/2016 Ebazpena**

**Lehendakaria / Presidente**

Juan Ramón Ciprián Ansoalde

**Kidea / Vocal**

M<sup>a</sup> Aranzazu Arana Learte

**Idazkari - Kidea / Vocal Secretaria**

María Yeregui Hernández

VODAFONE ESPAÑA SAUK kontratazio alorreko errekurtso berezia aurkeztu du, Kontratazio Mahaiaren 2016ko urriaren 25eko erabakiaren kontra, erabaki horren bidez "Telefono bidezko komunikazioak kontratatzeko esparru akordiorako" X12021 kontratazio prozeduratik kanpo uzten baitzitzaion. Hori horrela, Kontratazio Alorreko Errekurtsoen Foru Auzitegi Administratiboa, 2016ko abenduaren 27ko saioan, goian adierazitako kideen parte-hartzearekin, erabaki hau hartu du aho batez.

En el recurso especial en materia de contratación interpuesto por VODAFONE ESPAÑA S.A.U. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 25 de octubre de 2016 por el que se la excluye del procedimiento de contratación X16012 "Acuerdo marco para la contratación del servicio de comunicaciones telefónicas", el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, en sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2016, con la asistencia de los miembros que arriba se expresan, ha adoptado por unanimidad el siguiente acuerdo.

**AURREKARIAK**

**LEHENA.-** 2016ko azaroaren 16an, Epaitegiko erregistroan VODAFONE ESPAÑA SAUren ordezkari den (...) jaunaren idatzi bat sartu zen. Bertan, errekurtso berezia jartzen zuen, kontratazio alorrean, ebazpen honen idazpuruan agertzen den akordioaren aurka.

Idatzi horrekin batera, honako dokumentazioa aurkeztu zuen: esku hartzen duen pertsonaren ordezkari egiaztatzen duen agiria, errekurritutako erabakia, 2011ko azaroaren 14ko 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuaren bidez onartutako Sektore Publikoko Kontratuen Legearen testu bateratuak (SPKLTB) 44.1 artikuluan aipatzen duen alde aurreko iragarkia, eta errekurtsogileak bere eskubidearen oinarritzat hartu dituen agiriak.

Kautelazko neurri gisa eskatu zen kontratazio prozedura etetea.

**BIGARRENA.-** Auzitegiak eskatu aurretik, azaroaren 21ean Gobernanzako eta Gizartearekiko Komunikazioko Departamentuko idazkari teknikoaren ofizioa jaso zen, zeinaren bidez igortzen baitziren kontratazio espedientearen kopia eta aipatu

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 16 de noviembre de 2016 tuvo entrada en el registro del Tribunal un escrito por el que don (...), actuando en nombre y representación de VODAFONE ESPAÑA S.A.U., interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo referido en el encabezamiento de esta resolución.

Al escrito se acompañan el documento que acredita la representación de la persona interviniente, el acuerdo recurrido, el anuncio previo al que se refiere el artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), efectuado mediante escrito presentado el 15 de noviembre ante el órgano de contratación, y los documentos en los que la recurrente funda su derecho.

Como medida cautelar se solicitaba la suspensión del procedimiento de contratación.

**SEGUNDO.-** Previa su reclamación por el Tribunal, el 21 de noviembre se recibió oficio del Secretario Técnico del Departamento de Gobernanza y Comunicación con la Sociedad por el que remite copia del expediente de contratación y el correspondiente

errekurtsoaren eta eskatutako kautelazko neurriaren inguruko txostena.

**HIRUGARRENA.-** Sektore Publikoko Kontratuen Legearen testu bateratuaren 46.3 artikulua xedatutakoari jarraituz, errekurtsoaren berri eman zitzaizen beste bi lizitatuzaileei, hots, EUSKALTEL SARI eta TELEFONICA DE ESPAÑA SAU eta TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU ABEEri, bost egun balioduneko epean alegazioak aurkez zitzen.

Epe horretan alegazioak aurkeztu ditu EUSKALTEL SA enpresak, eta haren idatzia abenduaren 2an sartu zen Auzitegiaren erregistroan.

**LAUGARRENA.-** 2016ko azaroaren 30eko ebazpenaren bidez, Auzitegiak erabaki zuen, kautelazko neurri gisa, etetea esparru akordioaren formalizazioa, kontratazio alorreko errekurtso berezia ebatzi arte.

informe acerca del recurso y de la medida cautelar solicitada.

**TERCERO.-** En cumplimiento del artículo 46.3 TRLCSP, se dio traslado del recurso a los otros dos licitadores, EUSKALTEL S.A. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. en UTE, para que en el plazo de cinco días hábiles pudiera formular alegaciones.

En el plazo concedido ha presentado alegaciones EUSKALTEL S.A., cuyo escrito tuvo entrada en el registro del Tribunal el día 2 de diciembre.

**CUARTO.-** Por resolución de 30 de noviembre de 2016 el Tribunal acordó, como medida cautelar, suspender la formalización del acuerdo marco hasta que se resuelva el recurso especial en materia de contratación.

## ZUZENBIDEZKO OINARRIAK

### Errekurtsoa onartua izateko aukera

**LEHENENGOA.-** Errekurtsogileak errekurtso berezi hau jarri du bere proposamena baztertuta izan zelako Gipuzkoako Foru Aldundiak, tramitatutako telefono bidezko komunikazioak kontratatzeke esparru akordioaren esleipen prozeduran. Esleipenaren balio kalkulatu da 4.939.200 euro, BEZa kanpo.

Horrela bada, kontuan harturik esparru akordio batez ari garela, zeinaren egitekoa den Kontratu Legearen 16.1.b.) artikuluan aipatzen diren eta erregulazio harmonizatuari lotuak dauden kontratuetakoa bat bideratzea, kontratazio gaietako errekurtso berezia jar daiteke errekurritutako egintzaren aurka, hala xedatua baitago 40. artikuluko 1.a) eta 2.b) puntuetan. Eta errekurtso horren berri izateko eskumena auzitegi honi dagokio, Kontratazio Alorreko Errekurtsoetarako Foru Auzitegi Administratiboa sortzeko eta arautzeko 24/2010 Foru Dekretuak, irailaren 28koak, 2.3.a) artikuluan ezarritakoaren arabera.

**BIGARRENA.** Errekurtsoa jarri du Kontratuen Legeko 42. artikuluan xedatutako legitimazioaren eskakizuna betetzen duen pertsona batek, eta jarri du, gainera, 44.2 artikuluan finkatutako epearen barruan eta asmo horren berri, 44.1 artikuluan ezarritako eran, kontratazio organoari aurretik emanda.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Admisibilidad del recurso

**PRIMERO.-** El presente recurso especial se interpone contra el acto de exclusión de la proposición presentada por la recurrente en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco para la contratación del servicio de comunicaciones telefónicas tramitado por la Diputación Foral de Gipuzkoa, cuyo valor estimado es de 4.939.200 euros, IVA excluido.

Por lo tanto, tratándose de un acuerdo marco para la posterior celebración de contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, de los contemplados en el artículo 16.1.b) TRLCSP, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación por así disponerlo los apartados 1.a) y 2.b) del artículo 40. Y la competencia para conocer del mismo corresponde a este Tribunal, al que le viene atribuida por el artículo 2.3.a) del Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales.

**SEGUNDO.-** El recurso ha sido interpuesto por persona que reúne el requisito de legitimación establecido en el artículo 42 TRLCSP, dentro del plazo previsto en el artículo 44.2 y habiéndolo anunciado previamente al órgano de contratación en la forma prevista en el artículo 44.1.



### Gaiaren mamia

**HIRUGARRENA.-** Lehendabizi, proposatutako gaia hobeto ulertzeko behar diren datu guztiak atera behar dira espediente administratibotik.

Diputatuen Kontseiluaren 2016ko uztailaren 12ko Erabakiaren bidez, prozedura irekiaren eta tramitazio arruntaren arabera kontratazeko espediente bat onartu zen, esparru akordio bat adosteko telefono bidezko komunikazioen zerbitzuari buruz. Erabaki berean, baldintza administratibo berezien eta ezaugarri teknikoaren agiriak onartu ziren. Lizitazioaren iragarkia argitaratu zen Gipuzkoako Aldizkari Ofizialean (2016ko uztailak 18), Estatuko Aldizkari Ofizialean (2016ko uztailak 22) eta Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialean (2016ko uztailak 16).

Esparru akordioak xedetzat du Gipuzkoako Foru Aldundiak, IZFE SA foru sozietate publikoak eta Gipuzkoako Batzar Nagusiek kontratatu behar duten telefono bidezko komunikazioen zerbitzua (telefonía finkoa eta telefonía mugikorra).

Eskaintzak aurkezteko epean hiru lizitatzailerik hauen proposamenak jaso ziren: EUSKALTEL SA enpresarena, VODAFONE ESPAÑA SAU enpresarena, eta TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU eta TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU enpresek eratu beharreko aldi baterako enpresa batasunarena.

Ondoren, 2016ko irailaren 27an, 2 zenbakiko gutun-azalaz irekitzeko ekitaldia egin zen jendaurrean, eta gutun-azal horietan lizitatzailerik aurkeztutako dokumentazio teknikoa eman zitzaion balorazioaren ardura zuen organo teknikoari. Organo horrek bere txostena aurkeztu zuen 2016ko urriaren 18an.

Kontratazio Mahaia urriaren 25ean bildu zen, eta aipatu txostena ikusita, erabaki zuen VODAFONE ESPAÑA SAU enpresak aurkeztutako proposamena prozeduratik baztertzea, ezaugarri teknikoaren agiriaren eskatutako baldintzak betetzen ez zituelako, baldintza administratiboen agiriaren 11. ataleko 5. puntuaren eta 2009ko maiatzaren 8ko 817/2009 Errege Dekretuko 22. artikuluan xedatutakoak kontuan hartuta.

Hain zuzen ere, Mahaiak dio, lehenik eta behin, terminal mugikorren mantentze aldiari dagokionez, VODAFONE ESPAÑA SAU enpresak proposatzen duen epea ezaugarri teknikoaren agiriaren ezartzen den

### Fondo del asunto

**TERCERO.-** En primer lugar, es preciso extraer del expediente administrativo los datos necesarios para una adecuada comprensión de la cuestión planteada.

Mediante acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de 12 de julio de 2016 se aprobó el expediente de contratación, por el procedimiento abierto y de tramitación ordinaria, para la conclusión de un acuerdo marco para la contratación del servicio de comunicaciones telefónicas, y se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas. El anuncio de licitación fue publicado en el Boletín Oficial de Gipuzkoa el 18 de julio, en el Boletín Oficial del Estado el 22 de julio y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de julio de 2016.

El acuerdo marco tiene por objeto el servicio de comunicaciones telefónicas (telefonía fija y telefonía móvil) a contratar por la Diputación Foral de Gipuzkoa, la sociedad pública foral IZFE S.A. y las Juntas Generales de Gipuzkoa.

En el plazo de presentación de ofertas se recibieron proposiciones de tres licitadores: EUSKALTEL S.A., VODAFONE ESPAÑA S.A.U. y la Unión Temporal de Empresas a constituir por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.

El 27 de septiembre de 2016 se llevó a cabo el acto público de apertura de los sobres nº 2 que contenían la documentación técnica presentada por los licitadores relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor; documentación que la Mesa acordó entregar al órgano técnico encargado de su valoración, el cual emitió informe en fecha 18 de octubre de 2016.

Reunida el día 25 de octubre, y a la vista de dicho informe, la Mesa de Contratación acordó excluir la proposición presentada por VODAFONE ESPAÑA S.A.U. por incumplir los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), de conformidad con lo dispuesto en el punto 5 del apartado 11 del pliego de cláusulas administrativas y en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

En concreto, la Mesa señala en primer lugar, en cuanto al periodo de mantenimiento de terminales móviles, que la proposición de VODAFONE ESPAÑA S.A.U. ofrece una duración inferior a la mínima de

lau urteko gutxienekoa baino txikiagoa dela.

Bigarrenik, proposamen horrek ezaugarri teknikoen agirian aurreikusten ez den muga ezartzen du ordeztu daitezkeen mugikor matxuratuen kopuruari dagokionez.

Azkenik, ezaugarri teknikoen agirian aurreikusten ez den beste muga bat ere ezartzen du errekurtsogilearen eskaintzak, murriztu egiten baitu terminalen mantentze zerbitzua, errekurtsogileak berak hornitutako terminaletara soilik mugatuz, eta aurretik beste operadoreetatik eskuratutakoak kanpoan utziz.

**LAUGARRENA.-** Erabaki hori azaroaren 4an jakinarazi zitzaion VODAFONE ESPAÑA SAU enpresari, eta honek errekurtsio hau jarri du, erabakia deuseztatzea eskatuz. Adierazten du, funtsean, bere eskaintzak osorik betetzen dituela ezaugarri teknikoen agirian exijitutako baldintzak, eta prozeduratik baztertu aurretik Mahaiak argibideak eskatu behar zizkiola, beste lizitatzaille batekin egin zuen bezala.

Argudiatzen du bere proposamenaren beste puntu batean, 3.2.2.2 puntuan hain zuzen ere, gailu mugikorrek konpontzeko zerbitzua eskaintzen zuela, inolako mugarik gabe, eta Mahaiak aipatzen dituen mugak mugikorrek ordeztzeko zerbitzuari lotzen zaizkiola soilik, konponketa zerbitzuari independentea eta gehigarria zaion zerbitzuari alegia.

Hala eta guztiz ere, errekurtsogileak alegatzen du ez zitzaizkion bere eskaintzaren inguruko argibiderik eskatu prozeduratik baztertu baino lehen, eta horrek, bere iritziz, proportzionaltasunaren irizpidea eta segurtasun juridikoaren printzipioa urratzen ditu. Izan ere, argibideak eskatu izan balira, baldintza agirian eskatutakoak betetzen direla azaltzeko aukera izango zukeen. Gainera, beste lizitatzaille bati (TELEFONICA) eskatu egin zitzaizkion argibideak, eta horrek, bere iritziz, urratu egiten ditu konkurrentzia, berdintasun eta diskriminazio ezaren printzipioak.

**BOSGARRENA.-** Kontratazio organoak errekurtsioari buruzko txostena egin zuen, Zerbitzu Orokorretako zerbitzuburuak sinatuta. Txosten horretan berretsi egiten da Kontratazio Mahaiak erabakia hartzeko oinarritzat hartu zuen txosten teknikoa, eta ondorioztatzen da errekurtsogilearen eskaintza baztertu egin behar dela, eta ez zitzaizkion argibiderik eskatu behar, eskaintza argia zelako, eta ezaugarri teknikoen agirian ezarritakoaren kontrakoa.

cuatro años exigida en el PPT.

En segundo lugar, dicha proposición establece una limitación no prevista en el PPT en cuanto al número de terminales móviles averiados susceptibles de sustitución.

Por último, la oferta de la recurrente contempla una restricción del servicio de mantenimiento de terminales móviles tampoco prevista en el PPT, al limitarlo exclusivamente a los suministrados por ella misma y excluir los adquiridos previamente a otros operadores.

**CUARTO.-** Contra este acuerdo, que le fue notificado el día 4 de noviembre, VODAFONE ESPAÑA S.A.U. ha interpuesto el presente recurso, en el que solicita su anulación. Sostiene, en esencia, que su oferta cumple íntegramente los requerimientos técnicos exigidos en el PPT y que antes de excluirla la Mesa debió haberle solicitado aclaraciones, como hizo con otra de las licitadoras.

Aduce que en otro apartado de su proposición, el 3.2.2.2, ofrecía un servicio de reparación de los dispositivos móviles sin limitación alguna, y que las limitaciones en cuestión lo son únicamente en relación con el servicio de sustitución de terminales móviles, que es un servicio independiente y adicional al de reparación.

Sin perjuicio de lo anterior, la recurrente alega que no se le solicitó ninguna aclaración sobre su oferta antes de proceder a su exclusión, lo que constituye, en su opinión, una contravención del criterio de proporcionalidad y del principio de seguridad jurídica, ya que, de haber sido solicitada, se le habría dado la posibilidad de explicar que con la oferta presentada se cubrían los requerimientos del pliego. Además, a otra licitadora (TELEFÓNICA) sí le fueron solicitadas aclaraciones, lo que supone, a su juicio, una conculcación de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación.

**QUINTO.-** En el informe emitido en relación con el recurso por el órgano de contratación, suscrito por el Jefe del Servicio de Servicios Generales, éste ratifica lo dicho en el informe técnico que sirvió de base a la decisión de la Mesa de Contratación y concluye que la oferta de la recurrente debe ser excluida y que no procedía solicitar aclaración alguna porque la oferta es clara y contraria al PPT.



Txostenaren arabera, VODAFONEren eskaintzan ez da esaten konponketa zerbitzuak mugikorren arrisku orotariko mantentze zerbitzua estaltzen duenik, edo haren parekoa denik. Izan ere, hori hala dela errekurtsuan esaten da lehendabizikoz. Eskaintzak baloratzeko, lizitatzailerak bere eskaintzan esaten duena aztertu behar da, eta ez esan nahi zuena. Gainera, gerta daiteke mugikor bat konponezina izatea, eta hain zuzen ere egoera horiek estaliko litzuke VODAFONEk proposatutako ordezte zerbitzuak, baina zerbitzu horrek lehen aipatu diren mugak ditu, eta muga horiek kontra egiten diote ezaugarri teknikoan agirian ezarritakoari.

Argibideak eskatu beharri dagokionez, eta errekurtsuan eman diren azalpenak kontuan hartuta, txostenean esaten da errekurtsogileak argibide horiekin aldaketa bat sartu nahi zuela bere eskaintzan, eta proposamena errotik aldatu. Puntu honetan esan behar da lizitatzailerak ez zitzaizela tratu desberdinik eman, egoerak desberdinak baitziren. TELEFONICAREN eskaintzan anbigüotasuna zegoen eta, horregatik, argibideak behar ziren; aldiz, errekurtsogilearen eskaintza argia zen, eta, beraz, ez zen argibiderik eskatu.

**SEIGARRENA.-** EUSKALTEL SAK bere alegazio idatzian defendatzen du zuzena dela errekurtsogilearen eskaintza prozeduratik baztertea, ezaugarri teknikoan agiriko gutxieneko baldintzak betetzen ez dituelako. Alegazio idatzian dio ezaugarri teknikoan agiriaren hitzez hitzeko edukietara doitu behar zuela VODAFONEk bere eskaintza teknikoa, eta terminal mugikorren arrisku orotariko mantentze zerbitzua lau urterako eskaini. Ez zuen hala egin, eta, beraz, zuzena da prozeduratik baztertea.

Alegaziogileak diotenaren arabera, errekurtsoarekin lortu nahi dena da aldatzea proposamenaren edukia, terminal mugikorren mantentze zerbitzuari dagokionean. Eta horrek urratu egiten du arau bat, hots, proposamen bat ezin dela aldatu behin aurkeztu eta gero, espediente izapidetzen ari dela, hori gardentasunaren eta tratu berdintasunaren printzipioen kontra egongo litzake eta.

EUSKALTELEK dio Kontratazio Mahaiaren erabakia, VODAFONEren proposamena argibideak eskatu beharrik gabe baztertearena, bat datorrela kontratazio alorreko errekurtsuak ebatzen dituzten administrazio organoek puntu honetan jarraitutako doktrinarekin: gauza bat da argibideak eskatzea, eta beste bat eskaintza aldatzeko aukera ematea. Kontratazio organoari ezin zaio exijitu hautagai bati argibideak

Para el informante, en la oferta de VODAFONE no se dice que el servicio de reparación cubre o equivale al mantenimiento a todo riesgo de móviles. Esta afirmación aparece por primera vez en el recurso. La valoración de las ofertas se ha de hacer analizando lo que el licitador dice en su oferta, no lo que quiso decir. Además, no puede descartarse que un móvil sea irreparable y precisamente esta eventualidad es la que quedaría cubierta por el servicio de sustitución propuesto por VODAFONE, pero este servicio tiene las limitaciones antedichas, contrarias al PPT.

En cuanto a la pretendida necesidad de solicitar aclaraciones, el informe señala que, a juzgar por las explicaciones que se dan en el recurso, lo que perseguiría la recurrente con ellas es introducir una variación en su oferta y cambiar radicalmente su proposición. No hubo en este punto trato desigual entre licitadores porque eran situaciones diferentes. En la oferta de TELEFÓNICA existía ambigüedad, por lo que procedía la aclaración, y en la de la recurrente no, por lo que no fue solicitada.

**SEXTO.-** En su escrito de alegaciones EUSKALTEL S.A. considera correcta la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplir los requisitos mínimos exigidos en el PPT. Sostiene que VODAFONE debió haber ajustado su oferta técnica al contenido literal del PPT y haber ofertado el mantenimiento de terminales móviles a todo riesgo hasta cuatro años de vida. No lo hizo así y, por tanto, su exclusión es conforme a derecho.

Lo que pretende el recurso, según la alegante, es alterar el contenido de la proposición en relación con el mantenimiento de terminales móviles, lo que contraviene la regla según la cual, una vez presentada, una proposición no puede ya ser modificada posteriormente en la tramitación del expediente sin que con ello se menoscaben los principios de transparencia e igualdad de trato.

EUSKALTEL alega que la decisión de la Mesa de Contratación de excluir la proposición de VODAFONE sin necesidad de solicitarle aclaraciones sobre su oferta se ajusta a la doctrina mantenida en este punto por diversos órganos administrativos de resolución de recursos contractuales: una cosa es pedir aclaraciones y otra dar la posibilidad de modificar la oferta. No puede exigirse del órgano de contratación que solicite

eskatzea; izan ere, bere proposamen teknikoan ez badu aipatu ezaugarri teknikoen agirian eskatzen den gutxieneko baldintza bat, hori da ez duelako bete arretaz jokatzeko eginbeharra.

**ZAZPIGARREN.-** Ikusita errekurtsorearen arrazoiak, batetik, eta kontratazio mahaiak nahiz beste enpresa lizitatuak errekurtsio horren aurka adierazitakoa, ulertzen dugu errekurtsioa ezetsi egin behar dela.

Ezaugarri teknikoen agiriaren 2. puntuak adierazten du ezen kontratuak barne hartuko dituela, beste zerbitzu batzuen artean, arrisku orotariko mantenimendua terminal finko digitaletarako, IP eta mugikorretarako. Eta 8.1 puntuan, berriz, telefonia mugikorreko zerbitzuen artean aipatzen da "gutxienez 4 urte arteko arrisku orotariko mantenimendua terminalletarako, erabiltzaileari egotzitako matxura denean izan ezik (arduragabekeria, erabilera okerra, eta abar)". Esaten da, gainera, enpresa lizitatuak bere eskaintzan zehaztuko dituela zer zerbitzu eskaintzen dituen.

Errekurtsogileak gai horri erreferentzia egiten dio bere eskaintzan, 2.3 puntuan (30. orrialdea), eta honela dio: *"Terminalen arrisku orotariko mantenimendua: terminal mugikorrei buruzko xehetasunak 5. kapituluan (terminal mugikorrek eta MDM zerbitzua) jaso dira"*.

Eta kapitulu horretan, 5.1.2 puntuan (86. orrialdea), matxuratutako mugikorra ordeztuko zerbitzu bat proposatzen da, baldintza hauetan:

*"\*Zerbitzu hau eskaintzen da zaharkituta ez dauden mugikorretarako, hau da, Vodafoneen 30 hilabete baino komertzializazio epe luzeagoa ez duten terminalletarako.*

*\*Vodafonek hilabeteko batez besteko mugikorren % 10 ordeztuko du gehienez.*

*\*Inolaz ere ez dira onartuko Vodafone ez den beste operadoreen IMElak.*

Kontratazio Mahaiak balio judizioen araberako irizpideak baloratzeko enkargatu duen txosten teknikoan honakoa esaten da horri buruz:

aclaraciones a un candidato cuando la omisión en su propuesta técnica de un requisito mínimo exigido en el PPT constituye un incumplimiento de su deber de diligencia.

**SÉPTIMO.-** Vistos los motivos del recurso y de la oposición al mismo formulada por el órgano de contratación y por EUSKALTEL S.A., este Tribunal entiende que el recurso debe ser desestimado.

El pliego de prescripciones técnicas, en su apartado 2, incluye entre los servicios objeto del contrato el mantenimiento a todo riesgo de terminales digitales, IP y móviles. Y en el apartado 8.1, relativo a los servicios de telefonía móvil, se incluye entre ellos el *"mantenimiento de terminales a todo riesgo hasta 4 años de vida, salvo que la avería se produzca por causas imputables al usuario (negligencia, mal uso, etc.)"*, y añade que la empresa licitadora detallará en su oferta los servicios ofrecidos.

En su oferta la recurrente hace referencia a esta cuestión en el apartado 2.3, página 30, donde dice lo siguiente: *"Mantenimiento de terminales a todo riesgo: los detalles relacionados con los terminales móviles se presentan en el Capítulo 5: Terminales móviles y servicio MDM"*.

Y en dicho capítulo, apartado 5.1.2, página 86 de la oferta, se propone un servicio de sustitución del terminal móvil averiado en los siguientes términos:

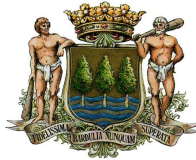
*"\*Servicio ofrecido para terminales móviles no obsoletos, es decir, terminales en los que el tiempo de comercialización por Vodafone no es superior a 30 meses.*

*\*Vodafone se compromete a un máximo de sustituciones del 10% del parque de terminales móviles promedio al mes.*

*\*En ningún caso se aceptarán IMElas de otros operadores ajenos a Vodafone."*

En el informe técnico encargado por la Mesa de Contratación para la valoración de los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor se dice a este respecto lo siguiente:





La redacción de la primera condición no es clara, ya que no queda claro si los 30 meses se cuentan desde el inicio de la comercialización o desde el final (descatalogación). En cualquier caso y considerando que se cuenta desde la descatalogación (que es la interpretación más favorable para el licitador), esto supone que si adquirimos un terminal y se descataloga 6 meses después, el servicio de Vodafone solo cubriría  $6 + 30 = 36$  meses = 3 años. Por tanto, este servicio no cubre los 4 años requeridos en el PPT.

La primera cuestión a plantearse es si, como en el caso de Telefónica, procede la solicitud de aclaración de la propuesta de Vodafone en este punto. La opinión de los firmantes de este informe es que no procede, ya que lo expuesto por Vodafone es claro y no permite interpretaciones diferentes. La duda sobre si los 30 meses deben contarse desde el inicio de la comercialización del terminal o desde su descatalogación es irrelevante, ya que aún en la interpretación más favorable a la empresa (que es la que hemos expuesto) no alcanza los 4 años requeridos en el PPT.

En definitiva, esta primera condición incumple claramente lo prescrito en los pliegos, ya que en éstos se establece que el mantenimiento a todo riesgo debe cubrir la vida útil de los terminales móviles que se establece en 4 años.

De igual forma, la segunda condición incumple también lo prescrito en el PPT, ya que en éste no se limita el número de terminales que pudieran averiarse en un mes, lo que sí hace Vodafone. Podría alegarse que el límite establecido por esta empresa es muy amplio (sobre un parque de 800 serían 80) y nunca se alcanzará, pero en cualquier caso, no deja de ser una limitación no acorde al PPT.

La tercera limitación expuesta por Vodafone es también a considerar. Vodafone limita este servicio de mantenimiento a los terminales suministrados por esta empresa (el IMEI es el identificador del terminal) y excluye los adquiridos previamente a otros operadores. En este momento tenemos entre la DFG, IZFE y JJGG más de 1.000 terminales móviles (incluidos los modem-USB) que quedarían fuera de mantenimiento.

En el PPT se indica que la empresa adjudicataria debe prestar el servicio de mantenimiento de terminales digitales, IP y móviles. En la página 23 de su oferta, Vodafone expone su servicio de mantenimiento de terminales digitales e IP y no hace ninguna limitación a lo establecido en el PPT ni al hecho de que los terminales se hayan comprado a Vodafone o al anterior adjudicatario. De igual forma, en las páginas anteriores y siguientes refiere su servicio de mantenimiento del sistema MX-One y del Contact Center Solidus eCare, relacionando los sistemas actuales sin establecer limitaciones sobre el proveedor de los equipos. Es decir, de la lectura del PPT Vodafone ha entendido correctamente que se incluye el mantenimiento de todos los equipos y terminales actuales, que además están detallados en el anexo del PPT "Planta instalada y patrón de tráfico", incluidos los móviles.

Por ello, la exclusión del servicio de mantenimiento de aquellos terminales móviles no suministrados por Vodafone es contraria a lo requerido en el PPT y es motivo de exclusión de su oferta.

Por todo ello, la Mesa de Contratación debe debatir la posible exclusión de la oferta de Vodafone.

Para el caso de que la oferta de Vodafone sea aceptada o que siendo excluida, esta empresa pudiera recurrir y su recurso fuera estimado, hemos valorado su oferta, tanto en este aspecto como en el resto. Como puede entenderse por lo expresado anteriormente, la oferta de esta empresa para el mantenimiento de terminales móviles es notablemente inferior a las de Euskaltel y Telefónica y debe recibir por tanto una valoración muy inferior.

Errekurtsogileak bere eskaintzako 3.2.2.2 puntuari egiten dio erreferentzia, eta “Gailuak kudeatzeko eskaerak eta salmenta ondorengo zerbitzua” izenburupean honakoa dio:

*“Gainera, VODAFONEk lehenetsuneko bezeroei zuzendutako salmenta ondorengo zerbitzu berezi bat eskaintzen du. Zerbitzu horren bidez, VODAFONEren mugikor bat matxuratuz gero, zerbitzu hauek baliatu daitezke:*

*\*Ordezte zerbitzua: Zerbitzu honen bidez, mugikorra matxuratuz gero, mugikor hori modelo bereko beste mugikor batengatik doan ordeztea eska diezaiokezu Arreta Pertsonalizatuko Kudeatzaileari. VODAFONEk Bezeroak adierazitako helbidean jasoko ditu terminal matxuratuak, eta ordezko terminalak entregatuko ditu.*

*\*Konpontze zerbitzua: Matxuratutako mugikorrarentzat ordezte zerbitzua baliatu ezin denean, konponketa eska dezakezu, Arreta Pertsonalizatuko Kudeatzailearen bidez. VODAFONE arduratuko da matxuratutako mugikorrak bezeroak adierazitako helbidean jasotzeaz, mugikorrak konpontzeaz eta konpondutako terminala helbide berean entregatzeaz”.*

Alegatu du ezaugarri teknikoen agiriko 8.1 puntuan jasotako baldintza betetzeko xedez terminal mugikorrak konpontzeko zerbitzu mugarik gabea eskaini zuela (bere eskaintzaren 3.2.2.2 puntua), eta era gehigarrian, konponketa zerbitzu horrekiko independentea den terminalak ordezteko zerbitzu bat, muga jakin batzuk zituena. Kontratazio Mahaiari egozten dio gaizki ulertua, ulertu baitzuen muga horiek konponketa zerbitzuari aplikatzen zitzaizkiola, benetan ordezte zerbitzuari soilik aplikatzen zaizkionean.

Baina azalpen hori ez dator bat errekurtsogileak aurkeztutako eskaintzaren edukiarekin. Izan ere, eskaintzan erreferentzia bakarra egiten zaio terminalen arrisku orotariko 4 urterako mantentze zerbitzuari, 2.3 puntuan hain zuzen. Eta puntu horrek 5. puntura igortzen gaitu. Azkenik, 5. puntuan ordezte zerbitzu bat besterik ez da aipatzen, adierazitako mugekin, konponketa zerbitzurik aipatu ere egin gabe. Ez 2.3 puntuan, ez 5.1.2 puntuan, eta ezta 3.2.2.2 puntuan ere, ez da agertzen lizitatzailaren konpromiso esplizitua, gutxienez 4 urterako arrisku orotariko mantentze zerbitzu bat eskaintzekoa terminalatarako, ezaugarri teknikoen agirian eskatu bezala.

La recurrente se remite al apartado 3.2.2.2 de su oferta, en el que bajo el título de “Solicitudes de Gestión de Dispositivos y Servicio Postventa” se lee lo siguiente:

*“Además, VODAFONE pone a su disposición un servicio de posventa exclusivo para clientes preferentes. Mediante este servicio, en caso de avería de un dispositivo móvil de VODAFONE, podrá acceder a los siguientes servicios:*

*\*Servicio de sustitución: a través de este servicio, en caso de avería podrá solicitar a su Gestor de Atención Personalizada la sustitución del terminal móvil por uno del mismo modelo de forma gratuita. VODAFONE recogerá los terminales averiados en la dirección indicada por el Cliente y le entregará los terminales de sustitución.*

*\*Servicio de reparación: como alternativa en caso de que no exista servicio de sustitución para el terminal averiado, podrá solicitar la reparación del mismo a través de su Gestor de Atención Personalizada. VODAFONE se encargará de la recogida de los terminales averiados en la dirección indicada por el cliente, su reparación y la entrega del terminal reparado en la misma dirección”.*

Alega que para dar cumplimiento a la exigencia del apartado 8.1 del PPT ofertó un servicio de reparación de terminales móviles sin limitaciones (apartado 3.2.2.2 de su oferta) y, adicionalmente, un servicio de sustitución de terminales independiente del anterior, en el que se añadían determinadas limitaciones. Achaca a la Mesa de Contratación el haber entendido de forma errónea que tales limitaciones eran de aplicación al servicio de reparación, cuando en realidad lo son únicamente al servicio de sustitución.

Lo cierto es, sin embargo, que esa explicación no se corresponde con el contenido de la oferta presentada por la recurrente. La única referencia que en ésta se hace al mantenimiento de terminales a todo riesgo hasta 4 años de vida es en el apartado 2.3, en el que se remite al apartado 5, donde solo se habla de un servicio de sustitución con las limitaciones indicadas, sin mencionar ningún servicio de reparación. Ni en el apartado 2.3, ni en el 5.1.2, ni en el 3.2.2.2, ni en ningún otro de la oferta consta un compromiso explícito del licitador de realizar el mantenimiento de terminales móviles a todo riesgo hasta 4 años de vida, que es lo que el PPT exige.





Bestalde, egia da, kontratazio organoak bere txostenean dioen bezala, ezin dela ondorioztatu eskaintzan aipatzen den konpontze zerbitzua arrisku orotariko mantentze zerbitzuaren parekoa denik, matxuratutako terminalen konponketa ezin baita bermatu kasuen % 100ean, gerta baitaiteke terminal bat konponezina izatea, eta hain zuzen ere kasu horietan baliatuko litzakeelako errekurtsogileak proposatzen duen ordezte zerbitzua, jadanik ikusi dugun bezala ezaugarri teknikoaren agiriaren kontra dauden mugak dituen.

Gainera, ez da egia konponketa zerbitzu hori mugagabea dela: eskaintzaren 3.2.2.2 puntuak baldintza bat jartzen dio zerbitzuari, hau da, "VODAFONEren mugikor bat" izatea. Horrela, ordezte zerbitzuan gertatzen den bezala, zerbitzutik kanpo geratuko lirake enpresa horrek emandakoak ez diren beste mugikor guztien matxurak.

Azken batean, ez errekurtsogileak proposatutako konpontze zerbitzuak, ezta ordezte zerbitzuak ere, ez lukete estaliko ezaugarri teknikoaren agiriaren exijitzen den arrisku orotariko mantentze zerbitzua. Beraz, errekurritzen den kanporatzea bat dator kontratuaren baldintza administratibo berezien agiriko 11.5 puntuan aurreikusitakoarekin, bertan esaten baita ez direla onartuko ezaugarri teknikoaren agiriaren adierazitakoarekin bat ez datozen proposamenak.

**ZORTZIGARRENA.-** Errekurtsoak dio Kontratazio Mahaiak zalantzak bazituen konpontze edo ordezte zerbitzuaren edukiarekin, eskaintza argitzea eskatu behar zuela, automatikoki baztertzea erabaki aurretik, hala egin baitzen TELEFONICAREN eskaintzarekin.

Horri buruz hitz egiten da 2016ko urriaren 18ko txosten teknikoan, eskaintzan baloratzekoan. Txosten horretan teknikariek ondorioztatzen dute, TELEFONICAREN kasuan ez bezala, kasu honetan ez zela argibiderik eskatu behar, "VODAFONEren eskaintza argia baita, eta ez baitu beste interpretazioetarako biderik ematen".

Kontratazio organoak errekurtsoari buruz egin duen txostenean azpimarratzen da "Kontratazio Mahaiko kideek eta teknikariek ulertu zutela VODAFONEk gai honi buruz egiten zuen proposamena garbia zela, ezaugarri teknikoaren agiriaren ezarritakoari kontra egiten ziola, eta ez zela argi eta garbi adierazita zegoenaren inguruko argibiderik eskatu behar".

También es cierto, por otra parte, que, como dice el órgano de contratación en su informe, el servicio de reparación al que alude la oferta no puede concluirse que sea equivalente al mantenimiento a todo riesgo, ya que la reparación de los terminales móviles averiados no puede garantizarse en el 100% de los casos, puede ocurrir que el terminal sea irreparable, y precisamente esa eventualidad es la que quedaría cubierta por el servicio de sustitución propuesto por la recurrente, el cual adolece, como hemos visto, de limitaciones contrarias al PPT.

Además, no es cierto que ese servicio de reparación esté exento de limitaciones: el apartado 3.2.2.2 de la oferta condiciona el acceso a ese servicio a que se trate de la "avería de un dispositivo móvil de VODAFONE", lo que, como ocurre con el servicio de sustitución, excluiría las averías de todos aquellos terminales móviles no suministrados por dicha empresa.

En suma, ni el servicio de reparación ni el servicio de sustitución propuesto por la recurrente cubriría el servicio de mantenimiento a todo riesgo requerido en el PPT, por lo que la exclusión recurrida se atuvo a lo previsto en la cláusula 11.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, a tenor de la cual no se aceptarían aquellas proposiciones que no se ajusten a lo señalado en el pliego de prescripciones técnicas.

**OCTAVO.-** Dice el recurso que si la Mesa de Contratación tenía dudas en relación con el contenido del servicio de reparación y/o de sustitución debió haber solicitado aclaraciones a la oferta antes de dictar la exclusión automática de la misma, como se hizo con la oferta de TELEFÓNICA.

Esta cuestión es abordada en el fragmento que hemos reproducido del informe técnico de valoración de ofertas de 18 de octubre de 2016, en el que los técnicos llegan a la conclusión de que, a diferencia del caso de TELEFÓNICA, en este no procede solicitar aclaraciones, "ya que lo expuesto por VODAFONE es claro y no permite interpretaciones diferentes".

En el informe del órgano de contratación acerca del recurso se insiste en que "tanto los técnicos como los miembros de la Mesa de Contratación entendimos la proposición de VODAFONE sobre este tema totalmente clara y contraria al PPT y no procede solicitud de aclaración sobre lo que ya está claro".

TELEFONICAREN kasuarekin alderatzeari dagokionez, txostenak dio ez zela tratu desberdintasunik egon, egoera desberdinak zirelako eta, beraz, Mahaiak egoera horien aurrean erabaki desberdinak hartu zituelako: VODAFONEren eskaintzan ez zegoen anbiguotasunik eta, beraz, ez zen argibiderik behar; aldiz, TELEFONICAREN eskaintzan Mahaiaren iritziz bi eratara uler zitekeen puntu bat zegoen, eta, horregatik, argibideak eskatu zitzaizkion. Erantzuna aztertu ondoren, Mahaiak erabaki zuen bere eskaintza ez zela baztertu behar. Kontratazio organoaren iritziz, Mahaia argibideak eskatzeari buruzko doktrinarekin bat etorri jardun zen uneoro.

Horiek horrela, Auzitegiaren iritziz ez zen beharrezkoa errekurtsogilearen eskaintzari buruz argibideak eskatzea, eskaintzaren edukia argia zelako, eta kontra egiten ziolako ezaugarri teknikoen agirian ezarritakoari. Argibideak eskatu izan balira, lizitatuak bere proposamenaren edukia aldatzeko aukera izan zezakeen, ezaugarri teknikoen agirian ezarritakora moldatzeko, eta horrela, Kontratazio Alorreko Errekurtsoen Euskadiko Organo Administratiboak 2015eko abenduaren 29ko 144/2015 Ebazpenean dioen bezala, *“gainditu egingo litzateke jurisprudentzia europarrak prozedura ireki eta mugatuetan eskaintza zuzentzeko aukerari ezartzen dizkion mugak, gardentasunaren eta tratu berdintasunaren printzipioak urratuz (Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2012/3/29ko epaia, C-599/10)”*.

**BEDERATZIGARRENA.-** Ez da ikusten errekurtsosoa jartzean fede txarrik edo ausarkeriarik izan denik eta, beraz, Auzitegiak ez du errekurtsogileari inolako isunik jartzeko asmorik, Kontratuen Legeko 47.5 artikulua dioena betez.

Ondorioz, kontratazio alorreko errekurtsosotarako Foru Auzitegi Administratiboak

#### **ERABAKITZEN DU**

**LEHENENGOA.-** Ezatea VODAFONE ESPAÑA SAU enpresak jarritako kontratazio alorreko errekurtsosoa berezia.

**BIGARRENA.-** Altxatzea 2016ko azaroaren 30eko ebazpenaz onartutako kautelazko neurria.

En cuanto a la comparación con el caso de TELEFÓNICA, el informe señala que no existió desigualdad de trato porque son situaciones diferentes ante las cuales la Mesa tomó decisiones diferentes: en la oferta de VODAFONE no existía ambigüedad por lo que no procedía la aclaración, mientras que en la de TELEFÓNICA la Mesa consideró que existía un aspecto ambiguo que podía conllevar la exclusión, y ante esta situación solicitó la aclaración y, analizada la respuesta, la Mesa entendió que no procedía la exclusión. A juicio del órgano de contratación, la actuación de la Mesa fue totalmente acorde con la doctrina sobre la solicitud de aclaraciones.

Dicho lo cual, el Tribunal es de la opinión de que no era preciso solicitar aclaración alguna en relación con la oferta de la recurrente porque ésta estaba clara y era contraria al PPT. Una solicitud de aclaración solamente habría podido servir para dar la oportunidad al licitador de alterar el contenido de su proposición a fin de adecuarla al PPT, lo cual, como afirma el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi en su Resolución 144/2015, de 29 de diciembre, *“significaría desbordar el límite que la jurisprudencia europea impone a la posibilidad de subsanación de la oferta en los procedimientos abiertos y restringidos, en perjuicio de los principios de transparencia e igualdad de trato (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29/3/2012, asunto C-599/10)”*.

**NOVENO.-** No se aprecia en la interposición del recurso la existencia de mala fe o de temeridad que mueva al Tribunal a imponer a la recurrente una multa en los términos previstos en el artículo 47.5 TRLCSP.

En su virtud, este Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales

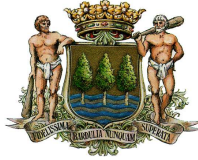
#### **ACUERDA**

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por VODAFONE ESPAÑA S.A.U.

**SEGUNDO.-** Levantar la medida cautelar acordada por resolución de 30 de noviembre de 2016.

**Kontratazio Alorreko Errekurtsoetarako  
Foru Auzitegi Administratiboa**

**Tribunal Administrativo Foral de  
Recursos Contractuales**



**GIPUZKOAKO FORU ALDUNDIA  
DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA**

Kontratu Legeko 49.1 xedatutakoaren arabera, ebazpen honen aurka administrazioarekiko auzi-errekurtsoa jarri ahal izango da Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren Administrazioarekiko Auzietako Aretoan, erabaki hau jakinarazten den egunaren biharamunetik hasi eta bi hilabeteko epean.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 TRLCSP, contra esta resolución cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses contado a partir del día siguiente al de su notificación.

**Donostian, 2016ko abenduaren 27a /San Sebastián, 27 de diciembre de 2016**