



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 7/2013

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte administratiu especial per a la prestació del servei de connectivitat a Internet en mobilitat a l'Estació Intermodal de Palma

CONABR2013000017

Consorci de Transports de Mallorca

Recurrent: WIFIRENTAL, SL

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 31 d'octubre de 2013, pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per WIFIRENTAL, SL, contra l'Acord del Consell d'Administració del Consorci de Transports de Mallorca pel qual s'adjudica el contracte administratiu especial per a la prestació del servei de connectivitat a Internet en mobilitat a l'Estació Intermodal de Palma

Fets

1. El 27 de maig de 2013, el Consell d'Administració del Consorci de Transports de Mallorca (en endavant, CTM) va aprovar l'expedient de contractació, els plecs de prescripcions tècniques i de clàusules administratives particulars i l'obertura del procediment d'adjudicació del contracte administratiu especial per a la prestació del servei de connectivitat a Internet en mobilitat a l'Estació Intermodal de Palma, per procediment obert. L'anunci de licitació es va publicar en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* de 6 de juny de 2013.
2. El 27 de juny de 2013, el Consell d'Administració del CTM va adjudicar el contracte a Smart Destinations, SL. Aquest Acord es va notificar a l'altra empresa que havia participat en el procediment, WIFIRENTAL, SL, el 5 de juliol de 2013.
3. El 2 de juliol de 2013, el president del Consell d'Administració del CTM i el representant d'Smart Destinations, SL, varen formalitzar el contracte.
4. El 2 d'agost de 2013, el representant de WIFIRENTAL, SL, va interposar un recurs especial en matèria de contractació davant la Conselleria d'Economia i Competitivitat contra l'Acord del Consell d'Administració del CTM pel qual



s'adjudica el contracte, i va sol·licitar, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de l'Acord. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 5 d'agost de 2013.

5. El 5 d'agost de 2013, la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va trametre el recurs al CTM i li va sol·licitar una còpia de l'expedient, un informe jurídic sobre el contingut del recurs i la informació de contacte de la resta de licitadors.
6. El 7 d'agost de 2013, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va adoptar l'Acord pel qual es denegava la suspensió de l'execució de l'adjudicació del contracte administratiu especial per a la prestació del servei de connectivitat a Internet en mobilitat a l'Estació Intermodal de Palma.

A més, la Comissió Permanent va acordar demanar un informe a la Direcció General d'Innovació i Desenvolupament Tecnològic sobre si era obligatori estar inscrit en el Registre d'operadors de xarxes i serveis de comunicacions electròniques que preveu la Llei 32/2003, de 3 de març, general de telecomunicacions, per executar aquest contracte, i un altre a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions sobre aquesta mateixa qüestió i, a més, sobre si l'empresa Smart Destinations, SL, estava inscrita en aquest Registre.

7. El 4 de setembre de 2013, el director general d'Innovació i Desenvolupament Tecnològic de la Conselleria d'Economia i Competitivitat va emetre l'informe que se li havia sol·licitat. Aquest informe es va rebre a la Junta Consultiva el mateix dia.
8. El 4 d'octubre de 2013, el director de l'Assessoria Jurídica, en substitució del secretari del Consell de la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions, va emetre l'informe sol·licitat. Aquest informe es va rebre a la Junta Consultiva el 15 d'octubre.
9. D'acord amb l'article 112 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, s'ha donat audiència a l'empresa adjudicatària.



Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és l'Acord pel qual s'adjudica un contracte administratiu especial per a la prestació d'un servei no subjecte a regulació harmonitzada, tramitat pel Consorci de Transports de Mallorca, que té caràcter d'administració pública.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 40 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), s'hi pot interposar el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, d'acord amb l'apartat 13 de l'article 2 i l'article 7 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva.

2. El recurs especial que ha interposat el representant de l'empresa WIFIRENTAL, SL, es fonamenta, d'una banda, en el fet que l'adjudicatària, l'empresa Smart Destinations, SL, no està inscrita en el Registre d'operadors de xarxes i serveis de comunicacions electròniques i, per tant, no disposa del títol habilitant que la Llei 32/2003, de 3 de març, general de telecomunicacions, exigeix per executar la prestació objecte del contracte, i, de l'altra, en el fet que, a parer del recurrent, s'ha valorat incorrectament la seva oferta econòmica.

El recurrent afirma que l'empresa adjudicatària no disposa del títol habilitant necessari per executar el contracte i, per acreditar-ho, aporta una còpia simple notarial en què es deixa constància que s'ha consultat el Registre d'operadors de xarxes i serveis de comunicacions electròniques publicat en el web de la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions i que Smart Destinations, SL, no hi figura inscrita.

A més, el recurrent manifesta que, a parer seu, la seva oferta econòmica no s'ha valorat correctament atès que només s'ha tingut en compte la part de l'oferta en què proposava, com a cànon o contraprestació per pagar a l'Administració, un percentatge fix equivalent al 25 % dels ingressos que generàs el servei —criteri



d'adjudicació a què es refereixen els plecs—, i no s'ha valorat el percentatge addicional, anomenat *ràpel*, que oferia en funció que el servei assolís uns nivells de facturació anual determinats.

Atès tot això, el recurrent sol·licita que es declari la nul·litat de l'Acord que s'impugna i la suspensió del procediment. Sobre aquesta darrera qüestió ja es va pronunciar aquesta Junta Consultiva el 7 d'agost.

3. L'article 54 del TRLCSP estableix les condicions d'aptitud que s'han de complir per contractar amb el sector públic i disposa, en l'apartat 1, que només poden contractar amb el sector públic les persones naturals o jurídiques, espanyoles o estrangeres, que tinguin plena capacitat d'obrar, no estiguin sotmeses a una prohibició de contractar i acreditin la seva solvència econòmica, financera i tècnica o professional o, en els casos en què ho exigeixi aquesta Llei, estiguin degudament classificades.

L'apartat 2 d'aquest article exigeix que els empresaris han de disposar, així mateix, de l'habilitació empresarial o professional que, si s'escau, sigui exigible per dur a terme l'activitat o la prestació que constitueixi l'objecte del contracte.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques va afirmar, en l'Informe 1/09, de 25 de setembre, que l'habilitació a què es referia l'article 43.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic —en l'actualitat, l'article 54.2 del TRLCSP— és un requisit de legalitat i no de solvència en sentit estricte, atès que el que pretén el legislador en exigir-lo és evitar que el sector públic contracti amb empreses que no exerceixin l'activitat de forma legal.

4. La Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions, estableix, en el capítol I del títol II, les disposicions generals relatives a l'explotació de les xarxes i la prestació dels serveis de comunicacions electròniques en règim de lliure concurrència.

L'article 6 regula els requisits exigibles per a l'explotació de les xarxes i la prestació dels serveis de comunicacions electròniques, i disposa, en l'apartat 2, que els interessats en l'explotació d'una determinada xarxa o en la prestació d'un determinat servei de comunicacions electròniques, abans de l'inici de l'activitat, han de notificar-ho fefaentment a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions, en els termes que es determinin mitjançant un reial decret, i



s'han de sotmetre a les condicions previstes per a l'exercici de l'activitat que pretenguin fer.

L'article 7 crea el Registre d'operadors, que depèn de la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions. D'acord amb aquest article, el registre és de caràcter públic i la seva regulació s'ha de fer per reial decret, i s'hi han d'inscriure les dades relatives a les persones físiques o jurídiques que hagin notificat la seva intenció d'explotar xarxes o prestar serveis de comunicacions electròniques, com també les condicions per desenvolupar l'activitat i les seves modificacions.

L'annex II de la Llei 32/2003 defineix el terme *operador* com la persona física o jurídica que explota xarxes públiques de comunicacions electròniques o presta serveis de comunicacions electròniques disponibles al públic, i ha notificat a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions l'inici de la seva activitat.

El Reial decret 424/2005, de 15 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament sobre les condicions per a la prestació de serveis de comunicacions electròniques, el servei universal i la protecció dels usuaris, regula, en l'article 5, la notificació a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions de la intenció d'explotar xarxes o prestar serveis de comunicacions electròniques, i disposa que una vegada realitzada la notificació, l'interessat adquireix la condició d'operador i pot començar la prestació del servei o l'explotació de la xarxa.

Quant al Registre d'operadors, l'apartat 2 de l'article 7 del Reglament disposa que té per objecte la inscripció de les persones físiques o jurídiques que hagin fet la notificació que preveu l'article 5, de la xarxa o servei de comunicacions electròniques que pretengui explotar o prestar, de les condicions aplicables a l'exercici de la seva activitat i de les seves modificacions, i l'apartat 3 disposa que la inscripció en el Registre d'operadors té caràcter declaratiu.

L'article 53 t de la Llei 32/2003 tipifica com a infracció molt greu l'explotació de xarxes o la prestació de serveis de comunicacions electròniques sense complir els requisits exigibles per dur a terme aquestes activitats.

Amb vista d'aquesta regulació s'ha de concloure que per dur a terme l'explotació d'una xarxa o prestar un servei de comunicació electrònica cal haver notificat prèviament a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions l'inici de l'activitat, obligació que es configura com a títol habilitant per executar el contracte objecte del recurs.



5. El Plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte per a la prestació del servei de connectivitat a Internet en mobilitat a l'Estació Intermodal de Palma incorpora la previsió de l'article 54.2 del TRLCSP en la clàusula 4.3, que estableix que els empresaris han de disposar de l'habilitació empresarial o professional que, si escau, sigui exigible per a la realització de l'activitat o prestació objecte del contracte.

El Plec de prescripcions tècniques que regeix el contracte descriu, en la clàusula 3.1, l'objecte del contracte en els termes següents:

Atès l'elevat nombre de turistes estrangers que diàriament visiten Palma i circulen per l'Estació Intermodal, el CTM, mitjançant la present licitació, pretén oferir-los un servei de connectivitat a internet en mobilitat.

L'empresa adjudicatària del servei haurà d'oferir als usuaris de l'estació el lloguer d'un dispositiu router wifi de butxaca equipat amb connexió a internet de banda ampla a través de la xarxa mòbil 4 3G, amb l'objecte que el client que contracti el servei –amb independència de la seva localització– pugui connectar els seus dispositius equipats amb wifi (smartphones, tablets, ordinadors portàtils, consoles de videojocs,...) i compartir la connexió a internet entre tots ells. Els clients estrangers que contractin el servei s'estalviaran les despeses d'itinerància de dades (*roaming*) que cobren les companyies operadores de telefonia mòbil.

Es permet la comercialització del servei a través de portals web, amb l'objecte de facilitar als clients estrangers la contractació ja des del seu país d'origen.

Per determinar si per executar la prestació objecte del contracte que figura en el Plec de prescripcions tècniques és necessària la inscripció en el Registre d'operadors de xarxes i serveis de comunicacions electròniques, tal com afirma el recurrent, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va demanar un informe a la Direcció General d'Innovació i Desenvolupament Tecnològic de la Conselleria d'Economia i Competitivitat, i un altre a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions sobre aquest extrem.

El director general d'Innovació i Desenvolupament Tecnològic, en l'informe emès el 4 de setembre, va manifestar el següent:

D'acord amb la legislació vigent, és necessari la inscripció de l'empresa dins el Registre d'operadors de xarxes i serveis de comunicacions electròniques i que es pot consultar a l'adreça d'Internet <http://www.cmt.es/comunicaciones-electronicas>.



El director de l'Assessoria Jurídica de la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions, en l'informe de 4 d'octubre, va manifestar el següent:

En virtud de dicha habilitación competencial se informa a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Govern de les Illes Balears que:

1. Respecto a si es exigible estar registrado en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas para la prestación del servicio de Internet en movilidad:

La LGTel, en su Anexo II, define por red pública de comunicaciones aquella red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público. Asimismo, esta Ley precisa que son servicios de comunicaciones electrónicas, los prestados a cambio de una remuneración y que consisten en el transporte de señales a través de redes públicas de comunicaciones.

La provisión de servicios de Internet, ya sean desde una ubicación fija o a través de dispositivos móviles y con independencia de la tecnología utilizada (ADSL, banda ancha móvil o Wi-Fi, entre otros) supone la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas ya que consiste en la transmisión de datos a través de una red pública.

Por tanto, la provisión de servicios de acceso a Internet a cambio de una remuneración (no en régimen de autoprestación) es una actividad cuyo inicio de prestación debe ser objeto de notificación ante esta Comisión con la finalidad de inscribir a la empresa prestadora del citado servicio en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Ello es así aunque la empresa esté subcontratada por la Administración Pública de que se trate, puesto que presta un servicio de comunicaciones electrónicas al público en general y, según cada caso, también puede explotar una red pública de comunicaciones electrónicas.

2. Sobre si la empresa Smart Destinations, S.L. está inscrita en el Registro de operadores:

El 13 de agosto de 2013, esta empresa notificó a esta Comisión su intención de iniciar ese mismo día la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet, aportando la documentación requerida para ello.

Con fecha 28 de agosto de 2013, el Secretario de esta Comisión aprobó la Resolución por la que se le inscribe, por primera vez, en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas a Smart



Destinations, S.L. únicamente como persona autorizada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en concreto, como proveedor de acceso a Internet, a partir del 13 de agosto de 2013.

Per tant, de conformitat amb els articles esmentats de la Llei 32/2003 i del Reial decret 424/2005 i els informes del director general d'Innovació i Desenvolupament Tecnològic i del director de l'Assessoria Jurídica de la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions, per dur a terme la prestació del servei de connectivitat a Internet en mobilitat a l'estació Intermodal de Palma és necessari haver notificat prèviament l'inici de l'activitat a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions amb la finalitat que inscrigui l'empresa en el Registre d'operadors de xarxes i serveis de comunicacions electròniques.

En aquest cas, l'empresa Smart Destinations, SL, adjudicatària del contracte, va notificar a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions la intenció de prestar el servei de comunicacions electròniques com a proveïdor d'accés a Internet el 13 d'agost de 2013 —amb posterioritat a l'inici de l'execució del contracte—, i la Comissió va acordar inscriure-la en el Registre d'operadors de xarxes i serveis de comunicacions electròniques el 28 d'agost, amb autorització per prestar el servei a partir del 13 d'agost. Així doncs, s'observa que l'empresa adjudicatària no disposava en un primer moment del títol habilitant necessari per executar el contracte atès que la notificació prèvia de l'inici de l'activitat es va produir una vegada el contracte ja s'havia formalitzat.

6. Pel que fa a la valoració de les ofertes econòmiques, el recurrent considera que la Mesa de Contractació no va valorar correctament la seva oferta econòmica atès que només va tenir en compte la part de l'oferta en què proposava, com a cànon per pagar a l'Administració, un percentatge fix equivalent al 25 % dels ingressos que generàs el servei, i no va valorar el percentatge addicional, anomenat *ràpel*, que oferia en funció que el servei assolís uns nivells de facturació anual determinats.

El Plec de clàusules administratives particulars preveu com a únic criteri d'adjudicació l'econòmic i ho fa en els termes següents:

Criteris d'adjudicació: Econòmic: la contraprestació econòmica oferta
Contraprestació econòmica base: Percentatge mínim del 20% dels ingressos generats pel servei
Criteris de valoració: Contraprestació econòmica oferta més alta
[...]
11.1.2 Proposta econòmica (sobre núm. 2)



El licitador ha de presentar la seva oferta econòmica segons el model de l'annex 1 d'aquest Plec. L'oferta ha d'anar signada per qui tingui poder suficient per fer-ho, i no ha de contenir errors, omissions o obstacles per a una interpretació correcta.

[...]

12. Criteris d'adjudicació

12.1 Per valorar les proposicions i determinar l'oferta més avantatjosa econòmicament, es tindran en compte els criteris vinculats directament a l'objecte del contracte, basats en els que preveu l'article 150.1 del text refós de la LCSP, que s'indiquen a la clàusula 6 del plec de prescripcions tècniques.

12.2 L'avaluació de les proposicions es durà a terme de conformitat amb les fórmules o el mode de valoració respecte dels criteris d'adjudicació, establerts al plec de condicions tècniques.

El Plec de prescripcions tècniques es refereix, en la clàusula 4.3 —i no en la clàusula 6, a la qual remet erròniament el Plec de clàusules administratives—, a la contraprestació econòmica en els termes següents:

4.3. Contraprestació econòmica

Com a contraprestació econòmica, l'empresa adjudicatària haurà de satisfer al CTM un percentatge dels ingressos generats pel servei. Els licitadors hauran d'oferir el valor d'aquest percentatge en la seva plica. El CTM estableix un valor del 20% com a percentatge mínim a oferir per les empreses licitadores.

El percentatge ofert per l'adjudicatari s'aplicarà sobre l'import líquid total (excloent l'IVA) dels ingressos generats pel servei.

L'òrgan de contractació, a l'hora de seleccionar l'oferta econòmicament més avantatjosa i adjudicar el contracte, s'ha de subjectar necessàriament als criteris d'adjudicació i a la seva forma de valoració que s'havien establert en els plecs. En aquest sentit, és reiterada la doctrina del Tribunal Suprem (per exemple, les sentències de 18 d'abril de 1986, de 3 d'abril de 1990, de 12 de maig de 1992, de 21 de setembre de 1994, de 9 de febrer de 2001, de 19 de març de 2001, de 16 d'abril de 2002 i de 10 de juny de 2002) en el sentit que els plecs de condicions constitueixen la "lleï del concurs", de manera que tant l'òrgan convocador com els participants en la licitació s'han de sotmetre a les regles que hi consten. Si no fos així, els licitadors tindrien inseguretats jurídiques, perquè presentarien les seves ofertes basant-se en uns criteris i una forma de valoració determinada, i després veurien que el procediment es resol d'una manera diferent, amb violació per part de l'Administració del principi de confiança legítima en la seva actuació, com també del principi que prohibeix anar en contra dels actes propis.



El principi d'igualtat de tracte suposa que tots els licitadors potencials han de conèixer les regles del joc i aquestes s'han d'aplicar a tots de la mateixa manera, per la qual cosa tots els licitadors s'han de trobar en igualtat de condicions tant en el moment de preparar les seves ofertes com en el moment que l'òrgan de contractació les valori, moment en què els criteris d'adjudicació s'han d'aplicar de manera objectiva i uniforme a tots ells. En aquest sentit es va pronunciar el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la Sentència de 25 d'abril de 1996, dictada en l'assumpte C-73/1996, *Comissió / Bèlgica*, i en la Sentència de 18 d'octubre de 2001, dictada en l'assumpte C-284/2001, *SIAC Construction*.

L'article 115.2 del TRLCSP, en relació amb els plecs de clàusules administratives particulars, estableix que s'hi han d'incloure els pactes i les condicions definidors dels drets i les obligacions de les parts del contracte i la resta dels aspectes requerits per aquesta Llei i les seves normes de desplegament.

En relació amb aquesta previsió, l'article 145.1 del TRLCSP estableix que les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars i que el fet de presentar-les suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les clàusules o condicions del plec, sense cap excepció ni reserva. En aquest mateix sentit es pronuncia la clàusula 9.3 del Plec de clàusules que regeixen aquest contracte.

En aquest cas, tant el Plec de clàusules administratives particulars com el Plec de prescripcions tècniques estableixen que l'oferta econòmica s'ha d'expressar en un percentatge sobre els ingressos que generi el servei que es contracta, que, com a mínim, ha de ser del 20 % sobre els ingressos generats per l'explotació del servei.

L'adjudicatari va oferir un percentatge del 26 % dels ingressos, amb l'IVA exclòs.

En canvi, el recurrent va presentar l'oferta econòmica següent:

25% dels ingressos (IVA exclòs) generats pel servei més un percentatge addicional en concepte de ràpel en funció de les xifres de facturació de la tabla següent.

% Ràpel	Facturació Any 1	Facturació Any 2 i següents
1%	150.000 €	175.000 €
2%	200.000 €	250.000 €
3%	300.000 €	400.000 €



Per tant, el recurrent ha inclòs en la seva oferta uns percentatges addicionals, que denomina *ràpels*, en funció dels nivells de facturació que s'assoleixin.

El *ràpel* és una expressió assentada en el tràfic mercantil però que no té una regulació en l'ordenament jurídic espanyol. El terme *ràpel* es defineix com un descompte que obté un comprador en arribar a un cert volum de comandes o imports durant un període, generalment un any fiscal. Així, el Tribunal Suprem, en la Sentència de 26 de novembre de 1998, va manifestar el següent:

Efectivamente, es cierto que la palabra *rappel* no figura en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Sin embargo, no lo es menos que la misma es usualmente aceptada en el lenguaje mercantil coloquial, y que, en el caso concreto, la propia Sala de instancia, por si hubiere dudas al respecto, se encarga de explicar su significado en el fundamento de derecho primero, manifestando que se trata de “una gratificación concedida por el género adquirido por determinados productos”.

En termes similars, l'Audiència Provincial de Madrid, en la Sentència de 21 de juliol de 2006, va manifestar el següent:

Los *rappels* o descuentos se recogen dentro del marco de las operaciones propias de la “política comercial” y se ciñen a que alcanzado un volumen de operaciones por la compradora o producido un pronto pago, se le reconoce un descuento.

No obstant això, els plecs no preveuen ni admeten la possibilitat d'oferir un *ràpel* en funció dels nivells de facturació que s'assoleixin, sinó que indiquen clarament que els licitadors han d'oferir un sol percentatge dels ingressos —no diversos percentatges en funció d'uns futuribles— i que han de fer-ho d'acord amb el model d'oferta econòmica que s'adjunta al Plec de clàusules administratives particulars com a annex I, el qual només preveu la possibilitat d'indicar un percentatge.

El fet que en aquest cas concret no es prevegi la possibilitat que els licitadors puguin oferir *ràpels* no significa que els òrgans de contractació no puguin, en els plecs, admetre la possibilitat de presentar una variant econòmica o establir els *ràpels* com un criteri d'adjudicació més o com a millora —i si ho fan, els plecs han de concretar-ne les condicions o requisits i la forma de valorar-lo, amb vista al respecte al principi d'igualtat de tracte i al de transparència. Tot i així, en el cas objecte de recurs no s'ha admès aquesta possibilitat.



Atès tot això, l'oferta econòmica del recurrent no s'adequa al Plec de clàusules administratives particulars ni al Plec de prescripcions tècniques que regeixen el contracte, atès que, com ja s'ha dit, la contraprestació econòmica es determina mitjançant un percentatge dels ingressos que generi la prestació del servei objecte del contracte, i no és possible proposar uns percentatges addicionals en funció de circumstàncies o condicions futuribles, que, per definició, poden materialitzar-se o no.

De fet, cal considerar que si s'hagués acceptat l'oferta econòmica del recurrent en els termes en què la va efectuar s'hauria vulnerat el principi d'igualtat de tracte als licitadors, atès que si l'empresa adjudicatària hagués tingut coneixement que podia oferir uns percentatges addicionals en funció del volum de facturació que generàs la prestació del servei, segurament ho hauria fet.

La Mesa de Contractació, en el moment de valorar l'oferta econòmica del recurrent, va optar per interpretar que els únics valors que es podien considerar per decidir quina era l'oferta econòmicament més avantatjosa eren els de caràcter fix i no vinculats a uns resultats de facturació, que es podrien produir o no, i, en conseqüència, pel que fa a l'oferta del recurrent, només va tenir en compte el percentatge fix del 25 % dels ingressos que es generassin. Tenint en compte que l'altre licitador havia ofert un percentatge superior com a cànon o contraprestació —en concret, del 26 %—, va proposar adjudicar el contracte a l'empresa que oferia el percentatge més alt —és a dir, a l'oferta econòmicament més avantatjosa—, d'acord amb la valoració del criteri d'adjudicació establerta en el Plec de clàusules administratives particulars.

No obstant això, cal assenyalar que, d'acord amb l'article 84 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, la Mesa de Contractació podria haver considerat que era procedent rebutjar l'oferta del recurrent, i això no només perquè el licitador havia variat substancialment el model establert, sinó també perquè el contingut de la seva oferta no s'ajustava als plecs o en suposava l'incompliment.

7. En conclusió, d'acord amb la Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions, i el Reial decret 424/2005, la prestació del servei objecte del contracte requereix disposar d'un títol habilitant, i així ho posen de manifest els informes emesos per la Direcció General d'Innovació i Desenvolupament Tecnològic i per la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions. En conseqüència, la Resolució per la qual s'adjudica el contracte administratiu



especial per a la prestació del servei de connectivitat a Internet en mobilitat a l'Estació Intermodal de Palma no s'ajusta a dret, atès que, contràriament al que disposa l'article 54.2 del TRLCSP, s'ha adjudicat el contracte a una empresa que no disposava de l'habilitació necessària per dur-lo a terme, ja que no va ser fins al 13 d'agost de 2013, una vegada havia tingut coneixement de la interposició del recurs especial, que no va notificar a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions l'inici de l'activitat de prestació de serveis com a proveïdor d'Internet.

8. L'article 31 del TRLCSP disposa que:

A més dels casos en què la invalidesa derivi de la il·legalitat de les seves clàusules, els contractes de les administracions públiques i els contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats a què es refereix l'article 17, són invàlids quan ho sigui algun dels seus actes preparatoris o el d'adjudicació, perquè hi concorre alguna de les causes de dret administratiu o de dret civil a què es refereixen els articles següents.

Després d'enumerar les causes de nul·litat en l'article 32, l'article 33 disposa que:

Són causes d'anul·labilitat de dret administratiu les altres infraccions de l'ordenament jurídic i, especialment, les de les regles contingudes en aquesta Llei, de conformitat amb l'article 63 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

En conseqüència, la Resolució per la qual s'adjudica el contracte administratiu especial per a la prestació del servei de connectivitat a Internet en mobilitat a l'Estació Intermodal de Palma incorre en causa d'anul·labilitat, atès que el contracte s'ha adjudicat a una empresa que no estava habilitada legalment per executar-lo. Per tant, aquesta Resolució està afectada per una causa d'invalidesa.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per WIFIRENTAL, SL, contra l'Acord del Consell d'Administració del Consorci de Transports de Mallorca pel qual s'adjudica el contracte administratiu especial per a la prestació del servei de connectivitat a Internet en mobilitat a l'Estació Intermodal de Palma, perquè l'empresa adjudicatària no disposava de



l'habilitació per executar la prestació objecte del contracte i, en conseqüència, anul·lar l'acte.

2. Retrotreure les actuacions administratives al moment d'efectuar la proposta d'adjudicació.
3. Notificar aquest Acord als interessats i al Consorci de Transports de Mallorca.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa del Tribunal Superior de Justícia en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.