



EB 2018/079

Resolución 110/2018, de 17 de septiembre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TICNOVA QUALITY TEAM, S.L. contra la exclusión de su oferta del “Acuerdo marco para el suministro, instalación y / o configuración de diverso material informático en centros educativos y de apoyo públicos dependientes del departamento de Educación, así como en centros concertados (lote 3)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de junio de 2018, la empresa TICNOVA QUALITY TEAM, S.L. (en adelante, TICNOVA) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra la exclusión de su oferta del “Acuerdo marco para el suministro, instalación y / o configuración de diverso material informático en centros educativos y de apoyo públicos dependientes del departamento de Educación, así como en centros concertados (lote 3)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Con fecha 6 de julio se solicitaron al poder adjudicador el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, el 15 de junio de 2018, documentación que se recibió el 9 de julio.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 12 de julio, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 15 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el 4 de junio de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D.P.C.G.P. para actuar en su nombre.



TERCERO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 b) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los acuerdos marco de suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son impugnables los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos; en todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores. En el presente recurso se impugna la Resolución de 4 de junio de 2018, de la Comisión Central de Contratación (en adelante, CCC), que acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).



SÉPTIMO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) TICNOVA presentó la oferta mejor puntuada después de la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en los pliegos, y fue requerida en el primer lugar del listado para la aportación de la muestra en la fase final de la acreditación de la solvencia técnica.

b) TICNOVA advierte que su oferta incurrió en un error involuntario al señalar que el equipo ofertado contaba con 4 puertos USB 3.0 y 4 puertos USB 2.0, cuando en realidad quería ofertar 2 puertos USB 3.0 y 6 puertos USB 2.0. Este error sirvió de base para que la Comisión Central de Contratación excluyera su oferta por no coincidir la muestra aportada y la oferta en su día presentada.

c) Frente a la decisión de exclusión, TICNOVA alega que la muestra presentada cumple los requisitos mínimos fijados en las prescripciones técnicas y que el mayor número de puertos ofertados no es criterio de adjudicación ni incide en el precio propuesto; asimismo, se alega que la voluntad real de la licitadora puede perfectamente ser integrada por la Mesa de contratación porque el modelo de placa ofertado solo permite montar un máximo de ocho puertos USB, dos 3.0 y seis 2.0 (adjunta una ficha técnica disponible en un vínculo de Internet).

d) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad del acto impugnado, y

- se retrotraigan las actuaciones administrativas hasta el momento inmediatamente anterior a su producción y se continúe la tramitación del procedimiento con inclusión de TICNOVA entre las licitadoras admitidas para el lote 3 o, subsidiariamente,



- que se retrotraigan las actuaciones, que se solicite aclaración o subsanación de la discrepancia observada entre la muestra y la oferta, y que se ordene que sirva para dicha aclaración o subsanación el contenido de este recurso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) La muestra solicitada es un trámite previo a la adjudicación del contrato (artículos 151.2 del TRLCSP), que se incorpora en la cláusula 21.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), documento que vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación.
- b) Aunque la muestra aportada por el recurrente cumple con los requisitos técnicos exigidos, no se corresponde con la propuesta contenida en su oferta; a la vista de esta contradicción, no susceptible de subsanación, la exclusión es correcta; se alega que la contradicción es el resultado de la falta de diligencia en la confección de la oferta, por lo que no cabe exigir dicho plazo de subsanación, que no cabe la subsanación de la oferta económica y que el procedimiento de recurso especial no es un trámite de subsanación, sino de impugnación.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Son dos las cuestiones que deben analizarse; por un lado, si efectivamente existe el incumplimiento alegado por el poder adjudicador para justificar la exclusión y su ajuste legal a los pliegos y la legislación contractual, y por otro,

- a) Sobre la obligación de presentar muestras de los productos ofertados y el alcance de su incumplimiento



En síntesis, el motivo alegado por el poder adjudicador para justificar la exclusión impugnada es el incumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 21.6 del PCAP, cuya literalidad es la siguiente:

21.6 -Presentación de muestras.

A las empresas licitadoras que hayan realizado las seis ofertas más ventajosas en cada lote del Acuerdo Marco, y a las empresas que hayan realizado la oferta más ventajosa en un contrato derivado se les exigirá la entrega de una muestra, en un lugar indicado por la Mesa de Contratación, en un plazo no superior a 5 días hábiles

Dicha muestra será analizada con objeto de verificar que cumple tanto los requisitos mínimos fijados en el Pliego de Bases Técnicas, así como las especificaciones técnicas ofertadas por la empresa licitadora.

Será motivo de exclusión tanto el no atender al plazo de requerimiento de entrega del equipo al Departamento en 5 días hábiles como el no cumplir el equipo con las características técnicas mejoradas ofrecidas por la empresa licitadora y las requeridas como requisitos mínimos en el Pliego de Bases Técnicas. La muestra no podrá ser objeto de subsanación.

Con carácter previo, debe señalarse que la exigencia de presentación de muestras no se corresponde con el requisito de solvencia técnica al que se refiere el artículo 77.1 e) del TRLCSP, como lo demuestra el hecho de que no aparece en el apartado del PCAP reservado para esta cuestión (cláusula 15.5). Habida cuenta del momento en el que deben presentarse, posterior a la elaboración del listado de ofertas clasificadas según la puntuación obtenida en aplicación de los criterios de adjudicación (artículo 151.1 del TRLCSP), tampoco se ha pretendido facilitar dicha aplicación mediante la comprobación material de las características de los productos. De acuerdo con la cláusula 21.6 del PCAP, la finalidad más bien radica en garantizar una correcta adjudicación del contrato, ya que el objeto es verificar físicamente que la muestra cumple los requisitos técnicos mínimos y, lo que es significativo para este caso, las especificaciones técnicas ofertadas. Desde ese punto de partida, la exclusión es correcta porque, como señala el poder adjudicador y expresamente reconoce TICNOVA, el equipo facilitado no tiene las mismas características técnicas que se indican en la proposición. A partir de este hecho, no controvertido, es irrelevante que las discordancias entre la muestra y



la oferta se refieran o no a mejoras o a aspectos determinantes de la puntuación otorgada con base en los criterios de adjudicación o que conste o no que la muestra satisface los requisitos técnicos mínimos. Si bien es cierto que la cláusula 21.6 establece expresamente como únicas causas de exclusión que el equipo no cumpla con las características técnicas mejoradas o que no satisfaga los requisitos técnicos mínimos, ello no priva de cobertura jurídica al acto impugnado. Además de que la propia cláusula habla de determinar la concordancia de la muestra con las “especificaciones técnicas ofertadas por la empresa licitadora”, sin más concreción sobre su relevancia, lo cierto es que no es necesario que el motivo de la exclusión de un licitador deba estar siempre expresamente previsto en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 105/2016 del OARC / KEAO). En este sentido, es claro que lo que el poder adjudicador ha penalizado en este caso es el incumplimiento del principio de la inmutabilidad de las proposiciones en los procedimientos de adjudicación que, como es el caso del procedimiento abierto, no permiten la negociación (ver, por ejemplo, el artículo 157 del TRLCSP). Este principio se vulneraría, en perjuicio de la igualdad de trato de todos los licitadores (artículos 1 y 139 del TRLCSP), si el poder adjudicador diera su conformidad a una muestra que, de hecho, altera los términos de la oferta pues supondría aceptar la adjudicación (y, en su día, la entrega) de un producto distinto del que en su día se propuso. Por todo ello, la exclusión debe considerarse correcta.

b) Sobre la alegación de que la oferta contiene un error subsanable

Debe señalarse que, en contra de lo que afirma el recurrente, la discrepancia entre la muestra y la oferta no se debe a un “error involuntario” en la formulación de esta última, susceptible de integración, subsanación o aclaración. No hay ningún dato objetivo, en el contexto de la documentación entregada, que permita considerar que las especificaciones técnicas ofrecidas no sean efectivamente las que se querían proponer, por lo que no hay, desde ese punto de vista, ningún error que subsanar pues, como demuestra el mismo desarrollo del procedimiento, no ha habido ningún obstáculo para entender y



valorar la proposición y su adecuación a los pliegos. A partir de ahí, lo que en realidad alega TECNIVA es que lo que inequívocamente ha propuesto no es lo que se quería ofertar, circunstancia que, de ser cierta, solo ha salido a la luz en el trámite de entrega de las muestras y de la que solo él es responsable, sin que quepa pedir a la Administración que le facilite lo que, en el fondo, no sería una subsanación o aclaración sino una reelaboración de la oferta, inadmisibles por contraria al principio de igualdad de trato (ver, por ejemplo, la Resolución 22/2017 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191). Menos aún cabe, como solicita el recurrente, exigir al poder adjudicador que “integre” el claro contenido de la oferta con documentación que no está incluida en ella. De hecho, las alegaciones del recurso refuerzan la razonabilidad de la exclusión, pues suponen el reconocimiento por parte de TECNIVA de que la ejecución de su oferta no se produciría en los términos propuestos (ver, por ejemplo, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TICNOVA QUALITY TEAM, S.L. contra la exclusión de su oferta del “Acuerdo marco para el suministro, instalación y / o configuración de diverso material informático en centros educativos y de apoyo públicos dependientes del departamento de Educación, así como en centros



concertados (lote 3)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko irailaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de septiembre de 2018