



Recurso nº 048/2010

Resolución nº 04/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 19 de enero de 2011

VISTO el recurso interpuesto el día 19 de noviembre de 2010 por Don M. E. G. en representación de "Tecnología e Ingeniería de Sistemas y Servicios Avanzados de Telecomunicaciones S.A." (TISSAT) contra acuerdo de la Presidenta del Consejo de Seguridad Nuclear de fecha 27 octubre de 2010, por el que se excluía a la recurrente de la licitación convocada para la adjudicación del contrato de Servicios de un centro de contingencia, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Consejo de Seguridad Nuclear convocó mediante anuncio remitido el día 17 de julio de 2010 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 24 de julio de 2010, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato del servicio de centro de contingencias, identificado con el número de Expediente SIC/2998/10/222.00, al que la recurrente presentó oferta.

Segundo. Reunida la Mesa de Contratación el día 21 de octubre de 2010 para formular propuesta de adjudicación provisional, acordó proponer la exclusión del procedimiento de adjudicación a la recurrente al haber presentado una proposición que no se adaptaba a las exigencias del pliego de prescripciones técnicas. Esta propuesta fue acogida por el acuerdo de adjudicación provisional dictado por la Presidenta del Consejo de Seguridad Nuclear el día 17 de noviembre de 2010.

Tercero. Contra el anterior acuerdo, TISSAT ha interpuesto el presente recurso en el que, tras formular las consideraciones que juzga convenientes a su derecho, solicita que

se dicte resolución en la que se acuerde anular la resolución de adjudicación provisional, articulando mediante otrosí la petición de que se le remita copia del expediente administrativo y se le de plazo para formular a la vista de él alegaciones complementarias, y, alternativamente, se abra el periodo probatorio que habrá de versar sobre la valoración de las ofertas presentadas por el resto de las entidades licitadoras.

Cuarto. El Tribunal ha dado traslado del escrito de recurso a los restantes licitadores para que formulen las alegaciones que estimen oportunas sin que se haya absuelto por ninguno de ellos el citado trámite.

Quinto. El Tribunal, en su sesión del día 23 de diciembre de 2010, acordó levantar la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación y se interpone ante la Presidenta del Consejo de Seguridad Nuclear de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Debe ponerse de manifiesto a este respecto que el recurso fue presentado el día 19 de noviembre de 2010, encontrándose ya vigente la Ley 34/2010, de 5 de agosto por la que se reforma el recurso especial en materia de contratación toda vez que ésta, de conformidad con su disposición final tercera, entró en vigor el día 10 de septiembre. De igual modo se encontraba constituido este Tribunal.

A tenor de ello, debe considerarse de aplicación lo establecido en la disposición transitoria tercera: *“En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”*.

De cuanto antecede debe concluirse que al haberse dictado la resolución de adjudicación recurrida el día 17 de Noviembre de 2010, es decir después de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, es de plena aplicación la disposición transcrita y por consiguiente el recurso especial en materia de contratación a interponer debe ser el resultante de la reforma efectuada por dicha Ley. No obstante ello, y puesto que de conformidad con lo establecido en el artículo 316.1 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, la ley 30/1992, de 26 de noviembre resulta de aplicación supletoria en esta materia, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 110.2 de la misma a cuyo tenor *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede admitir el recurso interpuesto sin perjuicio de atribuir la competencia para conocer de él a este Tribunal y tramitarlo de conformidad con lo dispuesto en los artículo 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público antes citada.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello en tiempo y forma adecuados.

Tercero. Sentado lo anterior, procede establecer si el acto objeto de este recurso está incluido entre los que pueden serlo de conformidad con la nueva regulación dada al recurso especial en materia de contratación por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. A tal respecto interesa indicar que este Tribunal se ha pronunciado ya de forma reiterada en el sentido de que no cabe interponer el recurso contra la adjudicación provisional considerando que es más acorde con el propósito de la Directiva 2007/66/CE entender que el recurso debe interponerse contra el acto de adjudicación definitiva. Sin embargo, dicha tesis tiene como excepción aquellos casos en que el acto de adjudicación provisional se encuentre incluido en alguno de los supuestos en que de conformidad con el artículo 310.2, letra b), los actos de trámite son susceptibles de recurso. Es decir, cuando la resolución de adjudicación provisional decida directa o indirectamente sobre la adjudicación, determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, deberá admitirse la posibilidad de recurrir contra ella.

Este es, precisamente, el caso contemplado en el presente recurso, toda vez que al haber sido excluida la recurrente del procedimiento de adjudicación ha sido privada de la

posibilidad de resultar adjudicataria en el caso de que concurriera alguna de las circunstancias que, por aplicación del artículo 135.5 de la Ley de Contratos del Sector Público en su redacción originaria, determinan la no adjudicación al licitador que hubiera resultado adjudicatario provisional.

Cuarto. Resueltas las cuestiones previas de admisión del recurso procede entrar en el análisis de la cuestión de fondo. Sin embargo, antes de ello interesa resolver la cuestión relativa a la solicitud por la recurrente de que se aporten al procedimiento los datos que motivaron su exclusión así como la adjudicación provisional del contrato, por no figurar éstos en la notificación efectuada, toda vez que si la circunstancia indicada es determinante de que la notificación no reúna los requisitos legales exigibles, el Tribunal habría de declarar previamente su nulidad y ordenar que se practique nuevamente con observancia de los mismos. En tal caso, evidentemente no procedería entrar a conocer de las restantes cuestiones planteadas.

La recurrente compete su solicitud indicando que, una vez remitida la documentación se le ponga de manifiesto para ampliar la fundamentación de su recurso. Es claro que esta solicitud debe ser rechazada de plano toda vez que equivaldría a la introducción en el procedimiento de un trámite no previsto en la Ley. No quiere esto decir que si se acreditara que se han incumplido por parte de la administración contratante las obligaciones legales de información a los licitadores no sea posible adoptar medidas que subsanen esta infracción, sino que el modo de subsanarla habría de ser la anulación de los trámites en que la infracción se hubiera cometido y ordenar su reproducción con arreglo a la Ley.

La cuestión, así pues, debe quedar circunscrita a la determinación de si la notificación del acto de exclusión y de adjudicación provisional del contrato debió o no contener la motivación del mismo. A tal respecto debe traerse a colación el artículo 135.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, en su redacción originaria, en el que se exige la motivación de la resolución de adjudicación provisional y que ésta sea notificada, si bien, con respecto a la información que debe comunicarse a través de ella a los licitadores, es decir con respecto al contenido de la notificación se limita a remitirse a lo establecido en el artículo 137.1, asimismo en la redacción inicial de la Ley. Así, el artículo 135.3 dispone que *“la adjudicación provisional se acordará por el órgano de contratación en resolución*

motivada que deberá notificarse a los candidatos o licitadores y publicarse en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 137 en cuanto a la información que debe facilitarse a aquéllos...". Por su parte el artículo 137.1 decía en su párrafo segundo que *"si los interesados lo solicitan, se les facilitará información, en un plazo máximo de quince días a partir de la recepción de la petición en tal sentido, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor".*

Del precepto anterior debemos deducir en primer lugar que no es preciso que la notificación contenga los datos referentes a los motivos del rechazo de la candidatura o de la proposición de cada uno de los licitadores ni de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, puesto que tales datos deben ser objeto de la información a facilitar cuando lo solicite el licitador. En segundo lugar, debe deducirse del precepto en cuestión que al licitador le asiste el derecho a requerir del órgano de contratación la información indicada.

Consiguientemente, si la recurrente no recibió en la notificación que se le hizo la motivación del acto de exclusión ni los motivos determinantes de la adjudicación provisional a favor de otro de los licitadores es porque la Ley, en la redacción anterior, no lo exigía, si bien, era una facultad suya la de pedir que se le notificaran en acto aparte. Puesto que no consta en el expediente de contratación remitido que formulara una solicitud en tal sentido es evidente que la falta de conocimiento de tales extremos es debida a su propia inactividad que no puede tratar de subsanar solicitando de este Tribunal que se le articule un trámite de ampliación del escrito de interposición del recurso que no está previsto en la Ley.

Procede, consiguientemente, no acceder a lo solicitado en cuanto a la concesión del trámite mencionado, sin perjuicio de que el contenido de los informes técnicos que motivaron el acto de exclusión recurrido, que se han remitido al Tribunal como parte integrante del expediente de contratación, sean tenidos a la vista para dictar resolución.

Quinto. Procede ahora analizar el resto de los argumentos que el recurso contiene relativos a la causa de la exclusión acordada respecto de la proposición presentada por la

recurrente y respecto de la valoración de las ofertas efectuadas por los órganos técnicos de la Administración contratante.

Dos son, por tanto, las cuestiones que se plantean por la recurrente según se desprende de su escrito de interposición. La primera de ellas se refiere a la exclusión del procedimiento; la segunda a la valoración que debió hacerse de su oferta y de las restantes que fueron presentadas.

Debe entrarse a analizar en primer lugar la exclusión puesto que, además de ser cronológicamente anterior a la valoración, si la pretensión articulada en tal sentido por la recurrente fuera desestimada no procedería entrar a resolver sobre la segunda de ellas.

A este respecto debe señalarse en primer lugar que la recurrente funda su oposición a la exclusión del procedimiento acordada por la mesa de contratación y ratificada por el órgano de contratación en que no se ajusta a los supuestos de exclusión admitidos en el pliego puesto que éste sólo contempla, que en el sobre de la documentación se incluya alguno de los documentos, datos o informaciones que deben incluirse en el sobre que contenga la proposición, y en segundo lugar, que la oferta contenida en la proposición sea inviable.

Es indudable que el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir cada licitación tiene en ésta valor de ley, aunque no debe olvidarse la obligatoriedad de que en él se observen tanto las disposiciones de la Ley de Contratos del Sector Público como de la legislación complementaria y de desarrollo de la misma. El artículo 129 de la mencionada Ley recoge la primera de las cuestiones indicadas, al decir que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

En consecuencia no cabe dudar de que las causas de exclusión previstas en el pliego son de aplicación obligatoria para los órganos de contratación, pero de ello no debe extraerse la conclusión de que fuera de ellas no existe ninguna otra que pueda o deba tomarse en consideración. En particular todas aquellos supuestos que impliquen falta de

cumplimiento de las disposiciones que rigen la contratación pública y, en especial, la presentación de proposiciones y el contenido de las mismas, deben ser tenidas en cuenta para establecer si la oferta hecha por el interesado se ajusta o no a los requerimientos exigidos tanto por el pliego de cláusulas administrativas particulares, como por el de prescripciones técnicas o por la normativa que rige las licitaciones.

A este respecto debe ponerse de manifiesto que si bien el artículo 129 se refiere tan solo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares no debe circunscribirse al contenido de éstos la exigencia de que se ajusten a ellos las proposiciones. Por el contrario, de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. A este respecto debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 100.1 de la Ley de Contratos del Sector Público que dispone: *“El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”*.

De cuanto antecede se desprende la necesidad de que las proposiciones de los licitadores se ajusten no sólo al pliego de cláusulas administrativas particulares, sino también al de prescripciones técnicas como documento que contiene la definición del objeto del contrato.

Pues bien, la exclusión de la recurrente, de conformidad con los informes técnicos que obran en el expediente de contratación no se fundamenta en ninguna de las causas de exclusión citadas por ella y que figuran en la cláusula 5.3 del pliego, sino en la inadecuación de la oferta a las condiciones del objeto de contrato tal como éste aparece definido en el pliego de prescripciones técnicas. Así se desprende del informe elaborado por los servicios técnicos del órgano de contratación, que sirvió de base al acuerdo de la mesa de contratación, en el que se precisa que la oferta de la recurrente incumple, entre

otros, los apartados 2.4.4.6 (hardware de replicación de datos), 2.3 y 2.4.2.4 (acceso al “web hosting” del Consejo de Seguridad Nuclear), y 2.4.2.2 y 2.4.3.4 (seguridad del Centro de Contingencia), todos ellos del pliego de prescripciones técnicas, además de no ofertar una solución válida de replicación de datos.

Ninguno de los motivos justificadores de la exclusión por falta de adecuación a las condiciones técnicas de la prestación objeto del contrato han sido contradichos por la recurrente en su escrito de recurso, por lo que este Tribunal no puede por menos que aceptarlos en los términos expuestos por los servicios técnicos del órgano de contratación.

Frente a ello no cabe argumentar la posibilidad que tiene el Tribunal de acordar la práctica de prueba para comprobar la adecuación técnica de la oferta en cuestión, pues no habiendo sido aportado por la recurrente ningún elemento de juicio que permita dudar de la corrección de dichos argumentos está fuera de lugar acudir de oficio a ningún medio de prueba. Tampoco puede argüirse en contra que la recurrente ha solicitado prueba, pues ésta solicitud se restringe estrictamente a las puntuaciones otorgadas a las diferentes proposiciones, caso distinto del que en este apartado de la resolución se plantea.

Sexto. Sentada la conclusión de que la recurrente fue correctamente excluida del procedimiento de adjudicación por no ajustarse su oferta a las condiciones del pliego de prescripciones técnicas, es obvio no procede entrar a analizar la valoración que de las diferentes proposiciones ha hecho el órgano de contratación.

Séptimo. De los anteriores razonamientos debe concluirse que procede la desestimación del presente recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por Don M. E. G. en representación de “Tecnología e Ingeniería de Sistemas y Servicios Avanzados de Telecomunicaciones S.A.” (TISSAT) contra acuerdo de la Presidenta del Consejo de Seguridad Nuclear de

fecha 27 octubre de 2010, por el que se excluía a la recurrente de la licitación convocada para la adjudicación del contrato de Servicios de un centro de contingencia debiendo confirmar la resolución impugnada toda vez que la recurrente no ha impugnado las causas técnicas de inadecuación de su oferta a las exigencias del pliego de prescripciones técnicas que motivaron su exclusión.

Segundo. Acordar el levantamiento de la suspensión del expediente de contratación concedida por este Tribunal mediante acuerdo de fecha 23 de Diciembre de 2010.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.