



Recurso nº 637/2013

Resolución nº 485/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de octubre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. A.B.N., en representación de la entidad LEDYSPA, S.L. contra el acto de evaluación del sobre "B" efectuado por la Mesa de Contratación de Patrimonio Nacional en el procedimiento para la licitación del contrato de "Suministro de alumbrado de eficiencia energética para las delegaciones del CAPN" (Expediente. 2013/474/ASG), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional convocó, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Estado, en el DOUE y en el BOE los días 1, 6 y 9 de agosto de 2013 (con rectificaciones publicadas los días 13 y 19 de agosto) licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de "Suministro de alumbrado de eficiencia energética para otras dependencias del CAPN", cuyo valor estimado es de 750.000 euros.

El objeto de dicho contrato es el suministro de 10.895 elementos de iluminación de tecnología LED con las características y cantidades que se detallan en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), para la sustitución de los actuales elementos de iluminación en distintas delegaciones del Patrimonio Nacional (Aranjuez, El Escorial y El Pardo). De acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), no se admiten variantes o alternativas.

En la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se exigía la presentación por los licitadores de muestras de los productos ofertados, cuya valoración, dependiente

de juicios de valor (se asignan 35 puntos en el PCAP al criterio de “estética y eficiencia de los elementos”) se atribuía a técnicos del Patrimonio Nacional.

Segundo. Con fecha de 19 de septiembre de 2013 la Mesa de Contratación de dicho Organismo procedió, en acto público, a la apertura de la documentación del Sobre “B”, junto con las muestras requeridas en los Pliegos. Los sobres y las muestras presentadas por los licitadores se entregaron a una Comisión de Valoración para la emisión del correspondiente informe.

Tercero. El 26 de septiembre de 2013 se celebró nuevo acto público en el que se dio a conocer el informe de valoración del sobre “B” y de las muestras, y se procedió a la apertura de las ofertas económicas de las empresas cuyas ofertas fueron admitidas a la licitación.

En el referido informe de valoración, que fue asumido por la Mesa, no se valoraron las ofertas de siete de las diez empresas licitadoras que, o bien no presentaron muestras de todos los productos exigidos en los pliegos, o bien no presentaron dichas muestras en la forma prevista en los pliegos. Y se asignaron a las tres empresas admitidas a la siguiente fase de la licitación (entre las que se incluye la recurrente), las siguientes puntuaciones: ETRALUX, S.A., 20 puntos; ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A., 31 puntos, y LEDYSPA, S.L., 23 puntos.

Cuarto. En su reunión de 3 de octubre de 2013, la Mesa de Contratación examinó y asumió el contenido del informe de valoración final elaborado por el grupo de trabajo creado al efecto, en el que se atribuyó una puntuación final de 69,68 puntos a LEDYSPA, S.L., 70,41 puntos a ETRALUX, S.A., y 96,00 puntos a ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A., proponiendo la Mesa de Contratación la adjudicación del contrato a esta última empresa, por ser su oferta la más ventajosa para la Administración contratante.

Quinto. Tras efectuar el correspondiente anuncio al órgano de contratación, con fecha de 9 de octubre de 2013 la empresa LEDYSPA, S.L. interpuso recurso especial contra el acto de la Mesa de Contratación de valoración del sobre “B” y de las muestras de los productos ofertados de 26 de septiembre de 2013.

Sexto. El día 15 de octubre de 2013 el órgano de contratación emitió el informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, el 17 de octubre de 2013, dio traslado del recurso a las empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que formularan alegaciones, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

Octavo. El 23 de octubre de 2013 el Tribunal acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone contra un acuerdo de la Mesa de Contratación del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, siendo competente este Tribunal para conocer de dicho recurso por estar integrado el órgano de contratación en la Administración General del Estado (artículo 41 del TRLCSP).

Segundo. Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 TRLCSP.

Tercero. El recurso especial ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles a contar desde el día siguiente al de notificación o conocimiento por la recurrente del acto impugnado (el acuerdo de valoración adoptado por la Mesa de Contratación el 26 de septiembre de 2013) establecido en el artículo 44.2 de la LCSP.

Cuarto. El recurso se refiere a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada y susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Es objeto de recurso el Acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se evalúan, de acuerdo con criterios dependientes de un juicio de valor, el sobre "B" y las muestras del referido contrato de suministro, acto de trámite no recurrible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

En relación con la posibilidad de impugnación de los actos de trámite, cabe destacar la regla general en nuestro ordenamiento, que se establece en el artículo 107.1 de la LRJ-PAC, es que los actos de trámite no son susceptibles de recurso, sin perjuicio de que la oposición a dichos actos de trámite pueda alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, al igual que hacerse valer en el recurso contra la resolución. Con carácter excepcional, el artículo 107.1 LRJ-PAC permite recurrir los denominados “actos de trámite cualificados” que son aquéllos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Este mismo criterio es el reproducido por el artículo 40, en sus apartados 2. b) y 3, del TRLCSP al disponer que podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”* y que *“los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”*.

En el supuesto objeto de análisis, el trámite que nos ocupa –evaluación del sobre B- no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, ya que ésta se acordará posteriormente, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni, en fin, produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Por lo tanto, es un acto de trámite que no merece la consideración de “acto de trámite cualificado”.

A la vista de lo expuesto, podemos concluir que el recurso interpuesto debe ser inadmitido, por cuanto el acto frente al cual se interpone no resulta susceptible de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP.

Quinto. Respecto al requisito de la legitimación, debe entenderse, en principio, que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la entidad recurrente concurre a la licitación y es titular de un interés legítimo (la eventual adjudicación del contrato) que se ve afectado por el acuerdo de valoración de los documentos y muestras evaluables mediante juicios de valor. Concurriría en la recurrente, en consecuencia, la legitimación exigida por el artículo 42 del TRLCSP.

Ello no obstante, este Tribunal ha declarado (por todas, Resolución 162/2013, de 24 de abril), que *“salvo en los supuestos en que el ordenamiento jurídico reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el deseo de cualquier ciudadano de la legalidad, pues (...) la legitimación ‘ad causam’ conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión (...)”*, entendiendo que no concurre legitimación activa cuando, aunque sea comprensible el interés del recurrente por defender la legalidad, *“no puede resultar adjudicatario del contrato en modo alguno ni obtener ninguna ventaja directa e inmediata de la modificación del acuerdo adoptado”*.

En el supuesto que se examina la recurrente, de acuerdo con lo indicado, ha obtenido la tercera clasificación en la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa, por lo que la hipotética estimación de su recurso, dirigido a la exclusión de la empresa Artesolar Iluminación, S.A., que ha resultado clasificada en primer lugar, no determinaría en ningún caso la adjudicación del contrato a su favor, lo que ocasionaría también la inadmisión del recurso por falta de legitimación.

Sexto. Las anteriores conclusiones harían innecesario el análisis de las cuestiones de fondo planteadas en el recurso. Ahora bien, no podemos dejar de llamar la atención acerca de la manifiesta falta de fundamento de los motivos de impugnación en que el recurrente basa el recurso.

En su recurso, la entidad LEDYSPA, S.L. alega, en primer lugar, que *“se ha observado que la empresa licitadora ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. presentó un maletín de muestras variando la forma requerida en las Cláusulas Administrativas, presentando más muestras mediante variante o alternativa de las muestras requeridas y presentadas por dicho licitador, según se pudo observar durante la apertura pública, en las dependencias*

del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, refutando dichas alegaciones el documento titulado 'Informe de valoración de aspectos técnicos evaluables mediante juicios de valor' realizado por la mesa de contratación del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, entregado el 26 de septiembre de 2013 por personal de Patrimonio Nacional, durante el acto de apertura pública del sobre C, en su punto 2, Ponderación asignada a los licitadores admitidos, en la hoja del licitador ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A., dentro del apartado L.1.1 Estética y eficiencia de los elementos y, en concreto, en el cuadro de Estética de los disipadores de cada uno de los elementos objeto de suministro, textualmente se indica que 'presenta distintas Alternativas de disipadores'."

Indica, en segundo lugar, que la citada empresa ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. "presentó un maletín de muestras fuera de la forma requerida, aportando un dispositivo de almacenamiento digital (CD o DVD) no requerido y sobrepasando el número de muestras solicitadas, tal y como se indica en el Pliego de Cláusulas Administrativas y sus Anexos...".

Por último, señala que en el acto público de apertura "se tuvo la apreciación, por parte de nuestro personal, presente en la sala, que la muestra definida como Bombilla de Globo presentada por la empresa ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. excedía de las medidas solicitadas en las bases del Pliego Técnico, una vez observado que no se entregó por parte del órgano de contratación un resumen de las medidas físicas de los elementos aportados por cada uno de los licitadores, solicitamos la revisión de dichas medidas".

En definitiva, la recurrente solicita la exclusión de la empresa propuesta como adjudicataria por entender que ha incumplido los Pliegos al presentar variantes o alternativas no admitidas, por presentar un CD o DVD no requerido y un maletín con un número de muestras superior al exigido, y por presentar una muestra de bombilla de globo de dimensiones superiores a las exigidas en el PPT.

Séptimo. El órgano de contratación se opone a la estimación del recurso porque considera que la empresa propuesta como adjudicataria presentó una oferta que se ajusta plenamente a lo exigido en los Pliegos, siendo también ajustada a Derecho la actuación de la Mesa de Contratación.

Así, entiende que ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. presentó un maletín con todas las muestras requeridas en los Pliegos en el que había otros productos que ni se presentaron como variantes ni, en ningún momento, se valoraron como tales por la Comisión de Valoración ni por la Mesa, haciendo constar expresamente la referida empresa que se trataba de una “muestra opcional no ofertada”.

Considera, en segundo lugar, que los pliegos exigían aportar fichas técnicas de cada muestra pero no especificaban el soporte en el que debían constar tales fichas, lo que permitía tanto la presentación en soporte papel como en soporte informático; que la empresa ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. aportó fichas técnicas de todos los productos ofertados en papel junto con un CD adicional, habiendo procedido la Comisión de Valoración a examinar las fichas en papel correspondientes a las muestras exigidas, sin llegar a abrir el soporte CD.

Señala que cuando en el informe de valoración de las muestras asumido por la Mesa se indica que ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. *“presenta distintas alternativas a los disipadores. No obstante, la opción ajustada a los requerimientos es muy adecuada estéticamente”*, queda claro que las alternativas se referían a los disipadores, que son diferentes en las bombillas tipo globo y en las bombillas de vela, habiéndose valorado, en cualquier caso, una muestra de bombilla tipo globo y una muestra de bombilla tipo vela, con sus respectivos disipadores de distinta forma.

Continúa diciendo el órgano de contratación que se ha comprobado que todas las muestras de las bombillas y, en concreto, la de tipo globo de ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. respetan las dimensiones exigidas en el PPT, adjuntando fotografías al efecto con sus mediciones.

Y concluye señalando que el recurso se fundamenta en meras apreciaciones de la recurrente durante el acto público de apertura de los sobres “B”, en un intento de lograr la anulación de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, habiendo obtenido la recurrente una puntuación cero en el criterio automático consistente en el plazo de entrega, de importancia crucial puesto que la contratación, por motivos presupuestarios, ha de finalizar necesariamente en el ejercicio 2013.

Por todos estos motivos, y por los graves perjuicios que la prolongación del proceso de contratación supondría para Patrimonio Nacional, se plantea la posible apreciación de mala fe en el recurrente por parte del Tribunal.

Octavo. Del examen de las alegaciones de las partes y de la documentación incorporada al expediente de contratación remitido se desprende que el recurso especial que se examina, como ya hemos señalado, carece de fundamento y habría de ser desestimado si no procediera su inadmisión por los motivos expuestos en los fundamentos cuarto y quinto anteriores. Y ello por los motivos que seguidamente se exponen:

1) En cuanto a la supuesta presentación de variantes o alternativas a los productos exigidos en el Pliego por parte de ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A.

En la cláusula 4 del PPT se dispuso que los licitadores deberán presentar *“todas y cada una de las muestras de cada uno de los tipos de elementos objeto de suministro (...)”*; que *“no será valorado el apartado L.1.1, ‘estética de los elementos’ del pliego de cláusulas administrativas particulares, en caso de carencia de una sola de las muestras requeridas”*; y que *“las empresas licitadoras deberán presentar todas las muestras en una maleta de demostración de bombillas y tubos led. No es necesario que esta maleta tenga fuente de alimentación integrada, basta con que incorpore interruptor y disponga de una toma para una fuente de iluminación”*. *“Si las muestras no se presentan en las condiciones requeridas, las muestras no serán valoradas”*.

La redacción del PPT pone de manifiesto que lo que se exige a los licitadores es aportar muestras de todos y cada uno de los productos solicitados, y en una maleta de demostración ajustada a lo dispuesto en el propio Pliego, determinando el incumplimiento de uno u otro requisito (presentación de una muestra por cada producto exigido y presentación de las muestras en una maleta de demostración con los requisitos exigidos en el PPT) que las muestras en cuestión no sean valoradas por la Mesa. Consta en el expediente remitido que siete de las diez ofertas concurrentes no fueron valoradas en esta fase por incumplir alguno de estos requisitos.

Lo que no cabe entender de esta redacción de los pliegos es que la inclusión en la maleta de demostración de algún producto distinto de los exigidos en los Pliegos equivalga a la

presentación de una variante no admitida y, más aún, que ello constituya causa de exclusión de una empresa que presentó muestras de todos y cada uno de los productos exigidos, y en una maleta de demostración que se ajusta a lo exigido en el PPT, máxime cuando la propia empresa indicó expresamente que los productos adicionales contenidos en su maleta de demostración eran una “muestra opcional no ofertada”, como consta en la fotografía aportada por el órgano de contratación como Anexo II de su informe.

En definitiva, las muestras adicionales incluidas en la maleta de demostración de ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. no se presentaron ni se valoraron como variantes, siendo así que el principio de concurrencia excluye efectuar una interpretación extensiva de las causas de exclusión previstas en los Pliegos.

Por lo demás, el informe de la Comisión de Valoración invocado por la recurrente indica textualmente que ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. *“presenta distintas alternativas a los disipadores”*, de donde se desprende que el informe refiere la presentación de alternativas por la referida empresa, no a las muestras de bombillas, sino a sus disipadores (fotografía que se adjunta como Anexo III al informe del órgano de contratación), siendo así que la cláusula 2.3.1 del PPT concreta detalladamente las dimensiones y características físicas de las bombillas tipo vela y tipo globo exigidas, así como de sus casquillos, pero se limita a establecer, respecto de sus disipadores, que *“las características físicas y estéticas del disipador serán objeto de valoración subjetiva”*. Y en ese contexto indica el órgano de contratación que la Mesa se limitó a valorar una muestra de cada tipo de bombilla exigida en el PPT, con sus respectivos disipadores de distinta forma.

En definitiva, no resulta del expediente que la empresa ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. aportase variantes de los productos exigidos y, mucho menos, que las muestras en cuestión fueran consideradas y valoradas como tales variantes o alternativas por la Administración contratante.

2) En cuanto a la presentación por ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. de las fichas técnicas en un dispositivo de almacenamiento digital (CD o DVD) no requerido en los Pliegos, el PPT dispone en su cláusula 4 que *“estas muestras irán acompañadas de la correspondiente ficha que recoja las características técnicas de cada tipo”*. No especifica

el tipo de soporte en el que deben incluirse las fichas técnicas y, en consecuencia, nada obsta su presentación en soporte electrónico, sin que de esta presentación electrónica pueda inferirse ningún tipo de ventaja a favor de la empresa en cuestión, todo ello sin perjuicio de que, según informa el órgano de contratación, la Comisión de Valoración examinó únicamente las fichas técnicas de cada producto presentadas por ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. en papel, y a fecha de hoy afirma desconocer el contenido de dicho CD.

3) En cuanto al supuesto incumplimiento de las dimensiones exigidas en el PPT por la muestra de las bombillas de globo presentada por ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A., las alegaciones de la recurrente en este punto se basan en una mera apreciación del personal de su empresa en el acto de apertura pública del Sobre “B”, solicitando en su recurso la revisión de las medidas al observarse que no se ha entregado por el órgano de contratación a los licitadores un resumen de las medidas físicas de las muestras aportadas por cada licitador.

Comenzando por este último argumento, cabe señalar que la normativa sobre contratación pública impone únicamente a los órganos de contratación la apertura en acto público de los sobres relativos a los aspectos técnicos y económicos de sus ofertas pero, en modo alguno, obliga a entregar un informe, resumen o documento a cada licitador con el detalle de las ofertas técnicas presentadas por los demás licitadores (en este caso, con el detalle de las dimensiones de las muestras de bombillas ofertadas por cada licitador).

Es en el referido acto público en el que los licitadores tienen ocasión de examinar las muestras presentadas por las restantes empresas y de solicitar de la Administración las aclaraciones o comprobaciones que, en su caso, consideren convenientes, sin que resulte admisible interponer un recurso especial, solicitando la suspensión del procedimiento de contratación, para que en sede de recurso se comprueben, *ad cautelam*, las medidas de determinados productos sobre los que se albergan unas dudas que no se disiparon en el momento procedimental oportuno, esto es, en el referido acto público.

Por lo demás, el órgano de contratación afirma en su informe que todas las muestras presentadas por la empresa ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. se ajustan en sus

dimensiones a los requerimientos del PPT y, en concreto, las medidas de la bombilla de globo ofertada por dicha empresa son 105 mm. de longitud y 60mm de diámetro, siendo así que el punto 2.3.2. del PPT exige que las medidas de este tipo de bombillas se sitúen entre 50 y 105mm de longitud y 50 y 75mm de diámetro. Y, a efectos de prueba, aporta el órgano de contratación fotografías de la bombilla en cuestión colocada junto a una cinta métrica, acreditativas de las mediciones indicadas (Anexos IV 1, 2, 3 y 4).

Por todo lo expuesto, procedería desestimar el recurso de la empresa LEDYSPA, S.L., al ser la valoración del Sobre “B” y de las muestras presentadas por la empresa ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. ajustada a los pliegos y a Derecho.

Noveno. Resta examinar la pretensión de apreciación de mala fe en el recurrente formulada por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional.

El Tribunal considera que la interposición del recurso especial por LEDYSPA, S.L. se fundamenta en meras apreciaciones subjetivas de la recurrente, tanto en lo que se refiere en la apreciación de supuestas variantes, como en la alegación de posibles incumplimientos en las dimensiones de algunos de los productos ofertados por ARTESOLAR ILUMINACIÓN, S.A. lo que, unido a la circunstancia de que la estimación del recurso no podría determinar, en ningún caso, la adjudicación del contrato a favor de la recurrente, evidencian mala fe en su interposición.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Inadmitir, por las razones expuestas en esta resolución, el recurso especial interpuesto por D. A. A.B.N., en representación de la entidad LEDYSPA, S.L. contra el acto de evaluación del sobre “B” efectuado por la Mesa de Contratación de Patrimonio Nacional en el procedimiento para la licitación del contrato de “Suministro de alumbrado de eficiencia energética para las delegaciones del CAPN” (Expediente. 2013/474/ASG).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar, por los motivos expuestos en el fundamento de derecho noveno, que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que el Tribunal acuerda imponer a LEYSPA una multa de 1.000 euros.

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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.