



Recurso nº 49/2016 C. Valenciana 5/2016

Resolución nº 176/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 4 de marzo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.A.C., en nombre y representación de la sociedad mercantil AIRE NETWORKS DEL MEDITERRÁNEO SLU, por medio del cual impugna el acuerdo de exclusión de su oferta técnica de 22 de diciembre de 2015 de la licitación del procedimiento de contratación del suministro para la *“Renovación y ampliación de la red wi-fi en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Expediente 36/5”*, promovida por la Universidad Miguel Hernández de Elche, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Universidad Miguel Hernández de Elche, a través de su Rector y de su Vicerrector de Economía y Empresa, convocó mediante anuncio publicado en el BOE nº 190 de 10 de agosto de 2015, así como en el DOUE: DO/S S 143, de 28 de julio de 2015, la licitación del contrato de *suministro para la “Renovación y ampliación de la red wi-fi en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Expediente 36/5”*, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato, IVA no incluido de 347.107,44 euros y un plazo de ejecución de 160 días según las fases del contrato.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato de carácter administrativo al tener la condición de Administración Pública el poder adjudicador conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2. c) del TRLCSP al que se remite el

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como a los artículos 9 y 19 del Real Decreto Legislativo 3/2011.

Tercero. Mediante escrito presentado el 21 de enero de 2016 en el Registro de la Universidad Miguel Hernández de Elche, D. R.A.C. en nombre y representación de la sociedad mercantil AIRE NETWORKS DEL MEDITERRÁNEO SLU interpone recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo dictado el 22 de diciembre de 2015 por el que además de adjudicar la licitación de referencia, se acuerda la exclusión de la oferta técnica presentada por AIRE NETWORKS DEL MEDITERRÁNEO SLU por incumplir con determinados requisitos del pliego técnico. El citado acuerdo fue notificado al recurrente el día 30 de diciembre de 2015, aunque sin indicar los recursos procedentes de los que era susceptible.

Cuarto. El 18 de enero de 2016 se presentó en el Registro de la Universidad Miguel Hernández de Elche, el anuncio previo del recurso, previsto en el artículo 44.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, aunque en realidad no concretaba los motivos en los que finalmente ha fundamentado el recurso.

Quinto. El Vicerrector de Economía y Empresa, como dependencia que tramita el procedimiento de contratación y órgano de contratación que acordó por delegación del Rector la adjudicación, acordó remitir al Tribunal el expediente administrativo así como el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

Sexto. La Secretaría del Tribunal comunicó el 26 de enero de 2016 a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP, no habiéndose presentado alegaciones por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.3 del TRLCSP al ser la Universidad Miguel Hernández de Elche un Organismo Público que tiene la consideración de poder adjudicador y de Administración Pública que a los efectos del presente recurso se considera integrada en la Administración de la Comunidad Valenciana a la que se halla

vinculada y respecto de la cual este Tribunal es competente en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana, publicado por la Resolución de 10 de abril de 2013 de la Subsecretaría del citado Ministerio por la que se publica el Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. La recurrente, AIRE NETWORKS DEL MEDITERÁNEO SLU, está legitimada para interponer el presente recurso al haber presentado una propuesta en la licitación, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto que es objeto de recurso es formalmente el acuerdo de adjudicación de la licitación de referencia en la que se notifica la exclusión del recurrente.

Cuarto. De conformidad con los artículos 40.2.c) y 40.1.a) del TRLCSP el acuerdo de adjudicación de un contrato administrativo de suministro así como la exclusión de un licitador en el procedimiento para dicha adjudicación son susceptibles de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, se presenta el recurso el 21 de enero de 2016 en el Registro de la Administración contratante, es decir habiendo transcurrido por dos días el plazo de 15 días hábiles desde su notificación que tuvo lugar el 30 de diciembre, por lo que el recurso se interpone de forma extemporánea o fuera del plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP. Sin embargo, la lectura de la notificación del acuerdo de adjudicación impugnado pone de relieve que en su texto no se indican los recursos pertinentes ni el plazo para interponerlos, lo que convierte dicha notificación en defectuosa, por una causa imputable al órgano de contratación siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 19.5 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

" 5. Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia. Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso."

A su vez el artículo 58 de la Ley 30/1992 establece como requisitos de las notificaciones los siguientes:

2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

En consecuencia la omisión de los recursos a interponer y plazos de interposición como ocurre en el presente caso determina que deba admitirse el recurso a pesar de haber transcurrido el plazo de 15 días hábiles desde su fecha de notificación.

Sexto. En lo que respecta al fondo del asunto, cabe indicar que en el acuerdo de adjudicación se justificó la exclusión del recurrente, (cuya oferta no llegó a ser valorada en ninguno de los criterios técnicos), en el *incumplimiento de los requisitos del Pliego Técnico*, lo que fue mantenido sobre la base de una serie de motivos que fueron

explicados en el informe técnico cuyas razones reproduce el propio acuerdo de adjudicación, y que pueden ser agrupadas siguiendo el mismo orden y sistemática con el que las expone el recurrente:

- a) Objeto del Pliego: *Proponer menos puntos de acceso de los que se disponen actualmente, cuando el objeto del concurso es el aumento de las zonas de cobertura.*
- b) Discordancia de Cifras: *Incluir en la Memoria Técnica 178 puntos de acceso nuevos, número que sin embargo no cuadra con la distribución final en la que indican 184 AP. -(Puntos de Acceso)-.*
- c) Aplicación de fórmulas no previstas en los pliegos: *Realizar un estudio de cobertura con parámetros erróneos ya que utilizan –en la oferta- la potencia agregada del AP – (punto de acceso)- en vez de la potencia por canal, lo cual presupone que todos los clientes Wireless van a ser M.I.M.O.-(Múltiple-input Múltiple-output)-. También utilizan la máxima potencia de transmisión cuando ésta no debe ser utilizada para un estudio de este tipo. Han supuesto que los puntos de acceso están en campo abierto, sin tener en cuenta paredes, por lo que el resultado no se ajusta a la realidad, siendo éste el motivo por el que la solución final propone menos AP de los actuales.*

Termina la motivación el órgano de contratación, indicando que “*por todo ello, además de que la oferta ofrece discordancias, consideramos que no cumple los requisitos del pliego técnico en cuanto a la ampliación de la red Wifi, por lo que no se evalúa*”.

En consecuencia la causa de exclusión se centra en que el examen de la oferta técnica del licitador conduce a concluir que no se llega a ampliar la red Wifi existente en la actualidad en los centros de la Universidad, siendo esta ampliación precisamente el objeto del contrato y a dicha conclusión se llega mediante los razonamientos que se han expuesto en los tres apartados anteriores.

El recurrente se alza contra la exclusión acordada considerando que su oferta debería haber sido al menos valorada técnicamente y que incluso superaría el umbral mínimo establecido por el Pliego, lo que hubiera conllevado la necesidad de haber abierto y puntuado su oferta económica y demás criterios cuantificables mediante la aplicación de

fórmulas según el apartado 12 del cuadro de características del PCAP: plazo de entrega y garantías adicionales.

En apoyo de su pretensión razona que en primer lugar ni el PCAP ni el PCT establecen en ningún momento que deba existir un número mínimo de Puntos de Acceso (AP), no siendo el objeto del contrato el aumento de los Puntos de Acceso, sino de las Zonas de cobertura, añadiendo que para ello no es requisito indispensable aumentar precisamente el número de Puntos de Acceso, aludiendo a diversos factores que pueden influir en el aumento de la zona de cobertura al margen del número de los puntos de acceso. La argumentación que expone el recurrente no deja de ser genérica, es decir, sin referencia a las circunstancias concretas de su oferta técnica, lo que inicialmente desvirtúa el motivo de impugnación.

Pero es que además aun siendo cierto que ninguno de los pliegos indican expresamente que el número de Puntos de Acceso que deben incluirse en cada oferta deba ser superior al número de Puntos de Acceso actualmente disponibles para el funcionamiento de la Red Wi-fi, no es menos cierto que el motivo de exclusión fue que la oferta del recurrente no amplía la actual red Wi-fi, conclusión a la que se llegaba entre otros motivos por el hecho de ofrecerse un número de Puntos de Acceso menor que el disponible en la actualidad.

Por tanto aunque se aceptase a efectos hipotéticos y desde un punto de vista genérico que se pueda alcanzar una mayor cobertura Wi-fi por medio de un número menor de Puntos de Acceso que los actualmente existentes, sin embargo atendiendo a las características técnicas de los Puntos de Accesos ofertados por el recurrente, el informe técnico remitido al Tribunal por el órgano de contratación es esclarecedor al explicar con mayor detalle que partiendo del número actual de Puntos de Acceso y teniendo en cuenta el número de los ofrecidos por el recurrente, dada la tecnología de los dispositivos ofertados por éste, no dispone de potencia suficiente para justificar una cobertura total con la calidad de señal de -67 dBm en toda la superficie de las estancias ubicadas en los edificios, que es precisamente la ampliación mínima de la zona de cobertura exigida por el Pliego Técnico al establecer:

"Para el diseño de la solución, se deberá garantizar un nivel de señal superior o igual a -67 dBm en toda la superficie de las estancias ubicadas en los edificios que actualmente no tienen cobertura total, según anexo I...."

Pues bien el informe técnico aportado es contundente al afirmar que *"es técnicamente imposible obtener una calidad de señal de -67 dBm en toda la superficie de las estancias ubicadas en los edificios que actualmente no tiene cobertura total, tal y como se exige en el objeto del pliego técnico, motivo por el cual esta oferta ha sido excluida."*

Como se ha indicado frente a estas razones el recurrente únicamente esgrime argumentos genéricos sin vinculación con datos concretos de su oferta, centrándose únicamente en una interpretación literal del Pliego en cuanto al número de Puntos de Acceso pero sin llegar a ofrecer ninguna explicación de cómo su oferta técnica logra aumentar la zona de cobertura Wi-fi en los términos mínimos exigidos por el Pliego técnico, lo que conduce necesariamente a la desestimación de este motivo de impugnación.

Respecto del segundo motivo o defecto técnico, el recurrente considera que la discordancia de los Puntos de Acceso cuantificados en su memoria técnica, no debe sancionarse con la exclusión de su oferta, sino que podría haber sido explicada mediante la petición de la oportuna aclaración. Como se ha explicado antes el acuerdo impugnado excluye la oferta del recurrente realmente por no cumplir los requisitos del pliego técnico en cuanto a la ampliación de la red Wi-fi, incumplimiento que se produce tanto con 178 como con 184 Puntos de Acceso nuevos, por lo que la citada discordancia no constituye por sí misma la causa o razón de la exclusión.

En relación con el tercer motivo o defecto técnico, el recurrente realiza unas alegaciones que nada tienen que ver con el contenido reflejado en el acuerdo de exclusión, pues lejos de rebatirlo se inclina por censurar el uso de fórmulas por la mesa de contratación para valorar tres de los cinco sub-criterios de adjudicación que conforman las características técnicas, cuando en el PCAP se califican dichas características técnicas como valorables mediante juicios de valor.

En consecuencia, el recurrente prescinde de formular alegaciones sobre los últimos defectos técnicos encontrados en su oferta que sirven para justificar la causa de exclusión y pasa a impugnar la forma de valoración que ha empleado la Mesa de Contratación respecto de las ofertas no excluidas. Pues bien, es preciso aclarar que los tres sub-criterios aludidos se definen en el punto 12 del cuadro de características del PCAP del siguiente modo: *criterio 1: porcentaje de puntos de acceso de alta densidad con dos interfaces gigabit Ethernet (5 puntos); criterio 2: incremento de la cobertura por planta del mínimo requerido (5 puntos) y 3: incremento del número de conmutadores Ethernet con respecto a los 22 estimados (10 puntos).*

El recurrente considera que al haberse calificado en el PCAP como criterios de adjudicación mediante juicio de valor, no resulta posible su valoración mediante la aplicación de fórmulas que establece la Mesa de contratación sin que sean conocidas de antemano por los licitadores de forma que puedan adaptar a ellas sus ofertas, evitando así un *excesivo grado de discrecionalidad* en la valoración a realizar por la Mesa. Considera el recurrente que este hecho es suficiente para declarar nula la adjudicación, aunque subsidiariamente solicita que se proceda a valorar su oferta con arreglo a los citados criterios y ello a pesar de que, en un ejercicio de incongruencia con esa pretensión, censura el criterio número 2 por entender que no existe ninguna cobertura mínima exigida en los Pliegos.

El análisis de esta alegación requiere tener en cuenta que la puntuación de los cinco criterios que configuran en el PCAP las “características técnicas” (40 puntos) se produjo y se dio a conocer en acto público con anterioridad a la apertura del sobre “C”, es decir antes de conocer los datos de cada oferta determinantes de la valoración de los criterios señalados en el PCAP mediante las fórmulas que constan en el propio Pliego. La distinción entre criterios de adjudicación evaluables conforme a juicios de valor y criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas y que los primeros se puntúen antes de conocerse públicamente los datos de las ofertas que implican la aplicación de criterios automáticos constituye una garantía de la transparencia del procedimiento y de la aplicación de los principios de concurrencia e igualdad de trato de los licitadores, por lo que la alegación formulada por el recurrente ha de ponderarse en función de que haya existido o no una lesión de los citados principios. En el presente

caso como se ha dicho la valoración de tres de los criterios de las características técnicas se realizó aplicando determinadas fórmulas matemáticas, por igual a todos los licitadores, que no estaban previstas en el propio PCAP, si bien que dicha aplicación de fórmulas se produjo: 1º) antes de proceder a la apertura del sobre C y de conocer los datos cuya valoración sí estaba prevista mediante fórmulas, por lo que sigue íntegra la garantía de transparencia pues se sigue evitando el riesgo de que se trate de adecuar la valoración que dependa de juicios de valor de una forma arbitraria, en función del resto de puntos cuya aplicación es puramente automática y por tanto de muy difícil manipulación, ya que precisamente éstos últimos no se conocían en aquel momento. 2º) los propios tres criterios incorporan elementos puramente algebraicos: “incremento de ... respecto de una determinada magnitud...”, “porcentaje de...”, que admiten o invitan a una explicación numérica que es posible mediante fórmulas. 3º) el propio informe técnico aportado con ocasión del recurso explica de forma convincente que si no se indicaron previamente en el pliego de forma expresa las fórmulas finalmente empleadas por la Mesa de Contratación se debe a la lógica imposibilidad de conocer antes de presentarse las ofertas si los componentes o elementos a considerar en tales criterios iban a ser o no homogéneos o de las mismas características técnicas en todas ellas. Parece por tanto justificado que al conocer durante el procedimiento las ofertas técnicas de los licitadores y comprobar que aquellos elementos obedecen a la misma tecnología e iguales modelos de puntos de acceso, la puntuación correspondiente a tales criterios, por su propia descripción, se convierte necesariamente en una operación matemática que por su naturaleza y momento en el que se efectúa respeta el principio de igualdad de trato de los licitadores.

La exclusión de la oferta de AIRE NETWORKS DEL MEDITERRÁNEO SLU, ha estado justificada por un incumplimiento del Pliego Técnico que afecta al objeto mismo del contrato y no a la fase de ejecución pues la solución ofertada no permite satisfacer los requisitos mínimos contemplados en el citado pliego para la ampliación de la Red Wi-fi, actualmente disponible que constituye una parte esencial del objeto del contrato. El informe técnico aportado por el órgano de contratación explica de forma contundente la imposibilidad técnica de cumplir con los requisitos de cobertura mínima exigidos con tal carácter de requisitos mínimos por el propio pliego. Por tanto, no se trata tanto de la concreta puntuación a otorgar en alguno de los criterios técnicos, sino de la inviabilidad



de la oferta para poder satisfacer las necesidades a las que responde la convocatoria para la adjudicación del contrato.

En este sentido cabe citar el criterio mantenido por este Tribunal en la Resolución nº 831/2014: *“Procede inicialmente recordar la doctrina de este Tribunal sobre el carácter contractual de los pliegos que rigen la contratación y cuyo cumplimiento resulta obligatorio tanto para el órgano de contratación como para los licitadores, por constituir la ley del contrato. En este sentido, es doctrina constante de este y otros Tribunales con competencia en materia de contratación pública que las ofertas de los licitadores deben ajustarse a lo exigido en los pliegos y en caso de que las mismas se aparten de sus exigencias, ello es causa para acordar la exclusión del licitador, siempre y cuando dichas prescripciones estuvieran claramente contenidas en el pliego y el acuerdo de exclusión venga suficientemente motivado. A este respecto, sin embargo, debe recordarse igualmente que en diversas resoluciones este Tribunal se ha ocupado de distinguir a estos efectos entre el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyo incumplimiento determina la exclusión de la oferta, del pliego de prescripciones técnicas, que en principio no puede determinar ab initio tal exclusión, salvo que la propia descripción técnica de la oferta no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones.*

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. R.A.C., en nombre y representación de la sociedad mercantil AIRE NETWORKS DEL MEDITERRÁNEO SLU, por medio del cual impugna el acuerdo de exclusión de su oferta técnica de 22 de diciembre de 2015 de la licitación del procedimiento de contratación del suministro para la *“Renovación y ampliación de la red wi-fi en la Universidad Miguel Hernández de Elche”*. Expediente 36/5 promovido por la Universidad Miguel Hernández de Elche.

Segundo. 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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.