



Recurso nº 821/2016

Resolución nº 872/2016

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

En Madrid, a 28 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. G. C. P., en nombre y representación de la mercantil ATOS IT SOLUTIONS AND SERVICES IBERIA, S.L. (en adelante, "ATOS"), contra la Resolución del General Director de Adquisiciones del Ejército del Aire, de fecha 2 de agosto de 2016, por la que se adjudica el contrato de suministro e instalación de infraestructura CIS para el edificio de apoyo a la entidad CAOC-TJ ACCS, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación se convocó licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de suministro e instalación de infraestructura CIS para el edificio de apoyo a la entidad CAOC-TJ ACCS, con un valor estimado de 865.121,00 euros.

Con fechas 14 de junio y 9 de junio de 2016, se publicó en el Boletín Oficial del Estado y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, respectivamente, el anuncio de licitación del procedimiento.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (LCSPDS), en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).



El 2 de agosto de 2016, el órgano de contratación resuelve adjudicar el contrato a la empresa TRC INFORMÁTICA, S.L. (en adelante, "TRC"). La resolución de adjudicación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 3 de agosto de 2016, y se notificó a los licitadores por correo electrónico el 8 de agosto de 2016.

Tercero. Con fecha 26 de agosto de 2016, la recurrente presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato. Consta la presentación de anuncio previo a la interposición ante el órgano de contratación.

En su recurso, la entidad recurrente solicita que se acuerde por este Tribunal la anulación de la adjudicación y que se excluya al adjudicatario por incumplimiento del PPT, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento previo a la adjudicación.

Cuarto. Con fecha de 7 de septiembre de 2016, se recibió en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores el 8 de septiembre de 2016, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones.

Han presentado alegaciones la entidad LÍNEAS Y CABLES, S.A., la cual solicita la anulación de la licitación debido a que los equipos switches propuestos por TRC pertenecen al fabricante HP, por consiguiente, no están incluidos dentro del listado de equipamientos de red autorizado por la OTAN, y la entidad TRC INFORMÁTICA, S.L., la cual solicita la desestimación del recurso.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha de 15 de septiembre de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.2 de la LCSPDS.



Segundo. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP para recurrir el acto impugnado por haber sido licitadora en el procedimiento. Se significa, además, que la oferta presentada por esta entidad ha resultado clasificada en segundo lugar.

Tercero. El contrato objeto de recurso es un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP. Asimismo, se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en los incumplimientos del PPT por parte de la oferta presentada por TRC, lo cual, a juicio de la recurrente, debe determinar su exclusión. Según la recurrente, esos incumplimientos serían los siguientes:

a) El número de firewalls propuesto por TRC no se ajusta a lo previsto en el PPT. En el apartado 1.2 del PPT, bajo la rúbrica "*Resumen del Equipamiento Alcance*", se incluye una tabla con una cuantificación no exhaustiva de los trabajos y equipamiento previstos para el alcance del suministro. Entre las menciones de la tabla, se indica en el punto 1.2.11 la necesidad de suministrar e instalar un mínimo de 3 unidades firewalls para la red del COMMAND GROUP CAOC y NCIA con un throughput igual o superior a 1 Gbps. Sin embargo, TRC propone en su oferta el suministro de sólo 2 unidades, y no de las 3 requeridas, lo que, evidentemente, incumple lo dispuesto en el citado apartado 1.2.11 del PPT.

Por otro lado, según indica TRC en su propuesta, el precio unitario de los firewalls ofertados con un throughput igual o superior a 1 Gbps (modelo Palo Alto Networks PA-3020) es de 28.925,97 euros. Siendo ello así, si se suma la propuesta económica total de TRC a este importe (604.619,65 euros + 28.925,97 euros), ello arroja un total de 633.545,62 euros, superior a la propuesta económica de ATOS (619.837,56 euros).

b) Las características de la fibra ofertada por TRC no se adecúan a lo dispuesto en el PPT. En el apartado 2.1.5.1 del PPT, bajo la rúbrica "*Características de la fibra*" se solicita que la fibra soporte OM3/OM4, es decir, que soporte tanto OM3 como OM4. Sin embargo, la propuesta de TRC sólo contempla una fibra OM3 que, como tal, no soporta OM4.



c) Los switches pertenecientes a redes OTAN propuestos por TRC no se incluyen en el listado de equipamiento de red autorizado por dicho organismo, como exige el PPT. En los apartados del PPT 2.1.6.2 *“Características específicas de los switches de acceso a la red NS”*, 2.1.6.3 *“Características específicas de los switches de acceso a la red UN”* y 2.1.6.6 *“Características específicas de los switches de distribución”*, se exige expresamente que los switches pertenecientes a redes OTAN que oferten los licitadores se incluyan dentro del listado de equipamiento de red autorizado por la OTAN. Sin embargo, tal no es el caso de los switches de la marca HP ofertados por la adjudicataria del contrato.

Quinto. La relación de los trabajos y equipamiento previstos para el alcance del suministro se recoge en el PPT (1.2 Resumen del Equipamiento Alcance), indicándose que *“En la siguiente Tabla se proporciona una cuantificación **no exhaustiva** de los trabajos y equipamiento previstos para el alcance del suministro”*. En cuanto aquí interesa, en las páginas 4 (se refleja sólo el incumplimiento citado por la empresa recurrente) y 5 del PPT, en la citada Tabla se indica lo siguiente:

Nº ITEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	COMENTARIOS
	(...)		
1.2.11	Firewalls	3	
	(...)		
2.2.3	Switch de acceso con 24 puertos GE + 2 puertos uplink GE.	5 ud.	
2.2.4	Switch de acceso con 24 puertos GE POE + 2 puertos uplink GE.	2 ud.	
2.2.5	Switch de acceso con 24 puertos GE + 2 puertos uplink GE.	1 ud.	
2.2.6	Transceptores 1000Base-T	3 ud.	
2.2.7	Transceptores 1000Base-SX	21 ud.	
2.2.8	Firewalls	3 ud.	



2.2.9	Instalación y configuración de electrónica de red.	Item	
3	DOCUMENTACIÓN Y LOGÍSTICA		Según especificado en cláusula 14
4	PRUEBAS		Según especificado en cláusula 10
5	REPUESTOS		Según especificado en cláusula 14

La oferta económica presentada por la recurrente observa lo establecido en el PPT, incluyendo las partidas "Documentación y Logística", "Pruebas", y "Repuestos". Sin embargo, la oferta de TRC no incluye esas partidas. Precisamente este incumplimiento, tal y como manifiesta la recurrente en su escrito, fue señalado por el Informe Técnico, en el que se indica que ATOS es la única empresa que ha cumplido con las especificaciones del PPT. En concreto, el Informe no es favorable para TRC porque no ha contemplado las partidas de formación, repuestos y documentación en la valoración económica.

A pesar de ello, la mesa de contratación decidió, en su reunión de 26 de julio de 2016, considerar inaplicable como causa de exclusión el hecho de que *"en la valoración económica no se han contemplado algunas partidas del alcance del PPT: formación, repuestos, documentación"*. La mesa consideró que la valoración económica debía reducirse a la del presupuesto del expediente. Este presupuesto no estaba incluido como última página del PPT, sino como documento aparte.

Por tanto, en primer lugar, se ha producido un incumplimiento del PPT por parte de TRC, pues las partidas debían haberse correspondido con las expuestas en el cuerpo del PPT, y no en la hoja de presupuesto a parte. Pero además, si determinadas partidas económicas no se iban a tener en cuenta en las ofertas económicas realizadas, entonces no debían haber sido valoradas tampoco en los casos en los que sí estaban incluidas. Es decir, que el valor de la oferta económica de ATOS debía haberse minorado en cuanto al importe correspondiente a las partidas que, aparentemente, cabía no incluir en la oferta económica, según la decisión de mesa de contratación de 26 de julio de 2016.

Las ofertas no se valoran así en pie de igualdad. Este tratamiento discriminatorio tiene, además, consecuencias muy graves. Así, en el escenario expuesto, la mesa de contratación, tras decidir no



excluir a la adjudicataria por considerar que las partidas a incluir eran las que figuraban en el presupuesto, debía haber tenido en cuenta el precio ofrecido por ATOS únicamente por la suma de las partidas del presupuesto de ejecución. En ese caso, la diferencia económica con respecto a la oferta de TRC sería la siguiente:

- Precio total TRC (sin IVA): 604.619,65 €.
- Precio total ATOS (sin IVA): 619.837,56 €
- Total partidas Documentación y Logística (3.677,50 €) y Repuestos (25.718,32 €): 29.395,82€.

De acuerdo con lo anterior, el precio total ofertado por ATOS (sin IVA), sin tener en cuenta estas partidas no incluidas por TRC en su oferta, ascendería 590.441,74 €, lo que mejoraría la oferta de TRC y determinaría la adjudicación del contrato a favor de ATOS, por cuanto la oferta de ambas empresas resulta ser la misma en cuanto a los otros dos criterios de valoración (plazo de entrega y plazo de garantía).

En consecuencia, incurre el órgano de contratación en un tratamiento discriminatorio de la ofertas de los licitadores por aplicación de criterios de adjudicación de forma distinta, lo cual vulnera el principio de igualdad de trato entre ellos y distorsiona libertad de concurrencia, los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, y transparencia de la contratación pública.

Sexto. Señala el órgano de contratación en el informe evacuado de conformidad con el artículo 46.2 del TRLCSP lo siguiente:

a) En la sesión de la mesa de contratación del 26 de julio de 2016, el Vocal Técnico consideró, entre otras, como causa de exclusión por incumplimiento del PPT la siguiente: *"En la valoración económica no se han contemplado algunas partidas de alcance del PPT: formación, repuestos, documentación"*. Sin embargo, la mesa de contratación, estimo que, en cuanto a la valoración económica de las partidas del PPT tales como "formación, repuestos y documentación", éstas deberían haber formado parte del correspondiente presupuesto.

b) Ninguno de los incumplimientos que la recurrente identifica han sido observados, contemplados ni valoradas como tales en el informe técnico en ningún momento. Adicionalmente, cabe igualmente retener en este punto que:



- Las ofertas se valoran objetivamente conforme a lo establecido en los pliegos, sin discriminación alguna.
- El licitador presenta su propuesta, no pudiendo la mesa ni el órgano de contratación minorar ni aumentar el importe de la propuesta presentada.
- La presentación de ofertas supone la aceptación incondicional de los pliegos.
- En caso de duda en la interpretación de los pliegos el licitador siempre tiene la posibilidad de resolver sus dudas y obtener aclaraciones con arreglo a lo dispuesto en la cláusula 9 del PCAP, "Órgano de Contratación y responsable de la tramitación" (in fine).
- La relación de los trabajos y equipamientos previstos para el alcance del suministro recogidos en el punto 1.2 "Resumen del Equipamiento Alcance del tan referenciado PPT" proporciona una cuantificación "no exhaustiva" de los trabajos y equipamiento previsto, tal y como se indica textualmente en el primer párrafo de dicho punto, por lo que su significación e interpretación se encuentran condicionadas por dicha cualidad.

Séptimo. De acuerdo con lo establecido en el artículo 145.1 del TRLCSP, *‘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’*. A este respecto, debe traerse a colación la doctrina incontrovertida de este Tribunal sobre los pliegos como ley del contrato, citando por todas, la Resolución 408/2015:

“Dado que los pliegos son la ley del contrato y que las mencionadas circunstancias no han sido invocadas oportunamente por la recurrente a través del correspondiente recurso, dichas alegaciones, completamente extemporáneas, no pueden ser ahora examinadas ni consideradas por el Tribunal. Efectivamente, el Tribunal viene aplicando la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, la aceptación incondicional de los Pliegos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación: “Respecto al cuestionamiento del contenido de los pliegos por parte de la recurrente este Tribunal coincide con el órgano de contratación en que dicha fundamentación resulta absolutamente extemporánea, habiendo reiterado en Resoluciones anteriores la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada.



Conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, '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' (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, o 19/2014, de 17 de enero, 931/2014, de 18 de diciembre, entre otras muchas). De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos: "los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho" (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras).

Sentado lo anterior, es preciso recordar que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: *"Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición".*

Por tanto, tal y como señalamos en la Resolución nº 551/2014 de este Tribunal *"(...) es innegable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta".*



Ahora bien, este Tribunal también ha señalado en numerosas resoluciones que *“debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: “Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”. En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación” (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que “no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato” (Resolución 815/2014,).*

En este sentido, la Resolución 621/2016 de este Tribunal señala:

“No puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de la prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

En caso de omisiones debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al PPT, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, ésta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.



De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos”.

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, observamos que en la cláusula 1.2 del PPT se recoge una tabla en la que se proporciona una cuantificación de los trabajos y equipamiento previstos para el alcance del suministro. La citada cláusula establece que la cuantificación de los trabajos y equipamientos previstos no es exhaustiva.

Así las cosas, los incumplimientos del PPT señalados por la entidad recurrente en las letras a, b y c, del apartado tercero, de los fundamentos jurídicos materiales de su recurso, referidos al número de firewalls propuesto, a las características de la fibra propuesta, y a los switches ofertados por TCR, no tienen entidad suficiente como para anular la adjudicación. Otra interpretación resultaría en exceso formalista y contraria al principio de concurrencia puesto que, como ha quedado expuesto, la tabla en la que se proporciona la cuantificación de los trabajos y equipamiento previstos para el alcance del suministro no es, según el propio PPT, exhaustiva.

Ahora bien, la circunstancia de que la entidad adjudicataria no haya ofertado ningún elemento en los apartados 3 (documentación y logística), 4 (pruebas) y 5 (repuestos) de la tabla prevista en la cláusula 1.2 del PPT, sí posee relevancia, especialmente, cuando la entidad recurrente ha ofertado elementos en estos apartados y los ha presupuestado a efectos de conformar, de acuerdo con el modelo previsto en el Anexo II del PCAP, su oferta económica.

Desde la perspectiva del Pliego de Prescripciones Técnicas aprobado por el órgano de contratación, a las que se han sometido los licitadores por el mero hecho de presentar su proposición, en lo tocante a los aspectos técnicos expresados -documentación y logística, pruebas, y repuestos-, la adjudicataria, al no haber ofertado expresamente ningún elemento, no cumple las exigencias mínimas prescritas en el PPT.

Así las cosas, este Tribunal, partiendo del respeto al margen razonable de discrecionalidad que debe atribuirse al órgano de contratación, estima que se ha incurrido en error patente en la apreciación de las proposiciones presentadas, y que se ha actuado con discriminación entre los licitadores, de tal forma que los criterios de valoración aplicados a la entidad recurrente que ha



ofertado y cuantificado los aspectos técnicos indicados -documentación y logística, pruebas, y repuestos- han sido diferentes a los aplicados a la entidad adjudicataria que no lo ha hecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso presentado por D. G. C. P., en nombre y representación de ATOS IT SOLUTIONS AND SERVICES IBERIA, S.L., contra la Resolución del General Director de Adquisiciones del Ejército del Aire, de fecha 2 de agosto de 2016, por la que se adjudica el contrato de suministro e instalación de infraestructura CIS para el edificio de apoyo a la entidad CAOC-TJ ACCS, anulando el acto recurrido y ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas, con exclusión de la presentada por TRC INFORMÁTICA, S.L.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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