



Recurso nº 043/2010

Resolución nº 001/2011

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

En Madrid, a 19 de Enero de 2011

VISTO el recurso interpuesto por D. J. B. N., en representación de la sociedad IBATECH TECNOLOGÍA, SLU, contra la resolución del Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, de 29 de octubre de 2010, por la que se adjudicaba provisionalmente el suministro e instalación de dos equipos de radiosondeo, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Agencia Estatal de Meteorología convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, respectivamente, los días 2 y 12 de julio de 2010, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el suministro e instalación de dos equipos de radiosondeo, en la que presentó oferta la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, resolviéndose provisionalmente mediante resolución del Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, de 29 de octubre de 2010, procediendo a la adjudicación provisional del contrato a favor de VAISALA OYJ.

Previamente, con fecha 2 de septiembre de de 2010, la Mesa de Contratación acordó la exclusión del procedimiento de la empresa recurrente por no aportar en periodo de subsanación la suficiente documentación para acreditar la solvencia técnica exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Tercero. Contra la resolución por la que se adjudica provisionalmente el contrato la representación de IBATECH TECNOLOGÍA, SLU interpuso recurso ante la Agencia Estatal de Meteorología mediante escrito presentado en su registro el día 12 de noviembre de 2010, al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, por el que solicitaba la nulidad de la resolución impugnada.

El citado recurso se recibió en el registro de este Tribunal, con fecha de 19 de noviembre de 2010, acompañado del correspondiente expediente y del informe del Jefe del Servicio de Observación, con la conformidad del Jefe del Departamento de Infraestructuras y Sistemas.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a la otra empresa que había participado en la licitación de referencia, VAISALA OYJ, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho convengan sin que se haya evacuado este trámite por la interesada.

Quinto. Con fecha 1 de diciembre de 2010, el Tribunal acordó mantener 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 el órgano de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público.

El escrito de interposición fue presentado encontrándose ya vigente la Ley 34/2010, de 5 de agosto, por la que se reforma el recurso especial en materia de contratación que entró en vigor el día 10 de septiembre de conformidad con su Disposición final tercera.

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 provisional recurrida 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 y no el anteriormente regulado por el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público en su primitiva redacción.

Consecuencia de ello es que, no estando atribuida la competencia para resolver el recurso al órgano de contratación sino a este Tribunal, es él quien debe conocer del presente recurso y dictar la resolución que proceda en el mismo.

Segundo. Teniendo en cuenta que el acto recurrido es el de adjudicación provisional de un procedimiento de licitación referido a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, debe considerarse que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, e igualmente se cumplen las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 314 de la citada Ley.

Cuarto. La recurrente fundamenta su pretensión de nulidad en que el contenido del pliego de prescripciones técnicas incumple lo previsto en el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público en cuanto a los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, dado que considera que el criterio de equipos compatibles con diferentes sondas es inviable. Asimismo alega que la adjudicataria se encontraría en situación de oferta temeraria o desproporcionada, refiriéndose también a que la desestimación de su propuesta lo fue por criterios de solvencia en relación con el suministro, criterio no cuantificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Finalmente alude a la imposibilidad de competencia en el suministro.

Quinto. En primer lugar, respecto a las alegaciones realizadas por la empresa recurrente en relación al contenido del pliego de prescripciones técnicas en cuanto a la compatibilidad de los equipos objeto de suministro, señalar que no corresponde a este Tribunal su análisis dado que el plazo para recurrir el citado pliego ya ha transcurrido.

No obstante lo anterior, debe ponerse de manifiesto que la solicitud realizada por la empresa recurrente de eliminar el requisito de compatibilidad exigido en el pliego de prescripciones técnicas para el suministro objeto del contrato no se puede aceptar en cuanto que visto su objeto, el suministro e instalación de equipos para realizar sondeos atmosféricos que puedan instalarse en las radiosondas modelo RS92 utilizadas por la Agencia Estatal de Meteorología, si los citados equipos no fueran compatibles con dichas radiosondas no cabría su utilización por parte de la Agencia Estatal de Meteorología, y en consecuencia el contrato no cumpliría con su finalidad, la adquisición de equipos utilizables en las radiosondas que en la actualidad se encuentran en uso en la citada Agencia.

Sexto. Por otro lado, no cabe aludir como hace la recurrente al incumplimiento los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, así como al de ausencia de competencia, en cuanto que se admite cualquier equipo, que necesariamente y dado el objeto del contrato, debe ser compatible con las radiosondas utilizadas por la Agencia Estatal de Meteorología y que aún están en condiciones de uso. En definitiva cabe afirmar que la exigencia de compatibilidad contenida en el pliego responde a unas necesidades concretas de la Agencia de Meteorología, como es que el suministro a contratar sea utilizable en las radiosondas propiedad de la citada Agencia y susceptibles de ser utilizables hasta su completo aprovechamiento o amortización.

Visto lo anterior, se debe traer a colación el artículo 101 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 8 establece lo siguiente: *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una*

descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»».

De acuerdo con el precepto anterior se llega a la conclusión de que el objeto del contrato, supuesto aplicable al expediente de referencia, permite excepcionar las prohibiciones enunciadas en el citado artículo.

Séptimo. La recurrente también alega oferta temeraria o desproporcionada de la empresa adjudicataria, VAISALA OYJ, en cuanto que entiende que su oferta estaría por debajo de las 25 unidades porcentuales de acuerdo con lo señalado en el criterio 1 del anexo 6 del pliego de cláusulas administrativas particulares, según el cual *“Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos: 1. Cuando, concurriendo, un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales”*.

En este sentido debe indicarse que por tratarse de un procedimiento de adjudicación en el que deben tenerse en cuenta para proceder a ésta diversos criterios de valoración, los elementos de juicio que deben llevar a considerar que una oferta es desproporcionada o anormalmente baja deben figurar expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, circunstancia ésta que se cumple para el expediente en cuestión y a la cual se refiere la recurrente en los términos antes citados. A estos efectos el artículo 136.2 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que *“Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”*.

De lo anterior deben extraerse dos conclusiones. En primer lugar que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración los que deban servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja o desproporcionada deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y en

segundo que la finalidad de esta apreciación es determinar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Por lo que aquí interesa, la primera conclusión es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que es el pliego de cláusulas administrativas particulares el que debe de especificar los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, si la proposición no puede ser cumplida y que si uno de los criterios elegidos es el precio se han de expresar además los límites que permitan apreciar esa situación, aplicándose exclusivamente para determinar tal situación los criterios establecidos en el pliego.

Sentado lo anterior, y visto que el pliego de cláusulas administrativas particulares regula en el criterio 1 del anexo 6 las ofertas anormales o desproporcionadas, procede señalar que examinado el expediente administrativo, y por lo que aquí interesa, se observa que el presupuesto base de licitación asciende a 198.000,00 euros, IVA excluido, y que la oferta presentada por VAISALA OYJ es de 151.944,00 euros, IVA excluido, siendo por tanto el porcentaje de baja del 23,26%, lo cual supone que la oferta no puede calificarse como anormal o desproporcionada, en cuanto que el porcentaje de baja es inferior a las 25 unidades porcentuales establecidas en el pliego.

De acuerdo con lo anterior, no se puede aceptar lo alegado por la recurrente en relación a la supuesta oferta anormal o desproporcionada de VAISALA OYJ, en cuanto que la misma cumple lo preceptuado al respecto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Octavo. Por último, se debe examinar la alegación referida a la exclusión de la oferta de la recurrente, por criterios de solvencia técnica no cuantificados en el pliego según alega la misma. A este respecto, el pliego de cláusulas administrativas particulares en su anexo 7, cuando se refiere a la justificación de la solvencia técnica, exige *“a) Relación de suministros similares a los del objeto del contrato realizados en los tres últimos años, que incluya importe, fechas y destinatario, público o privado de los mismos. Los suministros se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario, sea un*

sujeto privado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente”.

Así, según el informe, de 2 de septiembre de 2010, del Jefe de Servicio de Observación *“la relación de suministros listados por la empresa no pueden considerarse similares a los del objeto del contrato, ni tampoco han sido acreditados según lo especificado en el apartado a) citado. Tampoco aparece en la documentación entregada los suministros de la empresa francesa MODEM. Por lo tanto, se considera que la empresa IBATECH TECNOLOGÍA, SLU no reúne la suficiente solvencia técnica para abordar este expediente al no cumplir con lo especificado en el apartado a) que aparece en el Anexo 7 del PCAP”.*

Visto lo anterior, conviene traer a colocación el contenido de los artículos 63.1 y 66 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, referidos a los medios de acreditar la solvencia y a la solvencia técnica en el contrato de suministros. En su apartado 1 el artículo 63 señala que *“La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 64 a 68”*, de lo cual se deduce que la solvencia sólo podrá acreditarse por los medios previstos en estos esos artículos. Por su parte, el artículo 66 de la citada Ley en su apartado 1.a), recoge como medio de acreditar la solvencia el siguiente *“Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario”*, medio éste que es el que se recoge en el pliego, en cuanto que es el órgano de contratación el que tiene la facultad de precisar cual o cuales de los medios de justificación de solvencia técnica, en este caso para un contrato de suministros, procede exigir.

Por otro lado, se debe señalar que el apartado 1.a) del artículo 66 de la Ley antes citado se refiere a suministros efectuados que deben acreditarse mediante el correspondiente

certificado o declaración del empresario, según los casos, sin que sea suficiente la mera relación de las empresas receptoras del suministro.

Examinada la justificación aportada por la recurrente como justificación de la solvencia técnica, incorporada al expediente remitido al Tribunal, se observa, por un lado, que los suministros que se relacionan no pueden considerarse similares a los del objeto del contrato, y por otro, que la recurrente no acredita los suministros mediante el correspondiente certificado exigido en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Visto lo anterior, no pueden aceptarse las alegaciones realizadas por la recurrente respecto al acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Contratación, procediendo confirmar dicho acuerdo por ser ajustado a derecho.

Noveno. Por lo anteriormente expuesto, dado que no pueden acogerse las alegaciones realizadas por la recurrente y que no se aprecia vicio de legalidad alguno en la resolución recurrida, procede desestimar el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. B. N., en representación de la sociedad IBATECH TECNOLOGÍA, SLU, contra la resolución del Presidente de la Agencia Estatal de Meteorología, de 29 de octubre de 2010, por la que se adjudicaba provisionalmente el suministro e instalación de dos equipos de radiosondeo, en los términos expresados en los fundamentos del derecho.

Segundo. Acordar el levantamiento de la suspensión del expediente de contratación concedida por este Tribunal mediante acuerdo de fecha 1 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.

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.