



Recurso nº 115/2013
Resolución nº 107/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de marzo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. E.H.E., en representación de ABACANTO DIGITAL, S.A., contra la resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de 22 de noviembre de 2012, notificada el 7 de febrero de 2013, en la que se adjudica, en los términos que se expresarán a continuación, el contrato de suministro de instrumental portátil para mediciones sobre señales de radiodifusión sonora y de televisión, digital terrestre, previa la exclusión de la citada empresa de la licitación, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 13 de septiembre de 2012 y el 24 de septiembre de 2012 en el Boletín Oficial del Estado, licitación para adjudicar el contrato referido, con un valor estimado de 602.580 euros. La publicación de los datos de la licitación en el perfil de contratante tuvo lugar el 11 de septiembre de 2012.

Segundo. A la licitación abierta presentaron ofertas cuatro empresas, entre ellas la entidad ahora recurrente.

Tercero. Cumplido el trámite de apertura pública de las ofertas técnicas, y después de haberse emitido el correspondiente informe técnico de ofertas por la Subdirección General de Inspección de las Telecomunicaciones, la Mesa Única de Contratación del Ministerio de Industria, Energía y Turismo dicta acuerdo, de fecha 7 de noviembre, por el

que se excluye a la empresa ahora recurrente, ABACANTO DIGITAL, S.A., por no cumplir su oferta los requisitos técnicos exigidos por el pliego de prescripciones técnicas. No consta la fecha exacta de notificación de dicho acuerdo a la empresa recurrente.

Cuarto. El 22 de noviembre se acuerda por el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información la adjudicación del contrato a la empresa PROMAX ELECTRÓNICA, S.L, notificándose a la recurrente dicho acuerdo el 27 de noviembre.

Quinto. El 13 de diciembre de 2012 tiene entrada en el Registro de este Tribunal escrito presentado por el representante de ABACANTO DIGITAL, S.L, en el que, además de otras peticiones, se solicita que se anulen tanto el pliego de prescripciones técnicas como la adjudicación.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 17 de diciembre de 2012, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo presentado alegaciones en plazo la empresa PROMAX ELECTRÓNICA, S.L.

Séptimo. Con fecha 30 de enero de 2013, el Tribunal resolvió (Resolución 045/2013) el recurso interpuesto en los siguientes términos:

“Primero. Inadmitir, por extemporánea, la impugnación de los pliegos, formulada por ABACANTO DIGITAL, S.A., en su recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y la adjudicación del contrato de suministro de instrumental portátil para mediciones sobre señales de radiodifusión sonora y de televisión digital terrestre, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Segundo. Denegar la práctica de la prueba consistente en el examen de la documentación utilizada para el establecimiento de las especificaciones técnicas del pliego y la valoración del contrato, al ser improcedente por razón de la inadmisibilidad de la impugnación de los pliegos.

Tercero. Anular la notificación de la adjudicación realizada y acordar la retroacción de las actuaciones al objeto que se dé al recurrente vista del expediente íntegro, incluida la oferta técnica del adjudicatario, al objeto de pueda fundar adecuadamente su recurso especial en materia de contratación”.

Octavo. En ejecución de dicha decisión, el órgano de contratación dictó la siguiente resolución el 7 de febrero de 2013: *“En el apartado tercero de los acuerdos adoptados en la Resolución nº 045/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre el recurso nº 311/2012 interpuesto por D. E.H.E., en representación de ABACANTO DIGITAL, S.A., contra los pliegos y la resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por la que se adjudica el contrato de "suministro de instrumental portátil para mediciones sobre señales de radiodifusión sonora y de televisión digital terrestre (TDT)", se acuerda "anular la notificación de la adjudicación realizada y acordar la retroacción de las actuaciones al objeto de que se dé al recurrente vista del expediente íntegro, incluida la oferta técnica del adjudicatario, al objeto de que pueda fundar adecuadamente su recurso especial en materia de contratación".*

En esta nueva resolución se notifica la dictada por el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información el 22 de noviembre de 2012, en la que se adjudica el contrato a la empresa PROMAX ELECTRÓNICA S.L, y se ratifica la exclusión de la empresa recurrente por incumplimiento de las previsiones contenidas en el pliego de prescripciones técnicas y se le ofrece, en ejecución de la resolución de este Tribunal, a la empresa darle vista del expediente, lo que se produjo con fecha 12 de febrero de 2013.

Noveno. El 21 de febrero de 2013 la empresa ABACANTO DIGITAL S.A. interpone el recurso objeto de esta resolución, previo su anuncio al órgano de contratación el 13 de febrero de 2013. En dicho recurso se solicita:

“1 - Se reclame a D. XXX, ambos firmantes del Pliego de Especificaciones Técnicas, toda la documentación que fue utilizada por ambos para el establecimiento de las especificaciones técnicas y la valoración del contrato, conforme establece el artículo 88.2 del TRLCSP, en el momento del envío del anuncio de licitación. Dicha información deberá

incluir catálogos, listas de precios u ofertas recibidas, así como cualquier otra información pertinente que fuera utilizada en su momento, para determinar las especificaciones técnicas y el precio del suministro.

2 - Se realice una nueva prueba en el mismo lugar en el que se hizo la anterior, de la solución aportada por la empresa Promax, en la que estén presentes las mismas personas que hicieron la primera evaluación, así como un representante de Abacanto Digital y un agente de la autoridad o representante de este tribunal. Dicha prueba tendrá como finalidad corroborar los argumentos expuestos en este escrito, resultando la misma absolutamente necesaria para averiguar si efectivamente se pudo manipular el informe técnico para su adjudicación a Promax.

3 - Se anule la adjudicación en base a los hechos y legislación expuestos anteriormente.

4 - Se presente al caso ante la Fiscalía Anticorrupción para que se investigue y juzgue, si se han producido los delitos de Trafico de Influencias por parte de D.XX, uso de información privilegiada por parte de D. Y, y falsedad documental por parte de D. H (ambos firmantes del informe técnico) y D. N (firmante de la documentación técnica presentada por Promax). Para el supuesto caso de no ser así, nos reservamos las acciones que en derecho nos correspondan en todos los órdenes jurisdiccionales”.

Décimo. Con fecha 27 de febrero de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

Undécimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado este trámite la empresa adjudicataria PROMAX ELECTRÓNICA S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El escrito presentado por ABACANTO DIGITAL, S.A. ha de calificarse como recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en

el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por tratarse de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada.

Segundo. El recurso contra la notificación ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días previsto en el TRLCSP. También se ha anunciado debidamente al órgano de contratación, sin perjuicio de lo que a continuación se expresará.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de 22 de noviembre de 2012, cuya inicial notificación fue anulada por la Resolución de este Tribunal 045/2013 citada en los antecedentes de hecho, para que se diera vista del expediente a la empresa recurrente. En dicha resolución consta, como se expone en los antecedentes de hecho, de una parte la adjudicación a la empresa PROMAX ELECTRONICA S.L. del contrato, previa ratificación de la exclusión de la empresa recurrente de la licitación, acordada el 7 de noviembre por la Mesa de contratación, cuya fecha exacta de notificación a la empresa no consta.

Cuarto. De acuerdo con lo expuesto, lo lógico hubiera sido que el recurso se hubiera centrado en la previa impugnación de la exclusión de la empresa por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas. Sin embargo, en el texto del recurso no se encuentra referencia alguna a este importante hecho. En el escrito del recurso se impugna indirectamente la redacción del pliego de prescripciones técnicas, impugnación declarada extemporánea por este Tribunal en su Resolución 045/2013, y el cumplimiento por parte de la empresa adjudicataria de los requisitos para ser adjudicataria del contrato. Pues bien, según ha declarado este Tribunal desde su constitución, es requisito para estar legitimado para impugnar la adjudicación de un contrato, no haber sido excluido de la licitación. Por ello, y aunque el recurrente no alegue nada al respecto, a pesar de impugnar la decisión de adjudicación en su conjunto, en la que se incluye expresamente la exclusión de la empresa de la licitación, es preciso analizar previamente si tal exclusión es conforme o no a Derecho.

Quinto. En primer lugar, la duda que puede plantearse es si la exclusión de la licitación puede ser impugnada en este momento procedimental. En efecto, consta en el expediente que la decisión de la Mesa de contratación de 7 de noviembre de 2012

excluye a la empresa recurrente de la licitación. Sin embargo, al no constar con claridad el momento de la notificación de dicha resolución, procede entender que la notificación de la exclusión se ha producido con la de la adjudicación el 7 de febrero de 2013.

Ante la ausencia de argumentos proporcionados por el recurrente para combatir la exclusión del procedimiento, deben analizarse los expuestos por la Administración en la resolución y en los informes preparatorios.

Según consta en el informe técnico de fecha 5 de noviembre de 2012 en el que se fundamenta el escrito de notificación del acuerdo de exclusión:

“2.- ESTUDIO TÉCNICO DE LAS OFERTAS.

Al objeto de poder evaluar los sistemas de medición propuestos por cada uno de los licitantes, se solicitó a todos ellos aportar, de acuerdo a lo que se dispone en el apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), un ejemplar del conjunto de equipos propuestos, detallándose los aspectos de interés obtenidos de su evaluación en el apartado correspondiente, para lo que se efectuaron las comprobaciones que se indican a continuación.

Estudio previo de la documentación.

Los equipos fueron posteriormente sometidos a una primera tanda de catorce pruebas, realizadas de forma manual, con la intención de acreditar que se podían efectuar las medidas, y para obtener los resultados requeridos en los párrafos 1 a 14 del punto 2 del pliego de prescripciones técnicas.

Tras estas pruebas, con la intención de acreditar el correcto funcionamiento de los procesos de automatización, se efectuó una segunda tanda, de dos pruebas en modo automático, para verificar que se podían obtener los resultados requeridos en los párrafos 15 y 16 del punto 2 del pliego de prescripciones técnicas.

Con los resultados obtenidos, se realizó una tabla, que se adjunta como ANEXO al presente informe.

A continuación se detallan los aspectos más destacables de cada una de las ofertas analizadas.

Oferta presentada por ABACANTO DIGITAL, S.A.

La empresa aporta como unidad de medición un equipo marca AD INSTRUMENTS modelo DTVLINK-3, y como unidad de almacenamiento y acceso remoto un equipo marca DELL modelo LATTITUDE E5530.

La unidad de medición evaluada no facilita los datos de los parámetros de RDS (Radio Data System) de las emisiones de FM, con lo que resulta imposible utilizar los entregados por las bases de datos corporativas para poderlas identificar y comparar, incumplimiento del apartado 8, Punto 2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Su sistema de control interno solo dispone de unas funciones de automatización cerradas, que permiten únicamente explorar canales radioeléctricos preprogramados, pero no realiza comparaciones para detectar las diferencias o anomalías con respecto a otras tablas de medidas previas, incumpliendo lo exigido en el apartado 16 del punto 2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

El sistema de control incorporado a la unidad de almacenamiento es el original del fabricante del equipo de medición, y no ha sido sometido a pruebas, ya que la unidad de medidas no proporciona todas las que se exigen poder almacenar en las bases de datos.

Por todo ello, se concluye que el sistema propuesto por esta firma no cumple con todos los requisitos técnicos exigidos”.

Sexto. Como se expresa en la Resolución 246/2012, este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones (por todas, Resoluciones 33/2012 de 26 de enero de 2012 y 80/2012, de 30 de marzo de 2012) sobre la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en la valoración de criterios eminentemente técnicos. Efectivamente, *“como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor, la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no*

puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Pues bien, considera el Tribunal que, en el presente caso, la Administración concreta los requisitos de exclusión en relación con el pliego de prescripciones técnicas de una manera razonable, sin que la empresa recurrente haya alegado nada en contrario, al centrar su argumentación exclusivamente en la oferta de su competidora, la empresa adjudicataria PROMAX ELECTRÓNICA S.L. Concorre aquí, además, el carácter eminentemente técnico de las comprobaciones materiales a las que se refiere la resolución de la Administración, de las que este Tribunal, de acuerdo con lo antes expresado, no puede conocer. Por ello, y en conclusión, debe considerarse conforme a Derecho, por vulnerar el contenido de los pliegos la exclusión acordada por la Administración.

Séptimo. La cuestión relativa a la impugnación del acto de adjudicación acordado por el órgano de contratación adquiere desde esta perspectiva una dimensión muy diferente a la planteada por la empresa recurrente. Como se anticipó, antes de entrar en el examen del fondo de la cuestión planteada debemos analizar el resto de los requisitos previos que debe cumplir todo recurso para ser admitido a trámite. El primero de ellos, una vez resuelta afirmativamente en este extremo la cuestión de la competencia, debe ser el requisito de legitimación. Al respecto el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.*

Como es doctrina reiterada de este Tribunal, así en el Recurso 226/2012, de 17 de octubre, *“para determinar si la recurrente se halla o no legitimada para interponer recurso debe antes analizarse su relación con respecto al propio objeto del recurso y al resultado*

final del procedimiento de adjudicación". En efecto, según hemos advertido con anterioridad, AMBLING INGENIERÍA Y SERVICIOS S.L. en el momento actual se encuentra excluida de la licitación por efecto de un acuerdo firme. En tales circunstancias, la exclusión ha producido sus efectos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1, de la Ley 30/1992 ("Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.")

Consiguientemente, la exclusión de la recurrente es determinante de la desaparición de su relación con el procedimiento de adjudicación y con el acto por el que se resuelve éste, lo que le priva de la condición de licitador. Sin embargo, puesto que nuestra Ley, según se desprende de la redacción del artículo 42 antes transcrito, no liga la legitimación con la condición de licitador, habremos de precisar si, aun no siéndolo, la recurrente se encuentra legitimada para interponer el presente recurso.

Para precisar el alcance del "interés legítimo" en caso de terceros no licitadores ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad.

Valga citar la Resolución 290/2011, donde se expone en el fundamento de derecho cuarto que: "*Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética.... la alegación de la recurrente va referida a un interés de un tercero, sin que pueda percibirse en la recurrente un interés que vaya más allá del mero interés en el mantenimiento de la legalidad. No existiendo un interés propio de la recurrente derivado de la situación que denuncia, la misma no puede ser determinante de su legitimación.... En definitiva, en el caso de estimación del recurso, no puede derivarse ningún efecto*

positivo (beneficio) ni evitación de un efecto negativo (perjuicio) para la recurrente, pues ésta continuaría sin poder tomar parte en la licitación,....”

Aplicando estos criterios al caso planteado, la consecuencia es que la recurrente, al haber decidido este Tribunal la conformidad a Derecho de su exclusión de la licitación, carece de interés legítimo que se vea afectado por la adjudicación y, en consecuencia, carece de legitimación para su impugnación. En este sentido, este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado también, entre otras, en la resolución 4/2011, de 19 de enero.

Por todo ello debemos acordar la inadmisión del recurso por este motivo, y resulta improcedente analizar las causas de impugnación de la adjudicación a favor de la empresa PROMAX ELECTRONICA S.L. por carecer la recurrente de legitimación para ello.

Octavo. De la misma manera, son también improcedentes las solicitudes de prueba que se interesan en el recurso por estar vinculadas bien con la redacción de los pliegos que fueron ya rechazadas por la previa Resolución de este Tribunal 045/2013, bien al examen de la oferta de la empresa adjudicataria.

Noveno. En cuanto a la petición de que se dé traslado al Ministerio Fiscal del expediente por la presunta comisión de varios delitos, este Tribunal después de haber analizado el procedimiento, incluida a estos efectos la adjudicación del contrato a la empresa PROMAX ELECTRÓNICA S.L, no estima que haya motivos para ello. No obstante la empresa recurrente tiene plena libertad para plantear el caso ante la Fiscalía o ante la Autoridad judicial competente si así lo estima oportuno.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. E.H.E., en representación de ABACANTO DIGITAL, S.A., contra la resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria,

Energía y Turismo, de 22 de noviembre de 2012, notificada el 7 de febrero de 2013, en la que se adjudica, el contrato de suministro de instrumental portátil para mediciones sobre señales de radiodifusión sonora y de televisión, digital terrestre, previa la exclusión de la citada empresa de la licitación, por falta de legitimación de la recurrente.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 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 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.