



Recurso nº 389/2014

Resolución nº 449/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 13 de junio de 2014.

VISTO el recurso especial interpuesto por D. ^a M.P.M., en representación de ATOS SPAIN S.A.U y D. Marcos Sanz Bude en representación de RICOH ESPAÑA S.L.U contra el acuerdo de exclusión en el procedimiento de contratación del “Suministro e integración de una plataforma de firma electrónica y tarjeta profesional electrónica para el Servicio Extremeño de Salud” convocado por la Entidad pública empresarial RED.es, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución :

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Entidad pública empresarial RED.es anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación del “Suministro e integración de una plataforma de firma electrónica y tarjeta profesional electrónica para el Servicio Extremeño de Salud”, a través del Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2013, en la Plataforma de Contratación del Estado de 16 de diciembre de 2013 y en el Perfil del Contratante en la misma fecha, y con un Valor estimado de 1.500. 000 EUR, IVA excluido.

Segundo. Con fecha 19 de febrero de 2014 se le requirió para suministrar información sobre el cumplimiento de los requisitos mínimos y valores ofertados (comunicado nº 1), con fecha 14 de marzo de 2014 se le requirió nuevamente (comunicado nº 2) para que aportase respuestas claras y concluyentes en el sentido de acreditar de forma indubitada que la oferta cumple los requisitos obligatorios y valorables que le indica, y por último, con fecha 25 de abril de 2014 recibió el comunicado nº 3 relativo a su exclusión del procedimiento.

Contra el acuerdo de exclusión la empresa, a través de sus representantes, presentó escrito en el registro del órgano de contratación, solicitando la anulación del citado acuerdo ya que la documentación presentada era suficiente para satisfacer el requerimiento de subsanación efectuado y por entender que cumplía adecuadamente los requisitos fijados por el PPT.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe.

Tercero. El órgano de contratación ha enviado el informe sobre este recurso previsto en el art. 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el 19 de junio, entendiendo que la exclusión recurrida es conforme a derecho y solicitando en consecuencia la desestimación del presente recurso.

Cuarto. 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. Ninguno ha evacuado este trámite en plazo.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 2 de junio de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 1 y 5, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de las sociedades integrantes de la UTE cuya oferta es excluida por el acuerdo recurrido.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa licitadora que ha concurrido a la licitación y ha resultado excluida.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, al referirse a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada licitado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador y dirigirse frente a un acuerdo de exclusión de un licitador, acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento (art. 40.2.b) TRLCSP).

Quinto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso, habiéndose presentado el recurso en el registro del órgano de contratación, conforme permite el art. 44.3 de dicho Texto legal.

Sexto. El recurrente alega en primer término que el iter procedimental no fue adecuado porque en la exclusión se refiere a cuestiones técnicas novedosas no contempladas en el comunicado nº 2 y por tanto no se adecúa a las cláusulas 3.6 y 12. c) del PCP, en segundo lugar que cita varias resoluciones de este Tribunal relativas al excesivo rigor y formalismo en la inadmisión de las ofertas contrarios al principio de libre concurrencia y por último añade que no hay ningún incumplimiento técnico porque tanto con relación al hardware como al software cumple el PPT.

El informe del órgano de contratación considera que en aplicación de la cláusula 3.6 del PCP se le requirió para comprobar que la oferta podía ser cumplida en los términos del pliego y aunque la respuesta fue vaga e imprecisa se le hizo un segundo requerimiento para aclarar la respuesta obtenida. En segundo lugar que no se trata de valorar la amplitud del requerimiento porque con la primera respuesta ya resultaba un incumplimiento del pliego pero de la segunda respuesta de aclaración a la primera se deriva el incumplimiento del componente 5 y de la falta de detalle de la estructura del software. Entiende que en aras al principio de libre concurrencia le practicó el segundo

requerimiento cuando podía haberla excluido con la respuesta al primer requerimiento y que con la información suministrada estaba claro el incumplimiento, que ahora en fase de recurso obtuvo más información que tras los requerimientos practicados.

Séptimo. Nos centraremos en primer término en la alegación relativa a los incumplimientos formales de los requerimientos vertidos por el recurrente. En primer término se refiere a la discordancia entre los contenidos de los comunicados nº1 y nº2 y el del acuerdo de exclusión.

La cláusula 3.6 del PCP señala: “Red.es se reserva el derecho a solicitar, al licitador que haya obtenido la mayor puntuación total, la información que precise y que estime pertinente para comprobar la veracidad y cumplimiento de aquellos requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas o solicitados para su valoración, pudiéndose incluir entre dicha información y a criterio de Red.es, muestras del equipamiento o producto ofertado (en adelante, “la Información”).

En el caso de que Red.es solicite dicha Información, el licitador deberá presentarla en el plazo que se señale en la solicitud. En el caso de que Red.es lo considere necesario, el adjudicatario deberá realizar la entrega de las muestras en las oficinas de la entidad o bien permitir la realización de las pruebas en sus instalaciones en cualquier momento y cuantas veces sea oportuno.

Toda la Información, además de presentarse en papel (dos copias), deberá adjuntarse en soporte electrónico (dos copias).

El licitador deberá presentar la Información únicamente dando respuesta a los requerimientos planteados por Red.es sin que sea posible incorporar información o documentación adicional no solicitada por la entidad pública. Asimismo, Red.es podrá solicitar la Información de forma estructurada y con formatos normalizados.

En el supuesto de que, tras las correspondientes comprobaciones, Red.es comprobase que la propuesta del licitador incumple alguno de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, dicha oferta no se tendrá en cuenta en el presente procedimiento de licitación. En el caso de que Red.es compruebe que los valores ofertados para su valoración cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas no se

corresponden con los resultantes de las comprobaciones realizadas, Red.es procederá a modificar la puntuación obtenida ajustándola a la resultante, si bien la misma no podrá ser superior a la ofertada por el licitador.

Si se produjera una variación en la puntuación obtenida, la nueva puntuación se comunicará a todos los licitadores. Asimismo, si la variación de la puntuación obtenida supusiese un cambio en la clasificación de los licitadores, también se comunicará esta circunstancia a los mismos (...)."

En el comunicado nº 1 (anexo nº 5) se requiere para que aporte el requisito de cada uno de los componentes indicados en el apartado 2 del PPT, grado de concordancia con los componentes ofertados con las especificaciones requeridas en el PPT y marca/modelo/versión y unidades de los productos de Hardware y Software para el cumplimiento de los requisitos concretos solicitados y esquema físico y lógico de la Solución Global ofertada.

Recibida la información que la recurrente tuvo por oportuno presentar en el comunicado nº 2 (anexo VII) se le advirtió que la primera respuestas no acreditaba el cumplimiento de las exigencias técnicas previstas en el pliego por lo que se le requirió nuevamente para presentase respuestas claras y concluyentes y para ello le indicó ocho puntos sobre los que debía precisar la información.

El recurrente entiende que la exclusión se ha producido por cuestiones técnicas no mencionadas en el comunicado nº 2 por lo que sus respuestas al haberse centrado en las ocho requeridas en este último comunicado no pueden perjudicarle al haber obtenido, con carácter previo a estos requerimientos la mejor puntuación. Sin embargo lo cierto es que al amparo de la cláusula 3.6 del PCP se permite al órgano de contratación comprobar la veracidad y cumplimiento de aquellos requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas o solicitados para su valoración, y en ese sentido se practicó el primer requerimiento, y se le advirtió en el segundo que sus respuestas eran insuficientes para verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos, por lo que la interpretación del recurrente es muy limitada o parcial al ceñirse a una interpretación literal estricta y obviar el primer requerimiento.

Al contrario de lo sostenido en su recurso, la exclusión se refiere a los siguientes motivos:

1) Incumplimiento en las condiciones de garantía requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas con respecto al Componente 5.

En el apartado 2.7 del Pliego de Prescripciones Técnicas respecto al Componente 5: Unidad de Personalización de Tarjetas.

2) Especificación técnica incompleta y contradictoria de los elementos hardware y software que componen la solución ofertada.

Como se puede apreciar ambos elementos estaban referidos en el comunicado nº 1 en que se le requería para que aportase el requisito de cada uno de los componentes indicados en el apartado 2 del PPT (el componente nº 5 es uno de los requisitos técnicos del apartado 2, en concreto el apartado nº 2.7 página 40 y siguientes), grado de concordancia con los componentes ofertados con las especificaciones requeridas en el PPT y marca/ modelo/versión y unidades de los productos de Hardware y Software para el cumplimiento de los requisitos concretos solicitados y esquema físico y lógico de la Solución Global ofertada.

En segundo lugar, la mercantil recurrente añade también en cuanto al aspecto formal que hay un excesivo formalismo por parte del órgano de contratación y que no se compeadece bien con la interpretación que este Tribunal efectúa del modo de proceder en los acuerdos de exclusión, y para ello cita las resoluciones 871/2013, y los recursos nº 176, 234 y 244 de 2012.

Ahora bien, sobre el hecho de que la Mesa les concediese un trámite para que aclarasen determinados puntos de su oferta también ha tenido este Tribunal ocasión de pronunciarse, podemos citar para ello la reciente resolución Resolución nº 437/2013 de 10 de octubre de 2013 que señalaba: “Por mejor precisar, y dado que es incontrovertido que Este Tribunal se ha ocupado en numerosas resoluciones sobre el particular; ante todo, se ha de recordar que, como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr.: Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación

de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras).

Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe “obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar “aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”(Resolución 94/2013). Todo lo más, se ha admitido que se reclame la subsanación de errores u omisiones puramente formales o materiales (Resolución 244/2011), y aun así siempre circunscrita al propósito reseñado de poder acreditar requisitos ya cumplidos.”

En el caso que nos ocupa, las aclaraciones que se efectuaron con el primer comunicado no dieron satisfacción plena para poder comprobar el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos de ahí que se requiriese de nuevo a la mercantil recurrente para que las completase, por lo que ningún reproche cabe apreciar en la actuación de la Mesa.

Octavo. En tercer lugar tras habernos referidos a los dos tipos de incumplimientos formales la recurrente alude a que la exclusión no aparece justificada desde un punto de vista técnico porque su oferta cumple tanto con la infraestructura de Hardware como de Software.

En el acuerdo de exclusión con relación al hardware se señala: “Al igual que con otros Componentes, la infraestructura hardware deberá ser definida durante el estudio técnico inicial(...) Aunque el licitador especifica en la documentación la marca y modelo de los servidores no lo hace de forma completa ya que no detalla la cantidad ni cuál es el servidor de aplicaciones y gestor de base de datos a utilizar limitándose a señalar que es

de software libre y sin coste de licencias lo que impide comprobar las características técnicas de los mismos y su adecuación y compatibilidad al entorno tecnológico existente

Se trata por tanto de una especificación incompleta que demora la definición completa de la solución al estudio técnico inicial (“Componente 6: Fase de estudio inicial previo a la implantación”) el cual conforme al apartado 2.8 del Pliego de Prescripciones Técnicas no tiene como objetivo definir la solución sino su integración con el entorno tecnológico existente en el SES (detallado en el apartado 1.2 de PPT)”

Y respecto del software en el acuerdo de exclusión se señala: “Con relación al Sistema de Gestión de Base de datos (Componente 2: Infraestructura software de clave pública y firma electrónica) examinando toda la documentación aportada por el licitador no se ha podido determinar con absoluta seguridad que gestor de base de datos se va a utilizar(...)el licitador además de incurrir en contradicción con la documentación aportada para justificar la solvencia, demora de nuevo la especificación completa de la solución al Componente 6, lo que supone no solo un incumplimiento de lo establecido en el apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas mencionado al principio de este apartado sino que impide comprobar el cumplimiento de otros requisitos que se señalan a continuación..”.

Por su parte el informe del órgano de contratación para este recurso se refiere a que el licitador trata de confundir al Tribunal identificando marca y modelo de software con estructura de una base de datos concreta creada y gestionada con dicho software, que en ningún momento anterior a la exclusión indicó que el software ofertado fuese “Oracle MySQL Community 5.5” o cualquier otro, y que ha sido en fase de recurso ante este Tribunal cuando la empresa ha suministrado más información y más precisa pero que no lo hizo anteriormente, con carácter previo a su exclusión.

Este Tribunal en su Resolución nº 270/2013, de 10 de julio de 2013, y precisamente con relación a una licitación de RED.es ya señaló: *“la primera consideración a realizar viene referida a la necesidad de que las ofertas de los licitadores respeten los requisitos exigidos por los pliegos rectores de la contratación, tanto el de condiciones particulares como el de prescripciones técnicas. Sobre esta cuestión, así como sobre la procedencia*

de excluir al licitador cuya oferta no cumple tales requisitos, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal. Así, por ejemplo, en la Resolución nº 19/2013 se indicaba:

“Como criterio para decidir en este supuesto, en el que lo que se plantea es una contradicción entre lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación y la oferta de los licitadores, debe recordarse que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. La mención al pliego de condiciones particulares se extiende al pliego de prescripciones técnicas, como ha afirmado este Tribunal en reiteradas ocasiones, como en la Resolución 4/2011 de 19 de enero, cuando se afirma que: “es indudable que el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir cada licitación tiene en ésta valor de ley, aunque no debe olvidarse la obligatoriedad de que en él se observen tanto las disposiciones de la Ley de Contratos del Sector Público como de la legislación complementaria y de desarrollo de la misma. El artículo 129 –actual artículo 145.1 TRLCSP– de la mencionada Ley recoge la primera de las cuestiones indicadas, al decir que “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”. En consecuencia no cabe dudar de que las causas de exclusión previstas en el pliego son de aplicación obligatoria para los órganos de contratación, pero de ello no debe extraerse la conclusión de que fuera de ellas no existe ninguna otra que pueda o deba tomarse en consideración. En particular, todos aquellos supuestos que impliquen falta de cumplimiento de las disposiciones que rigen la contratación pública y, en especial, la presentación de proposiciones y el contenido de las mismas, deben ser tenidas en cuenta para establecer si la oferta hecha por el interesado se ajusta o no a los requerimientos exigidos tanto por el pliego de cláusulas administrativas particulares como por el de prescripciones técnicas o por la normativa que rige las licitaciones. A este respecto, debe ponerse de manifiesto que, si bien el artículo 129 se refiere tan solo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, no debe circunscribirse al contenido de éstos la exigencia de que se ajusten a ellos las proposiciones.”

Si trasladamos estas consideraciones al supuesto objeto de este recurso, y atendemos a los ya razonados incumplimientos de los apartados 2.7 del Pliego de Prescripciones Técnicas respecto al Componente 5 y al apartado 2 “requisitos técnicos” del PPT por una especificación técnica incompleta y contradictoria de los elementos hardware y software que componen la solución ofertada, necesariamente habría de concluirse en que ello era motivo suficiente para su exclusión, al tratarse de un requisito obligatorio, y en estricta aplicación de lo dispuesto en el pliego, sin que el contenido de las aclaraciones presentadas permitiese llegar a otra conclusión en cuanto a la admisibilidad de la oferta.

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 especial interpuesto por D. ^a M.P.M., en representación de ATOS SPAIN S.A.U y D. Marcos Sanz Bude en representación de RICOH ESPAÑA S.L.U contra el acuerdo de exclusión en el procedimiento de contratación del “Suministro e integración de una plataforma de firma electrónica y tarjeta profesional electrónica para el Servicio Extremeño de Salud” convocado por la Entidad pública empresarial RED.es al ser ajustado a derecho el acuerdo de exclusión de 24 de abril de 2014.

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.

Tercero. Alzar la suspensión acordada, según lo establecido en el artículo 47.4 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.