RE 033/2019

Acuerdo 51/2019, de 12 de abril de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la empresa "TEKNO SERVICE, S.L." frente a la adjudicación del contrato denominado «Suministro, a título de alquiler, de diverso material informático, por lotes, con destino a las dependencias de la Diputación Provincial de Huesca situadas en la provincia de Huesca. Lote 1», promovido por la Diputación Provincial de Huesca.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de octubre de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio previo de licitación relativo al procedimiento referido en el encabezado de este Acuerdo. El anuncio definitivo y puesta a disposición de los Pliegos que rigen el contrato fue publicado el día 19 de octubre de 2018. Según figura en este anuncio, el plazo para la presentación de ofertas finalizaba el 5 de noviembre de 2018.

El día 31 de octubre de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, nuevo anuncio de licitación por el que se modificaba el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el contrato lo que a su vez suponía un nuevo plazo para la presentación de ofertas que finaba el día 16 de noviembre de 2018.

Se trata de un contrato de suministros, dividido en dos lotes, tramitado con carácter ordinario por procedimiento abierto, con varios criterios de

adjudicación y un valor estimado de 195.814,10 euros, IVA excluido, estableciendo un plazo de duración de cinco años.

Segundo.- Al procedimiento de contratación han concurrido las siguientes empresas licitadoras:

- "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", Lote A;
- "CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE, S.A.U." Lotes A y B; y,
- "TEKNOSERVICE, S.L.", Lote B.

En sesión de fecha 21 de noviembre de 2018 se reunió la Mesa de contratación y, tras la apertura del Sobre "Uno" que contiene la documentación administrativa, se procedió a la admisión de los tres licitadores. En la misma sesión se procedió, en acto público, a la apertura del Sobre "Tres".

La Mesa de contratación acordó solicitar al responsable técnico del área informática, la emisión del correspondiente informe acerca de los criterios de evaluación posterior de acuerdo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), que rige el contrato.

Con fecha 20 de diciembre de 2018, se reunió la Mesa de contratación para dar cuenta del informe técnico emitido, asumiendo el contenido de dicho informe. Según obra en el expediente, la Mesa de contratación determinó que la oferta presentada por la empresa "CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE, S.A.U." estaba incursa en presunción de temeridad y decidió darle audiencia a fin de que justificase los términos de su oferta.

En sesión del 15 de enero de 2019, la Mesa de contratación acordó, tras el examen de la documentación aportada por la empresa "CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE, S.A.U.", proponer al órgano de contratación la admisión de la empresa por considerar justificada su oferta.

Asimismo, se dio cuenta de la puntuación global obtenida por los licitadores admitidos que por lo que a este Acuerdo interesa y para el Lote A son:

1. CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE S.A.U. 84,42 PUNTOS.
2. TEKNOSERVICE, S.L.: 70,83 PUNTOS.
3. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. 63,74 PUNTOS.

Por último, la Mesa de contratación acordó proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la empresa "CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE, S.A.U.", por ser la oferta económicamente más ventajosa.

Tercero.- Con fecha 18 de febrero de 2019, mediante Decreto, se resolvió la adjudicación del contrato. Dicha adjudicación fue notificada electrónicamente a los licitadores en la misma fecha y asimismo fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 20 de febrero de 2019.

Cuarto.- Con fecha 8 de marzo de 2019, don M.I.C. presentó, en nombre y representación de "TEKNOSERVICE, S.L.", en el Registro General del órgano de Contratación, recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia.

El recurso –en extracto– manifiesta su disconformidad acerca de la adjudicación cuestionando el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT por la empresa adjudicataria. Además, alega una falta de transparencia en la actuación del órgano de contratación concluyendo que el órgano de contratación haya podido aceptar una proposición corregida a posteriori por el adjudicatario. En virtud de ello solicita la nulidad de la adjudicación y la exclusión de la adjudicataria.

Quinto.- Una vez recibido el recurso, se constató en el mismo la existencia de varios defectos en la acreditación de su firmante y en la de sus propios representados.

En consecuencia, el 15 de marzo de 2019, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón requirió a la recurrente la subsanación de esas deficiencias, otorgando un plazo de tres días hábiles para atender el requerimiento. El 19 de marzo de 2019 fue recibida la documentación interesada para la subsanación.

Sexto.- Con fecha 22 de marzo de 2019 por este Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, se notificó la interposición del recurso a los restantes interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), otorgándoles un plazo de cinco días para formular alegaciones. Se han recibido alegaciones de la empresa "CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE S.A.U", oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "TEKNO SERVICE, S.L." para interponer recurso especial así como su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1.a) de la LCSP, al tratarse de una empresa que ha participado en la licitación de referencia, ostentando por tanto un evidente interés legítimo en que prospere el recurso.

También queda acreditado que el recurso tiene por objeto la adjudicación de un contrato de suministro y cuyo valor estimado es superior a 60.000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la de la Ley 3/2011, de

24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), en relación con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en los que se fundamenta el recurso y la resolución de los mismos requiere analizar si, tal y como cuestiona "TEKNO SERVICE, S.L.", las actuaciones del órgano y la Mesa de contratación se han ajustado al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, a los pliegos que constituyen la ley del contrato, como viene afirmando, reiteradamente, este Tribunal administrativo en su doctrina y así como la jurisprudencia.

En el escrito de recurso se afirma, de una manera algo confusa, que la oferta de la empresa que ha resultado adjudicataria, no se ajusta a las especificaciones técnicas exigidas por los Pliegos. Concretamente la recurrente sostiene que el PPT exigía que el equipo informático a suministrar en el Lote A del contrato de referencia impugnado, debía disponer, como conectores mínimos, 2 USB 2.0 o superior y 1 HDMI y que la oferta de adjudicataria incumplía tales especificaciones, al carecer su equipo del conector HDMI.

Para acreditar tal afirmación la recurrente en su escrito señala lo siguiente:
«*No resulta una cuestión discutida que el equipo ofertado por Caixabank Equipment Finance, S.A.U. carece de un conector HDMI integrado en el equipo ya que tanto la Mesa de Contratación como la entidad licitadora así lo han reconocido. Ahora bien, aquí radica el quid de la cuestión, pretenden solventar esta deficiencia técnica a través de la utilización de un adaptador, que además, no se mencionaba en la oferta inicial (esta cuestión será desarrollada como segundo motivo de impugnación). Lo que en opinión de esta parte falsea la*

competencia e infringe el principio de igualdad entre los licitadores por lo que estas consideraciones deben ser valoradas por este Tribunal. Y más, la decisión de la Mesa de Contratación se sustenta en un Informe que carece de discrecionalidad técnica, que únicamente expresa una mera opinión o conocimiento profesional que, aun cuando fuera cualificado, no implica la existencia de presunción de acierto iuris tantum (se invoca al respecto, entre otras, la Sentencia 187/2015, de 11 de marzo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid)».

Frente a ello, el órgano de contratación opone lo siguiente:
«*Consecuencia del citado escrito, presentado por la recurrente, el Jefe de los Servicios Informáticos de la Diputación Provincial de Huesca, con fecha 25 de enero pasado, emite informe en el que consta lo siguiente:*

"….

2.- En el anexo 1 incluido en la documentación presentada en la oferta de la empresa propuesta como adjudicataria (se adjunta el documento) figura que la marca y modelo del equipo del LOTE A es: ***HP ProOne 400 G4 23.8 AIO.***

3.- En la página 8 del documento "Pro One 400 QuickSpecs", incluido en la documentación contenida en la oferta presentada por la empresa propuesta como adjudicataria (se adjunta), se especifica que el puerto HDMI es elegible en el momento de solicitar una configuración del equipo.

4.- Dentro de la documentación aportada por el adjudicatario a requerimiento de la Diputación Provincial se incluye la factura proforma número PF05-000017 emitida por Servicios Microinformática, S.A. que es el proveedor técnico del adjudicatario. En este documento puede verse que el puerto HDMI está incluido. Este documento se aporta al expediente para clarificar mi respuesta aunque ***debo destacar*** *que no forma parte de la documentación presentada en la oferta original por lo que, en mi opinión, no debe ser de difusión pública.*

*Y por todos los motivos expuestos anteriormente, informa que no procede la exclusión del material presentado, para el lote A, por la e*mpresa *Caixabank Equipment Finance SAU, puesto que cumple con los requerimientos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas."*

De acuerdo con lo señalado por el recurrente, respecto al incumplimiento de la empresa adjudicataria, al existir la opción de un adaptador, hay que señalar que el equipo ofertado a la Diputación llevará el puerto HDMI incorporado en el equipo, sin que sea necesario la utilización de un adaptador para su uso, según se deduce del contenido del apartado 3 del informe anteriormente citado».

La adjudicataria por su parte, se opone a la nulidad instada en el recurso interpuesto y afirma en su escrito de alegaciones lo siguiente:

«*Igualmente TEKNOSERVICE, S.L. manifiesta en el Hecho Sexto del recurso antes referido, que en fecha 29 de enero de 2019 "se publica Acta en respuesta a un escrito presentado por TEKNOSERVICE, S.L., en el que se informaba de los incumplimientos técnicos de los equipos ofertados por la entidad Caixabank Equipment Finance, S.A.U.", y que "dentro de la documentación aportada por el adjudicatario a requerimiento de la Diputación Provincial se incluye la factura proforma número PF05-000017 emitida por Servicios Microinformáticos, S.A., que es el proveedor técnico del adjudicatario. En este documento puede verse que el puerto HDMI está incluido. Este documento se aporta al expediente para clarificar mi respuesta aunque debo destacar que no forma parte de la documentación presentada en la oferta original por lo que, no debe ser de difusión pública".*

A este respecto, debe indicarse que en fecha 20 de diciembre de 2018, la Mesa de Contratación requirió a Caixabank Equipment Finance, S.A. para que justificase su proposición, es decir, la base de su oferta económica para el Lote A, con el objeto de apreciar si podría ser considerada anormalmente baja. Caixabank Equipment Finance, S.A., atendiendo al requerimiento recibido, presentó su respuesta a la Mesa de Contratación, en tiempo y forma conforme

a lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, en fecha 07 de enero de 2019, mediante la cual se confirmaba que el precio de venta de los ordenadores por parte de Servicios Microinformáticos, S.A. a Caixabank Equipment Finance, S.A. es el que se recogía en la factura proforma (presupuesto) PF05-000017. Se adjunta, como Documento número 2, copia del requerimiento recibido, como Documento número 3, copia de la respuesta emitida frente al mismo por parte de Caixabank Equipment Finance, S.A., y copia de la factura proforma PF05-000017.

A la vista de la documentación aportada, es evidente que la afirmación que efectúa TEKNOSERVICE, S.L. en el recurso presentado es totalmente errónea, dado que, en primer lugar, ni Caixabank Equipment Finance, S.A.U. ni la Mesa de Contratación han reconocido en momento alguno que los equipos ofertados carezcan de un conector HDMI integrado; en segundo lugar, cabe indicar que Caixabank Equipment Finance, S.A. no ha presentado la factura PF05-000017 para reofertar o corregir su oferta respecto del puerto HDMI, dado que el escrito presentado por TEKNOSERVICE, S.L. antes mencionado es posterior a la presentación de la referida factura, que se aportó única y exclusivamente para atender el requerimiento recibido y clarificar, por tanto, las condiciones económicas a petición de la Mesa de Contratación.

Por otra parte, es de especial relevancia indicar que la aseveración que efectúa TEKNOSERVICE, S.L. respecto de la no existencia de puerto HDMI y la necesidad de utilización de un adaptador en los equipos ofertados por parte de Caixabank Equipment Finance, S.A. para el Lote A, proviene de una interpretación subjetiva y equivocada y, por tanto, no es acorde con la realidad; ello así porque, en ningún apartado de la documentación presentada en la oferta original se indica que los equipos carezcan de puerto HDMI y, menos todavía, que, como consecuencia de ello, se deba utilizar un adaptador. En las especificaciones técnicas de los equipos ofertados (HP ProOne 400 G4 23.8 AIO) el fabricante (Hewlett Packard) que recoge en su catálogo general (documento "QuickSpecs"), el cual se aportó junto con el resto de la

documentación de la oferta original, se indica que dichos equipos podrán configurarse escogiendo entre la instalación de un adaptador (DisplayPort 1.2) o de un puerto HDMI 2.0 de serie, motivo por el cual Caixabank Equipment Finance, S.A. escogió la opción de equipos con puerto HDMI 2.0 de serie a fin de cumplir con los requisitos recogidos en el pliego de prescripciones técnicas, tal y como ha quedado debidamente acreditado a través de la factura proforma PF05-000017 anteriormente mencionada y aportada a requerimiento de la Mesa de Contratación».

Una vez expuestos los términos del debate, la resolución del mismo exige partir del hecho de que la finalidad del recurso especial es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que analiza la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y realiza su valoración, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable, tal y como viene sosteniendo reiteradamente este Tribunal (Acuerdos 3/2015, de 9 de enero, 11/2017, de 6 de febrero, y 96/2017, de 5 de septiembre).

Este criterio es igualmente defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) que advierte que, cuando se tratan cuestiones que evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos (Resoluciones 176/2011, de 29 de junio, y 516/2016, de 1 de julio). De tal manera que corresponde a este Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, las valoraciones de las propuestas se ajustan a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente (Acuerdo 23/2012, de 28 de junio).

Partiendo de esta doctrina, este Tribunal administrativo, a la vista del expediente, del informe técnico obrante en él y de la justificación del informe

del órgano de contratación al presente recurso y teniendo además en cuenta que la recurrente no ha llevado a cabo la más mínima actuación probatoria al objeto de acreditar el desacierto del criterio técnico de la Administración, limitándose a fundar la afirmación del incumplimiento de la prescripción técnica controvertida en que ni la Mesa de contratación ni la adjudicataria «*lo discuten*», cuando de lo transcrito de forma literal del informe del órgano, así como de las actas de las sesiones de las Mesas de contratación y del escrito de alegaciones de la adjudicataria, se deriva precisamente lo contrario, no cabe sino concluir que la recurrente no logra destruir la presunción de acierto que a su favor tienen los informes técnicos de los órganos de contratación, por lo que se debe desestimar este motivo del recurso.

TERCERO.- En el segundo y último motivo de recurso, la recurrente afirma que se ha producido en el seno del procedimiento de referencia, un trámite de aclaraciones a resultas del cual la adjudicataria ha corregido su oferta. Así, señala en su escrito que:

«*En concreto, Caixabank Equipment Finance, S.A.U. en su proposición acompañó "diversa documentación de las características técnicas de los equipos" (vid. documento nº 5), pero ninguna mención a que su oferta incluyera los adaptadores con la que ahora pretenden solventar la deficiencia técnica de los equipos. Y resulta extraño que tras que esta parte informara, mediante escrito de 25 de enero de 2019 (que se acompaña como documento nº 9), a la Mesa de Contratación sobre este extremo, sea cuando se acuda a una factura proforma que no se acompañó a la oferta ni tampoco constaba publicado nada sobre ella ni sobre ninguna aclaración técnica*».

El órgano de contratación en su informe, así como la adjudicataria en su escrito de alegaciones, se oponen asimismo a este motivo. En el primero de ellos se señala lo siguiente:

«*En relación a este motivo conviene señalar que, en el expediente tramitado, no consta solicitud alguna de aclaración de ofertas, por lo que no puede hablarse ni de "presunto" ni de "real", por no existir trámite alguno de aclaración de ofertas, por lo que, si no existe, nada se infringe.*

El recurrente basa ese trámite de aclaración en la factura proforma presentada por la adjudicataria. Factura emitida por la empresa Semic, Effectiva It Solutions, empresa proveedora de la adjudicataria.

Hay que recordar que dicha factura proforma se presentó por la empresa adjudicataria en el plazo que se le concedió para justificar su oferta, inicialmente incursa en presunción de anormalidad, en virtud del art. 149 LCSP, que exige tramitar el correspondiente expediente para que el licitador pueda justificarla antes de proceder a su exclusión. Difícilmente entonces puede formar parte de la oferta inicialmente presentada, y por ese motivo el Jefe de los Servicios Informáticos, en su informe de 25 de enero, indicó que dicha factura no forma parte de la oferta original.

Por ello no es cierta la afirmación del recurrente al señalar que, después de que él informara, se acudiera a la factura proforma. Hay que recordar que la factura proforma-fechada el día 24/12/2018- es anterior al escrito presentado por la recurrente advirtiendo de incumplimientos técnicos -23 de enero de 2019- Factura que, como ya se ha indicado, se presentó para justificar la presunción de anormalidad de la oferta presentada. En este sentido, y según consta en la justificación aportada por la empresa Caixabank, dicha factura es la que tuvo en cuenta para presentar la oferta en la licitación convocada.

Y es, precisamente esa factura proforma, uno más de los documentos en los que se acredita el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas».

Pues bien, comprobado el relato fáctico y temporal del informe del órgano de contratación acerca de lo sucedido en el procedimiento, a través del examen del expediente administrativo y, por tanto, comprobada la inexistencia de trámite alguno de aclaraciones, ni de corrección o modificación alguna de la

oferta presentada por parte de la adjudicataria, procede también desestimar el motivo analizado y el recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa "TEKNOSERVICE, S.L".

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

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 sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la

interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.