



Recurso nº 681/2018 C. Valenciana 169/2018

Resolución nº 734/2018

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

En Madrid, a 27 de julio de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. Juan de Dios Fernández Sillero en representación del mercantil BIOS TECHNOLOGY SOLUTIONS SL (BIOS o “el recurrente” en lo sucesivo) contra el acuerdo de 8 de junio de 2018 por el cual el órgano de contratación acuerda excluir a la recurrente del servicio de contratación expediente 44/17 “*renovación de los medios audiovisuales de las aulas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*”, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En DOUE de 3 de marzo de 2018 se publicó anuncio de licitación del presente contrato. El contrato en cuestión es contrato de suministro para la renovación de los medios audiovisuales de las aulas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, con un valor total estimado de 809.090,92 euros, y doce meses de duración.

Se establecen como criterios de adjudicación por procedimiento abierto:

- Criterio de calidad en cuanto a las “Características técnicas y memoria de calidades”: características técnicas de losPCs: procesador: Intel Core i5 de última generación: 1 punto; Intel Core i7 de 7ª generación: 2 puntos; IntelCore i7 de última generación: 2,5 puntos / Ponderación: 2.5
- Criterio de calidad en cuanto “Características técnicas y memoria de calidades”: características técnicas de losPCs suministrados: memoria RAM: 12 MB: 1 punto; 16 MB: 2 puntos; 32 MB: 2,5 puntos / Ponderación: 2.5



- Criterio de calidad en cuanto a “Características técnicas y memoria de calidades: mejoras en las características técnicas de los proyectores”: horas de funcionamiento más de 20 000 h: 5 puntos hasta 30.000 h; 10 puntos más de 30.000 h / Ponderación: 10
- Criterio de calidad en cuanto a “Características técnicas y memoria de calidades: mejoras en las características técnicas de los proyectores”: luminosidad más de 3.500 lúmenes: 5 puntos hasta 5.000 lúmenes; 10 puntos más de 5 000 lúmenes / Ponderación: 10
- Criterio de calidad en cuanto “Características técnicas y memoria de calidades”: mesa de profesor: se valorará robustez, durabilidad, tipo de material y acabado: 5 puntos; ergonomía y facilidad de manejo de los componentes: 5 puntos / Ponderación: 10
- Criterio de calidad en cuanto “Características técnicas y memoria de calidades”: sistema de control: sistema actual de que dispone la Universidad: 3 puntos; otros sistemas: 2 puntos / Ponderación: 5
- Criterio relativo al coste en cuanto a Garantías adicionales / Ponderación: 15
- Criterio relativo al coste Oferta económica / Ponderación: 45
-

Análoga publicación se produce en el Boletín Oficial del Estado y en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 6 de marzo de 2018.

Segundo. En 19 de febrero de 2018 se había aprobado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Este pliego establece, como criterios de adjudicación:

- **Criterios cuantificables mediante juicio de valor, 40 puntos,**
- **Criterio cuantificables mediante fórmula, 60 puntos:**
 - o **La oferta económica, 45 puntos, y**
 - o **El plazo de garantía, 15 puntos.**

En cuanto a la forma de evaluar los criterios y, en relación con las características técnicas y memoria de calidades (40 puntos), se tendrá en cuenta que, para este criterio, se propone un umbral mínimo de 10 puntos.



Las ofertas se evaluarán según los siguientes criterios: mejoras en las características técnicas de los proyectores (20 puntos: luminosidad y horas de funcionamiento), sistema de control (5 puntos: 3 si es el sistema actual y 2 si es otro sistema), mesa de profesor (10 puntos: robustez, durabilidad tipo de material y acabado, por un lado, y ergonomía y facilidad de manejo de los componentes), características técnicas de los PCs suministrados (5 puntos: procesador y memoria), en la forma proporcional explicitada en el anuncio.

Además, el apartado 13 establece la necesidad de presentar muestras.

El 3 de noviembre de 2017 se había aprobado el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). Este pliego establecía, después de descripción de la situación actual y el análisis del proyecto de instalación propuesto, las características de las muestras (5.1). Exigía así: “Los licitadores presentarán junto con el proyecto de instalación *propuesto*, una muestra de los siguientes elementos ofertados que se ajustarán a las características técnicas exigidas: una mesa audiovisual, un videoprojector, un PC completo con monitor incluido, que el caso de ser adjudicatario se utilizará para realizar la imagen que se proporcionará a la empresa para que suministren los equipos maquetados, una interfaz de control de medios audiovisuales (botonera), un amplificador y altavoces, una caja de conexiones, un sistema de control integrado en el caso de no reutilizar los AMEXNI700”.

Los Pliegos no fueron impugnados por el hoy recurrente.

Tercero. En sesión de fecha 20 de abril de 2018 se procedió a la apertura de la documentación técnica (sobre B), emitiéndose el correspondiente informe técnico sobre las ofertas presentadas, de la que resulta una puntuación para la recurrente de 8,5 puntos, según el cuadro siguiente:

PROYECTOR	Luminosidad	0
	Horas de funcionamiento	0
SISTEMA DE CONTROL	Sistema actual	0
	Otro sistema	2



MESA PROFESOR	Robustez, durabilidad...	1
	Ergonomía...	1
PC	Procesador	2
	Memoria RAM	2,5
PUNTUACIÓN		8,5

La anterior puntuación tiene su fundamento en un informe técnico que expresa:

- La empresa Bios indica en su oferta técnica que ofrece proyector OPTOMA DZ550T, pero entrega como muestra el modelo ZH510T.
- Para evaluar las características técnicas del ofertado, se acude a la web del fabricante (adjunta a las características entregadas por Bios en su oferta técnica) pero no se obtienen resultados para el modelo ofertado. Sí se obtienen las características del modelo ofrecido en la muestra, pero, dada la discrepancia, se valora con 0 el proyector.
- En cuanto a la valoración de la mesa del profesor, no se puede valorar la robustez, dado que la muestra ha llegado completamente desmontada; no dispone de cerraduras; al ser lacada, puede resultar marcada por el uso diario; el tipo de material hace que sea muy pesada; el acabado puede ser peligroso y facilitar el despegue de los cantos. En cuanto a la ergonomía y facilidad de manejo, el compartimento para PC no tiene cerraduras, ni cuenta con bastidor para anclar el equipo y las rendijas de ventilación son insuficientes; no cuenta con una caja de conexiones instalada y el monitor queda demasiado alejado del profesor.

Cuarto. Visto que la puntuación anterior es inferior a 10, se acuerda no evaluar la oferta económica, sino excluirla, a través del acuerdo de 8 de junio de 2018, impugnado, que se notifica al recurrente en fecha 15 de junio de 2018.



Quinto. En fecha 6 de julio de 2018 se interpone el presente recurso, alegando la recurrente, en síntesis:

- Que la exclusión incurre en arbitrariedad al excluir la valoración de las características técnicas de los proyectores que ofrece por el mero hecho de que el modelo ofertado no existe en la web del fabricante. Es así que no se exige por el PPT que los bienes que ofrecieran se encontraran publicados por el fabricante en su página web.
- El acuerdo no motiva las razones por el que el modelo indicado en la oferta técnica no es coincidente con la muestra, por lo que lo anterior se considera un error de hecho. Adjunta certificado del fabricante OPTOMA en que constata que el modelo ofertado por la recurrente figura en su catálogo “reservado a integradores especializados” en tanto la muestra fue facilitada por el fabricante y responde íntegramente a las características técnicas y hojas de datos que figuran en la memoria.
- Cita la doctrina del particular sobre la arbitrariedad, así como sobre el rechazo de proposiciones.

Con fundamento en lo anterior, solicita la suspensión del expediente, la declaración de nulidad de la resolución con retroacción del expediente para la valoración de las proposiciones (incluyendo la del recurrente) así como el reconocimiento de una indemnización de mil euros a cargo del órgano contratante por la infracción legal cometida y que le ha irrogado un perjuicio.

Sexto. Remitido el expediente de contratación se adjunta informe del órgano de contratación, que recoge los hitos del procedimiento, y anuncia informe del servicio técnico, en que da cuenta de la discrepancia entre la muestra aportada y el proyector incluido en la oferta, motivando así la exclusión. Ello no obstante, no solicita, expresamente, la desestimación del recurso.

Séptimo. En 12 de julio de 2018 se dio traslado al resto de interesados para la presentación de alegaciones, habiéndolas presentado, en fecha 18 de julio, la UTE GENUIX AUDIO SL/MACRUN SL, que solicitan la desestimación del recurso, alegando, de manera sucinta:



- Que la diferencia entre el modelo entregado en muestra y el ofertado es un mayor número de horas útiles que implicaría 5 puntos adicionales, no es atendible.
- Que el proyector carece de entrada RCA de vídeo compuesto, incumpliendo el PPT.
- Que el motivo esgrimido que el que modelo ofertado está reservado a integradores especializados, no es óbice para que se aporte información sobre tal modelo públicamente. Que no resulta de recibo ofertar un modelo sobre el que no existe ningún tipo de información pública y presentar muestra de un modelo sin identificación, alterando las características de la ofertada y sin informes de laboratorio.
- Además, no existe en el mercado ningún modelo de proyector que ofrezca el número de horas de vida útiles que la oferta recoge (35.000); por tanto, si existiera tal proyector, lo lógico sería que se publicitara para obtener una ventaja sustancial respecto a los demás modelos.

Octavo. En fecha 16 de julio de 2018 se acordó la suspensión del expediente de contratación.

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 46 de la LCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de La Comunidad Valenciana, publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013. El convenio fue prorrogado mediante acuerdo de 25 de febrero de 2016 (DOCV 2 de marzo de 2016).

Segundo. Es objeto del presente recurso el acuerdo de 8 de junio de 2018 por el cual el órgano de contratación acuerda excluir a la recurrente del servicio de contratación expediente 44/17 “renovación de los medios audiovisuales de las aulas de la Universidad Miguel Hernández de Elche”.

Tercero. En aplicación del artículo 48 de la LCSP ha de entenderse que el recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso, habida cuenta de que ha sido



excluido de la contratación y, por tanto, puede invocar afectados sus intereses legítimos, de tal exclusión.

Cuarto. Se ha cumplido el requisito de plazo para interposición del recurso, previsto en el artículo 50 de la LCSP y forma de interposición, al haber sido interpuesto ante el propio Tribunal.

Quinto. La cuestión que se plantea en las presentes actuaciones es la juridicidad del acuerdo de exclusión, adoptado por el órgano de contratación.

Hay que comenzar señalando que entiende este Tribunal que la controversia no estriba en si la hoy recurrente ofertó un proyector distinto (o con características técnicas distintas) del exigido por el PPT, sino si el proyector ofertado coincide o no con la muestra presentada. No ofrece dudas a este Tribunal de que no existe tal coincidencia y de que ello no puede considerarse, como postula el recurrente, un mero error de hecho. Por tanto, ha de resolverse si tal discrepancia (entre la mercancía ofrecida y la aportada en muestra) debe tener como consecuencia la aquí aparejada por el órgano de contratación: imposibilidad de evaluar y ulterior exclusión (vista la insuficiencia de puntos de la oferta técnica) o debe implicar una consecuencia distinta.

Pues bien, vistos los términos de los pliegos de contratación y aquellos en que la controversia se plantea, resulta **ajustada a Derecho** la exclusión del actual contratante y ello, precisamente, por la imposibilidad de evaluar su oferta, por la infracción de aportar una muestra del producto ofertado. La exigencia de la muestra del producto ofertado es clara en los pliegos de contratación y ha resultado infringida por el recurrente. Bien es verdad que la infracción podría ser irrelevante si no existiera discrepancia entre el producto ofertado y el entregado como muestra, pero no es así: la discrepancia no es baladí porque conduce a la imposibilidad de evaluar las características técnicas del producto ofertado. Es más, el licitador competidor del recurrente afirma que no existe producto con las características técnicas del ofertado (35.000 horas de vida), lo cual es un argumento determinante de que la oferta es no sólo imposible de evaluar técnicamente, sino imposible de cumplir.



Es así que, consultada la página web del fabricante (<https://www.optoma.es/allprojectors>) resulta significativo que los proyectores recomendados para “sector público” ofrecen 20.000 horas de vida útil frente a las 35.000 del modelo ofertado (no de la muestra).

No resultan de aplicación los fundamentos relativos a la arbitrariedad o **falta de** motivación de los acuerdos de contratación, sino al contrario, los que exigen el cumplimiento de los términos del contrato y la presentación de muestras (fidedignas) cuando aquéllos los exijan. Es así que es doctrina constante del Tribunal la vinculación a la regulación contenida en los pliegos como “lex contractus”, así como la obligada presentación de muestras, insistimos, verdaderas o fidedignas, y la posibilidad de exclusión por infracción de tal extremo.

Podemos, por todas, recordar nuestra Resolución 485/2018, de 18 de mayo de 2018, que dispone:

“Se ha pronunciado este Tribunal, asimismo en recurso contra la exclusión en contrato marco de suministros sobre la insubsanabilidad de presentación de muestras (en este caso, la presentación de la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos técnicos) en resolución de 2 de marzo de 2018 (resolución 210/2018):

«La necesidad de que se presenten muestras en las condiciones establecidas por el pliego ha sido reiterada por este Tribunal, así en nuestra Resolución 1166/2017, la 802/2017, o la 804/2016, so pena de exclusión del licitador. Decíamos en la 802/2017 que “No podemos dejar de señalar que, constituye doctrina sentada por este Tribunal que los Pliegos constituyen la ley del contrato, en primer lugar, como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre



aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.

Por otro lado, según decíamos en la Resolución 763/2014, recogida en la Resolución 962/2015 de 19 de octubre, el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna”.

Recordemos que ya desde nuestra Resolución 49/2017, hemos señalado que el carácter vinculante de los pliegos sólo puede cuestionarse si se alega una causa de nulidad de pleno Derecho (que no es el caso) y además se diera el supuesto de que un “licitador razonablemente informado y normalmente diligente” “no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión”; de lo cual tampoco aparecen indicios en nuestro caso.

Y hemos afirmado la insubsanabilidad del defecto referido a la falta de presentación de muestras, pues en este caso hubiera supuesto la nueva aportación de muestras, incorporando las omitidas, lo que supondría una nueva oferta con quebranto de la igualdad entre licitadores: En la Resolución 1089/2016 recordamos que “Por otro lado, sobre la hipotética posibilidad de acordar la subsanación de la falta de aportación de muestras, no se considera sea procedente. En este sentido, este Tribunal, entre otras, en la Resolución 158/2013, citada por la también antedicha, ha señalado: “En cuanto a la doctrina de aplicación a la subsanación de errores, ya señalamos, entre otras en nuestra Resolución 297/2012, que “En este sentido como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera:



Ante todo, se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.

En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA).

Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación".



Añadíamos que “Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, (...)”.

Ahora bien, deben ponderarse, como se indica en la Resolución 104/2012, los principios apuntados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”».

La doctrina anterior nos lleva a interrogarnos sobre si el guante de la recurrente cumplía las prescripciones técnicas, pero no se acreditó así en su proposición, o no cumple tales prescripciones. La respuesta se avanza en el expediente por el órgano de contratación, que pretendió medir la muestra de manera infructuosa porque por lo arrugado que se hallaba el guante no consiguió hacer tal medición. Superando tal estadio, el hecho de que los guantes no cumplen las prescripciones técnicas, resulta acreditado por el estudio que se adjunta al recurso. Es así que, si bien se prueba la anchura requerida con la diferencia



de ± 5 mm, tal estudio acredita unas dimensiones de longitud que incumplen los parámetros del PPT, por cuanto se exige una longitud, en todas las tallas de, al menos, 290 mm y la longitud comprobada es de 280, 270 y 279 mm (respectivamente, tallas P, M y G); todas ellas inferiores a la de ≥ 290 mm requerida.

Todo ello demuestra la inexactitud de la ficha técnica aportada y el incumplimiento de los requisitos exigidos por el PPT.”

Es decir, si en el caso referido era conforme a Derecho la exclusión porque el guante de muestra no cumplía las prescripciones técnicas, y la muestra no permitía la medición, resulta igualmente jurídica la exclusión ahora controvertida, porque resulta imposible la evaluación de las características técnicas del producto.

Así, está justificada la valoración 0 del proyector y, no superando el umbral de 10 puntos de la oferta técnica, la no valoración de la económica.

La desestimación del recurso evidencia que no puede otorgarse indemnización alguna por los perjuicios causados, precisamente porque tales eventuales perjuicios son jurídicos. Ello no obstante, queda precisar que el presente contrato queda regido por el anterior TRLCSP y no por la Ley 9/2017, resultando de referencia el art. 47.3 de aquél, sin que haya lugar al otorgamiento de indemnización alguna.

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 contra el acuerdo de 8 de junio de 2018 de la Universidad Miguel Hernández, de Elche, por el cual se excluye del expediente de contrato 44/17 para la renovación de los medios audiovisuales de las aulas de la Universidad a la hoy recurrente.



Segundo. Levantar la medida cautelar adoptada, de conformidad con lo establecido en el art. 47.4 TRLCSP.

Tercero. No apreciar mala fe o temeridad, a efectos de imposición de la penalidad prevista en el art. 47.5 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.