



EB 2015/126

Resolución 127/2015, de 16 de noviembre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SOLUTIA INNOVAWORLD TECHNOLOGIES, S.L. frente a su exclusión del contrato de “adquisición de miniportátiles para 5º y 6º de Primaria y 1º y 2º de ESO de centros docentes dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura”, tramitado por la Administración General del País Vasco.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 19 de octubre de 2015 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial interpuesto por Don V. R.E. frente a la exclusión de la empresa SOLUTIA INNOVAWORLD TECHNOLOGIES, S.L. (en adelante, SOLUTIA) de la licitación del contrato de “adquisición de miniportátiles para 5º y 6º de Primaria y 1º y 2º de ESO de centros docentes dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura”.

SEGUNDO: El mismo día de su entrada el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador. El expediente del contrato y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) han tenido entrada el día 23 de octubre de 2015.



TERCERO: Mediante Resolución B-BN 24/2015, de 3 de noviembre, el OARC / KEAO ha acordado estimar la petición de medida cautelar de suspensión del procedimiento, solicitada por el recurrente.

CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido las de INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación de los recurrentes y la representación de Don V. R.E. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada (artículo 15 del TRLCSP). El contrato recurrido tiene un valor estimado de 867.690,00 €.

TERCERO: El artículo 40.2 b) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial «Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»

El acto recurrido es el acuerdo adoptado el 25 de septiembre de 2015 por la Mesa de contratación que resuelve «(...) no admitir la proposición presentada por SOLUTIA INNOVAWORLD TECHNOLOGIES, S.L. por no cumplir la muestra presentada el pliego de bases técnicas.»

CUARTO: El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de administración pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) SOLUTIA ofertó el equipo Vexia edubasic 11, del fabricante Vexia/Crambo. En el apartado de “Conectividad” de la oferta se especificaban los siguientes extremos: “10/100Mb Base-TX Ethernet LAN / WiFi 802.11 A/G/N/ Bluetooth”, que se ajustaban a las características mínimas del pliego de la licitación, como prueban las comunicaciones cruzadas vía e-mail durante el curso del procedimiento, de las que se deduce que han respondido puntualmente a cuantas cuestiones se le han ido poniendo de manifiesto por el órgano de contratación.

El 21 de septiembre de 2015 se les comunicó telefónicamente que su oferta era la más ventajosa, requiriéndoles además la presentación de una muestra, petición que se verificó el día 23 de septiembre. Atendiendo al requerimiento, el mismo día salió de los almacenes del fabricante una muestra que se entregó en el registro del órgano de contratación al día siguiente. Como el plazo de presentación era fugaz (48 horas), la muestra remitida fue un prototipo del que disponía en ese momento el fabricante, que incorporaba una tarjeta para conexión WiFi con la tecnología Wifi 802.11 b/g/n, el más extendido actualmente en el mercado. En cuanto a la diferencia entre el protocolo exigido y el entregado, señala el recurrente que el acuerdo de exclusión reconoce que se trata de matiz a la que no se concede mayor importancia, pero luego da por supuesto que al incorporar la tarjeta de conexión WiFi la tecnología b/g/n, en lugar de la a/g/n requerida en la licitación, no va a poder cumplir las características técnicas requeridas, obviando que este dispositivo monta indistintamente las tarjetas Realtek RTL8723BE e Intel modelo 3160AC.

El acuerdo de exclusión carece de sustento puesto que se han comprometido a suministrar unos equipos con todas las características y especificaciones



técnicas que constan en la oferta, por lo que debe prevalecer la oferta escrita. En definitiva, lo que se presentó en el perentorio plazo de 48 horas fue un mero prototipo, pero no el dispositivo final que incorporará la tecnología requerida (a/g/n), del mismo modo que el teclado incorporará la letra “ñ”. Además el fabricante Vexia / Crambo asegura que se ha producido un mero error material, subsanable cuando hayan de montarse los dispositivos finales, que se corresponderán con la oferta, incorporando el módulo Intel modelo 3160AC.

Insiste el recurrente que aplicando la misma forma de proceder del órgano de contratación, pidiendo aclaraciones durante el procedimiento, se podría haber aclarado la cuestión de la tarjeta o módulo para conectividad vía WiFi, incluso dentro de plazo de 48 horas otorgado que expiraba el 25 de septiembre, fecha en la que se reunió el Servicio de Sistemas de Información, y en ese momento se podría haber aclarado con una simple llamada telefónica la discrepancia entre el modelo de tarjeta Wifi ofertada y la muestra presentada dentro del plazo exigido. Al no hacerlo así se les ha privado de la oportunidad de subsanar y aclarar en este aspecto su oferta, donde claramente se comprometen a suministrar equipos con las características técnicas exigidas en los pliegos.

Alude al artículo 28.2 de la carátula del PCAP y señala que el requerimiento de la muestra quedaba a discrecionalidad de la Mesa de contratación, lo que demuestra que lo relevante es la oferta escrita que se ajusta plenamente a los requisitos del pliego.

Menciona la jurisprudencia europea sobre aclaración de ofertas contenida en las sentencias de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal General, asunto T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV, y de 29 de marzo de 2012, del Tribunal de Justicia, asunto S-599/2010, Slovensko, cuyo límite está en la prohibición de modificación de las ofertas. Esta doctrina jurisprudencial considera contrario al principio de buena administración rechazar una oferta ambigua o que presente errores manifiestos sin solicitar antes aclaraciones al licitador. En sentido similar, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de



1999 y 21 de septiembre de 2002 y las Resoluciones 64/2012 y 319/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC).

Concluye que debió de requerírsela para que aclarase o subsanase la discrepancia observada entre el tipo de tarjeta para conexión WiFi descrita en la literalidad de la oferta y la que, por tratarse de un componente de serie, incorporaba la muestra o prototipo enviado a requerimiento de la Mesa de contratación, sin que se pusiera de manifestó ninguna incidencia al acusar recibo cuando todavía faltaban 24 horas para la expiración del plazo otorgado.

b) Solicita la admisión del recurso y la anulación del acto de exclusión y el dictado de un nuevo acuerdo de admisión de su oferta que habrá de ser la adjudicataria del contrato por ser la más ventajosa para la administración contratante.

SÉPTIMO: El poder adjudicador, en su informe al recurso, argumenta que:

a) El recurrente tuvo tiempo suficiente para tener preparada una muestra para el caso de que resultase la oferta más ventajosa, por lo que no es cierto que tuviera 2 días sino que tuvo dos meses para tener la muestra preparada para el caso de que se le solicitase. Señala, además, que presentó en la oferta económica del sobre “B” los informes de rendimiento sysmark 12 y de duración de la batería mobile mark 2012, que eran criterios de adjudicación, por lo que no se explica cómo tras haber realizado estos informes no disponían de una muestra o equipo.

Insiste el informante en que el recurrente tuvo incluso 4 días para preparar la muestra ya que se le indicó, primero telefónicamente (21 de septiembre de 2015) y después por escrito (23 de septiembre de 2015), de que tenía que presentar la muestra, que se presentó en un plazo inferior a 24 horas. Por otra parte, añade que la recepción de la muestra no implicaba su aprobación, sino



que la siguiente actuación fue enviarla al Servicio de Sistemas de Información para que la analizaran.

b) Según el Anexo I del manual del fabricante, la tarjeta inalámbrica sólo dispone de los estándares 802.11b/g/n; mientras que la administración solicitaba que la tarjeta inalámbrica fuese 802.11.a/g/n, lo que quiere decir que tenía que soportar los estándares 802.11a, que trabaja en la frecuencia de 5GHz; 802.11g, que trabaja en la frecuencia de 2.4GHz y 802.11n, que puede trabajar en las dos frecuencias si la tarjeta lo permite. Entre los requisitos del PBT se solicitó que la tarjeta soportara el estándar 802.11a, porque era importante que el nuevo equipo pudiese trabajar tanto en la frecuencia 2,4GHz como en la de 5GHz. Si la tarjeta no dispone de este estándar, aunque disponga del estándar 802.11n, que podría trabajar tanto en 2,4GHz como en 5GHz, éste sólo podría trabajar en la frecuencia del primero. Como dice el recurrente, la tecnología 802.11 b/g/n es actualmente la más extendida en el mercado, pero por la misma razón se puede decir que es la más saturada y que da muchos problemas de interferencias. Disponiendo de tarjetas que puedan trabajar en ambas frecuencias se pueden configurar equipos prioritarios para que trabajen en la menos saturada. Por tanto, la tecnología 802.11 b/g/n incumple con lo exigido en las bases técnicas.

c) En la oferta económica (sobre “B”) en ningún momento se habla de que el equipo va a llevar la tarjeta inalámbrica Intel 3160AC., ya que esto sólo se menciona en el recurso. Este fue uno de los motivos por los que se solicitó la muestra. El recurrente no mencionaba marcas ni modelos y únicamente indicaba que la tarjeta ofertada tenía lo que se solicitaba en el PBT. Lo que se indica es que va a disponer de una tarjeta inalámbrica “WiFi 802.11 a/g/n”. Considera extraño que si fuera a llevar de inicio la tarjeta inalámbrica indicada en recurso, no lo hubiera marcado en su oferta.

d) Sobre el error material en la entrega de la muestra del equipo y su subsanación, afirma el poder adjudicador que el apartado 28.2 de la carátula en



ningún momento contempla la subsanación de una muestra que incumple el PBT, ya que de otra manera no tendría sentido la redacción del apartado.

e) Continúa diciendo que el recurrente confunde el compromiso de ejecutar el contrato con la presentación de la muestra que se exige en la cláusula 28.2 de la carátula. El artículo 145.1 del TRLCSP señala que la presentación de proposiciones supone la aceptación de las cláusulas del contrato. A su vez, el apartado 28.2 de la carátula prevé que a la empresa que haya hecho la oferta más ventajosa se le podrá exigir la disposición de un equipo de muestra que cumpla todos los requisitos del PBT; la Mesa de contratación podrá verificar que las muestras cumplen las especificaciones establecidas en dicho pliego, siendo motivo de exclusión tanto no atender el requerimiento de entrega del equipo de muestras en un plazo de 48 horas como no cumplir las características del PBT.

f) La solicitud de la muestra tiene como objetivo comprobar físicamente que el equipo ofertado cumple con el PBT y lo ofertado por la propia empresas en el sobre “B”. El hecho de que el recurrente aluda al carácter de “mero prototipo” de la muestra enviada pone en duda la documentación justificativa del valor obtenido en el rendimiento del equipo según Sysmark 2012 y Mobile Mark 2012. Esas mediciones eran la base para la valoración de dos criterios de adjudicación y se han debido realizar sobre el ordenador miniportatil ofertado en el sobre “B”.

g) La Mesa de contratación solicitó aclaraciones sobre determinados extremos de equipo que no se incluían en la oferta, pero no puede ir contra sus propios pliegos y dejar de aplicar el apartado 28.2 de la carátula. Una de las razones para solicitar la muestra fue que en el informe del Servicio de Sistemas de Información propuso al recurrente como adjudicatario «(...) con la condición de que cumpla con lo ofertado y con lo establecido en el Pliego de Bases Técnicas. Para ello, será necesario analizar una muestra del quipo oferta con el fin de verificar algunos de los componentes del hardware que lleva».



h) Por último, se muestra contrario a la solicitud de suspensión del procedimiento, aduciendo que la interposición del recurso va a provocar que no quedará tiempo material para ejecutar el contrato antes de finalizar el año 2015 y deberá ser abonado con cargo al presupuesto de 2016, perdiendo el Departamento crédito asignado (1.049.904,90 €) ya que no habría posibilidad de emplearlo en ninguna otra necesidad.

OCTAVO: En sus alegaciones INFORMÁTICA EL CORTE INGLES manifiesta:

a) Que resulta palmario que la muestra aportada por el recurrente no cumple con el PBT porque incluye una tarjeta de conectividad 802.11 b/g/n. Cita el artículo 115 del TRLCSP, sobre el contenido de los PCAP, y el artículo 145 del propio texto refundido sobre el cumplimiento y aceptación del contenido de los PCAP por las proposiciones de los interesados.

b) Señala que la aceptación de subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, supondría implícitamente que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas, y que tal opción iría en contra de los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que recogen los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

NOVENO: Entre las características técnicas mínimas que según el punto 2. del PBT debe cumplir el ordenador miniportátil objeto de suministro, figura que para las comunicaciones el equipo a suministrar deberá disponer de tarjeta de red: Ethernet 10/100 Mbps, inalámbrica: WIFI 802.11 a/g/n.

En el sobre “B” de SOLUTIA, en lo referente a las especificaciones técnicas del equipo ofertado, se puede leer: «Conectividad: 10/100Mb Base-TX Ethernet LAN/ WiFi 802.11 A/G/N / Bluetooth»

Por tanto, la primera conclusión que se obtiene es que las características mínimas del PBT eran claras, que el licitador las comprendió y que ofertó un equipo que cumplía con los requisitos exigidos en el apartado de conectividad.



En el informe de 8 de septiembre de 2015 del Jefe del Servicio de Sistemas de Información, se propone como contratista a la empresa SOLUTIA.

La Mesa de contratación, en su reunión de 21 de septiembre de 2015, en atención a lo previsto en el apartado 28.2 de la carátula del PCAP, acordó solicitar a la empresa propuesta adjudicataria una muestra del equipo ofertado que debía estar a su disposición en el plazo de 48 horas.

En la Memoria de 25 de septiembre de 2015 del Servicio de Sistemas de Información, se informa acerca de la muestra solicitada a SOLUTIA y, en lo que a la resolución del recurso interesa, se dice que «la tarjeta de red Wifi del equipo es una Realtek RTL8723BE. Esta tarjeta no soporta conectividad WIFI 802.11 a/g/n, tal y como se solicitaba en pliegos, sino solamente WIFI 802.11 b/g/n. Por ello, solo es capaz de trabajar a una frecuencia de 2.4 GHz, en lugar de poder trabajar tanto a 2.4 GHz como a 5GHz. Se adjunta información técnica de dicha tarjeta, así como el informe sacado de la muestra con la herramienta Everest, la cual sirve para hacer un inventario de las características técnicas de un equipo.»

Finalmente, el mismo 25 de septiembre de 2015, la Mesa de contratación acordó excluir a SOLUTIA por las razones expuestas.

El requisito exigido en el apartado 2. “Características mínimas técnicas” del PBT era que la conexión WiFi fuera 802.11 a/g/n, que el licitador manifestó cumplir en su oferta técnica, aunque en el equipo de muestra solicitado era de 802.11 b/g/n con tarjeta Realtek RTL8723BE, que según el poder adjudicador no cumple con el requisito de trabajar tanto a 2.4GHz como a 5GHz. El licitador matiza este extremo diciendo que el equipo puede llevar también tarjetas modelo Intel 3160AC.

A tenor del apartado 28.2 de la carátula del PCAP, el examen de la idoneidad del equipo de muestra presentado por el licitador propuesto adjudicatario corresponde únicamente a la administración contratante, en este caso al Servicio de Sistemas de Información, y de lo expuesto se puede concluir que,



tal y como fue presentada la muestra por el licitador, no cumplía con el requisito de conexión exigido al no poder trabajar indistintamente a 2.4GHz y a 5GHz.

La siguiente cuestión es examinar si la diferente conexión del equipo de muestra es, tal y como solicita el recurrente, un error material que puede ser subsanado con facilidad o es un incumplimiento de una exigencia del PBT.

A este respecto, se debe señalar que la carátula del PCAP en su apartado 28.2 indica que «(...), a la empresa que haya hecho la oferta económica más ventajosa se le podrá exigir la disposición de un equipo de muestra que cumpla con todos los requisitos exigidos en el Pliego de Bases Técnicas y con los que ha ofertado para que pueda ser entregado a la Mesa de Contratación del Departamento para su análisis, (...)» Para más adelante añadir que «será motivo de exclusión (...) el no cumplir el equipo miniportatil con las características técnicas mejoradas ofrecidas por el licitador y las requeridas como requisitos mínimos en el Pliego de Bases Técnicas.»

La previsión de los pliegos reproducida debe entenderse como una cautela de garantía de cumplimiento del PBT, que se ejerce examinando que una muestra del equipo cumple con las exigencias técnicas, con la consecuencia, muy claramente expuesta, de que su incumplimiento será motivo de exclusión de la licitación.

Aunque sistemáticamente, la carátula incluye la solicitud de la muestra del equipo ofertado dentro de su apartado 28 “Presentación de ofertas”, lo cierto es que lo que la muestra pretende verificar es que se han cumplido las especificaciones técnicas propuestas en el sobre “B”, que incluye documentación sobre los criterios de valoración de las ofertas, y únicamente se solicita al licitador que ha sido propuesto adjudicatario. En este sentido, la muestra solicitada debe enmarcarse como un antecedente de los trámites previos a la adjudicación del contrato del artículo 151.2 del TRLCSP, que en el PCAP se incorpora en la cláusula 25.2 f) de disposición de medios.



Sobre la opción de subsanación de los documentos exigibles al licitador ex artículo 151.2 del TRLCSP, el TACRC en su Resolución 735/2014 ha manifestado que «(...) el TRLCSP no contiene ninguna previsión específica respecto de la subsanación en esta fase del procedimiento, de manera que, es de aplicación lo establecido en el artículo 151.2, párrafo segundo TRLCSP *(de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas).*»

Además, se debe añadir que el trámite del apartado 28.2 de la carátula lo que pretende precisamente es verificar mediante una muestra que los equipos a suministrar cumplen con lo exigido en el PBT, y las posibles aclaraciones a la oferta correspondían a la fase de su examen y valoración. Una vez determinada cuál era la oferta más ventajosa, no cabe la subsanación porque eran perfectamente conocidas las características técnicas a satisfacer y la sanción que su incumplimiento conllevaba.

Tampoco puede admitirse la alegación de que el plazo de 48 horas para la entrega de la muestra era perentorio. El plazo, aunque breve, era conocido de antemano por los licitadores desde que tuvieron acceso a los pliegos del contrato. Habida cuenta del número de unidades a suministrar y del valor estimado del contrato, cualquier licitador diligente que aspirara a la ejecución del contrato debería tener una muestra preparada para la entrega en el plazo exigido.

En consecuencia, no puede acogerse la impugnación del recurrente y el recurso debe ser desestimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso interpuesto por SOLUTIA INNOVAWORLD TECHNOLOGIES, S.L. frente a su exclusión del contrato de “adquisición de miniportátiles para 5º y 6º de Primaria y 1º y 2º de ESO de centros docentes dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura”, tramitado por la Administración General del País Vasco.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por Resolución B-BN 24/2015, de 3 de noviembre de 2015.

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.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2015eko azaroaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de noviembre de 2015