

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 1 de julio 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.M.D., actuando en nombre y representación de Flores Valles, S.A., contra la Resolución de 29 de mayo de 2019, de la Dirección Gerencia del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de equipamiento para la cocina del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús”, (Nº Expediente: SUMI-2019-008-PA), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 26 de marzo de 2019, se publicó en el DOUE y el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 2 de abril en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 700.000 euros.

A la licitación convocada concurren dos empresas, Fagor Industrial Sdad. Coop., y Flores Valles, S.A.

Segundo.- Tras la tramitación oportuna mediante Resolución del Director Gerente del Hospital de 29 de mayo de 2019, se adjudica el contrato a la empresa Fagor Industrial Sdad. Coop., al haber obtenido mayor puntuación en aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego.

La Resolución se notificó a la otra empresa licitadora ese mismo día.

Tercero.- El 29 de mayo de 2019, tras haberlo solicitado, la empresa Flores Valles, S.A., tuvo acceso al expediente, incluyendo la oferta de la adjudicataria tanto en formato papel como electrónico.

Cuarto.- El 11 de junio de 2019, la empresa Flores Valles, S.A presenta ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que lo remite a este Tribunal ese mismo día, recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato. Alega que la empresa adjudicataria debió ser excluida por no presentar toda la documentación técnica exigida y además incumple determinadas prescripciones técnicas requeridas en los Pliegos. Solicita al Tribunal que declare la anulación de la adjudicación del contrato.

Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56.2 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) que remitió el expediente junto con su informe preceptivo en el que se opone a los motivos del recurso y solicita su desestimación.

Quinto.- Con fecha 20 de junio de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la adjudicataria, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Ha presentado alegaciones Fagor Industrial Sdad, Coop, de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la remisión de la Resolución de adjudicación se produjo el 29 de mayo, por lo que el recurso presentado el día 11 de junio, se interpuso en plazo.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega en primer lugar que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida al no presentar toda la documentación técnica exigida en el Pliego. Argumenta que *“en el punto 5 del pliego de prescripciones técnicas se exige que deberá presentarse en formato papel Y, además en formato electrónico (CDROM, DVD o USB) la documentación que se relaciona y, como se ha indicado en los antecedentes de hecho, el adjudicatario no presentó esa documentación en el plazo previsto en los pliegos, por lo que, a pesar*

de ser un incumplimiento cuyas consecuencias debieron ser la exclusión de la licitación, la mesa de contratación optó por darle un plazo de 7 días naturales para poder subsanar ese defecto, cuando, tal defecto no es subsanable sino que es una clara causa de exclusión". Cita en apoyo de sus tesis, diferentes Resoluciones del TACRC.

El órgano de contratación en su informe al recurso expone que *“este procedimiento de contratación se tramita de acuerdo con la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que impone la contratación pública electrónica como obligatoria y que obliga a que la presentación de ofertas y solicitudes de participación se produzca utilizando medios electrónicos, sin que se encuentre incurso la presente licitación en ninguno de los supuestos excepcionales de la presentación electrónica previstos en la Disposición Adicional 15 de la Ley, pues toda la documentación técnica exigida en los pliegos podía presentarse por medio electrónico y por tanto suficiente para la correcta valoración de las ofertas. Con fecha 29 de abril tiene lugar la apertura del Sobre N°2 correspondiente a la documentación Técnica relativa ‘a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor’, establecidos en el apartado 8.2.2 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como de la documentación que, en soporte papel, ha presentado la empresa FLORES VALLES, S.A., comprobándose por la Mesa que ambas empresas aportan electrónicamente, toda la documentación exigida en el Pliego de Prescripciones Técnicas a efectos de considerar que los licitadores cumplen con dichas prescripciones. Ciertamente que por la Mesa se advierte que la empresa FAGOR no aporta en soporte papel, la misma documentación presentada telemáticamente, por lo que ‘en aras de garantizar los principios de transparencia, libertad de acceso y salvaguardar la libre competencia, acuerda dar un plazo a FAGOR INDUSTRIAL, SDAD.COOP de 2 días hábiles del para presentar en formato papel la misma documentación que consta presentada telemáticamente”*. La empresa entregó la documentación requerida en plazo. Concluye el órgano de contratación que *“la empresa FAGOR, presentó la integridad de su oferta telemáticamente dentro del plazo de presentación de las ofertas, el objeto de tener que presentar la documentación descrita en el punto 5 de*

los Pliegos de Prescripciones Técnicas, en formato papel y electrónico no es otro que el de servir de apoyo a efectos prácticos a los técnicos, pero en ningún caso como requisito indispensable para que los técnicos pudieran realizar la valoración de las ofertas. La documentación que se solicita en formato papel no es más que un duplicado o impresión de la documentación técnica que ya había sido presentada por los licitadores en el SOBRE Nº2, por lo que la documentación en dicho formato no suponía añadir documentación complementaria o distinta a la ya presentada en el SOBRE Nº 2 Documentación Técnica relativa ‘a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor’.

Comprueba el Tribunal que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) establece:

Cláusula 1 apartado 12:

“Licitación electrónica:

Se exige la presentación de ofertas por medios electrónicos: Sí,

En el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (URL <http://www.madrid.org/contratospublicos>) se ofrece la información necesaria y el acceso al sistema de licitación electrónica que debe utilizarse.

Para la presentación de ofertas por medios electrónicos deben tenerse en cuenta las indicaciones de la cláusula 11 de este pliego.

(...)

Cláusula 11. Medios electrónicos.

La utilización de medios y soportes electrónicos, informáticos y telemáticos en la presentación de proposiciones será obligatoria cuando así se indique en el apartado 12 de la cláusula 1”.

Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) determina:

“5. DOCUMENTACIÓN A ENTREGAR POR LOS OFERTANTES.

Los licitadores deberán presentar la siguiente documentación técnica en formato papel y en formato electrónico CDROM, DVD O USB la siguiente documentación:

Planos:

Plano de distribución de equipos, incluyendo Planta, Alzados y 3D en REVIT con extensión .rvt.

Plano de tabiquería acotado y detalles constructivos incluyendo cámaras frigoríficas en AUTOCAD con extensión .dwg.

Plano de acometidas: Servicios de electricidad, Servicios de gas, Servicios de agua y desagüe en AUTOCAD con extensión .dwg.

Memoria descriptiva y mediciones de todos los equipos comprendidos en el proyecto. Esta memoria deberá ser exhaustiva con representación gráfica y catálogos de cada uno de los elementos que componen la oferta.

Descripción exhaustiva de aquellas características evaluables en los criterios de valoración.

Programa de trabajo previsto en el que se detalle de forma completa y exhaustiva la ejecución de la instalación y su convivencia con la obra civil que se ejecutará en paralelo.

Listado de piezas de repuesto de cada equipo con sus despieces.

Manuales de mantenimiento y de instalación.

Detalle de un plan de formación del personal de mantenimiento del hospital”.

Resulta evidente a juicio del Tribunal que nos encontramos con una contradicción entre ambos Pliegos. Si la licitación es electrónica, como hemos visto y como exige la LCSP, es para evitar que los licitadores tengan que presentar documentación en papel.

Si como señala el órgano de contratación no se da ninguno de los supuestos de excepción a la exigencia de medios electrónicos, de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, el PPT en flagrante contradicción con lo previsto en el PCAP, no puede pedir un duplicado de la documentación en formato papel, como ha hecho, aun cuando sea por razones prácticas de los técnicos.

Por lo tanto no es que no pueda ser causa de exclusión la no aportación de un duplicado en papel de la documentación presentada electrónicamente, es que no debió exigirse esa aportación y por tanto no había causa de subsanación.

Debe recordarse que la contradicción entre el PCAP y el PPT debe resolverse con prevalencia del PCAP, que es el lugar donde constan las cuestiones relativas a la forma de presentación de las proposiciones.

En consecuencia, el motivo de recursos debe ser desestimado.

Alega además la recurrente que la oferta de la adjudicataria incurre en los siguientes incumplimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas:

1.- Discrepancia y contradicción en la documentación gráfica.

“Aparecen grafiados elementos distintos de los solicitados o faltan elementos exigidos en los pliegos.

Se observan discrepancias entre los planos entregados en formato Revit y los planos entregados en formato Autocad. Recordemos que precisamente los planos que se pudieron visualizar en papel eran la documentación que no entregaron en el plazo previsto y que presentaron con posterioridad, ante la posibilidad que les dio la mesa de subsanar ese defecto y lo que no se ha podido hacer es comprobar si los planos en papel se correspondían con los planos en formato electrónico. Es obvio que, si no se correspondieran, además, la presentación de los mismos en formato papel con posterioridad hubiera supuesto una modificación de la oferta y ello por sí mismo sería causa de exclusión pero, aun en el supuesto de que fueran los mismos planos, resulta que hay elementos distintos en los planos en formato papel de autocad y los contemplados en el plano formato Revit.

Esta discrepancia obliga a cuestionarse que es exactamente lo que se ha ofertado ya que no hay una descripción clara y uniforme sino ambigua y contradictoria”.

El órgano de contratación se refiere al informe técnico emitido con ocasión del recurso y que respecto a esta cuestión afirma: *“Los planos en AutoCAD presentados por FAGOR INDUSTRIAL SOCIEDAD COOPERATIVA coinciden exactamente con los planos del Proyecto de Arquitectura que forman la base del presente expediente sobre el que se ha dimensionado esta instalación. En el renderizado (REVIT) se han obviado las escaleras de subida y bajada a otros departamentos, sin que suponga una merma de la calidad de la presentación habida cuenta que en ellas no existe la necesidad de equipamiento de cocina que es el objeto del contrato y que es habitual en los planos en tres dimensiones con vistas interiores.*

Este tipo de situaciones con discrepancias mínimas no desvirtúan en ningún caso la claridad ni el alcance de las ofertas presentadas.

En este caso particular no existen discrepancias en los planos presentados de forma telemática (ni los de papel ya que son copia idéntica) por FAGOR INDUSTRIAL SOCIEDAD COOPERATIVA más allá de la falta de representación gráfica de la escalera de acceso a la planta superior, y sí existen por el contrario otras discrepancias, pero no son relevantes en la oferta de FLORES VALLES S.A.

Dado que los planos no son la base fundamental del presente concurso ya que además se indica en todo momento en la documentación del expediente que dichos planos y medidas son provisionales y que podrían modificarse con el transcurso de la obra no se han tenido en cuenta dichas discrepancias a la hora de la valoración técnica ya que ello no impide la correcta ejecución del fondo del contrato que es el EQUIPAMIENTO DE LA COCINA DEL HOSPITAL.

Conclusión: Aunque pueda haber alguna leve discrepancia entre los tres diferentes tipos de gráficas presentados electrónicamente (autoCAD, REVIT y renderizados REVIT), estas leves diferencias se dan tanto en la documentación presentada por FAGOR INDUSTRIAL SOCIEDAD COOPERATIVA como en la presentada por FLORES VALLES S.A. y no justifican en modo alguno la exclusión de ninguno de los ofertantes”. A continuación explica cada una de las supuestas discrepancias que la recurrente ha señalado en su recurso.

Fagor Industrial Sdad Coop, en trámite de alegaciones aclara igualmente que *“los planos en AUTOCAD presentados por FAGOR INDUSTRIAL, S.COOP.,*

coinciden exactamente con los planos de arquitectura que forman la base del proyecto sobre el que se ha dimensionado esta instalación. En el renderizado (revit) se han obviado las escaleras de subida y bajada a otros departamentos, sin que ello suponga una merma de la calidad de la presentación. Además, ello es habitual en los planos en tres dimensiones con vistas interiores". Expone una a una las razones que en cada caso explican las supuestas discrepancias.

Considera el Tribunal que a la vista del informe técnico y del escrito de alegaciones, se encuentran suficientemente justificadas las posibles discrepancias entre las presentaciones gráficas y por tanto el motivo de recurso debe desestimarse.

2.-Incumplimientos en la oferta. Mercancías con características distintas a las exigidas en los pliegos.

A juicio de la recurrente, *"En la memoria técnica del PPT que rige la licitación, existe una relación de 'control de mercancías' con diferentes posiciones y en cada una de ellas se indica la cantidad pedida y la descripción técnica, esto es, las características que ha de tener cada una de esas mercancías. Se observa que en la oferta de FAGOR INDUSTRIAL, se traslada la descripción técnica prevista en los pliegos pero luego la mercancía cuya fotografía se incorpora en la oferta no tiene las características pedidas en la memoria técnica"* A continuación describe las exigencia técnicas de distintos artículos y las discrepancias con los ofertados.

El informe técnico señala que *"gran parte de las alegaciones presentadas por la empresa recurrente se basan en las pequeñas imágenes que acompañan a la descripción técnica de cada uno de los elementos, resulta evidente que la valoración técnica debe realizarse mediante las fichas técnicas presentadas de forma electrónica para cada uno de los elementos que son las utilizadas para realizar el informe técnico de fecha 8 de mayo y presentado en la Mesa de Contratación de fecha 9 de mayo de 2019"*. Contesta además a cada una de las discrepancias alegadas por la recurrente dando prevalencia a las fichas técnicas presentadas.

Fagor Industrial Sdad Cood, por su parte alega respecto a cada incumplimiento en la siguiente forma:

“POS.47: Mesa mural regulable en altura: 2 unidades.

Esta mesa es íntegramente realizada a medida, por lo que no existe un catálogo comercial, por este motivo y para tener una referencia del elemento, se utiliza una fotografía de un elemento estándar, aunque la descripción indique exactamente las características solicitadas. Este es el motivo por el que se traslada la descripción técnica prevista en los pliegos, puesto que este elemento se fabricará en un taller realizándose con todas estas características indicadas.

POS.48: Mesa mural colgada de pared: 2 ud..

Esta mesa es íntegramente realizada a medida, por lo que no existe un catálogo comercial, por este motivo y para tener una referencia del elemento, se utiliza una fotografía de un elemento estándar, aunque la descripción indique exactamente las características solicitadas.

Este es el motivo por el que se traslada la descripción técnica prevista en los pliegos, puesto que este elemento se fabricará en un taller realizándose con todas estas características indicadas.

Se da respuesta a todas y cada una de las incongruencias señaladas por el recurrente, quedando de manifiesto que el equipamiento ofertado responde a lo requerido por el poder adjudicador y que en todo caso cualquier mínima variación responde a productos de diferente fabricante o tipo, que respetando lo previsto en el artículo 126.6 de la LCSP, ya previene el órgano de contratación en el punto 2 del PPT:

2. ELEMENTOS A SUMINISTRAR.

Los elementos a suministrar se describen detalladamente en el Anexo I.

Se admitirán pequeñas variaciones en las dimensiones y características de los equipos, siempre que no se altere su funcionalidad y el resultado conjunto.

Por otro lado, respecto a las mediciones para el encaje de los equipamientos, el propio PPT dispone en el punto 7 que todavía no se dispone de los planos definitivos de la obra civil pendiente de concretarse y así responde el órgano de contratación a la consulta realizada por ELECTROLUX PROFESSIONAL ESPAÑA

con fecha de 1 de abril de 2019: No obstante dichas mediciones podrían sufrir alguna modificación, tras la realización de la obra civil prevista en breve”.

Respecto a esta cuestión no debe olvidarse que el artículo 139 de la LCSP establece *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.*

Por tanto la circunstancia de que una determinada fotografía de un artículo no coincida con exigencias del PPT, que además admite expresamente ciertas variaciones, no puede significar sin más un incumplimiento puesto que se han presentado unas fichas técnicas cuyo contenido obliga al licitador y que se han analizado por el órgano de contratación. Además como hemos visto la presentación de la oferta implica la aceptación de todas las condiciones y exigencias contempladas en el Pliego.

Por todo ello debe desestimarse también este motivo de recurso.

En consecuencia, dado que no se aprecian incumplimientos del PPT por parte de la adjudicataria el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por

don R.M.D., actuando en nombre y representación de Flores Valles, S.A., contra la Resolución de 29 de mayo de 2019, de la Dirección Gerencia del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de equipamiento para la cocina del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, (Nº Expediente: SUMI-2019-008-PA).

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.