

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

En Madrid, a 25 de julio de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto doña M.M.S., en nombre y representación de Estudios Medioambientales, S.L. (ESMA), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 2 de julio del 2018, por el que se considera retirada su oferta del procedimiento de licitación del contrato de servicios titulado “Seguimiento de las plagas forestales y evaluación de sus poblaciones años 2018 y 2019”, expediente número A/SER-007995/2017, tramitado por la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 15, 17 y 20 de noviembre de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, Perfil de Contratante, en el BOCM y en el BOE, el anuncio de licitación del citado contrato, a adjudicar por procedimiento abierto y único criterio el precio. El valor estimado asciende a 396.732 euros.

Interesa conocer que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige el contrato, en concreto el apartado 5 de la cláusula 1, en relación con la adscripción de medios materiales establece que: *“El licitador deberá presentar una carta de compromiso para adscribir a la ejecución del contrato los siguientes*

medios materiales, dejando constancia de que se consideran como obligación esencial (de acuerdo con el artículo 223.f del TRLCSP), y por tanto, su incumplimiento da lugar a resolución: (...)

- 2 equipos informáticos con Office completo, ArcGis 9 o 10 (...).*

Para el resto de material, la empresa presentará una declaración responsable en la que haga constar la posesión de los medios exigidos, detallándose su composición y características.”

Segundo.- A la licitación se presentaron trece empresas, una de ellas la recurrente.

Mediante Orden del Viceconsejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, de 22 de marzo de 2018, se adjudica el contrato a Fomento de Técnicas Extremeñas S.L. (FOTEX), adjudicación que fue recurrida por ESMA, dictando este Tribunal Resolución nº 126/2018, de 25 de abril estimatoria del recurso.

En cumplimiento de dicha Resolución se dicta Orden nº 1053/18, de 21 de mayo de 2018, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se anula la Orden nº 621/18, de 22 de marzo, de adjudicación del contrato y se retrotraen las actuaciones al momento de requerir la documentación establecida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) al siguiente propuesto como adjudicatario; ESMA, lo que cumplimentó en tiempo y forma, el 31 de mayo de 2018.

El 15 de junio de 2018, se reúne la Mesa de contratación y a la vista de la documentación presentada por la propuesta como adjudicataria, constata que no se ajusta a lo exigido en los pliegos por lo que se concede un plazo improrrogable hasta el tercer día hábil siguiente a la publicación del requerimiento en el Perfil de contratante para que subsane, entre otros, los siguientes extremos: *“Deberá demostrar que la empresa dispone efectivamente, de los medios para la ejecución del contrato, a fecha anterior al 5 de junio de 2018, fecha de finalización del plazo de presentación de la documentación requerida como propuesto adjudicatario (...)*

b) MEDIOS MATERIALES

Deberá aportarse la licencia ArcGis 9 o 10, así como demás documentación justificativa de disponer efectivamente los medios recogidos en la carta de

compromiso de adscripción de medios materiales.”

El 2 de julio de 2018, se reúne la Mesa de contratación y de conformidad con el informe emitido el 28 de junio de 2018 por el Jefe de Sección de Defensa Fitosanitaria, considera que ESMA no ha acreditado la efectiva disposición de medios Materiales (equipos informáticos con Office completo, ArcGis 9 o 10) y acuerda tener por retirada su oferta y elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación del contrato a favor del siguiente licitador Tecmena, S.L.

Tercero.- El 12 de julio de 2018, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ESMA en el que solicita la anulación del acuerdo adoptado por considerar que ha acreditado adecuadamente la adscripción de los medios materiales requeridos y que el informe técnico que motiva su exclusión adolece de error.

Por su parte el órgano de contratación remitió el 18 de julio de 2018 al Tribunal el expediente administrativo y el preceptivo informe, conforme establece el artículo 56.2 de 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), oponiéndose a la estimación del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, el acuerdo de la mesa de contratación teniendo por retirada la oferta de ESMA fue adoptado el 2 de julio de 2018, con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica propuesta adjudicataria respecto de la que la Mesa ha considerado retirada su oferta, *“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.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptada el 2 de julio de 2018, dándose por notificada la recurrente con la publicación del acta el día 5 de julio de 2018 en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid, e interpuesto el recurso, el 12 de julio de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) del LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto se discute si con la documentación aportada por la adjudicataria a requerimiento del órgano de contratación, resulta acreditada la disponibilidad de medios materiales exigidos para la ejecución del contrato.

Afirma la recurrente en cuanto a la disponibilidad del paquete ofimático Microsoft Office, que adjuntó factura de 2 ordenadores de sobremesa que ya vienen con el sistema operativo Windows 10 instalado y con el paquete de Office PREINSTALADO. No obstante, al objeto de aclarar dudas ha solicitado confirmación al proveedor de los ordenadores, que ha confirmado mediante correo electrónico de fecha 12 de julio, que acompaña al recurso, que dichos ordenadores vienen con el Office instalado.

En cuanto a la disponibilidad de licencia ArcGis 9 o 10, explica ESMA, que aunque sugirió, como mejora, el utilizar la aplicación Q-Gis en lugar de ArcGis por las mayores ventajas que ofrece, puso a disposición del órgano de contratación la confirmación de las licencias de ESRI.ESPAÑA Geosistemas S.A. de ArcView versión 8, versión inicial adquirida, con las actualizaciones a la versión 9 y sus códigos correspondientes, que es la versión solicitada en el PCAP, aportando el albarán de 8 de octubre de 2004 y correo electrónico de 15 de octubre de 2004, donde figuran los códigos de actualización a la versión 9, si bien previamente había advertido al órgano de contratación de la prohibición contenida en el artículo 126.6 de la LCSP de exigir una marca concreta, debiendo definir el bien a suministrar por las funcionalidades de requeridas y en todo caso, de no ser posible, haciendo referencia junto a la marca a la mención “*equivalente*”.

Insiste que el PCAP pide la adscripción de ArcGis, ya sea versión 9 o versión 10, pero no detalla si la licencia solicitada debe ser de ArcGis Basic, Standard o Advance, que son los tres tipos de ArcGis comercializados. No obstante, al tratarse de una cuestión técnica, ha solicitado información a ESRI (comercializadora de este producto) cuya contestación de fecha 10 de julio adjunta al recurso y en la que se explicita que:

“ArcGIS Desktop tiene 3 niveles de funcionalidad:

ArcGIS Desktop Basic (antiguamente llamado ArcView)

ArcGIS Desktop Standard (antiguamente llamado ArcEditor)

ArcGIS Desktop Advance (antiguamente llamado ArcInfo).../...”

Concluye que habiendo acreditado ESMA la efectiva puesta a disposición de la Consejería el ArcGis 9 (antiguo ArcView), cumple con lo establecido en el PCAP.

Por su parte el órgano de contratación advierte que el correo electrónico que aporta ESMA en su recurso confirmando que los equipos sí tienen instalado el sistema operativo Windows 10 y el paquete de Office PREINSTALADO, es posterior al plazo dado en el requerimiento para la subsanación. Añade además que *“no figura en él los números de serie de los PC u otro dato que permita vincular los ordenadores puestos a disposición del servicio con lo manifestado por la empresa suministradora en el citado correo.”* Cita la Resolución 275/2013, de 10 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se manifestaba que sólo se puede admitir la documentación aportada dentro del plazo dado, y duda además *“si dicho correo electrónico podría considerarse documento válido de acreditación o sería necesario al menos una declaración responsable firmada por algún representante del proveedor”*.

En cuanto a la disponibilidad de licencia ArcGis 9 o 10, expone que en la subsanación de la documentación que fue presentada por ESMA el 20 de junio de 2018, entonces alegó la equivalencia de la marca que presenta ESMA a la exigida en el PPT, solicitando la aceptación como medio material de una marca distinta a la exigida. Sostiene que en todo caso, se estaría ante una impugnación del PCAP ahora extemporánea, ya que con la presentación de la oferta ha aceptado las condiciones de las licitaciones, siendo estas vinculantes.

Opone que con independencia de que se aceptara o no la licencia de marca semejante a la exigida, la puesta a disposición efectiva de esta licencia para la ejecución del contrato no se ha acreditado, como se refleja en el informe de la unidad promotora de 16 de julio de 2018, en el que se mantiene que los códigos de actualización, *“se refieren a Licencias de productos del año 2004 que fueron instalados en PC que estaban en uso en 2004, y que eran válidas exclusivamente para esos PC, por lo que si producen cambios en los equipos esas licencias dejan de ser válidas.”* Concluye que ESMA no ha acreditado la efectiva disposición de los medios requeridos ya que no acredita que el paquete Office y la licencia ArcGis9 estén

instalados en los ordenadores que, conforme a la documentación presentada por el recurrente, proponían adscribir a los trabajos.

Debe recordarse que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna. Por tanto, en este caso, el propuesto como adjudicatario debe acreditar en el plazo establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP, la disponibilidad efectiva de los medios indicados y corresponde a la Mesa comprobar la disposición efectiva de tales medios valorando si la documentación aportada por el licitador propuesto como adjudicatario, es suficiente para acreditar no solo la titularidad jurídica de los medios adscritos sino también que se cumplen los requisitos técnicos exigidos en el PCAP. Lo que necesariamente debe comprobar posteriormente al plazo de presentación de las oferta y antes de la formalización del contrato, sin perjuicio que el adjudicatario pueda variar los medios propuestos, antes o incluso durante la ejecución del contrato, siempre que se cumplan los términos de la oferta, tal y como ha manifestado este tribunal en la resolución nº 138/2018 de 9 de mayo.

Comprueba el Tribunal que el PCAP en la cláusula 1ª, 5 solo exige adscribir “2 equipos informáticos con Office completo, ArcGis 9 o 10”, sin precisar que funcionalidad del ArcGis se requiere y en cuanto a los equipos a adscribir tampoco exige que hayan de ser nuevos.

Constata asimismo que ESMA en relación con los medios materiales a adscribir en este contrato, ha aportado, en distintos momentos de la licitación, la siguiente documentación:

- en su oferta, una declaración responsable por la que se compromete a adscribir los equipos requeridos y sus características así como los programas “*instalados*”, de acuerdo con el siguiente tenor literal:

- 2 equipos informáticos. Ordenadores de sobremesa, marca AMD dual core completo con wi-fi, disco duro de 1 Tb, RAM de 8 Gb, USB 3.0, HDMI, con licencias originales de Windows 10 profesional 64 bit, paquete Office completo y con ArcGis 9 instalado. Como accesorios Monitor LED de 19 pulgadas/Teclado y ratón USB LINQ.

- en el trámite de subsanación por el que se requería “*Deberá aportarse la licencia ArcGis 9 o 10, así como demás documentación justificativa de disponer efectivamente los medios recogidos en la carta de compromiso de adscripción de medios materiales*”, acompaña:

1. Copia de tres Licencias ArcView 8.3 NODO, y factura de pago de ESRI.ESPAÑA de 23 de marzo de 2003, de las mismas y de 1 SOFT AV UP 3X A 8.3 NODO.
2. Albarán de entrega de ESRI.ESPAÑA de fecha 8 de octubre de 2004 de 3 INSTLPK, AV, 90; SU, KY y el correo electrónico del fabricante de fecha 15 de octubre de 2014 remitiendo los códigos de actualización de dicho software.
3. Factura proforma emitida pro TECNODERECHO de fecha 18 de junio de 2018 por la que el vendedor se compromete a proporcionar 2 ordenadores sobremesa i3D OCTIPLEX 3050, a un precio determinado compra.

- en fase de recurso:

1. correo electrónico de TECNODERECHO de fecha 12 de julio de 2018 corroborando que los equipos adquiridos por ESMA llevan instalados el

MICROSOFT OFFICE

2. correo electrónico de ESRI.ESPAÑA de fecha 10 de julio en el que explica los 3 productos ARGIS que comercializa y las funcionalidades que cada uno incluye.

Como tiene manifestado este Tribunal, el límite para el antiformalismo del procedimiento viene dado por el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma, por ejemplo, la modificación de las ofertas a través del mecanismo de la subsanación o la ampliación del plazo para el cumplimiento de determinados requisitos, por ejemplo, constituirían límites que no podrían ser superados por una subsanación de los eventuales defectos padecidos.

En este caso, se debe concluir que el adjudicatario con la factura proforma, que tiene validez legal, ha acreditado el compromiso de haber adquirido en las condiciones pactadas, dos equipos de sobremesa OCTIPLEX 3050.

Según se puede comprobar en internet estos equipos incluyen el Windows 10 Pro, que a su vez incluye de fábrica el Office PREINSTALADO, ya que es un requisito obligatorio del fabricante en cualquier instalación de Windows 10. Ambas circunstancias podrían haber sido confirmadas de oficio por el órgano de contratación con una simple búsqueda en internet o incluso mediante consulta a las unidades y organismos especializadas en informática existentes en la Comunidad de Madrid, sin necesidad de que lo aportara el interesado en fase de recurso por lo que el correo electrónico del proveedor confirmando que los equipos incluye Microsoft y este lleva instalado el Windows 10 es, no solo suficiente, sino incluso innecesario.

En cuanto al programa ArcGis, el adjudicatario ha acreditado que dispone de las licencias ARC VIEW (hoy denominado ArcGis) y su actualización de la versión 9.0 adquirida en 2004, todo lo cual podría igualmente haberlo confirmado el propio órgano de contratación.

Estos acuerdos de licencia de usuario final (ALUF) son una licencia por la cual

el uso de un producto solo está permitido para un único usuario (el comprador) y por las que el dueño de los derechos de un producto insta al usuario final de éste a que reconozca tener conocimiento de las restricciones de uso, de los derechos del autor, de las patentes, etc., y que acepte de conformidad, serán de un solo uso y solo serán válidas para un dispositivo por lo que para instalar un mismo programa en varios ordenadores, se debe contar con tantas licencias como dispositivos se tengan, sin que pueda por tanto copiarla ilegalmente en otros equipos. Nada impide que lícitamente pueda desinstalarla de un equipo, por obsolescencia o renovación del mismo, e instalarla en otro de reciente adquisición, con lo que la final sería usuario de la misma única licencia en otro equipo.

Por cuanto antecede, considera el Tribunal que el adjudicatario ha acreditado debidamente disponer de los medios materiales que se comprometió a poner a disposición en su oferta, no siendo conforme a derecho tener por retirada su oferta.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto doña M.M.S., en nombre y representación de Estudios Medioambientales, S.L. (ESMA), contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 2 de julio del 2018, por el que se considera retirada su oferta del contrato de servicios titulado “Seguimiento de las plagas forestales y evaluación de sus poblaciones años 2018 y 2019”, tramitado por la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, debiendo anular la resolución impugnada, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la misma.

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.- 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 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.