

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

En Madrid, a 6 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa FEI Europe BV-Sucursal de España, contra la Resolución del Director de la Fundación IMDEA Energía de fecha 7 de octubre de 2019, por la que se declara desierto el contrato de “Suministro y Montaje de un microscopio electrónico de barrido de emisión de campo (Fe-Sem) de alta resolución provisto de detector de transmisión (Stem) para la Fundación IMDEA Energía”, número de expediente 2019_02, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE, BOCM y Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 26 de junio de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 368.470 euros.

Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso que Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece como condiciones técnicas de carácter obligatorio, entre otras:

“2.1.- Óptica electrónica

(...) Rango de voltaje de trabajo de 20V a 30 kV, así como el control por software que permita cambiar y seleccionar de forma automática los voltajes y las condiciones de trabajo del microscopio. (...)

4. PLAN DE FORMACIÓN OBLIGATORIO

Las empresas licitadoras tendrán que incluir obligatoriamente en sus ofertas un plan de formación para el personal de la Fundación que incluya un módulo de formación básico y un módulo de formación avanzado sobre el manejo, mantenimiento del equipo, puesta a punto, modos de medida, tratamiento de datos, aplicaciones, entre otros, que será impartido por personal de la empresa adjudicataria. La primera parte del plan de formación se deberá llevar a cabo durante la instalación y puesta en funcionamiento del equipo en las instalaciones de la Fundación IMDEA Energía. Posteriormente, después de un periodo de funcionamiento del equipo de al menos 3 meses se deberá completar la formación con un módulo avanzado en un periodo máximo de 6 meses desde la puesta en marcha del equipo.

Las empresas licitadoras incluirán en sus ofertas los planes de formación propuestos especificando entre otros el número de cursos propuestos así como la duración y el programa detallado de cada curso.

5. PLAN DE GARANTÍA Y MANTENIMIENTO OBLIGATORIO DURANTE EL PERIODO DE GARANTÍA

(...) Durante el periodo de garantía las empresas licitadoras deben incluir, sin coste adicional para la Fundación, un plan de mantenimiento básico del microscopio que permita garantizar su correcto funcionamiento. En este plan de mantenimiento básico los licitadores deberán detallar específicamente las operaciones de mantenimiento previstas, así como el número de visitas preventivas y los fungibles y piezas incluidos”.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 3 licitadoras entre ellas la recurrente.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el Comité Técnico, órgano que actúa en calidad de mesa de contratación, se reunió el día 24 de septiembre de 2019 y comprobando que las tres empresas incumplen al menos uno de los requisitos técnicos exigidos en el PPT, acuerda elevar al órgano de contratación propuesta de exclusión de todos los licitadores y declarar desierto el procedimiento.

Respecto a FEI Europa BV, los incumplimientos son los siguientes:

“El pliego técnico de la licitación, en su apartado 2. 1, párrafo 3º especifica:

‘Rango de voltaje de trabajo de 20 V a 30 kV’. El Comité Técnico entiende por este voltaje el de aceleración de los electrones del haz, independientemente de cualquier sistema que, de haberlo, desacelere o frene los electrones al incidir en la muestra.

El catálogo aportado por la empresa especifica un voltaje de aceleración del haz más restringido, de 200 V a 30 kV. Por tanto, el rango de voltaje de trabajo no cumple las condiciones obligatorias establecidas en el pliego técnico de la licitación”.

Plan de formación: la empresa no desarrolla el contenido del plan de formación

Plan de garantía y Mantenimiento: la empresa aporta el plan de pero no indica los tiempos de respuesta.

Mediante Resolución de 7 de octubre de 2019, del Director de la Fundación IMDEA Energía se declara desierto el procedimiento de acuerdo con la propuesta del Comité Técnico.

La Resolución se notifica ese mismo día a los interesados.

Tercero.- El 17 de octubre de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FEI Europe BV-Sucursal de España, en el que solicita la anulación de la declaración de desierto y su exclusión por incumplimiento de los requerimientos técnicos solicitados, pues considera que la interpretación que ha hecho el Comité del requisito del rango de voltaje no es correcta, por las razones que expone en su escrito, que el plan de formación presentado esta suficientemente detallado y en cuanto al plan de garantía, queda recogido en la memoria técnica.

El 23 de octubre de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP) en el que solicita la desestimación del recurso por las razones que expone y que serán analizadas al resolver sobre el fondo.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al

tratarse de una persona jurídica excluida *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente 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 ha planteado contra la resolución declarando desierto el procedimiento. Este acuerdo fue notificado el día 7 de octubre de 2019, interponiéndose el recurso especial ante este Tribunal el 17 de octubre de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la declaración de desierto del procedimiento, acto análogo al de adjudicación, y contra la exclusión de la oferta, en la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta presentada por la recurrente por considerar que incurre en varios incumplimientos de los requisitos técnicos establecidos en el pliego de condiciones técnicas.

Como es sabido, los Pliegos 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 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos

sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

La recurrente en su escrito alega que *“En la declaración de desierto se introduce una apreciación ‘El Comité Técnico entiende por este voltaje el de aceleración de los electrones del haz, independiente de cualquier sistema que, de haberlo, desacelere o frene los electrones al incidir en la muestra’ que no quedaba recogida en el pliego técnico donde solo se decía ‘voltaje de trabajo entre 20V y 30KV, así como el control por software que permita cambiar y seleccionar de forma automática los voltajes las condiciones de trabajo del microscopio’ por lo tanto se están introduciendo elementos de calificación que no quedaban recogidos en el pliego.*

Contrario a lo apuntado en la declaración de desierto, es importante aclarar que FEI EUROPE BV – SUCURSAL EN ESPAÑA ofreció este equipo considerando

que cumple con dicho requerimiento técnico; y ello, por las siguientes consideraciones de carácter técnico”.

A continuación explica ampliamente las razones por las que sostiene que “el voltaje de trabajo es aquel al que se recogen las señales, y en este caso no cabe interpretar como se ha llegado a que el voltaje sobre la muestra sea de 20V, sino únicamente que se alcanza ese voltaje y que es el voltaje con que se está trabajando sobre la muestra”.

El órgano de contratación manifiesta en el informe técnico emitido en contestación al recurso que “A criterio del Comité Técnico de Contratación, el ‘voltaje de trabajo’ señalado en el pliego técnico, es lo mismo que el ‘accelerating voltage range’ especificado por la empresa en el catálogo del equipo. El ‘accelerating voltage range’ no se encuentra en el rango de 20V a 30 kV y, por tanto, la oferta presentada no cumple con los requisitos técnicos mínimos (entre 20 V a 30 kV). Dicha afirmación no es negada por el licitador. Y, como puede comprobarse, el límite inferior de la oferta del catálogo es de 200 V, mientras lo que se solicita en el pliego técnico de la licitación es de 20 V.

La anterior valoración es una cuestión objetiva. Como puede comprobarse, se incumple el límite mínimo de 20 V y el Comité Técnico de Contratación solo puede excluir al licitador”.

A la vista de las consideraciones transcritas, este Tribunal considera que nos encontramos ante la verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el PPT que contiene un carácter eminentemente técnico.

Podemos traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, “nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica

de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurra en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”* tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa.

En el presente caso, a la vista del PPT, la justificación de la exclusión y su

motivación por parte de órgano de contratación se considera suficiente por lo que puede considerarse que carece de arbitrariedad. Por todo ello se desestima el motivo de recurso.

Habiéndose desestimado el recurso por el primer motivo de incumplimiento no procede analizar los siguientes, expuestos en el recurso, puesto que la oferta de la recurrente se encuentra en todo caso excluida.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 la representación de la empresa FEI Europe BV-Sucursal de España, contra la Resolución del Director de la Fundación IMDEA Energía de fecha 7 de octubre de 2019, por la que se declara desierto el contrato de “Suministro y Montaje de un microscopio electrónico de barrido de emisión de campo (Fe-Sem) de alta resolución provisto de detector de transmisión (Stem) para la Fundación IMDEA Energía”, número de expediente 2019_02.

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 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.