

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

En Madrid, a 1 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Herbecon Systems, S.L. contra la Resolución de 17 de abril de 2023, adoptada por delegación por el Vicegerente Económico, por la que se adjudica el “Acuerdo Marco para el suministro de equipamiento informático en la Universidad Complutense de Madrid y en la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid” y se le excluye de dicho procedimiento de licitación para los lotes 1 y 2, número de expediente AM 15/22_3718, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 2 de agosto de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 5 en el DOUE se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único criterio de adjudicación y dividido en 17 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 18.534.000,00 euros y su plazo de

duración será de dos años con posibilidad de prórroga con una duración máxima de otros dos años.

Segundo.- El 17 de abril se adjudica el acuerdo marco de referencia y se relacionan las empresas que han sido excluidas.

Herbecon Systems, S.L. ha sido excluida del lote 1 y 2, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8 del PCAP que establece que solo se valorarán las ofertas que incluyan fabricantes con los que hayan participado un mínimo de tres licitadores.

Tercero.- El 8 de mayo de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Herbecon Systems, S.L., en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión de su oferta.

El 10 de mayo de 2023 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 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para los lotes 1 y 2 por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los adjudicatarios del lote 1 y 2 de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se han presentado alegaciones.

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 planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 17 de abril de 2023, practicada la notificación el 18 e interpuesto el recurso el 8 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación que incluye la exclusión del recurrente en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa transcribir la cláusula 8 del PCAP.

*“8. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL ACUERDO MARCO:
PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE OFERTAS PARA LOS LOTES DEL 1 AL 5 Y
LOTES 13 Y 14*

Los licitadores pueden presentar las ofertas que deseen a un mismo lote siempre que las distintas ofertas correspondan a fabricantes diferentes.

Cada oferta a un lote debe incluir oferta de un mismo fabricante a todos sus perfiles. Las ofertas que no incluyan alguno de los perfiles del lote serán desechadas.

En cada lote se ordenarán las ofertas teniendo en cuenta el fabricante que presentan.

Solo se valorarán las ofertas que incluyan fabricantes con los que hayan participado un mínimo de tres licitadores.”

(..)

8.2 Selección de empresas

Se seleccionarán las dos ofertas más económicas por fabricante

La selección de las empresas que hayan presentado las segundas ofertas más económicas por fabricante tiene como finalidad responder a la demanda que, por cualquier eventualidad, temporal o definitiva, no pueda atender la empresa mejor clasificada.

Por tanto, serán adjudicatarios del lote las dos empresas que, por cada fabricante al que se hayan presentado un mínimo de tres ofertas, hayan realizados las ofertas más económicas, si bien, en principio, únicamente las empresas que hayan realizado la mejor oferta por fabricante se integrarán en el Catálogo de equipamiento informático en los lotes 1 al 5, 13 y 14”.

Alega Herbecon Systems, S.L. que es fabricante de ordenadores personales de la marca registrada HERBECON y que es el actual adjudicatario del acuerdo marco que es renovado por esta convocatoria. La diferencia es que en esta ocasión el órgano de contratación ha optado por establecer la cláusula citada anteriormente por lo que su equipamiento ha debido ser presentado por otras dos entidad más (Bios Technology Soluciones S.L. y Vasco Informática, S.L.), que son partners o socios tecnológicos de Herbecon Systems, S.L., para el cumplimiento de los pliegos.

Señala que la mesa de contratación, al calificar la documentación administrativa, indica que han concurrido las tres empresas citadas anteriormente y que posteriormente se procede a la apertura de la oferta económica de las empresas que han sido admitidas, entre las que se encuentran dichas empresas.

El 18 de noviembre de 2022 la mesa de contratación acuerda:

“4.- Valoración criterios evaluables automáticamente: AM 15/22_3718 - Acuerdo Marco para el Suministro de Equipamiento Informático en la Universidad Complutense de Madrid y en la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid.

La mesa de contratación acuerda posponer la valoración de los criterios evaluables automáticamente al momento en el que cuente con el informe definitivo del responsable del contrato respecto a la adecuación de las ofertas a las prescripciones previstas en el pliego técnico.

Asimismo, la mesa de contratación analiza la complejidad del procedimiento de adjudicación en el que debe hacer las siguientes actuaciones:

“- En los lotes 1 al 5 y 12 al 15, es necesario realizar un primer listado con los distintos fabricantes ofertados por las empresas para después ordenar las ofertas más económicas por cada fabricante al que se hayan presentado un mínimo de tres ofertas. Se seleccionarán las dos más económicas por fabricante, pero, en principio, únicamente la empresa que haya realizado la mejor oferta se integrará en el Catálogo de equipamiento informático. La selección de las empresas que hayan presentado las segundas ofertas mejor valoradas tiene como finalidad responder a la demanda que, por cualquier eventualidad, temporal o definitiva, no pueda atender la empresa mejor clasificada

- En los lotes 6 al 11, deben ordenarse las ofertas para seleccionar las dos más económicas, de las cuales, en principio, únicamente la empresa que haya realizado la mejor oferta se integrará en el Catálogo de equipamiento informático. La selección de las empresas que hayan presentado las segundas ofertas mejor valoradas tiene como finalidad responder a la demanda que, por cualquier eventualidad, temporal o definitiva, no pueda atender la empresa mejor clasificada.

- *En cuanto a los lotes 16 y 17, serán adjudicatarios todos los que lo sean de los lotes 1 al 15 que hayan presentado oferta a todos los perfiles del lote 16 y/o del lote 17.*

La mesa de contratación acuerda, con el fin de garantizar el buen desarrollo del procedimiento, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 140.3 de la LCSP, requerir a los licitadores para que presenten la siguiente documentación en el plazo de diez días hábiles:

(..)”.

A la vista de la documentación presentada se excluye a Vasco Informática, S.L. por no acreditar la solvencia técnica que le fue requerida. Esto implica que Herbecon Systems, S.L. es excluida del procedimiento de licitación porque, según interpreta el órgano de contratación, no han participado un mínimo de tres licitadores.

Manifiesta la recurrente su desacuerdo, señalando que el órgano de contratación no puede confundir la participación en el procedimiento con la aptitud para contratar y que, de acuerdo con lo anterior, es claro que han participado al menos tres licitadores con la marca HERBECON por lo que no se le puede excluir del procedimiento.

Es decir, si Vasco Informática, S.L. se presentó a la licitación, de acuerdo con su argumentación, debe considerarse que participó y que, por lo tanto, aunque posteriormente fuera excluida por no acreditar su aptitud para contratar, se cumple el requisito establecido en el pliego de haber concurridos tres licitadores con un mismo fabricante, por lo que ni la recurrente ni Bios Technology Solutions S.L., que también concurría con el fabricante Herbecon Systems, S.L., debieron ser excluidas.

Por su parte el órgano de contratación opone que el artículo 140.3 de la LCSP establece que *“Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de*

perfección del contrato” y que, en virtud de este precepto, la mesa de contratación consideró que las empresas que no acreditasen el *“cumplimiento de los requisitos previos”*, entre ellos la solvencia, establecido en el artículo 140 de la LCSP, tendrían que excluirse de la licitación.

Dadas las especiales características del procedimiento de adjudicación, la mesa de contratación, en uso de la posibilidad que reconoce el artículo 140.3 de la LCSP, según el cual *“El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato”*, acordó adelantar la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos a la propuesta de adjudicación del contrato, para evitar que, después de haber realizado las valoraciones y asignaciones establecidas en el apartado 8 de la carátula del PCAP, alguna de las empresas careciera de los requisitos previos para contratar, suponiendo esto una nueva valoración de las ofertas y asignación de las adjudicaciones.

El artículo 150.2 establece, respecto a la falta de presentación de la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140, el efecto de entender que el licitador ha retirado su oferta.

Es decir, Vasco Informática, S.L., por mucho que presentase una oferta a la licitación, no reunía las condiciones necesarias para contratar, por lo que no puede considerarse que participó en la licitación a los efectos de que su oferta pudiera tenerse en consideración. Se presentó a la licitación, sí, pero no presentó una oferta válida porque no contaba con la solvencia requerida en el PCAP. En consecuencia, su oferta no pudo tenerse en cuenta y no puede considerarse que participase en la licitación.

Además de Vasco Informática, S.L. se excluyeron a otras empresas por no reunir las condiciones para contratar, sus ofertas no se pueden tener en cuenta a los efectos de considerar que habían participado con un fabricante por lo que produjo los efectos establecidos en el apartado 8 del PCAP, de no valorar las ofertas que incluyan fabricantes con los que no hayan participado un mínimo de tres licitadores.

En defensa de sus pretensiones cita los siguientes preceptos de la LCSP:

“Artículo 65. Condiciones de aptitud.

1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Artículo 71. Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

(..)

e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia,...

Artículo 74. Exigencia de solvencia.

1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación.

Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Artículo 140. Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.

1. En relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación:

(...)

3. El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

(...)

4. Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

Artículo 150. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato.

(...)

2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas

capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71”.

En función de la normativa citada la mesa de contratación acordó no tener en consideración la oferta de Vasco Informática S.L. en los lotes citados, dado que la empresa no reunía las condiciones de aptitud para contratar ni presentar oferta en este procedimiento de licitación.

Pretender, como hace la recurrente, que una mera presentación formal de documentación despliegue los efectos de una oferta válidamente presentada, cuando la empresa no cuenta con la aptitud para contratar, es pervertir las determinaciones de los pliegos y de la propia Ley de Contratos hasta extremos incongruentes que nos podrían llevar a admitir que los licitadores estuvieran facultados para presentar declaraciones falsas en las licitaciones.

Herbecon Systems, S.L. manifiesta que la Administración no puede ir contra sus propios actos, entendiendo que así lo hizo cuando, tras declarar admitidas a Hebercon Systems, S.L., Vasco Informática, S.L. y a BiosTechnology Solución, S.L., posteriormente se acordó la exclusión de las tres. Sin embargo, esto se contradice con el artículo 140 a) que establece:

“a) Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente:

1.º Que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella.

2.º Que cuenta con la correspondiente clasificación, en su caso, o que cumple los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos, en las condiciones que establezca el pliego de conformidad con el formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.

3.º Que no está incurso en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de esta Ley.

4.º La designación de una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser «habilitada» de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma. Esta circunstancia deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Es decir, los licitadores presentan una declaración responsable en la que manifiestan que reúnen los requisitos previos para contratar, declaración que se tiene por cierta hasta el momento en el que los licitadores deben acreditar documentalmente sus manifestaciones, por lo que el haber admitido una empresa a la licitación y posteriormente excluirla una vez que no acredita documentalmente los extremos manifestados, no puede considerarse una actuación contra los actos propios.

Reclama, asimismo, Herbecon Systems, S.L. la posibilidad de que Vasco Informática, S.L. pudiera subsanar la falta de acreditación de la solvencia técnica, obviando la circunstancia, recogida en las actas, de que dispuso de diez días hábiles para presentar la documentación y otros diez días hábiles para subsanarla.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal comparte plenamente los argumentos del órgano de contratación.

El recurrente descontextualiza el término “*presentar oferta*” pues si se aceptase la interpretación del recurrente por el mero hecho de presentar una oferta cualquier persona física o jurídica, aunque no reuniese ninguno de los requisitos para participar en el procedimiento ni siquiera tener el objeto social exigido en la licitación, hay que considerar que ha participado en el procedimiento de licitación.

Herbecon Systems, S.L. para defender sus pretensiones cita el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para señalar que existen en el procedimiento de licitación dos fases claramente diferenciadas: *“En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes”*.

Al margen de que este informe no guarda relación con el supuesto aquí planteado, el recurrente olvida que en aquel momento estaba en vigor el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la que el artículo 79 exigía que las proposiciones de los interesados debían ir acompañadas de una serie de documentos, entre otros, los que acrediten la personalidad jurídica del empresario, solvencia técnica o profesional, económica, financiera.

La actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se establece con el objetivo de conseguir una simplificación y reducción de las cargas administrativas establece en el artículo 140 que en relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se sustituye la documentación por una declaración responsable.

En el presente supuesto el órgano de contratación admitió la oferta de Vasco Informática, S.L. en base a una declaración que resultó no ser cierta o, por lo menos no lo pudo acreditar, a pesar de que se le requirió para que subsanase la documentación presentada, por ello no se puede considerar que haya participado en el procedimiento a los efectos de la cláusula 8 del PCAP.

Por lo tanto, excluida Vasco Informática, S.L. por no acreditar su solvencia técnica y, en consecuencia, no haber presentado una oferta válida, tiene como resultado la exclusión de Hebercon Systems, S.L. porque *“solo se valorarán las ofertas que incluyan fabricantes con los que hayan participado un mínimo de tres licitadores”*.

De acuerdo con lo anterior, se desestima el recurso.

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 legal de Hebercon Systems, S.L. contra la Resolución de 17 de abril de 2023, adoptada por delegación por el Vicegerente Económico, por la que se adjudica el “Acuerdo Marco para el suministro de equipamiento informático en la Universidad Complutense de Madrid y en la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid” y se le excluye de dicho procedimiento de licitación para los Lotes 1 y 2, número de expediente AM 15/22_3718.

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 multa prevista en

el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática 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.