

Recurso nº 156/2018 y 13/2019 (acumulados)**Resolución nº 23/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 30 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A.B.R. y D. R.H.C. actuando en nombre y representación de FISHER SCIENTIFIC, S.L. contra la exclusión de su oferta en los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 14, 15 y 16, recurso 156/2018 y por D. P.M.G.G. en nombre y representación de GALMEDIC SUMINISTROS MEDICOS, S.L. contra la exclusión de su oferta en los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 14 y 16, recurso 13/2019, ambos en la contratación por la Universidad de Vigo de un suministro de diverso material fungible y pequeña equipación de laboratorio, productos químicos, reactivos, etc mediante acuerdo marco con un sólo empresario, expediente 8/18, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Universidad de Vigo convocó la licitación del contrato de suministro de diverso material fungible y pequeña equipación de laboratorio, productos químicos, reactivos, etc (17 lotes) mediante acuerdo marco con un sólo empresario, expediente 8/18, con un valor estimado declarado en el anuncio en el DOUE y en el PCAP de 4.000.001,65 €.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE de 08.06.2018 y 10.07.2018 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 10.07.2018 y el 11.07.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

Tercero.- Impugnan los recurrentes la exclusión de sus ofertas por la mesa de contratación en su sesión del 18.12.2018, cada una respecto de los lotes referenciados en el encabezamiento. Fue comunicada el 20.12.2018.

Cuarto.- El 27.12.2018 FISHER SCIENTIFIC, S.L. (FISHER, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal. GALMEDIC SUMINISTROS MEDICOS S.L (GALMEDIC, en adelante) lo hizo el 11.01.2019, también por medio de tal vía telemática.

Quinto.- El mismo 27.12.2018 se reclamó a la Universidad de Vigo el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP en el recurso 156/2018. El 14.01.2019 en el referido al recurso 13/2019. La documentación sobre el recurso 156/2018 fue recibida en este Tribunal el 9 y 11.01.2019, y el 17.01.2019 la del recurso 13/2019.

Sexto.- El 18.01.2018 se acordó la acumulación de los recursos 156/2018 y 13/2019.

Séptimo.- Se trasladó el recurso a los interesados el 22.01.2019, recibándose las alegaciones de la empresa FISHER SCIENTIFIC, S.L.

Octavo.- El 03.01.2018 el TACGal adopta la medida cautelar del procedimiento respecto de los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 14, 15 y 16, en base a la petición realizada en el recurso 156/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- Los recurrentes tienen legitimación para impugnar la exclusión de sus ofertas, por afectar a sus intereses legítimos, artículo 48 LCSP.

Cuarto.- Dadas las fechas descritas, los recursos fueron interpuestos en plazo.

Quinto.- Estamos ante la impugnación de acuerdos de exclusión en un acuerdo marco referido a un suministro de valor estimado superior a 100.000 €, por lo que son recursos admisibles al amparo del artículo 44 LCSP.

Sexto.- Describiremos las alegaciones de los recurrentes y el órgano de contratación al analizar el fondo.

En cuanto a las alegaciones de las empresas licitadoras, FISHER en ese trámite de audiencia reitera básicamente lo ya dicho en su recurso.

Séptimo.- El recurso de FISHER primeramente describe que la mesa de contratación reunida el 21-9-18 determinó su exclusión por la no presentación de un catálogo específico de productos. Explica que FISHER es una compañía que cumple la ISO 14001, por lo que se decidió no tener catálogo en papel y que este fuera tecnológico, por eso redirigió hacia la página web, considerando que por la ley ambiental que rige la normativa ISO 14001 tener un catálogo de papel sería una violación de la misma.

Para entrar en el debate, escuetamente presentado por el recurrente, debemos atender a las condiciones de la licitación, condiciones consentidas y no impugnadas de las que indefectiblemente debemos partir.

Ante todo, es de relevancia atender que estábamos ante una licitación electrónica, como recoge la cláusula 8.2 PCAP: *“8.2.1. Las propuestas se presentarán, dentro del plazo que se determine conforme el punto 6.2.1 de este pliego, exclusivamente empleando medios electrónicos a través de la Plataforma de*

Contratación del Sector Público.” o su apartado 9: “.1. Para tomar parte en el procedimiento de adjudicación será preciso que el licitador presente la documentación integrante de la oferta en los sobres electrónicos que correspondan de la manera que se indica en la cláusula 9.3, según sea el procedimiento de contratación indicado en el apartado 2 de la HRC.”

Ya centrados en la cuestión de los catálogos la Hoja Resumen de Características era muy precisa sobre su presentación, en su punto 14 (reiterado en el apartado 4 y 5 del PPT):

“Además del anexo C-11, cada licitador presentará un catálogo específico de los productos que oferte a la Universidad de Vigo para cada lote al que concurra; dicho catálogo deberá contener exclusivamente los diversos productos que integran el contenido del lote correspondiente, de forma que la presentación de los productos en el catálogo se ordenará en función de las diversas familias en la que se subdivide cada lote, agrupando los productos por cada una de las familias en las que se desglosa el lote y según el orden señalado para cada lote en el PPT y en el anexo C-11. No se podrán incluir productos de otros lotes en el catálogo de un lote determinado (en caso contrario será excluido de la licitación).

Dicho catálogo, además de recoger de forma clara la descripción y características de cada producto (adjuntando o incluyendo, en su caso, fotografías y fichas técnicas), indicará la referencia específica del producto, que se corresponderá con el código otorgado por la Universidad según lo indicado en el anexo C-11.”

FISHER no presentó esos catálogos, sino una remisión a enlaces web, lo que no sirve para dar por cumplidas estas exigencia puesto que se pedía la aportación como parte, precisamente, de la concreta oferta del licitador. No es admisible acoger que se complete con referencias externas a los sobres del procedimientos pues entonces esta parte ajena a los mismos podría ir cambiando, unido a que tampoco los catálogos que así se referenciaban cumplirían con los otros requisitos exigidos sobre estos (por ejemplo, “código otorgado por la Universidad según lo indicado en el anexo C-11”), sin que el recurrente discuta esto último.

En definitiva, acogemos como correcta la exclusión decretada y las razones dadas en el informe técnico al que se remite la mesa de contratación, que es de interés reproducir entonces:

“Tanto en la HRC como en el PPT se establece expresamente el contenido de la oferta a incluir en el sobre C. Al examinar el documento denominado catálogo

específico de productos que contiene el sobre C, se observa que no se contiene un catálogo específico correspondiente a los lotes a los que se licita, sino que se relacionan diferentes enlaces a la página web de FISHER. Al respecto indicar que la remisión a un enlace no se puede considerar como oferta al no estar garantizada su inmutabilidad.

La oferta concreta debería incluirse en el sobre correspondiente, quedando así constancia de la realmente presentada por la licitadora dentro del plazo de presentación de ofertas, de esta forma estaría identificada documentalmente con lo que se garantiza su invariabilidad, lo que no se produce con el reenvío a una página web.

En cualquier caso los links son a catálogos generalista y no incluyen los códigos de la UVigo. No se pueden ver exclusivamente los productos que se ofertan en el Excel de los lotes ya que son links a todo un sitio web completo, ejemplos: <https://www.fishersci.es>. <http://www.acros.com>. <https://www.alfa.com/es/>, <https://www.honeywell.com/>. Los links catálogos incluyen ítems, que no son ofertados en el Excel. Incumple "dicho catálogo deberá contener exclusivamente los diversos productos que integran el contenido del lote correspondiente" (apartado 14 de la HRC y apartado 4 del PPT)"

Frente a esto no vemos recorrido a la única alegación recogida en el recurso presentado referida a que FISHER es una compañía que cumple la ISO 14001, por lo que se decidió no tener catalogo en papel y que este fuera tecnológico, y que la lei ambiental que rige la normativa ISO 14001 impide tener un catálogo de papel.

Desde luego, no nos especifica qué concreto apartado de qué norma jurídica impedía cumplir con lo requerido, cuando además son requisitos que fueron asumidos por este licitador que no cuestionó los pliegos en estos aspectos. Pero siendo esto suficiente, baste, en todo caso, con apreciar la inconsistencia de la alegación, que alude a una pretendida imposibilidad de proceder a una presentación en papel, cuando estábamos ante una licitación donde la presentación de las ofertas, como vimos, era telemática. Así, junto con los apartados ya reproducidos al respecto, el punto 5 del PPT ya menciona que los catálogos eran en soporte informático, no en papel: "Los licitadores aspirantes a realizar este suministro deberán presentar dentro del sobre C "Oferta evaluable con criterios automáticos" el anexo C-11 debidamente cubierto con la descripción de los diversos productos (debiendo al mismo tiempo indicar las referencias propias de la empresa correspondiente al producto ofertado) que integran cada familia del lote correspondiente firmado por el representante de la empresa, ajustándose a lo que se indica en el apartado 14 de la HRC. El catálogo para la Universidad de Vigo se deberá facilitar en soporte informático para que permita su publicación en Web..."

Octavo- En lo tocante al recurso de GALMEDIC, la razón dada para su exclusión fue:

“Tanto en la FRC como en el PPT se establece expresamente el contenido de la oferta a incluir en el sobre C. Al examinar el documento denominado catálogo que contiene el sobre C, se observa que no contiene un catálogo específico correspondiente a los lotes a los cuales se licita, sino que se relacionan diferentes enlaces a <https://drive.google.com/open>. Al respecto indicar que la remisión a un enlace no se puede considerar como ofertar al no estar garantizada su inmutabilidad.

La oferta concreta debería incluirse en el sobre correspondiente, quedando así constancia de la realmente presentada por la licitadora dentro del plazo de presentación de ofertas, de este modo estaría identificado documentalmente, con lo cual se garantiza su invariabilidad, lo que no se produce con el reenvío a unos enlaces.”.

GALMEDIC expresa en su recurso que los pliegos no indicaban en qué formato o tipo de archivo se debían presentar los catálogos para incluir en el sobre C, y por tanto que eligió desarrollar sus catálogos en formato pdf. Continúa expresando que en el momento de incluir dichos catálogos en el sobre C, le fue imposible colgarlos, ya que el tamaño de los catálogos excedía el soportado por la herramienta electrónica, y que decidió colgarlos en pdf dentro de un servicio de almacenamiento de archivos on line diseñado específicamente para alojar contenido estático. Tras el alojamiento de los archivos pdf de los catálogos, se generaron los correspondientes enlaces de descarga de los mismos. Dichos enlaces se colgaron en el plazo indicado en la herramienta web, y no eran links a catálogos generalistas ni a páginas web, por lo que el contratista pudo tener acceso a la descarga de los catálogos.

También expresa que los enlaces colgados por GALMEDIC son enlaces de descarga que no conducen a una página web dinámica, sino a archivos pdf estáticos y descargables en el momento, por lo que el órgano de contratación pudo acceder a los mismos en el momento de su recepción y descargar los archivos pdf para guardarlos y garantizar de ese modo su inmutabilidad e invariabilidad.

Para resolver este recurso, son de interés los siguientes pasajes de los pliegos.

El apartado 14 de la Hoja de Resumen de Características recoge que “*cada licitador presentará un catálogo específico de los productos que oferte a la Universidad de Vigo para cada lote al que concurra*”. El apartado 4 PPT dispone que “*Además del*

anexo C-II, cada licitador presentará un catálogo específico vinculante de los productos que oferte para cada lote al que concurra”

Importante es resaltar que la cláusula 8.2 PCAP menciona: “8.2.1. Las propuestas se presentarán, dentro del plazo que se determine conforme el punto 6.2.1 de este pliego, exclusivamente empleando medios electrónicos a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.” y que su apartado 9 PCAP preceptúa: “9.1. Para tomar parte en el procedimiento de adjudicación será preciso que el licitador presente la documentación integrante de la oferta en los sobres electrónicos que correspondan de la manera que se indica en la cláusula 9.3, según sea el procedimiento de contratación indicado en el apartado 2 de la HRC”.

Por lo tanto, un primer óbice a la posición del recurrente es ese mandato de que: “exclusivamente empleando medios electrónicos a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.” o que “será preciso que el licitador presente la documentación integrante de la oferta en los sobres electrónicos”, no, por lo tanto, en herramientas externas. Como dijimos en el apartado anterior, se pedía la aportación como parte, precisamente, de la concreta oferta del licitador, por lo que no cabía que se completara con referencias externas a los sobres del procedimiento.

Además el PCAP tiene un Anexo IV que menciona las “Indicaciones sobre la presentación de ofertas de forma electrónica a través del servicio de licitación electrónica de la Plataforma de contratación del sector público”, donde se remite a los Servicios de Licitación Electrónica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, mencionando: “Los licitadores deberán utilizar necesariamente este Servicio de Licitación Electrónica que permitirá la preparación y presentación de ofertas telemáticamente, la custodia electrónica de las mismas por el sistema y la apertura y evaluación electrónica de la documentación por los miembros del órgano de asistencia (Mesa de Contratación, si se constituye, o en su defecto los que se determinen)”. Otra vez, hay una mención explícita a que debe ser dentro de ese sistema donde deben estar las ofertas, en su integridad evidentemente.

Tal Anexo también cita una serie de aspectos técnicos y que “Una vez dentro los operadores económicos dispondrán de las siguientes guías de ayuda: 1. Guía de Navegación de la Plataforma de Contratación del Sector Público (...) 2. Guía del Operador Económico en la Plataforma de Contratación del Sector Público (...) 3. Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas. Sobre como candidatos y licitadores deben preparar la documentación y los sobres que componen sus ofertas mediante la Herramienta de Preparación y Presentación de

ofertas que la Plataforma de Contratación del Sector Público ha puesto a disposición de las empresas en procedimientos de contratación pública electrónicos.”

Observamos entonces que las condiciones de la licitación eran explícitas en cuanto al sometimiento a los Servicios de Licitación Electrónica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con mención a sus condiciones, recogidas en esas Guías, de manera que un licitador podía conocer las mismas, unido a los sistemas de ayuda disponibles en esa Plataforma para los licitadores. Sobre esto último, el órgano de contratación nos traslada: *“...sin que por otra parte se haya detectado que en el sistema de Preguntas y Respuestas habilitado por la PCSP dicha empresa haya hecho consulta específica sobre este aspecto, ni que tampoco se haya efectuado consulta a la página licitaciónE@hacienda.gob.es, aspectos estos a los que en el recurso presentado no se alude en ningún momento.”*

Dicho lo anterior, el informe del órgano de contratación da cumplidas explicaciones sobre las consideraciones que se recogen en el recurso de GALMEDIC.

Así, desvirtúa la afirmación del recurrente de la imposibilidad de presentación:

“Siendo así que la licitadora pudo perfectamente presentar la oferta en los términos recogidos en la FRC y en el PPT a través de la PCSP, siendo varias las opciones:

- de conformidad con lo indicado en el apartado 2.2.2.2 de la Guía anteriormente citada pudo llevar a cabo una reducción de los documentos a un menor tamaño comprimiendo los mismos con programas tales como zip o rar; sin embargo, los archivos que contienen los enlaces, si es que no se modificaron, están en pdf y no se encuentran comprimidos. Además existe la posibilidad de reducir los tamaños de los pdf mediante la opción de un escaneado del documento a pdf. compacto que reduce el tamaño en torno a un 90%.

- según se informa en la “Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas”, la herramienta de preparación y presentación de ofertas permite “firmar documentos que no superen los 5 MB”. En este caso, excepto dos ficheros, que corresponden a los lotes 6 y 7, todos los demás tienen un tamaño que no alcanza dicho límite, por lo que técnicamente no existe problema para su firma. Y, en el caso de los ficheros cuyo peso es superior a 5 MB, la propia Guía da la solución para salvar dicha dificultad técnica, al establecer que el licitador “Puede partir la oferta de tal modo que no se superen los 5 MB por trozo, firmando cada uno de ellos”.

- pero es que, aún en el supuesto de que realizando el indicado anteriormente se superara algún límite por sobre, el licitador tenía la sencilla opción de haber presentado ofertas por separado a grupo de lotes. De hecho es lo que hizo algún licitador que presentó dos ofertas, una abarcando los lotes 1 a 9 y otra que comprendía los lotes 10 a 16...”

Además, añade:

“indicar que la propia herramienta de la PCSP, cuando se configura por el órgano de contratación el proceso de licitación, permite fijar el formato del documento, siendo varios los formatos que se pueden elegir, tal y como se refleja en la página siguiente.

En cualquier caso, y aunque se estableció como formato predeterminado de los documentos del Catálogo específico el Adobe (.pdf), la herramienta de presentación de ofertas advierte, cuando se incorpora un documento cuyo formato no se ajusta al predeterminado, que el mismo no es el solicitado, sin embargo la herramienta admite la presentación de documentos en cualquiera de los otros formatos indicados; siendo así que el licitador era perfectamente conocedor del formato fijado (que fue el que finalmente presentó) y además tenía la posibilidad de incorporar el documento igualmente en cualquiera de los otros formatos (pues el sistema también lo permite).

Por otro lado, la administración contratante no tiene porque establecer aquellos procedimientos que no son admisibles para presentar una oferta, ni mediante “enlaces a archivos estáticos descargables”, ni a enlaces en páginas web, ni a cualquier otro medio que un licitador pueda libremente considerar como oportuno. A lo que sí esta obligada, tal y como se señala en la Disposición adicional decimosexta de la LCSP, es a fijar el medio o mecanismo para presentar oferta de forma telemática, proporcionando una herramienta que se ajuste a los requisitos indicados en esa Disposición y dando información sobre la manera de presentar las ofertas; aspectos estos que, tal y como se recoge en los Fundamentos Quinto a Octavo, fueron perfectamente cumplidos por esta administración.”

Siendo lo ya dicho de por sí ilustrativo, tal informe del órgano de contratación muestra también la inviabilidad de aceptar la forma escogida por el recurrente para el acceso a su documentación:

“El secreto, la confidencialidad, la custodia y la invariabilidad de la oferta no queda garantizada en modo alguno con el sistema empleado por la licitadora que reclama.

De forma sencilla se puede comprobar cómo se puede alterar el contenido recogido en un enlace sin cambiar el mismo:

NOTICIAS

Cómo actualizar archivos en Google Drive sin cambiar el enlace
<https://www.muycomputer.com/2015/06/29/como-actualizar-archivos-en-google-drive-sin-cambiar-el-enlace/>

Google Drive es una herramienta fantástica para almacenar y compartir archivos pero, si sois usuarios habituales, seguro que os habéis dado cuenta que al sustituir un archivo por otro nos cambia el enlace y tenemos que avisar al destinatario para que pueda descargarlo. En este artículo os enseñamos cómo evitarlo de una forma muy sencilla.

1.- Lo primero que debes hacer es seleccionar el archivo que quieres actualizar, subiendo una nueva versión. Funciona con cualquier tipo de fichero, incluyendo imágenes, vídeos, textos o PDF.

2.- Haz clic con el botón derecho y seleccion la opción Administrar versiones. En la siguiente pantalla, haz clic sobre el botón Subir una nueva versión...

3.- Selecciona el archivo y súbelo a Drive. Se actualizará y conservarás el mismo enlace para compartirlo. También puedes utilizar esta opción para enviar el archivo en otro formato (por ejemplo de .doc a .pdf)"

Pero, además, es que la custodia de la oferta en esa Plataforma, según se nos traslada, tiene garantías para que no se pueda acceder a ella hasta el momento procedimentalmente admitido, lo cual no sucedería si ese almacenaje es fuera del sistema:

“El sistema de licitación de la PCSP permite garantizar el secreto y la custodia de la documentación que forma parte de las ofertas introducidas en los sobres C, de manera que las ofertas de los licitadores sólo se pueden abrir una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, y para eso se deben cumplir todos los requisitos que se indican en la consideración Tercera, a saber:

Sólo si se dan las circunstancias funcionales adecuadas se puede constatar que se ha recibido la documentación. Por ejemplo, sesión convocada, mesa debidamente constituida, sesión iniciada o acto en celebración, dependiendo del tipo de miembro.

- *La documentación existe, sin embargo, no está a disposición hasta que el sobre sea descifrado.*

- *Aun habiéndose descifrado el sobre, es preciso realizar la apertura por parte del Secretario o el Presidente para acceder al contenido.*

- *En el improbable caso de que se vulneren estas barreras, todas las operaciones que se realizan son registradas y se puede trazar la actividad para detectar quién es el responsable.*

Por lo tanto, para la descarga de los archivos contenidos en los enlaces debe de haber finalizado el plazo de presentación de ofertas y darse cumplimiento a todos los requerimientos anteriormente indicados, pero lo cierto es que desde el momento en que se presentó la oferta (de la que formarían parte supuestamente unos catálogos recogidos en unos determinados enlaces) su contenido se pudo ver alterado, es más, ahora en este preciso momento, su contenido se puede estar cambiando. No le corresponde a esta administración establecer mecanismos informáticos, si estos fueran posibles, para asegurar que la oferta presentada por un licitador, por un medio que el mismo consideró oportuno y que se aparta del establecido en el pliego, se ajuste a los principios y cumpla con los requisitos que establece el procedimiento de licitación.”

En definitiva, también debemos considerar que la exclusión de GALMEDIC fue conforme a derecho.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** los recursos interpuestos por FISHER SCIENTIFIC, S.L. contra la exclusión de su oferta en los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 14, 15 y 16, recurso 156/2018 y por GALMEDIC SUMINISTROS MEDICOS S.L contra la exclusión de su oferta en los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 14 y 16, recurso 13/2019, ambos en la contratación por la Universidad de Vigo de un suministro de diverso material fungible y pequeña equipación de laboratorio, productos químicos, reactivos, etc mediante acuerdo marco con un sólo empresario, expediente 8/18.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.