Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Recurso nº 85/2018

Resolución nº 79/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 27 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.J.M.A. actuando en nombre y representación de TRIMEK S.A contra la exclusión de su oferta del lote 2 del contrato de suministro de dotación de laboratorio de fabricación avanzada para ingeniería aeronáutica y aeroespacial por la Universidad de Vigo, expediente 16/18, 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 dotación de laboratorio de fabricación avanzada para ingeniería aeronáutica y aeroespacial, con un valor estimado declarado de 282.000 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación Pública del Sector Público el 04.07.2018 y en el DOUE el 03.07.2018.

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.- Se impugna la exclusión de la oferta decidida por la mesa de contratación del 05.09.2018, notificada el 11.09.2018.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Cuarto.- En fecha 11.09.2018, TRIMEK S.A (TRIMEK, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través sede electrónica de la Xunta de Galicia. Solicitada subsanación sobre la representación para el recurso, fue debidamente cumplimentada el 13.09.2018.

Quinto.- El 11.09.2018 se reclamó a la Universidad el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 17.09.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 17.09.2018, sin que se recibieran alegaciones.

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.- Siendo el recurrente el destinatario de la decisión de exclusión de su oferta, aparece la legitimación del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- En base a las fechas descritas, el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Estamos ante la impugnación de un acuerdo de exclusión en un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 €, por lo que el recurso es admisible el amparo del artículo 44 LCSP.

Sexto.- El recurrente alega lo siguiente:

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

"1. El análisis de la documentación presentada se realiza de manera individual, documento por documento inadmitiendo cada uno de ellos de manera individualizada. Toda vez que el licitador Trimek, s.a., tal y como se indica en la carta (documento Nº1) ha presentado los documentos de manera complementaria de forma que cada uno de ellos refuerza el cumplimiento del requisito sumándose a los anteriores, entendemos que se desvirtúa la aportación de cada uno de ellos fuera de contexto del conjunto.

2. Respecto al documento Nº1, carta firmada, dice el informe que no se pone en duda la capacidad del fabricante. Efectivamente este no es el caso, y es la intención de esta carta transmitir el compromiso del licitador con el cumplimiento del requisito de precisión y no otro.

3. Sobre el documento Nº2 señala el informe que el catálogo presentado se refiere a la solución M3 hybrid y no a la máquina ofertada Spark 16.10.07. Sin embargo, el sistema ofertado señala el software M3 Hybrid como solución para medición por palpado, continuo y Escáner y el catálogo se corresponde a esta solución, indicando en su primera página el tipo de CMM, sus alcances volumétricos y el rango de precisión con el que se trabaja, así como las características y funcionalidades del software empleado para la solución.

4. Finalmente, Respecto al documento 3, Certificado de calibración al que se refiere el informe señala que "se refiere a una máquina Spark 16.10.10 que no corresponde con el modelo de la máquina ofertada". Efectivamente se trata de una Spark 16.10.10. El modelo se corresponde con el modelo ofertado SPARK, si bien, con afán de ser exhaustivo, el licitador Trimek, s.a. presenta informe de calibración de un tamaño superior en 300 mm en el eje "Z" toda vez que en este documento queda acreditado el cumplimiento de la precisión en 1.600mm en X en 1.000m en Y y en 1.000 en Z, Superior a lo exigido. Es más, en la página 8 de dicho informe, se muestra cómo en el Eje "Z", para un nominal de 950 mm el resultado es mejor al exigido y para un nominal de 650mm ocurre lo mismo.

Al amparo de lo anteriormente expuesto, interesa al licitador Trimek s.a. se admita el presente recurso y se proceda al análisis de los documentos aportados de manera extensiva y en conjunto toda vez que se trata de documentos comerciales, declaración de capacidad y documentación técnica certificada que en su conjunto cumplen con el requerimiento realizado en acta 06/08 punto 9 y demuestran que el equipo ofertado cumple con el requisito mínimo de precisión, o en su defecto, se le requiera para aportar documentación más concreta al respecto. Todo ello al objeto de que la oferta realizada por el Licitador no sea excluida y pueda concurrir con el resto de competidores."

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Séptimo.- El órgano de contratación rechaza la estimación del recurso porque no se puede modificar la oferta inicialmente presentada y reproduce además un informe técnico del responsable de la contratación, cuyos argumentos describiremos seguidamente.

Octavo.- Centrados en el lote 2, éste estaba referido a "Máquina de medición por coordenadas", donde, en su Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), se recogía como una de sus características: *"Precisión del sistema igual el mejor a 1.8+L/400 µm"*

No se nos escapa que estamos ante una cuestión técnica, donde, como es ampliamente conocido, este TACGal no puede entrar a sustituir el criterio especializado del órgano, pero sí controlar su proceso de formación de la decisión, así como excluir que esta pueda carecer de motivación, introducirse en la arbitrariedad, etc...

Ante todo, el informe del responsable del contrato, remitido con el informe del órgano de contratación, describe el carácter nuclear de este aspecto para el fin del suministro que se busca:

> *"El análisis de la documentación presentada se realiza de acuerdo a las condiciones del PPT en las que se pide que la precisión de la Máquina MMC, objeto de suministro de contrato debe ser igual o mejor a 1.8 + 1 /400 µm. Es sabido que, en las condiciones técnicas de cualquier fabricante de máquinas de medición de coordenadas tipo puente, u otra forma estructural, uno de los valores que determinan el rango de calidad de dicha máquina es precisamente el índice denominado como MPE correspondiente al Error Máximo Permisible de medida de longitud de acuerdo a la norma DIN EN ISO 10360 bajo condiciones de temperatura de referencia determinadas".*

Otro aspecto no controvertido, y que este TACGal visualiza en el expediente, es que TRIMEK ofertaba la máquina SPARK 16.10.07 para el lote 2: *La maquina ofertada en este caso es la SPARK 16.10.07".*

La mesa de contratación, en la sesión del 06.08.2018, y a la vista del informe emitido por el responsable del contrato, entiende que existían dudas fundadas de que el equipo ofertado (SPARK 16.10.07) no cumpliera el requisito técnico de nivel de precisión establecido en el PPT, por lo que en virtud de lo recogido en el artículo 176 de la LCSP le requiere a la empresa TRIMEK para que presentase un catálogo y otra documentación técnica acreditativa del equipo ofertado que muestre que se reunía el

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

requisito técnico mínimo de precisión fijado en el PPT (1.8+L/400 µm), advirtiéndole que en caso de no justificarlo, se acordaría la exclusión del mismo del procedimiento.

Cumplimentado ese requerimiento por la empresa, la mesa de contratación, en la sesión de 05.09.2018 acuerda la exclusión de la recurrente porque:

> *"la empresa manifiesta su capacidad de fabricación de CMM con precisión igual o mejor a 1,8+L/400, algo que no se cuestiona, sino que lo que se solicitaba claramente es justificación de que el equipo ofertado reunía el requisito mínimo fijado en el PPT; por otro lado, tal y como se señala en el informe adjunto, el catálogo y el certificado de calibración presentados no se corresponden con el de la máquina ofertada con lo que no queda acreditado que el equipo SPARK 16.10.07 reúna el requisito técnico fijado, siendo el plazo concedido para aclarar la oferta inicialmente presentada pero no para alterar el contenido de la misma. "*

Como observamos de lo descrito, las primeras observaciones a hacer son que TRIMEK ofertó una determinada máquina (SPARK 16.10.07), lo que, lógicamente, ya no es mutable como bien recoge el informe del órgano de contratación, y que en el procedimiento se adoptó la postura tramitacional más favorable al principio de concurrencia (S. TJUE de 29.03.2012, c-599/10), permitiendo a esa empresa que presentara documental acreditativa del requisito técnico mínimo de precisión fijado en el PPT, evidentemente en relación a esa concreta máquina ofertada.

Dicho lo anterior, debemos proceder al análisis de lo que presentó el recurrente para cumplimentar este trámite.

De esos tres documentos que incorporó tras ese requerimiento, no se discute que el primero es una mera carta o escrito de introducción del resto, a los que ésta se remite para que se comprobara el cumplimiento de lo solicitado, por lo que no es significativo a los efectos que nos ocupan.

Si saltamos ahora al documento tres, este sería un certificado de calibración sobre el que el informe técnico que adjunta y reproduce ahora el órgano de contratación, expresa:

> *"Con respecto al documento 3, referido al certificado de calibración, no es un documento que se haya exigido en el PPT, de hecho, no ha sido presentado por ningún licitador en la fase abierta de presentación de ofertas. Este documento, acreditativo de la precisión de la máquina suministrada, se tendría que realizar en la puesta a punto de la máquina, una vez implantada en el espacio asignado por el*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

cliente, asumiendo las condiciones ambientales propias del espacio y sala de medición y, de acuerdo al procedimiento de calibración del fabricante o cualquier otro organismo que acredite su capacidad de calibración de máquinas de medición por coordenadas. El certificado de calibración realizado por Unimetric S.A, tal como indica el licitador Trimek, cumple los requerimientos exigidos, para la máquina específica (Spark 16.10.10), y modelo, que no corresponde con el modelo ofertado, cuyo número de serie no se especifica en el documento, ni tampoco se indica la ubicación de realización de la calibración, ni las condiciones ambientales en las que ha sido realizada."

De este informe observaremos que se reconoce que ese certificado acreditaría el cumplimiento de lo exigido pero que no está ligado a la concreta máquina ofertada, sobre lo cual debemos dar la razón a la Universidad, así como a la consideración de ésta de que no se puede modificar la designación de la máquina que había hecho cuando presentó su proposición.

Pero también se expresa ahí que no se estaba exigiendo un certificado como ese, por lo que ese certificado de calibración no es un documento eficaz para la justificación de lo requerido pero tampoco habría sido necesario un certificado para que se pudiera haber traspasado el trámite que se le abrió.

Efectivamente, el requerimiento sólo le pedía un catálogo u otra documentación técnica acreditativa del equipo ofertado, sin más, o como dice este informe técnico del responsable del contrato al recurso presentado, bastaba *"catálogos comerciales en los que se indicara el valor de precisión requerido".*

Lo dicho permite afrontar entonces la cuestión referida al segundo de los documentos aportados, un catálogo o díptico sobre el software denominado M3 Hybrid.

Antes de entrar en su concreto análisis, debemos recordar una doctrina consolidada de que no cualquier incumplimiento supondrá automáticamente la exclusión, sino sólo cuando estemos en las causas recogidas en la normativa, a aplicar al amparo de los principios de igualdad y concurrencia, y siempre bajo la dimensión de la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato. A eso se añade que el incumplimiento del PPT por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Como recogen los Tribunales administrativos de recursos especiales, no se puede exigir que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de la prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así, en caso de omisiones, se debe presumir que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, se admite una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas. Sólo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda ninguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento debe ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. En este sentido, no se admite motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.

Si volvemos a nuestra licitación, el requisito técnico de nivel de precisión de la máquina está expresamente recogido en el PPT y tiene relevancia para la finalidad contractual. También que el recurrente cifró en su oferta la concreta máquina ofertada, y que la mesa de contratación fue diligente al solicitarle más documentación para comprobar si tal producto cumplía con los pliegos.

También es un aspecto del que podemos partir que para esa acreditación bastaba, como también vimos, catálogos comerciales, documentación técnica.. sin necesidad de un certificado en sí mismo. Por lo tanto el díptico presentado como documento segundo era equiparable a estos conceptos (el informe técnico en el que se basó la mesa para la exclusión ya cita este documento como *"2.- Catálogo de máquina M3 Hybrid (documento Díptico_Hybrid_low)"*).

Además, observamos que el acuerdo de exclusión utiliza para este documento un argumento compartido con el documento 3, o dicho de una manera más precisa, se trata conjuntamente para estos dos documentos lo que, en realidad, era sólo esgrimible frente a ese certificado, como era que se refería a una máquina distinta a la ofertada.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

En efecto, el díptico presentado era sobre el software denominado M3 Hybrid, que comprobamos que es el software que se designaba en la oferta técnica de TRIMEK en la descripción de la máquina SPARK 16.10.07, por lo que ese documento sí se refería a la maquina ofertada (punto 8 de la oferta). Unamos que en el punto 9 de esa oferta se añadía la referencia a que *"El sistema ofertado incluye una Precisión del 1.8+L/400 µm"*.

Por lo tanto, el motivo recogido en el acuerdo de exclusión de que "e*l catálogo y el certificado de calibración presentados no se corresponden con el de la máquina ofertada con lo que no queda acreditado que el equipo SPARK 16.10.07",* no se corresponde con la realidad de ese documento segundo aportado sobre el software M3 Hybrid y determina que el rechazo de ese documento fue por un aspecto que no acogemos, lo que determinó además que la mesa de contratación no hubiera analizado la información que tal catálogo/díptico suministraba.

Lo dicho queda corroborado por cuanto la mesa dice seguir un informe que señala, precisamente, lo que aquí descartamos:

> *"2.- Catálogo de máquina M3 Hybrid (documento Díptico_Hybrid_low)*
>
> *(...)*
>
> *Respecto al documento número 2, el catálogo presentado, se refiere a una solución de máquina M3 Hybrid, que no corresponde con la máquina ofertada (MÁQUINA DE MEDICIÓN POR COORDENADAS SPARK 16.10.07)"*

De hecho, el informe técnico del responsable del contrato, adjuntado y reproducido por la Universidad para oponerse al recurso, ya adopta otra línea argumentativa de explicación de la no eficacia de este documento, cuál es:

> *"El catálogo presentado se trata de un catálogo generalista y se refiere a la solución de software M3 Hybrid con las capacidades de precisión determinadas máximas y con posibilidades de medición con palpador e incluso incluye la mejora de escaner, pero el indicador de precisión se refiere al caso más favorable de solución metrológica. En dicho catálogo referido al software no se indica la diferencia de precisión de medición de longitud o máximo error permisible entre el sistema de palpado y el sistema de escaneado sin contacto, quedando claramente el carácter generalista de dicho catálogo, impropio de una oferta pública en la que se requiere que las ofertas y soluciones técnicas sean claras y confirmadas".*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Obvio es que no puede ser el informe del órgano de contratación trasladado a este Tribunal al amparo del recurso presentado el que introduzca una nueva causa que integre la decisión de no admisión del producto ofertado, sea ya porque entonces el licitador no puede rebatir en su recurso la misma, unido a que ese razonamiento no fue sometido como tal a la mesa de contratación para que esta decida, en su caso (por todas, Resolución TACGal 57/2018).

Por otra parte, tampoco puede este TACGal sustituir la discrecionalidad técnica del órgano, a efectos de determinar si la información técnica que suministra tal documento implica o no la inviabilidad del producto ofertado, en los términos antes descritos, pero sí exigir que tal discrecionalidad se motive y explicite en el acuerdo de la exclusión, de darse esta decisión, en términos de la ulterior defensa del afectado.

Por lo tanto, debemos retrotraer el procedimiento del lote 2 a efectos de que, con anulación de la exclusión decretada, se evalúe nuevamente el documento presentado por el licitador sobre el software M3 Hybrid a efectos de que se determine si cabe llegar a la conclusión de que procede o no la exclusión de la oferta de TRIMEK S.A a tal lote, con ofrecimiento de este recurso especial en caso de exclusión, y, en todo caso, con motivación suficiente, todo esto en base a lo expresado en esta Resolución y doctrina recogida sobre el marco para llegar la tal decisión.

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

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por TRIMEK S.A contra la exclusión de su oferta del lote 2 del contrato de suministro de dotación de laboratorio de fabricación avanzada para ingeniería aeronáutica y aeroespacial por la Universidad de Vigo, expediente 16/18, con los efectos recogidos en el último de los fundamentos jurídicos.

2. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

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.