

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

En Madrid, a 5 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por la representación legal de la mercantil NOSSAYU, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 31 de julio de 2024, por el que se le excluye de la licitación del contrato denominado "Suministro de licencias uso de productos Microsoft para los servidores corporativos del CPD municipal y servicios de implantación de escritorios virtuales", licitado por el Ayuntamiento de Fuenlabrada con número de expediente 2023/SVA/000546, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncio publicado en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Fuenlabrada, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, así como en el DOUE, en fecha 6 de junio de 2024, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 313.264 euros y su plazo de

ejecución es de tres años.

A la licitación se presentaron 4 ofertas entre ellas, la del recurrente.

Segundo. - Con fecha 5 de julio de 2024, se celebra sesión de la Mesa de contratación para la apertura del archivo electrónico número 1 de las plicas presentadas y calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para licitar. En el mismo acto se procede a la apertura del archivo comprensivo de la documentación evaluable mediante criterios de aplicación automática.

En fecha 31 de julio de 2024 se celebra nuevo acto en el que, a partir del informe técnico, se identifica la oferta de NOSSAYU como incurso en presunción de temeridad.

En el acta de la misma sesión se recoge lo siguiente:

...INFORMACIÓN SOBRE RECHAZO DE PROPOSICIONES

La oferta que presenta la empresa NOSSAYU SLU, queda excluida debido a que no cumple con lo especificado en Pliego de Prescripciones Técnicas por los siguientes motivos:

- El pliego de prescripciones técnicas dice que “Las licencias ofertadas serán perpetuas, suministradas a través de licencias de volumen, siendo requisito indispensable que las licencias figuren a nombre del Ayuntamiento de Fuenlabrada en la Web del fabricante, permitiéndose la instalación de versiones anteriores y el acceso a claves de activación de volumen, pudiéndose licenciar a través de cualquier programa de licencias de volumen de Microsoft”.

En la respuesta al requerimiento de la empresa, indica que proporciona licencias perpetuas reutilizadas, motivo por el cual no cumple con el requisito de que las licencias figuren a nombre del Ayuntamiento ni al acceso a las claves de activación en la web del fabricante.

- Adicionalmente, la empresa CRAYON SOFTWARE EXPERTS SPAIN SLU, a través de la plataforma de contratación, hizo la pregunta “Buenos días, en su respuesta del 24/06/2024 10:11, nos comunican que las licencias Microsoft se han de entregar desde el portal de licencias de volumen de Microsoft, esto imposibilita el poder entregar licencias de segunda mano, nos lo puede confirmar. Gracias.”

Se respondió el 28 de junio confirmando que se han de entregar desde el portal de licencias de volumen de Microsoft, imposibilitando la utilización de licencias de segunda mano o reutilizadas...

La Mesa, en la misma fecha, procede a la valoración de los criterios de adjudicación, a la clasificación de las ofertas (quedando fuera de la misma la oferta de NOSSAYU) y a la propuesta de adjudicación del contrato en favor de CRAYON SOFTWARE EXPERTS SPAIN S.L.U.

No consta adjudicación del contrato.

Tercero. - Con fecha 19 de agosto de 2024, se interpone ante el Tribunal, por la representación de NOSSAYU, S.L., recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación de fecha 31 de julio de 2024, por entender la recurrente su exclusión contraria a Derecho.

El 23 de agosto de 2024, 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 (en adelante LCSP), solicitando la inadmisión del recurso. Subsidiariamente se solicita su desestimación.

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 46.4 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, 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 de la licitación *“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 de la Mesa impugnado fue conocido por la recurrente a través de su publicación en la Plataforma el mismo día en que se dictó, el 31 de julio de 2024, siendo presentado el

recurso mediante escrito ante este Tribunal el día 19 de agosto de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - Especial análisis merece el acto recurrido pues tanto el órgano de contratación solicita su inadmisión en atención a la naturaleza de acto de trámite no cualificado del acuerdo de la Mesa.

A juicio del órgano de contratación el acto no es susceptible de recurso especial pues, pese a admitir que la exclusión de la oferta por incumplimiento de prescripciones técnicas es competencia de la Mesa, se ampara en el artículo 149.6 de la LCSP para entender que nos encontramos ante un acto de trámite no cualificado por entender que corresponde únicamente al órgano de contratación la competencia para rechazar la oferta en base a la propuesta de la Mesa. Apoya su argumento en resolución de este Tribunal 209/2024, de 23 de mayo, que inadmite un recurso por este motivo.

Desea aclarar este Tribunal que, en el caso que nos ocupa, si bien el informe técnico identifica la oferta de la recurrente como incurso en presunción de temeridad y se requirió a la recurrente en ese sentido, el técnico identifica asimismo un incumplimiento de prescripciones técnicas, que constituye el motivo por el que la oferta queda excluida de la licitación y no queda incluida en la clasificación de ofertas, no habiéndose propuesto el rechazo de la oferta por no haber justificado los valores anormales de su oferta.

Señala el artículo 44.2.b) de la LCSP que *“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:*

(...)

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará

que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

De este modo, el acto impugnado, acto de trámite que determina imposibilidad de continuar el procedimiento, puede considerarse acto de trámite cualificado y susceptible de recurso especial en materia de contratación, pues se ha dictado en el marco de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. - Son dos los motivos que centran el fondo del recurso y que concluyen con la incorrecta exclusión de la oferta de la recurrente:

- Por un lado, la incompetencia de la Mesa de contratación para acordar la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas
- Cumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de su oferta.

Entrando en el análisis del primero de los motivos, señala la recurrente que el artículo 326 LCSP no recoge entre las funciones de la Mesa la de excluir a aquellos licitadores cuyas ofertas incumplan las prescripciones técnicas, siendo competencia del órgano de contratación a propuesta de la Mesa.

El órgano de contratación entiende, por el contrario que, pese a que el artículo 326 LCSP no atribuya a la Mesa expresamente dicha función, la misma se comprende en la de examen y valoración de las ofertas.

Para resolver esta controversia debe acudir al artículo 22 Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que señala lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones complementarias, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación:

(...)

b) Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Este precepto no es contrario a la LCSP, por lo que no puede entenderse derogado de forma tácita por efecto de la Disposición Derogatoria de la LCSP, resultando aplicable al caso que nos ocupa pues es criterio de este Tribunal su aplicación extensiva a todos los pliegos de la licitación.

Por otro lado, la LCSP ha querido contemplar expresamente un único supuesto en que el rechazo de proposiciones debe proponerse por parte de la Mesa al órgano de contratación, entendiéndose que es el órgano de contratación el competente para adoptar esa decisión en ese supuesto y no en otros. Tal es el caso de aquellas ofertas que no hayan justificado la inclusión de valores anormales, previsto por el artículo 149.6 LCSP.

En el supuesto que se analiza en esta resolución, se recoge asimismo en el apartado III.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas que *“La Mesa de Contratación, excluirá en su caso las ofertas que no cumplan los requisitos de este pliego de condiciones (...)”*

Se desestima, en consecuencia, el primer motivo de impugnación.

En lo concerniente a la cuestión controvertida referida al incumplimiento de prescripciones técnicas, sostiene la recurrente que el pliego no prohíbe la utilización

de licencias de segunda mano o reutilizadas.

Considera que las obligaciones que impone el pliego son que las licencias proporcionadas sean la última versión publicada por el fabricante y que se oferten licencias perpetuas y que figuren a nombre del Ayuntamiento en la Web del fabricante.

Apelando al carácter vinculante de los pliegos y a la doctrina de los tribunales de recursos contractuales, por la que sólo procede la exclusión de aquellas ofertas que se opongan abiertamente a las prescripciones contenidas en los pliegos, entiende que su oferta cumple con las especificaciones técnicas, siendo su exclusión contraria a Derecho.

Continúa señalando que la prohibición de suministro de licencias de segunda mano o reutilizadas vulnera la jurisprudencia estatal y comunitaria (STJUE de 3 de julio de 2021, asunto C 128/11, caso UsedSoft GmbH y Oracle International Corp. Y STS 361/2016, de 1 de junio) que avala la transmisión de licencias reutilizadas.

A ello añade que, pese a que se respondió a una consulta formulada por otro licitador en el sentido de imposibilitarse la utilización de licencias de segunda mano o reutilizadas, es necesario que el pliego prevea expresamente que las respuestas a las preguntas formuladas sean vinculantes para que produzcan dicho efecto, por lo que no es admisible que por la vía del 138 LCSP se modifiquen las características del suministro.

Y finalmente sostiene que el órgano de contratación está imponiendo a los licitadores condiciones cuyo cumplimiento no depende de ellos, como es la inscripción de licencias en la plataforma de Microsoft, que depende de un tercero ajeno a la relación contractual.

En su informe, el órgano de contratación manifiesta que el Informe técnico

que sirvió de base a la exclusión señalaba que la oferta quedaba excluida debido a que no cumple con lo especificado en el PPT, en concreto, se recoge: *“El pliego de prescripciones técnicas dice que las licencias ofertadas serán perpetuas, suministradas a través de licencias de volumen, siendo requisito indispensable que las licencias figuren a nombre del Ayuntamiento de Fuenlabrada en la Web del fabricante, permitiéndose la instalación de versiones anteriores y el acceso a claves de activación de volumen, pudiéndose licenciar a través de cualquier programa de licencias de volumen de Microsoft”.*

E informa a este Tribunal de la circunstancia de que, si se ofertan licencias reutilizadas, no podrían estar a nombre del Ayuntamiento de Fuenlabrada, ni se tendría acceso a las claves de activación desde la web del fabricante, incumplándose el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Adicionalmente, defiende que la recurrente presentó su oferta 15 días después de publicarse la respuesta a la consulta formulada por otro de los licitadores, en la que se hacía constar expresamente la imposibilidad de utilizar licencias de segunda mano o reutilizadas.

Por ello considera que la exclusión es conforme a Derecho y solicita la desestimación del recurso.

Vistas las alegaciones de las partes, interesa destacar a efectos de resolver este recurso que el apartado 2 del PPT, bajo el título “2. PRESTACIONES”, señala las siguientes características para el suministro de las licencias:

...Las licencias proporcionadas serán la última versión publicada por el fabricante.

Las licencias ofertadas serán perpetuas, suministradas a través de licencias de volumen, siendo requisito indispensable que las licencias figuren a

nombre del Ayuntamiento de Fuenlabrada en la Web del fabricante, permitiéndose la instalación de versiones anteriores y el acceso a claves de activación de volumen, pudiéndose licenciar a través de cualquier programa de licencias de volumen de Microsoft...

Comprueba este Tribunal a través del examen de los pliegos que los pliegos sí contemplan la exigencia de que las licencias figuren a nombre del Ayuntamiento de Fuenlabrada.

El acuerdo de exclusión recoge que *“en la respuesta al requerimiento de la empresa, indica que proporciona licencias perpetuas reutilizadas, motivo por el cual no cumple con el requisito de que las licencias figuren a nombre del Ayuntamiento ni al acceso a las claves de activación en la web del fabricante.”*

No puede defenderse, como hace la recurrente, que el acuerdo de la Mesa no justifica la exclusión en el incumplimiento de características o especificaciones técnicas.

La recurrente no se ocupa en su recurso de convencer a este Tribunal de que el incumplimiento del requisito de que las licencias figuren a nombre del Ayuntamiento de Fuenlabrada en la Web del fabricante no existe, afirmando que lo que se está haciendo es imponer, a través del pliego, la prohibición del suministro de licencias de segunda mano o el incumplimiento al adjudicatario de un requisito que le es ajeno, cuando dicha obligación se encontraba claramente recogida en los pliegos que no fueron objeto de impugnación en el momento procedimental oportuno.

De lo anterior se desprende que el incumplimiento no deriva de un juicio técnico complejo, sino del juicio técnico por el cual las licencias perpetuas reutilizadas no permiten el cumplimiento de que las licencias figuren a nombre del Ayuntamiento, ni al acceso a las claves de activación en la web del fabricante,

incumpliendo la oferta de la recurrente los requisitos previstos por el pliego: el de las prescripciones técnicas previstas en el apartado 2 del PPT.

Comparte este Tribunal con la recurrente que, no habiendo establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige esta licitación que las respuestas a las solicitudes de aclaración de los pliegos tengan carácter vinculante, no puede predicarse este carácter de la respuesta publicada en relación a la cuestión controvertida. Ahora bien, no se comparte la tesis de que el órgano de contratación esté modificando las características del suministro a través de la respuesta publicada, pues como ya se ha señalado, el requisito por el que se excluye a la recurrente se encontraba expresamente previsto en el PPT.

Procede en este punto apelar a la doctrina en virtud de la cual 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.

Como ya señaló señala el TACRC en su Resolución 551/2014, de 18 de julio, “es innegable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta”

En atención a tales circunstancias se desestima el recurso planteado y en consecuencia se considera ajustada a Derecho la exclusión de la oferta de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 representación legal de la mercantil NOSSAYU, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 31 de julio de 2024, por el que se le excluye de la licitación del contrato denominado "Suministro de licencias uso de productos Microsoft para los servidores corporativos del CPD municipal y servicios de implantación de escritorios virtuales", licitado por el Ayuntamiento de Fuenlabrada con número de expediente 2023/SVA/000546.

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 59.1 de la LCSP.