Recurso 288/2022
Resolución 424/2022
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 11 de agosto de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GENERAL MACHINES TECHNOLOGY, S.L.**, contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio integral de impresión en estaciones de ITV y Servicios Centrales de VEIASA", (Expte. CF050-20-044), promovido por Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A. (en lo sucesivo VEIASA), entidad adscrita a la entonces Consejería de la Hacienda y Financiación Europea, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 y 29 de noviembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante, en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 800.000 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El órgano de contratación, mediante resolución de 28 de junio de 2022, adjudica el contrato arriba referenciado a la entidad COANDA S.L,. Dicha resolución fue notificada y publicada en el perfil de contratante el 29 de junio de 2022.

SEGUNDO. El 19 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad GENERAL MACHINES TECHNOLOGY, S.L. (en adelante GMT) contra la citada resolución de adjudicación.

Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente, el informe sobre el mismo y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida tuvo entrada en el Registro de este Tribunal.

Con fecha 2 de agosto de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las demás entidades licitadoras, para que formulasen las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose presentado alegaciones por la entidad adjudicataria dentro de plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto nos encontramos ante un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración pública y es objeto de recurso el acuerdo de adjudicación del mismo, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2. c) de la LCSP.

Al respecto, procede indicar que aun cuando el recurso se dirige sustantivamente contra la exclusión de la oferta de la recurrente, pues únicamente combate dicha circunstancia, el acto formalmente impugnado es la resolución de adjudicación y a ésta debemos atenernos para examinar los restantes requisitos de admisión del recurso.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso contra la resolución de adjudicación impugnada, esta le fue notificada a la recurrente el 4 de julio de 2022, por lo que el recurso frente a la misma se ha interpuesto en plazo, y ello, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar el motivo en que el mismo se sustenta que no es otro que la exclusión de la proposición de la recurrente tras ser propuesta adjudicataria.

La mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 8 de marzo de 2022, propone la adjudicación del contrato a la entidad recurrente y procede a requerirle la documentación previa a la adjudicación, que tras su aportación es analizada, constando en el expediente de contratación informe técnico de 25 de mayo de 2022 sobre el cumplimiento de la solvencia técnica exigida conforme al apartado 6 del cuadro resumen del PCAP, que en lo que aquí interesa dispone:

SEGUNDO CRITERIO *Los licitadores deberán acreditar tener acuerdos con el fabricante de la solución ofertada para prestar los servicios incluidos en la garantía:* *• Acceso a parches, correcciones y actualizaciones de firmware de los productos ofertados.* *• Conexión con el Soporte On - line del fabricante.* *• Suministro de piezas originales.* *Los licitadores deberán acreditar ser Partner o distribuidor autorizado del fabricante del producto ofertado.* *Para ello aportarán certificado expedido por el fabricante en el que se haga constar la condición del licitador de Partner o distribuidor autorizado de sus productos.* *Justificación del criterio:* *El acceso por parte del proveedor a un canal directo con el fabricante proporciona una mayor capacidad de respuesta ante necesidades de repuestos, equipamiento completo o necesidades de soluciones técnicas a problemas complejos en los componentes que forman parte del servicio.*	*SI*	*X*	*NO*

El citado informe técnico observa que la recurrente no ha acreditado el requisito exigido como segundo criterio antes transcrito por lo que es requerida, por dos veces, para que subsane y aclare dicho extremo.

En la primera de ellas además de requerirle el certificado del fabricante se le solicita aclaración respondiendo a la pregunta *"¿La empresa GENERAL MACHINES TECHNOLOGY, S.L. puede acreditar ser Partner o distribuidor autorizado del fabricante del producto ofertado (Kyocera) y por tanto, aportar certificado expedido por el fabricante en el que se haga constar la condición del licitador de Partner o distribuidor autorizado de sus productos?".*

Al respecto, el mismo informe técnico *"concluye lo siguiente: Con respecto a la respuesta sobre la primera solicitud de aclaración y la concreción realizada por Veiasa, el proveedor GENERAL MACHINES TECHNOLOGY, S.L. en la documentación que nos aporta realiza la siguiente afirmación "GM TECHNOLOGY, SL es distribuidor oficial y partner de KYOCERA, a través de su marca comercial OLIVETTI", pero no incluye ningún documento por parte del fabricante "KYOCERA" que valide, acredite o ratifique dicha información de tal forma que pueda quedar resuelto si se acepta por parte del fabricante que una empresa distribuidora oficial o autorizada y servicio técnico oficial de la marca comercial OLIVETTI pueda afirmar ser distribuidor oficial y partner de KYOCERA a través de la marca comercial OLIVETTI.*
No podemos considerar la incidencia SUBSANADA."

No obstante se formula a la recurrente un segundo requerimiento en los siguientes términos: *"Entendemos las alegaciones que presentan, pero, conforme a lo exigido en los pliegos y a la marca/fabricante de impresora con la que pretenden prestar el servicio, debe ser Kyocera quien acredite que GM Technology es Partner o distribuidor autorizado de sus productos. Alternativamente admitiríamos una declaración en la que Kyocera confirmase o aceptase la afirmación realizada por GM Technology:*
"GM TECHNOLOGY, SL es distribuidor oficial y partner de KYOCERA, a través de su marca comercial OLIVETTI".

Solicitamos por tanto documento por parte del fabricante Kyocera confirmando su aceptación a las afirmaciones que se realizan en la documentación que aporta GM Technology y Olivetti, de tal forma que puedan quedar resueltas las siguientes cuestiones:

Que la empresa GM Technology es partner o distribuidor oficial o autorizado de Kyocera.
Que una empresa distribuidora oficial o autorizada y servicio técnico oficial de la marca comercial Olivetti puede afirmar ser distribuidor oficial y partner de Kyocera a través de la marca comercial Olivetti.

Exponemos en esta solicitud de aclaración que, dado que la máquina con la que pretenden prestar el servicio según la ficha técnica que aportan en su oferta y las declaraciones realizadas en su respuestas a anteriores aclaraciones es de la marca KYOCERA, deben entender que sin los documentos solicitados, Veiasa no puede comprobar que la marca KYOCERA dé soporte técnico y asuma la intervención en los productos comercializados con su marca por parte de otras marcas o proveedores.

Así mismo, en caso de que Olivetti y Kyocera tengan acuerdos al respecto, entendemos que se nos debe acreditar o confirmar por todas las partes involucradas en este proceso, incluyendo a kyocera.".

Según consta en el informe técnico "*Con respecto a la respuesta sobre la segunda solicitud de aclaración realizada por VEIASA, la empresa GENERAL MACHINES TECHNOLOGY, S.L. declara "no poder presentar documento confirmando que es distribuidor oficial y partner de Kyocera" a pesar de que la máquina con la que pretenden prestar el servicio es de la marca y fabricante Kyocera. Como ya se le recordó a la empresa GENERAL MACHINES TECHNOLOGY, S.L. en una de las solicitudes de aclaración, la máquina con la que pretenden prestar el servicio según la ficha técnica que aportan en su oferta y las declaraciones realizadas en sus respuestas a anteriores aclaraciones es de la marca y fabricante KYOCERA, GENERAL MACHINES TECHNOLOGY, S.L. era perfectamente conocedora de las obligaciones exigidas en los pliegos según los cuales era el fabricante de las impresoras con las que pretendieran prestar el servicio quien debía acreditar la condición del licitador como distribuidor autorizado y/o Partner. Por tanto sin la aportación de los documentos exigidos en los pliegos, VEIASA no puede comprobar que la marca KYOCERA dé soporte técnico y asuma la intervención en los productos comercializados con su marca por parte de otras marcas o proveedores.*
No podemos considerar la incidencia SUBSANADA."

En la sesión celebrada el 30 de mayo de 2022 la mesa de contratación acuerda *"Excluir de la licitación a la empresa GENERAL MACHINE TECHNOLOGY, S.L., por no acreditar el cumplimiento de todos los requisitos de solvencia técnica (concretamente, ser partner o distribuidor autorizado del fabricante del producto ofertado) según se exige en los pliegos que rigen la presente licitación.".*

1. Argumentos de la recurrente.

Frente a ello la recurrente interponer recurso especial, en el que solicita a este Tribunal, que tras estimar su recurso anule la resolución de adjudicación recurrida *"admitiendo el certificado de Olivetti de cumplir el criterio segundo del Apartado 6 del Cuadro Resumen "Criterios y Medios para acreditar la solvencia técnica y profesional", así como que las máquinas actuales con las que se presta el servicio desde 2019 ya están certificadas por VEIASA no siendo necesario una nueva certificación, con la consideración de adjudicatario a GMT y demás que procedan."*

La recurrente alega error en el acuerdo recurrido en base a las siguientes consideraciones:

- Que *"GMT se presenta con una máquina que detalla en su oferta con el modelo que corresponde a la marca Olivetti y Kyocera por ser el mismo equipo, aportando la documentación de ostentar la condición de distribuidor oficial de la misma, como ha quedado acreditado en el expediente de contratación",* considerando que ello es suficiente para considerar que cumple los requisitos del pliego ya que garantiza que es distribuidor autorizado del

producto. Por el contrario, entiende que la exigencia de que sea el fabricante y no la marca comercial quien deba expedir la acreditación *"rompe cualquier principio de libre concurrencia en lo referente a contratación pública, así como de defensa de la competencia, ya que anula a los distribuidores o marcas comerciales que no cuenten con fabricación propia"* y que el requisito por el que se la excluye no es un requisito de solvencia técnica sino de ejecución.

- Que *"Otra de las competidoras y finalmente beneficiada con nuestra exclusión, COANDA es la Partner oficial de Kyocera en Sevilla, con lo cual resulta imposible que se obtenga el certificado que quiere el técnico".*

- Que *"Esta cláusula, exactamente idéntica tanto en el tenor literal como en su finalidad, se recogía en la anterior licitación, la efectuada en el año 2017, de la que es adjudicataria y actual prestadora del contrato GMT"* alegando que ahora el órgano de contratación no puede ir contra sus propios actos y pedir que sea el fabricante y no la marca quien debe dar el certificado. A ello añade que *"como ese TARCJA ha dicho en muchas ocasiones, las cláusulas oscuras y de dudosa interpretación, como ahora quiere hacer, dicho con el debido respeto, VEIASA, pueden ser apreciadas de oficio aunque no se hubiera recurrido el Pliego, incluso en el momento de impugnar la resolución de adjudicación"* y que *"que no había por qué recurrir los pliegos porque están igual que en la anterior licitación"*.

2. Argumentos del órgano de contratación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso *"se opone a lo solicitado en su integridad por la Recurrente por considerar que no existe argumento fáctico ni jurídico alguno que sustente sus pretensiones, solicitando al Tribunal confirme la procedencia y legalidad tanto del acuerdo de adjudicación del Órgano de Contratación de VEIASA a favor de la empresa COANDA, S.L. como la del acuerdo de exclusión de la licitación de la Recurrente por parte de la Mesa de contratación, que es lo que en el fondo se está realmente impugnando por medio del recurso.".*

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

La entidad adjudicataria formula escrito de alegaciones en el que solicita que no se declare la nulidad de la la adjudicación del contrato y se de por probado que la recurrente incumple los pliegos.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora examinar las alegaciones si la exclusión de la oferta de la recurrente por acreditar la solvencia técnica es procedente.

Como ya se ha expuesto, el apartado 6 del cuadro resumen del PCAP entre los *"CRITERIOS Y MEDIOS PARA ACREDITAR LA SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL"* requiere que los licitadores sean partner o distribuidor autorizado del fabricante del producto ofertado, debiendo aportar como medio de acreditación certificado expedido por el propio fabricante.

Asimismo, en la documentación que obra en el expediente remitido a este Tribunal, puede comprobarse que el equipo ofertado por la recurrente (Kyocera/Olivetti P3045DN/PGL2145) es fabricado por Kyocera, aunque comercializado por Olivetti, y por tanto, siendo la fabricante Kyocera, la recurrente debió aportar una certificación expedida por dicha entidad en la que esta acreditara que la recurrente es su partner o distribuidora oficial.

Igualmente ha quedado de manifiesto, incluso por las afirmaciones de la propia recurrente tanto en las respuestas a los requerimientos del órgano de contratación como en su escrito de recurso, que esta no ha aportado el documento exigido, a pesar de los reiterados requerimientos del órgano de contratación, que por tratarse de la oferta más ventajosa ha realizado todas las gestiones a su alcance para asegurarse de si la recurrente era partner o distribuidora oficial de Kyocera, antes de proceder a su exclusión, llegando a consultar directamente a Kyocera, cuya respuesta obra en el folio 347 del expediente de contratación:

"Que Kyocera Document Solutions y Olivetti, son marcas comerciales distintas y que, como tal, operan de forma independiente, siendo la segunda, entre otras, una de las marcas para las que Kyocera fabrica también dispositivos.

Igualmente, pongo en su conocimiento que el tóner original de Kyocera para los modelos Ecosys P3145dn y Ecosys P345dn difiere de los tóneres utilizados en los equipos Olivetti, existiendo diferencias físicas entre ambos consumibles y llevando además incorporado un chip RFID el tóner de Kyocera para hacer inviable el intercambio de consumibles entre ambas marcas.
(…)
Asimismo, la empresa GM Tecnology no figura como Servicio Técnico Oficial Autorizado ni tiene certificación comercial por parte de Kyocera Document Solutions españa. Por tanto, Kyocera no le presta soporte técnico ni asume la responsabilidad de cualquier intervención de esta empresa en equipos de kyocera.".

A la vista de lo expuesto, se han de desestimar las alegaciones que formula la recurrente en su escrito de recurso.

Al efecto, se ha de recordar el contenido del artículo 139 de la LCSP que dispone *"1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (…)"*. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos que rigen el contrato son "lex inter partes" o "lex contractus" y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, y al propio órgano de contratación.

Así lo hemos sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio: *"En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.*

En relación a ello, este Tribunal, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, y 200/2017, de 6 de octubre y 14/2021, de 21 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados, la recurrente alega que no tenía motivos para recurrir los pliegos por ser iguales a los de la anterior licitación en la que había sido adjudicataria,y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de *"pacta sunt servanda",* necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

Por otra parte, no puede admitirse que los pliegos puedan impugnarse en vía de recurso o de oficio como

pretende en su recurso pues la cláusula por la que ha sido excluida su oferta no es oscura ni de dudosa interpretación, por el contrario es clara y objetiva.

Por último, en relación con la alegación de la recurrente respecto a la actuación de la mesa de contratación en la anterior licitación, sin entrar en un mayor análisis, este Tribunal ha de poner de manifiesto como en otras muchas ocasiones (v.g. Resoluciones 336/2018, de 30 de noviembre, 299/2018, de 25 de octubre, 236/2018, de 8 de agosto, 61/2019, de 7 de marzo, 79/2019, de 21 de marzo, 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio, 257/2019, de 9 de agosto, 250/2020, de 16 de julio y 340/2020, de 15 de octubre, entre otras), el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales.

En consecuencia, este Tribunal considera procedente la exclusión de la oferta de la recurrente de la licitación, por lo que debe desestimarse el recurso especial interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial interpuesto por la la entidad **GENERAL MACHINES TECHNOLOGY, S.L.**, contra su la adjudicación del contrato denominado "Servicio integral de impresión en estaciones de ITV y Servicios Centrales de VEIASA", (Expte. CF050-20-044), promovido por Verificaciones Industriales De Andalucía, S.A., entidad adscrita a la entonces Consejería de la Hacienda y Financiación Europea.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.