

Recurso nº 007/2018 y 012/2018 (acumulados)

Resolución nº 10/2018

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

En Santiago de Compostela, a 14 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.R.E. actuando en nombre y representación de ADTEL SISTEMAS DE TELECOMUNICACIÓN S.A (ADTEL, en adelante), recurso 7/2018, y por G.G.A. en nombre y representación SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELSIS S.L (ITELSIS, en adelante), recurso 12/2018, acumulados, contra la resolución del órgano de contratación por la que se acuerda la exclusión de ofertas en la contratación del suministro e instalación del equipamiento necesario para el despliegue de la Red Vigilancia de los Espacios Forestales de Galicia convocada por Redes de Telecomunicación Gallegas Retegal, S. A. con el número de referencia CP201180001, 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.- Por Redes de Telecomunicación Gallegas Retegal, S. A. (en adelante RETEGAL) se convocó la licitación del contrato de suministro e instalación del equipamiento necesario para el despliegue de la Red Vigilancia de los Espacios Forestales de Galicia, cofinanciado parcialmente con el FEADER en PDR de Galicia 2014-2020, sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado declarado de

560.000 euros, en cuanto que lo declaran coincidente con el presupuesto base de licitación, por no preverse prórrogas.

Tal licitación fue objeto de publicación en el Perfil del contratante y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 8.2.2018, con publicación en el DOUE el 7.2.2018 y el 9.2.2018, con anuncio rectificativo.

Segundo.- RETEGAL es una sociedad mercantil 100% pública de la Xunta de Galicia que tiene por objeto tanto la planificación, instalación, gestión, mantenimiento y explotación de infraestructuras, sistemas y servicios de telecomunicaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, como la elaboración de propuestas, análisis y estudios relacionados con las telecomunicaciones, con consideración de medio propio instrumental y de servicio técnico de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de sus organismos autónomos en lo concerniente a la realización de las actividades propias de su objeto social y con condición de poder adjudicador.

Según el expediente de la licitación, este contrato es un contrato mixto, de conformidad con el artículo 12 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante), añadiéndose que no obstante, de cara a la determinación de las normas por las que regirá la adjudicación de este contrato, y atendiendo al carácter de la prestación que tiene más importancia desde el punto de vista económico, el contrato se define como un contrato de suministro de carácter privado, de acuerdo con los artículos 9, 20 y 290 y siguientes del TRLCSF, toda vez que la parte de adquisición de cámaras es la prestación principal y determinante el régimen de adjudicación del contrato en atención a su mayor relevancia económica.

Tercero.- Por resolución de 12.4.2018, el órgano de contratación acordó la exclusión de ofertas, a propuesta del comité de expertos. En cuanto a la exclusión de ADTEL e ITESLSIS se recoge que es por no cumplir las licencias del software ofertadas los requerimientos técnicos mínimos expresamente solicitados en los pliegos y que tienen la consideración de esenciales, requerimientos que son necesarios e imprescindibles para la consecución del desarrollo de la actividad propia del SPDCIF y que resulta imprescindible para la consecución del objeto de la presente contratación.

Esa resolución reproduce el informe del comité de expertos, que recogía:

La cláusula 3 del PPT, alcance de la licitación, establece que este comprende el suministro de todo el software de gestión y monitoraje necesaria, conforme a los requisitos del PPT.

Asimismo, la cláusula 4.2, características y prestaciones software de gestión, establece que las prestaciones técnicas y funcionales mínimas que debe tener el software de gestión y control se indican en el Anexo IV del PPT, que deberá ser cumplimentado y presentado por los licitadores en el sobre B.

Por otra parte, la cláusula 17.2 el PBJ, establece que durante el plazo de garantía de 48 meses requerido como mínimo:

“(...) el adjudicatario se comprometerá a realizar cualquier actualización de software o firmware, sin coste para RETEGAL, que suponga una rectificación de “vicios ocultos” o una mejora de las condiciones de funcionamiento, de manera que se garantice la uniformidad de versiones para un mismo modelo de equipo durante su período de garantía. Estas actualizaciones se realizarán por parte de RETEGAL, si este así lo requiere, a instancia de las pautas ofrecidos por el fabricante.”

La anterior explicación era común para ambas exclusiones, existiendo la siguiente descripción ulterior individualizada:

- Sobre ADTEL:

El licitador oferta el siguiente software de gestión y licencias de cámaras:

- 1 Licencia Base Milestone Xprotect Corporate
- 68 licencia dispositivo Xprotect Corporate
- 1 Care Plus 1 año licencia base
- 68 Care Plus 1 año licencia dispositivo

Las licencias Milestone Care Plus que incluye en su oferta, además de otras funcionalidades como el mantenimiento, incluyen las actualizaciones requeridas en los pliegos únicamente por UN AÑO, por lo que no se garantizan las actualizaciones durante los 36 meses restante del período de garantía de 48 meses.

Además, como ya se comentó más arriba, el requerimiento de actualizaciones durante el plazo de garantía no es caprichoso, sino que obedece a una intención de RETEGAL para garantizar la no obsolescencia del software en caso de que se produzcan

actualizaciones, lo cual debe contemplar el licitador en su oferta, aspecto que RETEGAL contempló en la estimación del presupuesto base de licitación.

Por lo expuesto, la no inclusión de las actualizaciones del software durante 36 meses del máximo de 48 que dura la garantía tiene la condición de esencial, en el sentido establecido en el último párrafo de la cláusula 7.4.2 del PBJ, dado que no permite comprobar la idoneidad del software ofertado al objetivo y finalidad perseguido con el presente procedimiento de contratación.

- Sobre ITELSIS:

El licitador oferta el siguiente software de gestión y licencias de cámaras:

- 1 Xprotect Corporate Base Xprotect Corporate Licencia basados
- 68 Xprotect-Device Xprotect Corporate Licencia por cámara
- 1 INT-Xeocode Integración con XECODE

Las licencias de software ofertadas no cumplen los requerimientos exigidos en los pliegos, ya que no incluyen las actualizaciones requeridas durante el período de garantía.

El requerimiento de actualizaciones durante el plazo de garantía no es caprichoso, sino que obedece a una intención de RETEGAL para garantizar la no obsolescencia del software en caso de que se produzcan actualizaciones, lo cual debe contemplar el licitador en su oferta, aspecto que RETEGAL contempló en la estimación del presupuesto base de licitación.

Por lo expuesto, la no inclusión de las actualizaciones del software durante 36 meses del máximo de 48 que dura la garantía tiene la condición de esencial, en el sentido establecido en el último párrafo de la cláusula 7.4.2 del PBJ, dado que no permite comprobar la idoneidad del software ofertado al objetivo y finalidad perseguido con el presente procedimiento de contratación.

Cuarto.- En fecha 19.4.2018 ADTEL presentó la interposición del recurso en materia de contratación en el TACGAL. ITELSIS lo presentó el 26.4.2018.

Quinto.- Con fecha 20.4.2018 se reclamó a RETEGAL el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), en relación al recurso de ADTEL, que fue recibido el 25 de ese mes. El 27 de abril fue solicitado el expediente e informe respecto del recurso de ITELSIS, siendo recibido el 3.5.2018.

Sexto.- El recurso de ADTEL se trasladó a los interesados con fecha y 26 de abril, y en el caso del recurso de ITELSIS ese traslado fue el 3 de mayo. No se recibieron alegatos.

Séptimo.- En fecha 16.04.2018 ADTEL había solicitado las medidas cautelares previas a la interposición del recurso. El 17 de abril, se dio traslado a RETEGAL de tal petición a los efectos de presentar alegaciones, tal como recoge el art. 49.2 LCSP, y recibéndose tales alegaciones el 19.4.2018. Al amparo de ese artículo 49.2, dado que se recibió el recurso antes de que se hubiera dictado la resolución sobre las medidas cautelares, se acumuló a ese la solicitud cautelar, resolviéndose acoger las mismas por resolución de 26.4.2018. ITELSIS solicitó medida cautelar en su escrito de interposición, y por resolución de 7.5.2018 el TACGAL, junto con la acumulación de los recursos, decidió extender la adoptada en el recurso 7/2018 a este.

Octavo.- El día 7.5.2018 el TACGAL decidió la acumulación de los recursos 7 y 12/2018.

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 la este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme a 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 material contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RD 814/2015 en adelante).

Tercero.- Al impugnarse el acto de exclusión de su oferta del proceso de licitación, los recurrentes están legitimados para la presentación de este recurso.

Cuarto.- El acto de exclusión fue dictado en fecha 12 de abril de 2018, siendo publicado en el Perfil del contratante en la misma fecha.

El recurso de ADTEL fue presentado el 19 de abril, en plazo. El de ITELSIS, el 26 de abril, en el que fue designado como registro del TACGAL, remitiéndolo tal registro general de la Xunta de Galicia electrónicamente a este Tribunal en esa misma fecha. Además ITELSIS presentó en la sede electrónica de la Xunta de Galicia el formulario FA900A el 3 de mayo, por lo que también en plazo. Frente a la alegación de RETEGAL sobre aquella inicial presentación de ITELSIS, procede significar que el artículo 38 del RD 814/2015 se declara sólo aplicable al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, según su disposición final primera.

Quinto.- La licitación tiene valor estimado declarado de 560.000 euros, respecto de una contratación de suministro de un poder adjudicador. Dentro de la misma, se impugna un acuerdo de exclusión, por lo que la actuación es recurrible al amparo del artículo 44.1 a) y 2.b) LCSP.

Sexto.- El recurso de ADTEL está basado en los siguientes fundamentos:

a) Que la propuesta de ADTEL sí incluye cualquier posible actualización de software que tenga lugar durante los 4 años de garantía, incluido la del software Milestone Xprotect.

Alude a que, a la falta de contrato, el documento de mayor entidad que rige la presente contratación es el pliego de bases jurídicas y que este pliego, en su punto 7.1 de condiciones generales, establece literalmente que la presentación de oferta supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin excepción o reserva alguna y con esto el cumplimiento de la cláusula 17.2 respecto de las actualizaciones de software durante el período de garantía. Esta cláusula también se firma en el modelo de proposición económica.

Por otro lado, que en la oferta presentada por ADTEL se menciona específicamente en su punto 1.1.1 Arquitectura general de la solución que *“la propuesta de ADTEL contempla el suministro, la instalación de las cámaras, su puesta en servicio y su mantenimiento durante el período de garantía solicitado de 4 años”*. Y también en el punto 4.1 Estructura del servicio de mantenimiento, se indica que *“durante el período de garantía de 4 años solicitado, ADTEL garantizará un*

servicio de mantenimiento correctivo acorde a los SLA establecidos para este proyecto". Alude el recurso que ADTEL atenderá cualquier requerimiento de RETEGAL que esté establecido en el contrato, como pueda ser una actualización de software.

Concluye entonces que la propuesta de ADTEL incluye cualquier posible actualización de software que tenga lugar durante los 4 años de garantía, incluido el software Milestone. Xprotect.

b) Que ni en el pliego de prescripciones técnicas ni en el de bases jurídicas se establece que se tengan que suministrar unas determinadas licencias de mantenimiento para cumplir con el requerimiento de actualización de software, ni se establece ninguna condición en cuanto a la forma de cumplir este requerimiento.

Para él, resulta evidente que en el pliego de prescripciones técnicas se requieren de forma expresa y esencial para el funcionamiento del sistema únicamente licencias permanentes y sin caducidad temporal, por lo que resulta de todo punto arbitrario excluir a ADTEL por ofrecer unas licencias complementarias de 1 año y argumentando que no cobren los 4 años de contrato.

Añade que que las licencias Milestone CarePlus son un producto ofrecido por el fabricante Milestone que, entre otras cosas, incluye el acceso a las actualizaciones de software que puedan aparecer durante el período cubierto por un precio fijo. El inconveniente que tiene esta opción es que se está pagando por adelantado y a precio hizo por un servicio que luego puede tener lugar o no. Para el recurrente es evidente que este que no es el único camino para garantizar las actualizaciones de software que sean necesarias durante un período de tiempo porque, por ejemplo, ADTEL podría limitarse a comprar la licencia de cada nueva versión de software en caso de que aparezca.

c) Que el criterio técnico establecido por el Comité de Expertos para acordar la exclusión de ADTEL es inmotivado, no establecido en los pliegos, y utilizado de forma forzada para excluir a ADTEL. Hace notar que de las 9 ofertas admitidas se declararon excluidas a 6.

Séptimo.- Por parte de ITELSIS, su recurso esgrime que la propuesta técnica de ITELSIS incluye las tablas totalmente cubiertas de Cumplimiento de las funcionalidades mínimas que debe tener el Software de Gestión, de acuerdo al Anexo IV del PPT, entre las que no se señala expresamente ningún requerimiento respecto de las posibles actualizaciones, cumpliendo la cláusula 4.2 PPT.

Añade que, en cumplimiento del apartado 7, “Garantía y soporte técnico”, del PPT, la Propuesta Técnica de ITELSIS (capítulo 6 o sobre B) menciona que el plazo de Garantía y soporte in-situ será el requerido en el PBJ, 48 meses a contar del acta de recepción y comprenderá tanto los equipos/licencias suministrados como las instalaciones realizadas.

Para tal recurso la función de comprobación del Comité de Expertos no se extiende a la comprobación del cumplimiento de los requerimientos del PBJ y que se extralimitó al señalar la causa de exclusión decretada, cuando esa exigencia no está expresamente incluida en el PPT, y que las bases del PBJ no son para ser valoradas por el Comité.

Concluye expresando que cumpliendo ITELSIS los requerimientos no puede ser excluida la de la licitación en esta fase, sin perjuicio de que en una fase posterior el órgano de contratación, pero no el comité de expertos, pueda y deba comprobar el cumplimiento, por el licitador que resulte adjudicatario, de la totalidad de las bases del PBJ, que además, continúa expresando, fueron expresamente aceptadas por anticipado por ITELSIS y cumplidas en su totalidad, incluido el soporte y actualizaciones del software, como, alegan, podrá comprobarse de la valoración económica en el sobre C de la oferta.

Octavo.- RETEGAL, en su informe a los recursos de ADTEL e ITELSIS, explica que los licitadores precisamente incumplen la regla de la aceptación incondicionada y sin salvedades de los pliegos al presentar una oferta condicionada en lo que se refiere al requerimiento de actualización de software durante el plazo de garantía.

Describe que en el pliego de bases jurídicas (PBJ) se establecía como obligación de los licitadores la actualización de los distintos softwares suministrados durante el plazo de garantía, esto es, durante un plazo de 48 meses, y que la afirmación de que la cuestión de las actualizaciones del software durante los 4 años estaba en su oferta, no es acogible.

Lo que se pedía en los pliegos eran unas licencias permanentes que incluyeran el complemento de actualización durante los cuatro años de garantía. Asimismo, continúa, la razón de excluir a los licitadores no se deriva del hecho de que oferte una licencia concreta y determinada, sino que responde al hecho de que incumple la exigencia establecida en el PBJ de garantizar la actualización del software de gestión

durante un período de cuatro años, sin que esto tenga que figurar necesariamente en el PPT.

Sobre la alegación de ITELSIS de que el Comité se excedió de sus funciones, el informe de RETEGAL a este recoge que: *“...aunque bien puede considerarse que el Comité de Expertos pudo excederse en sus funciones, lo cierto y verdad es que su actuación quedó completamente validada desde el momento en que tanto la mesa como el órgano de contratación, que son los órganos competentes para proponer y acordar la exclusión, asumen como propias las conclusiones del citado comité”*

Noveno.- Por resolución de 12.4.2018, el órgano de contratación acordó la exclusión de ofertas, la propuesta del comité de expertos, por lo que aquella decisión es la que corresponde enjuiciar, en definitiva, con independencia de quien hubiera iniciado el razonamiento para esto.

La cláusula 17.2 del Pliego de Bases Jurídicas (PBJ), establece que durante el plazo de garantía de 48 meses requerido como mínimo:

(...) el adjudicatario se comprometerá a realizar cualquier actualización de software o firmware, sin coste para RETEGAL, que suponga una rectificación de “vicios ocultos” o una mejora de las condiciones de funcionamiento, de manera que se garantice la uniformidad de versiones para un mismo modelo de equipo durante su período de garantía. Estas actualizaciones se realizarán por parte de RETEGAL, si este así lo requiere, a instancia de las pautas ofrecidas por el fabricante.

La resolución, haciendo suya la consideración del informe del Comité, considera que en las ofertas de los recurrentes no se garantizan las actualizaciones del período de garantía de 48 meses. Más concretamente se considera que la inclusión de las actualizaciones del software tiene la condición de esencial, y que procede la exclusión porque no se permite comprobar la idoneidad del software ofertado al objetivo y finalidad perseguido con el presente procedimiento de contratación.

La resolución de exclusión recoge un total de 6 empresas a las que se le excluyen sus ofertas, siendo la exclusión de ADTEL e ITELSIS del mismo tenor, de ahí la acumulación decretada por el TACGAL.

La existencia de varias exclusiones es cierto que denota un trato igualitario, pero en cambio no es un indicio favorable a que el entendimiento de las condiciones para

uno licitador diligente hubiera sido lo que se defiende por el órgano de contratación, aunque esto por sí solo, nada definitivo determina.

Por lo tanto, respecto de las exclusiones es oportuno comenzar su análisis con la mención a los parámetros generales para su enjuiciamiento.

En primer lugar es conocido que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a conseguir la mayor concurrencia posible (STS 21.9.2004 y STC 141/1993, de 22.4), obvio es, siempre que las ofertas cumplan con lo exigido para la misma.

En segundo lugar, que es un principio general de la contratación que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no pueden favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad (art. 1228 del Código Civil), o dicho a sensu contrario, perjudicar a quien no la ocasionó (por todas, resolución 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). También la Sentencia TJUE de 16.9.2013:

“Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111).”

Dicho esto, en el caso concreto lo primero que observamos es que la cláusula 17.2 del Pliego de Bases Jurídicas lo que exige es que el “adjudicatario” se “comprometa” a realizar cualquier actualización de software o firmware, sin coste para RETEGAL, durante su período de garantía.

Dos apuntes entonces de inicio: i) es una referencia textualmente dirigida al adjudicatario, esto es, a lo que resulta elegido, no a los partícipes en relación a sus ofertas para que estas puedan ser valoradas e ii) habla de “compromiso”.

El informe de RETEGAL para este recurso explica que la exclusión fue porque *“Lo que se pedía en los pliegos eran unas licencias permanentes que incluyeran el complemento de actualización durante los cuatro años de garantía...”* y esto no estaba en las proposiciones presentadas por los aquí recurrentes.

Comencemos entonces aludiendo a que la textualidad de tal exigencia no está, como tal, en el contenido literal del artículo 17.2 PBJ, y menos como un requisito mínimo para la admisión de la oferta de cualquiera licitador participante. Sobre esto último, reiteramos que la literalidad, de hecho, se aleja de ese entendimiento cuando habla del “adjudicatario”.

De esta literalidad cabe concluir que la voluntad del órgano de contratación en el momento de fijar las condiciones de la licitación fue la de establecer el compromiso de actualización como una exigencia a cumplir por la empresa responsable de la ejecución del contrato y, de hecho, está incluido en una cláusula denominada “garantía”, aplicable por su propia naturaleza a la empresa contratante. Esto determina que en este momento del proceso de licitación, el órgano de contratación no se pueda apartar de su propia configuración, y transformar dicha obligación en un criterio de admisión.

De hecho, las alegaciones recibidas parecen denotar que el órgano de contratación, a falta de una literalidad expresa objetivamente apreciable, entiende que podía ser entendido en una interpretación conjunta de las condiciones de la licitación, sobre lo que debemos convenir entonces que nos introducimos en el campo de las cláusulas oscuras o, cuando menos, no claras, con el resultado antes anticipado de que no puede perjudicar a quien no las creó.

Pero tampoco la cohesión de esa cláusula con el resto de las condiciones de la licitación da como resultado la conclusión clara de que un licitador diligente debía prever que era un requisito de admisión que se hubieran ofertado unas licencias que incluyeran el complemento de actualización durante los cuatros años de garantía y que de no hacerse así, no pasarían a la fase de valoración de las mismas.

De hecho, si acudimos a la cláusula 7.4.2 de ese Pliego, también citado en la justificación de la exclusión por la resolución, en el apartado referido al Sobre B de criterios no evaluables mediante fórmulas, lo que solicita es una memoria donde en el punto 4 sobre “Plan de garantía y del soporte y continuidad del producto tras el período de garantía” sólo se menciona la necesidad de una “descripción” del plan de garantía, procedimiento de comunicación y niveles de calidad y del servicio.

Significar que la resolución de exclusión no se basa en la existencia de defectos en la descripción de ese punto de las Memorias de los licitadores, por lo que no cabría traer a este enjuiciamiento algo distinto a lo que fue la causa de exclusión ejercitada.

En todo caso, los recursos señalan pasajes de su oferta donde consideran plasmado el compromiso durante el período de garantía.

Continuando con la cláusula 7.4.2 es cierto que luego se añade que la no presentación de cualquier documento considerado esencial puede ser causa de exclusión, especificando que son documentos esenciales *“aquellos que permitan comprobar la idoneidad de los elementos ofertados al objetivo y finalidad perseguido con el presente procedimiento de contratación”*, pero tal genérica mención no puede ser lo que justifique una exigencia no recogida expresamente, dando un resultado tan gravoso como la exclusión de la oferta.

Sobre el concepto de “esencial” para una licitación, es de interés el informe 63/11 de la Junta Consultiva del Estado, traído a los meros efectos ilustrativos pues el mismo alude a lo que son las causas de resolución. Considera ese informe que *“Para que una obligación prevista en el contrato tenga el carácter de esencial, son necesarios dos requisitos, el primero, que así se haya establecido de forma expresa y el segundo, que se haya hecho constar de esa forma en el pliego o en el contrato”* y que no caben cláusulas genéricas: *“La tipología de cláusula contractual que califica el incumplimiento de cualquier obligación como causa de resolución potestativa por parte de la Administración Pública no es admisible...de manera que en el pliego y en el contrato deberá hacerse una enumeración precisa, clara e inequívoca de las obligaciones contractuales...”*

Por otro lado, unido a que esas cláusulas señaladas anteriormente no pueden ser el soporte para justificar la exclusión que nos ocupa, lo cierto es que se se acude al Anexo IV del Pliego de Prescripciones Técnicas, referido al solicitado en las ofertas respecto a las características y prestaciones del software, no se observa la mención a exigencia de unas licencias permanentes que incluyeran el complemento de actualización durante los cuatros años de garantía. Se recoge el concepto de “licencias sin caducidad temporal”, sin referencia a la actualización, lo que tampoco se aprecia en el resto de párrafos del mismo.

Finalmente, el informe de RETEGAL también aporta como pilar de su postura la respuesta dada el 27.2.2018 a un licitador que preguntara sobre el plazo de garantía y las actualizaciones de las licencias, pero otra vez no vemos en esa respuesta una mención expresa a que el requisito de las actualizaciones era un criterio de admisión. Así, la respuesta es, básicamente, una reproducción de cláusulas del PPT y, principalmente, de esa cláusula 17.2 del Pliego de Bases Jurídicas (y ese Anexo IV que ya vimos que nada textual recoge sobre las actualizaciones en las ofertas), a lo

que añade. *“Así las cosas, las actualizaciones no están incluidas durante el período de ejecución del contrato, pero sí durante el período de garantía, que incluye tanto la corrección de los vicios ocultos o bugs o software suministrado, como cualquier actualización de software o firmware, sin coste para RETEGAL, en los términos que se vienen a exponer”.*

Por lo tanto, su referencia no es de apoyo a la tesis de RETEGAL, y, de hecho, sería más la pérdida de una oportunidad de dejarlo claro, si era su intención.

En este punto, es de interés reproducir el Acuerdo 8/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, cuando expresa lo que es una doctrina uniforme:

“Es oportuno recordar, como ya dijimos en nuestro Acuerdo 33/2012, que la carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección, son también responsabilidad de los mismos. Por ello, resulta desproporcionado y contrario a la equidad, que los poderes adjudicadores tengan la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones.

La jurisprudencia actual, frente a decisiones jurisprudenciales anteriores que otorgaban a la interpretación unilateral de la Administración el valor de una especie de interpretación «auténtica», ha destacado que la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad sólo debe perjudicar a la Administración que las redactó, en aplicación del artículo 1288 CC. Con rotundidad se pronuncia en tal sentido la STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, según la cual «Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración». En el mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2001 afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las SSTS de 2 de

octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999. En su consecuencia, la Administración no puede salvar la contradicción que pudiera existir entre las cláusulas del pliego mediante una interpretación que perjudique a quienes cumplieron con lo establecido en ellas”.

Añadir que ni en la resolución de exclusión ni ahora en el informe del órgano de contratación se llega a la conclusión de que es inviable que con las licencias presentadas se pueda llegar a cumplir con las actualizaciones requeridas por parte de, repetimos, el adjudicatario, que a quien se menciona en la tan mencionada regla 17.2 PBJ, en contraposición a lo que, por ejemplo, explican los recursos al respeto.

Una vez más, y para finalizar, se trata de analizar si un licitador diligente e informado podía prever la causa de exclusión aquí analizada, y la respuesta, después de lo explicado, es que no. Seguimos así al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 22 de abril de 2010, que advierte que se debe ofrecer objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta del objeto de la licitación, y de formular en consecuencia su oferta.

Como recoge la Resolución 67/2014 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

“(...) En el caso de que esta argumentación, única posible a juicio de este Órgano, resultara insuficiente o dudosa, habría que añadir que, en virtud del principio de transparencia, una aplicación de los Pliegos que supone nada menos que la exclusión de una oferta debe estar basada en una regla clara y fácilmente entendible por todos los licitadores, lo que desde luego aquí no sucede (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00; 24/11/2005, C-331/04; 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07). Así lo admite, de forma un tanto sorprendente, el propio informe interventor, que reconoce que el motivo de exclusión no está expresamente previsto en los Pliegos, y por ello ha podido pasar desapercibido para los licitadores. En el expediente consta que la Mesa de contratación sólo ha adoptado la decisión de exclusión después de dicho informe, manteniendo hasta entonces la consideración de la oferta de la recurrente como la más ventajosa; si un órgano especializado ha mantenido una interpretación de los Pliegos y sólo la ha variado después de un informe de fiscalización, es difícil reprochar a las empresas su falta de diligencia a la hora de cumplimentar sus ofertas. Finalmente, es oportuno traer a colación que, en última instancia, la oscuridad de las cláusulas de los Pliegos no puede perjudicar al licitador, que no es el causante de la misma (ver, por todas, la Resolución 39/2013 de este Órgano)”

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

1. **Estimar** el recurso interpuesto por ADTEL SISTEMAS DE TELECOMUNICACIÓN S.A y por SISTEMAS AUDIOVISUALES ITELSIS S.L contra la resolución del órgano de contratación por la que se acuerda la exclusión de sus respectivas ofertas en la contratación del suministro e instalación del equipamiento necesario para el despliegue de la Red Vigilancia de los Espacios Forestales de Galicia convocada por Redes de Telecomunicación Gallegas Retegal, S. A. con el número de referencia CP201180001, decretándose la retroacción precisa para que se admitan las ofertas de ambas empresas, con ulterior continuación del procedimiento de licitación.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso en 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.

