

Recurso 355/2021

Resolución 337/2021

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

Sevilla, 23 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENVIRA SOSTENIBLE, S.A.** contra la decisión adoptada por la mesa de contratación, en su sesión de 2 julio de 2021, reflejada en el Acta nº 5, por la que se formula propuesta de adjudicación a favor de la licitadora DILUS INSTRUMENTACIÓN Y SISTEMAS, S.A. en el procedimiento de licitación de contrato denominado “Suministro de estaciones de medida y unidades móviles para la vigilancia, el control y la evaluación de la calidad del aire” en relación con el Lote 1, (Expte. CONTR 2020-492557), promovido por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de febrero de 2021, la Dirección General de Calidad Ambiental y Cambio Climático de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de la Junta de Andalucía adoptó Acuerdo de inicio del expediente de contratación para el SUMINISTRO DE ESTACIONES DE MEDIDA Y UNIDADES MÓVILES PARA LA VIGILANCIA, EL CONTROL Y LA EVALUACIÓN DE LA CALIDAD DEL AIRE (2 LOTES), con un Presupuesto de licitación (IVA excluido) de 788.400,00 €, ascendiendo el Importe Total (IVA incluido) a 953.964,00 €, utilizando como procedimiento de adjudicación el abierto y varios criterios de adjudicación para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. El 19 de marzo de 2021 se dispuso la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), así como también se ordenó el inicio del procedimiento de licitación.

El 24 de marzo 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 el anuncio de licitación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 788.400,00 €.

El objeto del recurso corresponde al LOTE 1, “Calibradores dinámicos portátiles y generadores de aire cero portables para patrones de transferencia en la RVCCAA”, de 388.800,00 euros (sin IVA), en concreto el acuerdo tomado por la mesa



de contratación, el 2 de julio de 2021, por el que se propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato a favor de la empresa licitadora DILUS INSTRUMENTACIÓN Y SISTEMAS, S.A. (DILUS).

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

TERCERO. El 7 de julio de 2021 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, escrito solicitando la adopción de medida cautelar, previa a la interposición del recurso especial en materia de contratación, formulada por la entidad ENVIRA SOSTENIBLE, S.A., (ENVIRA), el cual tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 22 de julio de 2021, presentado por la citada entidad contra la decisión adoptada por la mesa de contratación, en su reunión de fecha 2 julio de 2021, reflejada en el Acta nº 5, en relación con el lote 1.

Mediante oficios de 8 y 22 de julio de 2021, respectivamente, la Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación de ambos escritos y le solicitó entre otra documentación, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente, sin que entre la documentación enviada a este Tribunal, con fecha 26 de julio de 2021, se remitieran las mismas.

El 29 de julio de 2021, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión de procedimiento de licitación respecto del lote impugnado, solicitada por la recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a la entidad licitadora y propuesta como adjudicataria, así como a la otra licitadora, para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido por parte de la primera en plazo.

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 entidad licitadora, respecto del lote 1, en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, al estar clasificada en segundo lugar de tal modo que la estimación del recurso podría propiciar, en su caso, que se le adjudicara el contrato.



TERCERO. Objeto del recurso.

El recurso se interpone contra la resolución de la Mesa que propone la adjudicación de 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, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP. Si bien formalmente se impugna una propuesta de adjudicación que no es susceptible de recurso especial conforme al artículo 44.2 LCSP, sustantivamente se recurre la admisión de la oferta propuesta como adjudicataria, acto sí recurrible conforme al artículo 44.2 b) LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de la Mesa fue adoptado el día 2 de julio, si bien recogido en el Acta de fecha de 5 de julio, siendo esa la fecha de la publicación en el perfil de contratante, sin que conste que la misma le haya sido efectivamente remitida y notificada a la ahora recurrente. No obstante, aun computando desde dicha fecha de publicación en el perfil, el recurso presentado el 22 de julio de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el Anexo I del PCAP (y el informe del órgano de contratación), de tal modo que de acuerdo con el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste expresa que lo tendrán siempre que *“se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos”*.

SEXTO. Sobre el fondo. Alegaciones de la recurrente y contestación realizada en su informe por el órgano de contratación.

El fondo del recurso estriba en impugnar el acta de la Mesa que propone la adjudicación, interesando a la vista de los pliegos, la exclusión de la oferta presentada por DILUS, al considerarse no ajustarse su oferta a las previsiones contenidas en aquéllos. Se articulan en el recurso tres motivos de impugnación:

A. En primer lugar, alega la recurrente que la empresa propuesta como adjudicataria del lote 1 incumple el requisito exigido en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), consistente en incluir en la oferta presentada las hojas de especificaciones técnicas de los fabricantes de todos los equipos ofertados, donde se recojan las características de los equipos y que permitan comparar con las especificaciones del presente pliego.

El órgano de contratación en su informe señala al respecto que no se presentan las hojas de especificaciones técnicas de los fabricantes, aunque en la documentación de la oferta (sobre número 2) presentada por la propuesta como



adjudicataria, señala que ésta mencionaba que se aportaban como anexo, por lo que la Comisión Técnica consideró que todo podía haber sido debido a un error en la subida de la documentación a la plataforma (SIREC).

B. En segundo lugar, denuncia el incumplimiento de la exigencia (consignada en el Anexo VII del PCAP) de aportar la documentación justificativa del cumplimiento de las exigencias del apartado 3.3. “Especificaciones Técnicas”, del Pliego de Prescripciones Técnicas. Al respecto, el órgano de contratación, resumidamente alega que no se deriva que se incumpla, sino que no se ha aportado el documento.

C. Asimismo, expresa la recurrente que existe una incorrecta valoración de la oferta de la entidad propuesta como adjudicataria en el apartado correspondiente a “Criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor”, tanto por lo que se refiere a los “calibradores dinámicos” como a los “generadores de aire 0” .

El informe del órgano de contratación señala que la comisión técnica, durante la valoración de las ofertas presentadas, advirtió que la empresa propuesta como adjudicataria no especificaba alguna de las características técnicas exigidas en el PPT, es decir, que no se especificaba en la documentación técnica, y así lo recogió en el informe de valoración, haciendo la observación “no lo especifica” y no valorando dicho apartado. Así informa que este modo de proceder se sostiene de acuerdo a las dos consideraciones siguientes:

- Que con la falta de la documentación no se podía determinar el incumplimiento de las especificaciones, por lo que se procedió a indicarlo en cuadro de valoración y a dar valor cero a este apartado.
- Que las especificaciones técnicas no acreditadas tienen muy poca relevancia para que los equipos ofertados cumplan con su cometido.

D. Por último solicita que *“contra la decisión adoptada por la Mesa de Contratación, en su reunión de fecha 2 julio de 2021 (reflejada en el Acta nº 5), por la que se formula, en relación con el LOTE 1 del Contrato de Suministro de estaciones de medida y unidades móviles para la vigilancia, el control y la evaluación de la calidad del aire (Expte. CONTR 2020-492557), propuesta de adjudicación a favor del licitador DILUS”* , ...que el Tribunal anule, revoque y deje sin ningún valor ni efecto¹ la susodicha decisión de la Mesa de Contratación de 2 de julio de 2021, disponiendo en su lugar que se proceda a la exclusión de la oferta presentada por la entidad” DILUS”. Incluye en el “suplico”, que *“al no ajustarse su oferta a las previsiones contenidas en los Pliegos, y se proceda, a una nueva adjudicación en favor de la entidad mi representada, “ENVIRA SOSTENIBLE, S.A.”*

SÉPTIMA. Consideraciones de este Tribunal.

1. Incumplimiento de los requisitos previstos en el PPT.

La Cláusula 3 del PPT denominada “descripción, especificaciones técnicas y alcance del suministro”, concretamente en su apartado 3.1, alcance del suministro establece:

¹La minúscula es nuestra.



“De todos los equipos ofertados se incluirán las hojas de especificaciones de los fabricantes donde se recojan las características de los equipos y que permitan comparar con las especificaciones del presente pliego (y las referencias de las páginas web de los fabricantes donde se recojan las mismas).

La Cláusula 3.3, (Lote 1), efectúa un exhaustivo desglose de las especificaciones técnicas que deben cumplir tanto los “calibradores portátiles”, como los “generadores de aire cero portátiles”. Por su parte, el PCAP en el Anexo VII, referido al “sobre nº2.- documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor” recoge:

“Las ofertas contendrán la información estructurada de manera detallada y rigurosa según el orden recogido en la tabla siguiente, debiéndose contemplar en éstas los aspectos valorables e indicados para cada uno de ellos en la tabla correspondiente de criterios de evaluación por juicio de valor (Anexo X: CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y BAREMOS DE VALORACIÓN)”.

Al describir la “Documentación justificativa de que la oferta cumple las exigencias establecidas en el pliego de prescripciones técnicas objeto de licitación” se precisa que:

“Para cada lote, deberá aportarse la documentación justificativa del cumplimiento de las exigencias del apartado 3.3. “Especificaciones Técnicas”, del Pliego de Prescripciones Técnicas. En el caso de que se derive que algún equipo de los incluidos en la oferta no cumple las especificaciones técnicas exigidas, se procederá a la exclusión de la oferta, por incumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

La respuesta que da el órgano de contratación sobre el control del cumplimiento de los mínimos del PPT es deficiente cuando señala que admiten que no se presentan las hojas de especificaciones técnicas de los fabricantes. Achaca su carencia a un error de la empresa propuesta como adjudicataria justificando que el error se encuentra en que en la documentación de la oferta (sobre número 2) presentada señalaba que se aportaban como anexo. Conforme a este razonamiento no se entiende la actuación de la mesa, dando la conformidad a que la comisión técnica considerase que todo podía haber sido debido a un error en la subida de la documentación a la plataforma (SIREC), sin advertir que ello aún podía haber sido completado.

Al respecto cumple señalar que la Resolución 214/2020 de este mismo Tribunal, analizando un supuesto cuyos fundamentos son trasladables a este caso argumenta la desestimación de su pretensión expresando que:

“Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio”.

(...) En tal sentido, también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado. Así, la Resolución 898/2015, de 5 de octubre, de dicho Tribunal, recogiendo la doctrina ya sentada por el mismo, viene a afirmar que en muchos casos el cumplimiento de las prescripciones técnicas debe verificarse en fase de ejecución del contrato, sin que pueda presuponerse ab initio (...). En este punto, sigue señalando la Resolución citada, una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles ofertas en las que la propia descripción



técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador”.

Al hilo de lo anterior se ha de invocar otra Resolución de este mismo Tribunal, la Resolución 307/2018, de 2 de noviembre², ante un supuesto similar en el que se planteaba, en sede de valoración de las ofertas, la flexibilización de las características técnicas del PPT para los productos licitados, no admitiéndose, determinando que la mesa debe precisamente ser rigurosa respecto al cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el PPT.

En el sentido expuesto, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia ³ y de otros Órganos de recursos contractuales⁴ relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia.

Es doctrina reiterada de este Tribunal⁵ la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadora 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 (art. 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos. El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que “(...) *si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva*”. En este sentido, la jurisprudencia⁶ ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Por todo ello, procede la estimación del recurso, por este motivo.

2. Respecto al segundo de los motivos del recurso podría ser respondido en términos que este Tribunal puede llegar a considerar como una admisión de las alegaciones de la recurrente respecto de sus pretensiones, dado que cuando denuncia el incumplimiento de la exigencia, (consignada en el Anexo VII del PCAP), de aportar la documentación justificativa del cumplimiento de las exigencias del apartado 3.3. “Especificaciones Técnicas”, del PPT, aquél responde que no es que se incumpla, *“sino que no se ha aportado el documento”*.

2(...) *los términos del PPT no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes de la agrupación, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio *lex contractus* -también predicable del PPT conforme a reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica (...)*”.

3v.g. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de febrero de 2017 -Roj: SAN 655/2017.

4.v.g. Resoluciones 149/2017, de 10 de mayo, y 228/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Acuerdo 33/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y Resolución 8/2016, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

5(v.g. Resoluciones nº188/2020, de 1 de junio, 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas.

6Sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80.



En este sentido, y dado que el órgano de contratación no expresa claramente la admisión de los argumentos de la recurrente, es necesario abordar si consideramos que el PPT en la cláusula 3.3, respecto del lote 1, establecía que era necesario aportar, y si se debía hacer con carácter obligatorio. En este sentido se expresa en éste:

“De todos los equipos ofertados se incluirán las hojas de especificaciones de los fabricantes donde se recojan las características de los equipos y que permitan comparar con las especificaciones del presente pliego (y las referencias a las páginas web de los fabricantes donde se recojan las mismas)”

Su no cumplimiento (distinto a la falta de aportación de éstos) supone que el órgano de contratación no puede conocer si cumple con los requisitos mínimos establecidos en el PPT, pues así lo establece en Anexo VII del PCAP cuando señala:

“Documentación justificativa de que la oferta cumple las exigencias establecidas en el pliego de prescripciones técnicas objeto de licitación:

Para cada lote, deberá aportarse la documentación justificativa del cumplimiento de las exigencias del apartado 3.3. “Especificaciones Técnicas”, del Pliego de Prescripciones Técnicas. En el caso de que se derive que algún equipo de los incluidos en la oferta no cumple las especificaciones técnicas exigidas, se procederá a la exclusión de la oferta, por incumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Además, esta documentación debe mostrar lo siguiente:

- Coherencia y fiabilidad del plan de instalación y puesta en marcha. Se valorará el modo en que se realiza cada una de las fases indicadas en el Plan que aparecen recogidas en el apartado 4.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas, prestándose especial atención a las pruebas, ensayos, verificaciones y calibraciones que se llevarán a cabo durante dicho Plan.

- Se detallarán los cursos previstos en el Plan, indicando su contenido, metodología y programación. Se valorará la calidad y extensión de los contenidos y la distribución entre teoría y práctica. No se indicará la duración de los cursos, que se evaluará mediante fórmulas en el sobre 3.

- Se valorará la calidad del procedimiento descrito, así como la infraestructura y los medios de asistencia técnica que el licitador pondrá a disposición de este suministro, al objeto de cumplir el “periodo de atención de incidencias” incluido en su oferta. La capacidad técnica indicada (infraestructura y medios) debe ser congruente con el “periodo de atención de incidencias” indicado.

- Pruebas, ensayos, verificaciones o calibraciones que se realizarán al equipo sustitutivo para asegurar un funcionamiento óptimo en su puesta en marcha. En la valoración se considerará la calidad y garantía de las pruebas, ensayos, verificaciones o calibraciones indicadas.



- El periodo para el que se garantizan los consumibles con la cantidad ofertada, teniendo en cuenta las recomendaciones del fabricante. No se incluirá el periodo para el que se incluye en la oferta la entrega de consumibles, que será objeto de valoración en el sobre 3”.

El órgano de contratación afirma que la documentación no se comprobó, por falta de aportación de la entidad propuesta como adjudicataria, a pesar de la claridad de su exigencia, como se ha expuesto. No compartimos la pretensión de la recurrente, cuando dice que, por este motivo, debía ser excluida en todo caso, como se dirá, porque como señala el órgano de contratación podría haber sido posible un error, (en este caso sin acreditar se habla de un fallo del sistema SiREC).

No obstante, nada se hizo por aclararse este extremo, entendiendo el órgano de contratación que era posible proseguir con las actuaciones a pesar de evidenciarse, al menos un error de la entidad licitadora propuesta como adjudicataria. Es decir, siendo sin embargo posible aclararse este extremo (si era un error como se sostiene), en su caso, y pudiendo haber otorgado tal posibilidad al propuesto como adjudicatario, cumple mencionar que no habría afectado al procedimiento su exigencia y aportación en ese momento, (dada la naturaleza del documento), a la libre concurrencia, ni a la igualdad de trato entre licitadores. De tal modo, que, concluyendo, debe rechazarse como justificación, la que da el órgano de contratación en su breve y escueto informe, y es que no consideramos que de forma determinante no se cumpliera, sino que no se han aportado los documentos. Cabría preguntar al órgano de contratación, ante esta argumentación, de qué forma ha comprobado el cumplimiento de los requisitos que tan minuciosamente quedan detallados en el PPT si no ha observado la documentación que éste mismo ha requerido pues tampoco lo señala. Es claro, como sostiene la recurrente, el PCAP y PPT al respecto de que la acreditación del cumplimiento de los mínimos del PPT debía hacerse documentalmente.

Sobre el cumplimiento del PPT, resulta esclarecedora la argumentación que realiza el informe de la comisión de valoración técnica sobre las proposiciones cuyos criterios de adjudicación se cuantifican mediante un juicio de valor (sobre nº2), de fecha 27 de mayo de 2021. A la vista del Anexo I de dicho informe podemos ver que, respecto de los equipos ofertados, se realiza un cuadro detallado en el que la primera columna consigna todos los parámetros de las especificaciones técnicas que son exigidas en el PPT. Este documento resulta fundamental pues permite constatar los elementos que no quedan comprobados por la mesa. En esta situación se encuentra incurso la empresa licitadora DILUS respecto de las exigencias del PPT impidiendo ello que se le valorase y por ende que pudiera proponérsele como adjudicatario. (También la entidad licitadora DNOTA Medio Ambiente, S.L. (DNOTA)).

En primer lugar, respecto de los calibradores dinámicos se puede apreciar que la comisión técnica establece tres columnas para cada una de las exigencias del PPT respecto de las tres licitadoras presentadas a efectos de realizar las siguientes anotaciones que le servirán de base para posteriormente realizar una valoración de la oferta. Estas columnas son relativas a “Observación”, “Cumple” y “Criterios”. DILUS (y también en el caso de la empresa DNOTA) resulta que en varias especificaciones técnicas se consigna “NO ESPECIFICA”, en concreto las correspondientes a:



- Precisión de medida de flujo < 1% de escala total
- Generación de NO₂ (Modo GPT). Posibilidad de generar una Concentración Mínima de 3 ppb NO₂
- Respecto de Fotómetro UV: No especifica ni el Tiempo de subida y bajada: < 20 s.
- Salidas. - Analógicas, digitales, en corriente, conexión Ethernet, RS232 y conexión USB
- Incluye catálogo especificaciones técnicas de los equipos propuestos: NO INCLUYE FICHA.

Igual ocurre con el “generador aire cero portátil”, respecto del cual la comisión técnica también establece tres columnas para cada una de las exigencias del PPT respecto de las tres licitadoras presentadas (“Observación”, “Cumple” y “Criterios”), de tal modo que la empresa DILUS (también en el caso de DNOTA, resulta que en varias especificaciones técnicas se consigna “NO ESPECIFICA”, en concreto las correspondientes a:

- Punto de rocío < -20°C hasta 30 lpm
- Conexión vía Ethernet y RS232 (aquí se añade entre paréntesis: pero sí que se puede conectar).
- NH₃ < 0,025 ppb.
- Incluye catalogo/ ficha especificaciones técnicas de los equipos propuestos: NO INCLUYE FICHA.

Al examinar la oferta de DILUS en cuanto a las especificaciones técnicas del generador de aire cero mod. 2020-EXP. Modelo “SABIO” alega igualmente que la eliminación de CO y HC se formula con carácter opcional, sin embargo en el punto 4.2.3 de su oferta sin embargo sí se hace referencia a unidades de eliminación tanto estándar para concentraciones de NO, NO₂, O₃, SO₂, H₂S inferiores a 0,025 ppb, así como a una unidad con convertidor catalítico para concentraciones de NO, NO₂, O₃, SO₂, H₂S inferiores a 0,025 ppb, así como para concentraciones de CO inferiores a 5 ppb, y por último de CH menores o igual a 0,20 ppb. En este sentido es cierto que la oferta no se pronuncia sobre la eliminación de amoníaco (NH₃) que se incluye dentro del subapartado 1.2 de la cláusula 3.3 del Lote 1 del PPT.

Así expresa en su oferta en el apartado 4.2.1 que *“este generador de aire cero está equipado con un desecante por permeación para eliminar la humedad asociado a unos filtros de productos químicos que permiten la eliminación de los principales contaminantes tales como NO, NO₂, O₃, SO₂ y H₂S. Opcionalmente se puede dotar al generador con un sistema de oxidación catalítica que permite eliminar también el CO y los HC mejorando así la calidad del aire cero suministrado”*.

En este sentido, la oferta no es clara de tal forma que no determina de qué forma es opcional, y si la posibilidad de incorporar la función de eliminación se ofrece o no, esencial para saber si la oferta lo va a incorporar al equipo, y en este sentido determinar así que cumple los requerimientos mínimos su oferta.

3. Valoración indebida de la oferta de DILUS.

A estos efectos cabe considerar el Anexo I del Informe de la comisión técnica de 27 de mayo de 2021. Este consigna todas las especificaciones técnicas y los parámetros que exige el PPT y la indicación de si las mismas son o no cumplidas por los equipos ofertados, asignando la puntuación correspondiente en función a las mejoras propuestas.

El artículo 138.3 de la LCSP señala en cuanto a la información a interesados que *“los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo*



de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido”. “En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación”.

En este sentido el apartado 7 del PCAP señala que “se publicarán en el perfil del contratante las respuestas a las solicitudes de aclaración al PCAP o al resto de la documentación cuando en el anexo I se haya atribuido carácter vinculante a las mismas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 138.3 de la LCSP”. En este sentido el apartado 4 del anexo I del PCAP señala que las respuestas son vinculantes. Por tanto, le asiste la razón a la entidad recurrente cuando dice que en esta contratación debía exigirse el tenor de la respuesta dada a la aclaración por el órgano de contratación mediante correo electrónico el día 30 de marzo de 2021, cuando decía “que las especificaciones técnicas en el punto 3.3 del PPT son de obligado cumplimiento y únicamente se valorarán aquellas que supongan una mejora en estas especificaciones mínimas”⁷. Así se argumenta que tanto los calibradores portátiles como los generadores de aire cero portátiles no deberían haber sido objeto de ninguna calificación por la comisión técnica ya que ésta ya constató que la empresa “DILUS” no incluía el catálogo o ficha especificaciones técnicas de los equipos ofertados. Por ello, está injustificado el otorgamiento no ya de puntos, sino de cualquier valoración a su oferta si no se cumplió siquiera la comprobación de los equipos y sus requerimientos mínimos.

4.Consideraciones del Tribunal sobre los efectos de la presentación de las ofertas en el sobre 2 por parte de DILUS.

Se ha de partir de que no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta, conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). El carácter vinculante de los pliegos, exige que los licitadores ajusten sus ofertas a las decisiones trazadas por el órgano de contratación, sin que éstas puedan ser suplantadas o sustituidas por la voluntad o deseo de las empresas licitadora concurrentes. Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación. Dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos. Debe rechazarse ahora, por ésta, una subsanación que comportaría una modificación de la oferta técnica claramente extemporánea y contraria a los principios de igualdad, inalterabilidad de las ofertas y transparencia.

⁷La negrilla y subrayado son nuestros.



De este modo, respecto de la oferta realizada por DILUS, dos cuestiones pueden considerarse:

-En primer lugar, debe tenerse en cuenta que era posible que el órgano de contratación en aquél momento pudiera haber solicitado potestativamente aclaración de la oferta, para aclarar si había existido un error en cuanto a la entrega de las fichas (dados los datos existentes en SiREC).

- Por otro lado, aclarar por tanto la opción establecida respecto de los denominados “eliminadores” en la oferta de DILUS, así como otros posibles olvidos que podría dar lugar a la exclusión por no cumplir los requerimientos mínimos.

Expuestas las posiciones de las partes, hemos de analizar en primer lugar el motivo de impugnación consistente en la falta de aportación de los documentos por DILUS. Para ello es importante tomar en consideración la doctrina de este Tribunal en relación con la subsanación de la documentación presentada por los licitadores. A este respecto, cabe distinguir entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la subsanación de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. La Resolución 1069/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) contiene un resumen de dicha doctrina:

“Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁸ sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado "sensu contrario" vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas⁹...”

“El Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica...¹⁰”, “la representación del que suscribió la oferta...”¹¹ “...e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente¹²...”

Es decir, la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre competencia.¹³ Por otro lado, podemos observar que de modo contrario, el mismo Tribunal Supremo ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta ¹⁴,

⁸Aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en adelante, RGLCAP.

⁹cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 Roj SAN 1684/2014.

¹⁰cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 Roj STS 4839/2004 y 21 de septiembre de 2004 Roj STS 5838/2004.

¹¹cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 Roj STS 5093/2002.

¹²cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 Roj STS 2415/2015.

¹³cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 Roj STS 5838/2004- y 9 de julio de 2002 Roj STS 5093/2002.

¹⁴cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 Roj STS 2341/2012.



que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma¹⁵, respecto del cual entiende que no cabe subsanación¹⁶.

La jurisprudencia comunitaria, resumiendo, admite la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión¹⁷. Sin embargo cuando los defectos afectan a las ofertas¹⁸, sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta, así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente¹⁹, de tal modo que no procedería la subsanación, siendo ésta además potestativa respecto de los documentos a incluir en el sobre 2, una vez abierto el sobre 3.

En el presente supuesto, la aceptación de la documentación y la aclaración de los equipos ofertados por DILUS, dada la redacción de la oferta realizada por ésta a efectos únicamente de comprobar si el equipo cumplía los requerimientos mínimos estimamos que habría procedido, dada la redacción tan exhaustiva del apartado 3.3.1 del PPT y del Anexo VII del PCAP, que si bien recoge que se procederá a la exclusión de la oferta, por incumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, estimamos que dada la complejidad del equipo a suministrar, y dada la descripción realizada en la oferta por DILUS del equipo “SABIO” podría dejar dudas sin que el hecho de la advertencia de la exclusión realizada en el PCAP sea contraria a la petición previa de una explicación o aclaración previa. Estimamos por tanto, que la aportación por DILUS de esa documentación durante el trámite de aclaraciones podría haberse realizado, sin embargo no usó el órgano de contratación de esa facultad, algo que como decimos podría haberse realizado siempre que no se alterara la oferta presentada, lo cual habría pasado por aportar la documentación a la que hemos hecho referencia y explicar que el modelo “SABIO”, al que se refiere su oferta cumplía con el PPT. Téngase en cuenta que la documentación solicitada en este apartado (sobre núm. 2), debía presentarse con carácter obligatorio con objeto de comprobar que se cumplían las condiciones mínimas exigidas en el PPT, no habiéndose señalado de forma expresa como causa de exclusión la no presentación de la misma sino únicamente el incumplimiento de los requisitos mínimos, algo que a la vista del expediente si bien se intuye no podía afirmarse de forma categórica.

Resulta apropiado en este momento aludir a la Resolución del TACRC 94/2013 que señala que lo que sí es posible es solicitar *“aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*. El TACRC defiende que siendo admisible solicitar aclaraciones

15cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 Roj STS 5023/2011.

16cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 Roj STS 7295/2006.

17cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12, y 6 de noviembre de 2014 asunto C-42/13.

18cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10.

19cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 asunto T-195/08.



respecto de las ofertas técnicas o económicas, dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos.²⁰

En el mismo sentido se pronuncian las Resoluciones 94/2012, de 15 de octubre; 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 de octubre de este mismo Tribunal que aluden a la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (Asunto T-195/08).²¹

Por todo ello podría haberse llevado a cabo su aclaración, por otro lado no obligatoria, pues *“la labor del órgano de contratación no es venir a suplir omisiones negligentes en las ofertas presentadas, sino evitar realizar una interpretación excesivamente rigorista de los requisitos formales exigidos”*²². En el presente caso, no nos hallamos ante un requisito formal sino material, un elemento esencial de la oferta cuya omisión implica inmediatamente un incumplimiento de los pliegos. En cualquier caso, a efectos de resolver la pretensión de ENVIRA en este punto concreto, una vez vistos los antecedentes y por los motivos expuestos en este mismo fundamento en los apartados 1 y 2, lo que no era posible por el órgano de contratación era la admisión del sobre 2 y proceder a su valoración, de tal modo que por esta razón el motivo de recurso debe ser estimado.

5. Sobre la pretensión de adjudicación a favor de la recurrente, ENVIRA.

ENVIRA solicita la anulación de la decisión adoptada por la mesa de contratación, en su reunión de fecha 2 julio de 2021, reflejada en el Acta nº 5, en relación con el lote 1, excluyendo a DILUS a efectos de que le sea adjudicado el contrato por este Tribunal. Al respecto, de la documentación del sobre 2 *“documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática”* presentada por DILUS resulta evidente el error manifiesto de la entidad propuesta como adjudicataria. Asimismo el error del órgano de contratación, quien, o debió requerir aclaración o bien debió excluirla ante la claridad del PCAP y del PPT. No procede ahora retrotraer habida cuenta de que se valoraron mejoras sobre los equipos ofertados de los licitadores DILUS y también la entidad DNOTA, lo cual ha conllevado a que necesariamente exista un vicio en el informe de valoración técnica de estas ofertas, al evaluar sin cerciorarse de la existencia de determinada documentación necesaria según el PCAP y PPT para observar el cumplimiento de los requisitos mínimos, así como no se constata la existencia en la oferta de DILUS de la función de los denominados

²⁰Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre.

²¹ “Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (Asunto C-599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que «excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta». Y concluye la Sentencia citada que «(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron»”.

²²Resolución nº 675/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 20 de Junio de 2019.



“eliminadores”. Una vez conocido el contenido íntegro de las proposiciones de todas las entidades licitadoras relativas a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática, al encontrarse el contrato en fase de propuesta de adjudicación, ello supondría una quiebra irremediable de las garantías de imparcialidad y objetividad, de tal modo que ante una hipotética aclaración no podría de nuevo evaluarse, algo imposible dado que se valoran determinadas mejoras, lo cual hace que observemos un error en la calificación realizada a las entidades que no especifica lo que es requerido como requisitos mínimos en el PPT. Ello hace que deba anularse el acto y excluir a la entidad DILUS respecto de la cual se refiere la pretensión de exclusión. Procede, pues, estimar el recurso interpuesto, respecto a este motivo alegado por la recurrente como se ha dicho respecto a la nulidad del acuerdo de la mesa en este punto llevado a la propuesta de adjudicación..

La estimación del recurso por el vicio cometido en el informe de valoración técnica, al considerar que cumplía los requisitos mínimos del PCAP y PPT sin haber solicitado la potestativa aclaración conforme a lo dispuesto en el anterior fundamento de derecho, obligaría a anular la decisión de la mesa que proponía la adjudicación impugnada, pero no puede suplir este Tribunal al órgano de contratación. La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas debe llevarse a cabo anulando la resolución del órgano de contratación contra la decisión adoptada por la mesa de contratación, en su reunión de fecha 2 julio de 2021, reflejada en el Acta nº 5, en relación con el lote 1, excluyendo a DILUS, y con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a requerir a la citada entidad cuanta información y documentación complementaria considere precisa a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, en los términos recogidos en los puntos citados, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En este sentido, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la admisión de la oferta al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso, ni rechazar la misma por desestimar el resto, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP, de tal suerte que en el supuesto examinado una vez que la mesa de contratación, en cumplimiento de la presente resolución y previo requerimiento al efecto, haya examinado la eventual información y documentación que haya aportado la entidad ahora recurrente a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, podrá efectuar una apreciación conjunta de todos los elementos concurrentes y decidir de forma motivada una nueva propuesta al órgano de contratación de aceptación o rechazo de la oferta.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENVIRA SOSTENIBLE, S.A.** contra la decisión adoptada por la mesa de contratación, en su sesión de 2 julio de 2021, reflejada en el Acta nº 5, por la que se formula propuesta de adjudicación a favor de la licitadora DILUS INSTRUMENTACIÓN Y SISTEMAS, S.A. en el procedimiento de licitación de contrato denominado “Suministro de estaciones de medida y unidades móviles para la vigilancia, el control y la evaluación de la calidad del aire” en relación con el Lote 1, (Expte.



CONTR 2020-492557), promovido por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, excluyendo a la entidad propuesta como adjudicataria dado que no cumplió con la aportación de la documentación en el sobre 2, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado con continuación del procedimiento de licitación en su caso, para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada mediante resolución de 29 de julio de 2021, respecto de lote impugnado.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

