

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

**VISTA** la reclamación interpuesta por doña L.A.G., en nombre y representación de Acideka, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Canal de Isabel II, S.A., por el que se excluye a la reclamante de la licitación del contrato “Suministro de 2.220 toneladas anuales de cloro líquido en contenedores de 1.000 kg de capacidad”, número de expediente: 246/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 8, 15, 18 y 22 de noviembre de 2017 se publicó respectivamente en el DOUE, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el BOE y en el BOCM, la convocatoria de licitación del contrato de suministro mencionado, dividido en dos lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto con criterio único precio y un valor estimado de 7.548.000 euros.

**Segundo.-** Interesa destacar en relación con los motivos de la reclamación que en el apartado 6 “*Formatos de las especificaciones Técnicas*” del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se establece lo siguiente:

*“Los licitadores presentarán sus especificaciones técnicas siguiendo el orden de los apartados que se indican a continuación. Como mínimo, deberán incluir los siguientes apartados y la siguiente documentación:*

*En caso de no ser fabricante, se aportará declaración firmada por el licitador donde se indiquen los datos del fabricante y procedencia del producto ofertado.*

*Declaración firmada por el licitador donde se haga constar, justificadamente, el tiempo de respuesta estimado (horas, días, etc.) para poder atender las contingencias derivadas del incremento de cantidades o modificación de fechas inicialmente previstas en la planificación mensual, según lo establecido en la Cláusula 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del presente procedimiento de licitación. Se establece un tiempo de respuesta máximo admisible de 48 horas. Aquellos licitadores que no puedan justificar una capacidad de respuesta igualo mejor, serán excluidos del procedimiento.*

*Documento resumen con las características específicas del producto ofertado, según lo requerido en el PPT.*

*Se deberá aportar una analítica cuya antigüedad no podrá exceder en ningún caso de seis meses contados desde la fecha de presentación de ofertas, en la que se indiquen los resultados analíticos obtenidos para todos los parámetros e impurezas recogidos en la Norma UNE-EN 937:2016.*

*Fichas de seguridad del producto conformes al Reglamento REACH, incluyendo escenario de exposición y manual de uso del producto, si los hubiere.*

*Se incluirá la parte del Contrato que el licitador tenga previsto subcontratar, en los términos indicados en la cláusula 25”.*

Por otra parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en su cláusula 1. Ritmo de suministro señala:

*“(…)*

*El licitador deberá indicar en su oferta los tiempos de respuesta estimados (horas, días, etc.) para poder atender las contingencias derivadas del incremento de*

*cantidades o modificación de fechas inicialmente previstas en la planificación mensual. El tiempo máximo de respuesta ante contingencias se fija en 48 horas”.*

En el Capítulo Segundo. Características técnicas del producto, establece las siguientes:

*“Cláusula 6. Composición del producto.*

*El contenido en cloro (Cl) del producto deberá ser del 99,5 %, aceptándose una tolerancia del 0,5 %.*

*Cláusula 7. Parámetro de calidad.*

*El parámetro de calidad que se considerará a efectos de control será el contenido en % de Cl<sub>2</sub>.*

*Cláusula 8. Parámetros químicos.*

*El licitador adjuntará a su oferta una analítica donde aparezcan reflejados los resultados de concentración de los parámetros químicos del producto, recogidos en la Norma UNE-EN 937:2016, de aplicación. Tanto en esta analítica inicial como en las de control que se solicitarán a lo largo de la ejecución del Contrato, según lo establecido en la Cláusula 4.2 del presente PPT, deberán respetarse los siguientes valores máximos para dichos parámetros:*

*Humedad (H<sub>2</sub>O) < 20 mg/kg de producto*

*Tricloruro de nitrógeno (NCl<sub>3</sub>): < 10 mg/kg de producto*

*Mercurio (Hg) < 0,1 mg/kg de producto”.*

**Tercero.-** A la licitación convocada se presentaron tres empresas entre ellas la recurrente, que concurrió a los dos lotes.

La Mesa de contratación de Canal de Isabel II, S.A., en su reunión de 9 de febrero de 2018, previamente a la apertura de las proposiciones económicas y en relación con la documentación contenida en el sobre 1 hace constar que *“Una vez analizada la oferta técnica presentada por ACIDEKA, S.A., se procedió a solicitar aclaración de la misma ya que la fábrica propuesta por el licitador, situada en Lourizán (Pontevedra) y perteneciente a la empresa ELNOSA, ha cesado en sus operaciones produciéndose el cierre de la misma, por exigencias de la Directiva*

*2010/75/EU, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación). En respuesta a esta solicitud de aclaración, ACIDEKA, S.A. señaló que suministrará el cloro objeto del contrato procedente de una fábrica distinta en Estarreja (Portugal), cuya titularidad corresponde a la empresa CUF. Dicho cambio supone una modificación sustancial de la oferta técnica realizada en cuanto al fondo de la misma, por las siguientes razones: (I) se modifica al fabricante inicialmente propuesto en la oferta; (II) dicho cambio conlleva otro aun mayor ya que, al ser la tecnología de producción de las dos fábricas mencionadas distinta, las características específicas del producto ofertado cambian, así como su coste, sus consumos, las emisiones contaminantes y los residuos generados, aspectos que también están contemplados en el Pliego de Prescripciones Técnicas y directamente ligados al producto ofertado; y (III) el hecho de que la fábrica de Estarreja (Portugal) se encuentre en Portugal implica que el transporte del cloro líquido quede sometido a más regulaciones sobre el tráfico de mercancías peligrosas (las restricciones al tráfico de dos países España y Portugal, frente a las restricciones de un solo país, España que era lo previsto en la oferta técnica presentada), pudiendo este hecho afectar al tiempo de respuesta ofertado (límite 48 horas)". En consecuencia se acordó la exclusión de la empresa.*

El acto fue notificado a la empresa ese mismo día.

**Cuarto.-** El 2 de marzo de 2018, previo anuncio al órgano de contratación el 22 de febrero, se presentó reclamación contra la exclusión.

Se alega que el apartado 6 del Anexo I, se limita a regular el formato en que los licitadores deberán presentar sus especificaciones técnicas y se relacionan los apartados que deben contener dichas ofertas y que Acideka, S.A., presentó su oferta de licitación incluyendo todos los documentos exigidos. Argumenta que ante la petición de aclaración de la Mesa, presentó un escrito en el que explica que *“el producto (cloro líquido) no procede de la fábrica de Lourizan, sino que procede de la fábrica de Estarreja, sí bien todo ello pertenece al mismo fabricante GRUPO CUF (del que forma parte ELECTROQUIMICA DEL NOROESTE, S.A.U.)”*, por lo tanto

considera que no exigiendo el Pliego que el producto proceda de una determinada fábrica, no procede su exclusión.

**Quinto.-** El 13 de marzo de 2018, se remite al Tribunal una copia del expediente de contratación y el informe sobre la reclamación a que se refiere el artículo 105.2 de la ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE).

Entiende Canal de Isabel II, que *“en la aclaración, ACIDEKA no aporta evidencias del funcionamiento de la fábrica de Electroquímica del Noroeste, S.A.U., identificada nominalmente y a través de su NIF en la primera oferta, en Lourizán (Pontevedra). Lo que sí aporta ACIDEKA en la aclaración es, en primer lugar, que la empresa DEKITRA mantiene una relación contractual con ACIDEKA en virtud de la cual DEKITRA le puede suministrar el reactivo, y que dicho producto provendrá de la fábrica de Estarreja (Portugal) que es del fabricante Grupo CUF. Se señala asimismo que Grupo CUF, el fabricante de la fábrica de Portugal, forma parte del mismo grupo empresarial de Electroquímica del Noroeste, S.A.U. Esta sustitución del fabricante y de la fábrica del reactivo objeto del contrato propuesto en la oferta, que además conlleva la modificación de otros subapartados de las especificaciones técnicas ofertadas, supone una modificación sustancial de dicha oferta en cuanto al fondo de la misma, que supone realmente la proposición de una nueva oferta. Las razones que fundamentan esta conclusión, conforme a lo establecido en el referido informe técnico de evaluación de la oferta técnica de 7 de febrero de 2018, son las siguientes:*

*1) En primer lugar, desde el punto de vista formal, en las especificaciones técnicas presentadas por ACIDEKA no aparecía el Grupo CUF ni la fábrica de Estarreja (Portugal), no existiendo ambigüedad alguna en este punto; antes al contrario, se señalaba únicamente en la oferta de forma expresa -como se ha mencionado más arriba-, que Electroquímica del Noroeste, S.A.U., sería el fabricante, identificado con su NIF, y que el cloro se fabricaría en sus instalaciones de Marisma de Lourizán, s/n, en Pontevedra. Así se desprende del Documento anexo nº 3 en este sentido. En consecuencia, esto supone un cambio de lo*

*establecido en el subapartado primero de los seis que se solicitan en el formato de las especificaciones técnicas del apartado 6 del Anexo 1 del PCAP.*

*2) Fundamentalmente, como aspecto principal, la tecnología de producción de cloro de cada una de las fábricas mencionadas es distinta, y ello tiene como consecuencia primordial que el producto final que se fabrica sea distinto. Esto supone una modificación del subapartado tercero de los seis aspectos solicitados en el apartado 6 del Anexo I del PCAP “Formato de las especificaciones técnicas”, pero sobre todo y más importante, supone el cambio de la oferta propuesta inicialmente. En efecto, en Estarreja (Portugal) se produce cloro mediante tecnología de membrana, que es distinta a la de celdas de mercurio, y la planta de Lourizán (Pontevedra) producía cloro mediante la tecnología de celda de mercurio. Estas diferentes tecnologías de las que se parte para fabricar el reactivo, generan diferentes calidades de producto, diferentes emisiones contaminantes, insumos, consumos y residuos generados. Estos aspectos relacionados con la producción forman parte también del contrato al estar regulados en el PPT. Por todo ello, no sólo se modifica el referido subapartado primero del formato de las especificaciones técnicas del apartado 6 del Anexo 1 del PCAP, sino también el tercero de dichos subapartados “Documento resumen con las características específicas del producto ofertado, según lo requerido en el PPT”, que es la descripción del propio objeto del suministro”.*

Se detallan a continuación en el informe los motivos técnicos por los que el cloro producido en una y otra fábrica y con distinta tecnología, es un producto de características distintas.

En consecuencia, considera que se ha producido una modificación de la oferta por lo que procede la exclusión de la empresa licitadora y la reclamación debe ser desestimada.

**Sexto.-** Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado de la reclamación al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha presentado escrito la empresa Brentag Química, S.A.U., en el que argumenta que se ha producido una modificación de la oferta de Acideka, S.A., puesto que siendo el objeto esencial del contrato el suministro de un producto con unas características y especificaciones técnicas concretas, el cambio de empresa fabricante y el lugar de fabricación del producto, es una modificación sustancial de la oferta inicial. En consecuencia solita la desestimación de la reclamación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la reclamación.

**Segundo.-** La reclamación se interpone contra la exclusión de la oferta de la recurrente en un contrato de suministro cuyo valor estimado supera los umbrales establecidos en el artículo 16 a) de la LCSE, por lo que ambos (acto y contrato) son susceptibles de reclamación.

**Tercero.-** La reclamante se encuentra legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*, al haber sido excluida del procedimiento por lo que la estimación de la reclamación le permitiría participar en el procedimiento y en su caso ser adjudicataria del contrato.

Se acredita igualmente la representación de la firmante de la reclamación.

**Cuarto.-** El artículo 104.2 de la LCSE, establece que el plazo para la interposición de la reclamación será de 15 días hábiles contados desde que se anuncie en el perfil

de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia. El acuerdo impugnado fue notificado a la reclamante el 9 de febrero de 2018. La reclamación se interpone ante este Tribunal el 2 de marzo, por lo tanto dentro del plazo de quince días hábiles establecido.

**Quinto.-** El fondo del asunto se contrae a determinar si la exclusión de la oferta de la empresa reclamante es conforme a derecho de acuerdo con lo establecido en los Pliegos y concretamente si la aclaración de la oferta presentada constituye una modificación de la oferta.

Para la resolución de la reclamación conviene comenzar recordando que los pliegos aprobados y que no fueron impugnados se convierten en ley del contrato y la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada de los mismos. En consecuencia, los requisitos del producto establecidos en el PPT son exigencias imperativas que deben respetar tanto por los licitadores como por el órgano de contratación.

El Tribunal constata que el Anexo I del PCAP en su apartado 6, establece de forma precisa no solo la forma de presentación de las especificaciones técnicas sino el contenido de las mismas, entre las que se encuentra la identificación del fabricante y el origen del producto así como el tiempo de respuesta estimado. Igualmente se exige un documento resumen de las características específicas del producto según lo exigido en el PPT.

De acuerdo con los documentos obrantes en el expediente, la empresa reclamante presentó un certificado de fecha 29 de noviembre de 2017 referente al producto ofertado, en el que se indica que está fabricado por la empresa Electroquímica del Noroeste, S.A.U., en sus instalaciones de Pontevedra y certificados de esa misma fecha, de las características el producto, controles de calidad y análisis.



Igualmente consta que posteriormente se presentó otro documento de 22 de enero de 2018, en que se hace constar que Electroquímicas del Noroeste, S.A.U., perteneciente al grupo CUF y con fábrica en Estajerra (Portugal), se compromete con Acideka, S.A., a garantizar el suministro de cloro objeto del contrato.

Independientemente de las distintas empresas intervinientes en la producción y envasado del producto y los grupos a los que puedan pertenecer, lo que es determinante en principio para la admisión de una oferta es, en este caso, la comprobación de las características del producto.

Expone el órgano de contratación que la tecnología de fabricación implica diferencias en las características del cloro producido, circunstancia que no se rebate de contrario y que es lo que ha motivado la exigencia del Pliego de identificar el fabricante y la procedencia.

Resulta obvio que los documentos presentados inicialmente se referían a un producto determinado de una fábrica concreta y la modificación de esa procedencia conlleva la modificación de, al menos, dos condiciones esenciales fijadas en el PPT, la composición del cloro en cuanto a los parámetros establecidos y el tiempo de respuesta.

La reclamante considera que no se ha producido una modificación de su oferta técnica puesto que el fabricante pertenece al mismo grupo de empresas, si bien el producto procederá de otra fábrica para cumplir con la normativa europea. Sin embargo debemos concluir tal y como expone el órgano de contratación y acredita con datos técnicos, que precisamente el cumplir con la normativa europea conlleva el empleo de otra tecnología de fabricación que produce resultados distintos, es decir, las características del producto son distintas.

Como ha señalado el Tribunal en varias Resoluciones, entre otras la 223/2016 de 26 de octubre y el también el TACRC en la Resolución 614/2013, de 13 de diciembre, *“la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la*

*oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía 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”. Por tanto, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas”.*

De manera que la subsanación no puede servir de base para modificar las prestaciones esenciales o accesorias, en este caso el producto a suministrar o el tiempo de respuesta, de tal manera que suponga una nueva oferta.

La reclamante cuando presentó su oferta, enero de 2018, debió conocer la imposibilidad de suministrar el producto procedente de la fábrica de Pontevedra (la prohibición de producir cloro mediante la tecnología de electrólisis con celdas de mercurio es de 11 de diciembre de 2017) por lo que debía haber realizado su oferta acorde con las circunstancias reales del suministro, indicando la procedencia y características del cloro que realmente se ofrecía, no habiéndolo hecho así, no cabe admitir una modificación sobrevenida de la oferta por lo que la exclusión es correcta y la reclamación debe desestimarse.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE en relación al 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## ACUERDA

**Primero.-** Desestimar la reclamación presentada por doña L.A.G., en nombre y representación de Acideka, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Canal de Isabel II, S.A., por el que se excluye a la reclamante de la licitación del contrato “Suministro de 2.220 toneladas anuales de cloro líquido en contenedores de 1.000 kg de capacidad”, número de expediente: 246/2017.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal con fecha 14 de marzo de 2018.

**Cuarto.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 108 de la LCSE.