

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña A.R.M., en representación de la empresa Beckman Coulter, S.L.U., contra el Acuerdo de la Comisión delegada del Patronato de la Fundación Imdea Alimentación de 7 de junio de 2019, por el que se adjudica el contrato de “Suministro e instalación de un citómetro de flujo para la Fundación Imdea Alimentación” número de expediente 2.0-2018/142 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 120.000 euros. A la presente licitación se presentaron dos ofertas.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) solicita a los licitadores que aporten las características técnicas de los equipos ofertados a fin de comprobar que la propuesta cumple con los requisitos solicitados.

Tras la comprobación de la documentación aportada por la empresa Becton Dickinson, S.A. (en adelante la Becton), la comisión técnica de valoración nombrada como órgano colegiado similar a la Mesa de contratación, considera que algún extremo no queda suficientemente argumentado y solicita a dicha licitadora la aclaración de tres puntos.

Con fecha 25 de marzo fue presentada la aclaración requerida, considerándose bastante por la comisión quien procede a evaluar las propuestas presentadas bajo los criterios que constan en el PCAP.

Con fecha 7 de junio de 2019, el órgano de contratación adjudica el suministro a la empresa Becton.

Con fecha 15 de julio y previa solicitud, la recurrente tuvo acceso al expediente de licitación a excepción de la parte de la oferta de la adjudicataria que había sido determinada como confidencial.

Tercero.- El 22 de julio de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Beckman Coulter S.L.U., en el que solicita la anulación de la adjudicación a Becton por incumplir el equipo propuesto los requisitos técnicos mínimos exigidos y por haber presentado una aclaración de la oferta.

El 25 de julio de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (en adelante RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Becton presentó escrito de alegaciones el día 5 de agosto de 2019, y de cuyo contenido se dará cuenta en el quinto fundamento de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 7 de junio de 2019, practicada la notificación el 2 de julio de 2019, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 22 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la admisión de la oferta de la adjudicataria, al considerar el recurrente que no cumple con las prescripciones técnicas requeridas. Junto con este incumplimiento el recurrente considera contraria a derecho la aclaración de la oferta solicitada y estima que no se ha motivado suficientemente la adjudicación.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los Pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los

mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En el presente caso el recurrente considera que el equipo incumple con los siguientes requisitos mínimos, que además fueron aclarados por la adjudicataria a petición del órgano de contratación.

Cláusula 3.1b apdo 6: *“El procesamiento de datos debe ser totalmente digital con una resolución de al menos 7 décadas, 24 bits, y 16.777.216 canales, para la identificación de subpoblaciones minoritarias”.*

Cláusula 3.1.c apdo 1: *“Sistema de toma de muestras no presurizada para placas tamaño microiter de 96 pocillos, también podrán utilizarse tubos de 1,5-2 y 5ml de forma manual (...)”.*

Junto con estos incumplimientos enumera los siguientes:

- Velocidad de adquisición de datos.
- Detección de partículas de al menos 80mm.
- Sensibilidad específica.

El órgano de contratación en su escrito al recurso recuerda el concepto de discrecionalidad técnica y en especial en temas como el presente altamente especializados.

Manifiesta Becton que los argumentos de la recurrente están basados no en el equipo ofertado, sino en otro anterior. La imposibilidad de acceder a las determinaciones técnicas del equipo ofertado por haber sido calificadas como confidenciales, les imposibilita determinar si el equipo en cuestión cumple o no lo exigido, limitándose a efectuar la comparación con otro equipo.

En cuanto al contenido de las aclaraciones, Becton transcribe en su escrito de alegaciones textualmente dicho informe, que ha sido admitido por la comisión de valoración del contrato.

A la vista de las anteriores manifestaciones este Tribunal considera que nos encontramos ante una verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el PPT que contiene un componente de carácter eminentemente técnico.

Podemos traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar

limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”* tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa.

En el presente caso, la justificación y motivación por parte de órgano de contratación se considera clara, exhaustiva y certera, al coincidir con las manifestaciones del adjudicatario y suficiente por lo que se puede considerar que carece de arbitrariedad. Por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

En cuanto al segundo motivo de recurso el recurrente considera que la aclaración de la oferta solicitada a Becton por la Mesa de contratación puede conllevar la alteración de la oferta inicialmente presentada por lo que debe ser admitida.

El adjudicatario manifiesta que la aclaración a la oferta solicitada por el órgano de contratación es una herramienta admitida en derecho, al no tratarse de una rectificación o alteración de la oferta, sino de una aclaración sobre lo aportado. El órgano de contratación mantiene en este punto el mismo criterio invocando jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.

Con respecto a la posibilidad de solicitar aclaraciones a una oferta , el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) indica respecto de las proposiciones de los interesados: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

En este sentido conviene traer a colación la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57) que señala que cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por la desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

Este Tribunal se ha pronunciado en resoluciones como la 63/2014, de 10 de abril, 16/2014, de 22 de enero; la 180/2013, de 30 de octubre; la 102/2013, de 3 de julio o la 98/2012, de 12 de septiembre, donde se considera la posibilidad de solicitar aclaraciones y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad antes de rechazar una oferta, así como el alcance que éstas pueden tener y la necesidad de que no impliquen modificación de los términos de la oferta.

También el TACRC ha dictado numerosas Resoluciones, entre las que podemos citar las siguientes: nº136/2011, de 4 de mayo; nº164/2011, de 22 de junio; nº219/2011, de 14 de septiembre; nº244/2011, nº151/2012, de 19 de julio; nº

156/2012, 19 de julio; nº 82/2013, 20 de febrero y la cuestión ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11 y de 16/12/2004 entre otras).

El criterio adoptado es que el ejercicio de la solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no pueda suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos. Así en la Resolución número 151/2013 de 18 de abril, el TACRC sostiene que deben ponderarse, los principios apuntados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos”*.

Tal y como dictamina la doctrina y la jurisprudencia una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales,

fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual. Asimismo la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad.

Por todo ello la aclaración solicitada a la adjudicataria por el órgano de contratación es conforme a la normativa contractual y en consecuencia debe desestimarse el recurso en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña A.R.M., en representación de la empresa Beckman Coulter S.L.U., contra el Acuerdo de la Comisión delegada del Patronato de la Fundación Imdea Alimentación de 7 de junio de 2019, por el que se adjudica el contrato de “Suministro e instalación de un citómetro de flujo para la Fundación Imdea Alimentación” número de expediente 2.0-2018/142.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.