C/ Godofredo Ortega y Muñoz, 1.
06011 Badajoz
Tel: 924 22 14 20
Fax: 924 22 17 20
Email: secretaria..cj@juntaex.es

RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

RESOLUCIÓN Nº 43/2018, de 8 de noviembre.

Recurso especial en materia de contratación registrado con el nº RC 151/2018 interpuesto por la representación de ELEKTA MEDICAL, SAU contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato para la "adquisición de equipamiento de alta teconología para el Servicio Extremeño de Salud (SES)" Expte. CS/99/1118000100/18/PA.

Ha sido ponente D.ª M.ª Concepción Montero Gómez, adoptándose el acuerdo por unanimidad, con el siguiente resultado:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

1.- El 13 de septiembre de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica de Extremadura el recurso especial en materia de contratación al que se ha hecho referencia en el encabezamiento, y que fue presentado, el día 11 de septiembre, en Correos.

2.- Con fecha de registro de salida 14 de septiembre de 2018 se dio traslado del recurso al órgano de contratación, solicitando copia del expediente administrativo, dirección de correo electrónico y persona de contacto para realizar las notificaciones, relación de interesados en el procedimiento, el informe correspondiente y demás circunstancias establecidas en el apartado 2 del art. 72 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura y de la Comisión Jurídica de Extremadura aprobado por Decreto 99/2009 de 8 de mayo, en la redacción dada por el Decreto 3/2016, de 12 de enero, en relación con lo dispuesto en el artículo 56.2 de 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).

3.- Mediante correo electrónico de fecha 18 de septiembre de 2018 se remite el expediente de contratación administrativa, siendo de interés para esta resolución, los documentos y actuaciones que a continuación se detallan:

- Resolución de 6 de marzo de 2018, de aprobación del expediente de contratación, con aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas.

- Pliego de cláusulas administrativas particulares, (PCAP) y cuadro resumen.

- Pliego de prescripciones técnicas (PPT).

- Resolución de aprobación del expediente de suministro del Director General de planificación económica del SES, de 8 de marzo de 2018 sobre subsanación de error material advertido en varios documentos del expediente de contratación.

- Publicación de la licitación y de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 08-03-2018; en el DOUE de 10 de marzo de 2018; en el BOE núm. 68, de 19 de marzo de 2018 y en el DOE núm. 57, de 21 de marzo de 2018.

- Acta de 24 de abril de 2018 de la 1ª sesión de la Mesa de contratación administrativa, apertura sobre núm. 1 (lote 1), de la que resulta la necesidad de la que empresa Varian Medical Systems Ibérica, S.L. (en delante Varian) subsane el compromiso de adscripción de medios.

- Acta de 27 de abril de 2018 de la 2ª sesión de la Mesa de contratación administrativa, apertura sobre núm. 2 (lote 1), en la que se da por subsanada la proposición de Varian y se procede a la apertura de los sobres núm. 2, quedando pendiente de la elaboración de los correspondientes informes técnicos sobre el cumplimiento de los criterios sujetos a juicio de valor.

- Acta, de 27 de junio de 2018, de la 4ª sesión de la Mesa de contratación administrativa, apertura sobre núm. 3 (lote 1), donde se pone de manifiesto el resultado de los informes técnicos emitidos y se procede a la apertura del sobre 3, comprobándose que la oferta económica de Varian se encuentra en presunción de baja anormal o desproporcionada, acordándose solicitar la documentación justificativa de la bajada.

- Escrito de Varian de justificación de su oferta.

- Escrito de 11 de julio de 2018 de un vocal técnico de la Mesa de contratación, en el que pone de manifiesto que trasladó a la Mesa de contratación la necesidad, a su juicio, de solicitar a Varian aclaraciones sobre las soluciones técnicas propuestas, a fin de un adecuado pronunciamiento sobre la viabilidad de la oferta, petición que no fue atendida por la Mesa de contratación, comunicando su renuncia como vocal técnico.

- Informe técnico sobre justificación de la presunta baja temeraria presentada por Varian de 16 de julio de 2018, aceptando su justificación.

- Informe técnico sobre la documentación acreditativa de la solvencia técnica y compromiso de adscripción de medios de 14 de agosto de 2018.

- Resolución de adjudicación de 20 de agosto de 2018 a favor de la empresa Varien.

4.- Mediante acuerdo de la Presidencia, de fecha 20 de septiembre de 2018, se procede a admitir definitivamente el citado recurso contractual, dándose traslado

a los interesados en el procedimiento el día siguiente día 21 de septiembre para que en el plazo de cinco días hábiles aleguen lo que estimen conveniente.

5.- El 28 de septiembre de 2018 varian presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso.

6.- Con fecha 9 de octubre de 2018 se recibe en al Comisión Jurídica de Extremadura, informe de la Subdirección de Gestión Económica y Contratación Administratia del SES, emitido con ocasión de la interposición del recurso, que, tras analizar los distintos motivos de impugnación, permite concluir la desestimación del recurso.

7.- No habiéndose considerado necesaria la realización de otras actuaciones ni la práctica de diligencias probatorias, se concluyó la fase de instrucción del procedimiento con la documentación obrante en el expediente, elevándose propuesta de resolución por la ponente en la sesión plenaria del día 31 de octubre de 2018, que tras ser informada quedó encima de la mesa para su conocimiento por el resto de los vocales. Incluida nuevamente en el orden del día de la sesión plenaria que figura en el encabezamiento, la resolución es aprobada por unanimidad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero.- Como cuestión previa se quiere señalar que por aplicación de la disposición transitoria primera, apartado 1, de la LCS, habiéndose publicado la convocatoria del procedimiento a través, al menos, de la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 8 de marzo de 2018, con indicación de la fecha de envío del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea**,** por tanto con anterioridad a la entrada en vigor de la citada LCSP, el régimen jurídico aplicable al procedimiento de contratación es el del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), norma que se tomará en consideración para el examen de las distintas cuestiones, tanto formales como sustantivas, que suscite el fondo del recurso..

No obstante, afectando el recurso al acto de adjudicación adoptado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, este procedimiento de recurso se tramitará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 y siguientes de dicha Ley, tal y como se resulta de su disposición transitoria primera, apartado 4.

Segundo.- La Comisión Jurídica de Extremadura, actuando como órgano administrativo de resolución de recursos contractuales, es la competente para conocer los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 a) de la disposición adicional primera de la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del

Consejo Consultivo de Extremadura, y, en desarrollo de la misma, por el artículo 52.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura y de la Comisión Jurídica de Extremadura aprobado por Decreto 99/2009, tras la nueva redacción dada por Decreto 3/2016, de 12 de enero, de modificación del anterior, en relación con el artículo 46.1 de la LCSP.

Tercero.- El contrato que se examina es un contrato de servicios con valor estimado de 10 578 512,40 €, por tanto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Por otro lado, el recurso se interpone frente al acto de adjudicación, igualmente susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso ha sido interpuesto en una oficina de Correos dentro del plazo establecido para ello, por tanto en lugar y en tiempo adecuado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de la LCSP.

Acredita la recurrente su legitimación en los términos del artículo 48 de la LCSP, al ser, junto con la adjudicataria, las únicas admitidas a esta licitación. De igual modo queda acreditada la representación del compareciente.

Quinto.- Analizadas las cuestiones formales procede entrar a valorar la pertinencia o no de los motivos de impugnación.

Para ello se irán analizando los distintos motivos que sustentan el recurso especial en materia de contratación atendiendo tanto a las argumentaciones de la recurrente como a las consideraciones efectuadas por el órgano de contratación en su informe y a las alegaciones de la adjudicataria, para a continuación fijar la posición de este órgano respecto de cada uno de ellos.

El recurso contiene una exposición previa con relato de los antecedentes de hecho acaecidos en el procedimiento de licitación, en la que se adelanta que *"la controversia que se suscita se funda en la gravísima vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación, que ha permitido adjudicar a una oferta que debió ser excluida del procedimiento, por varios motivos que se detallarán a continuación".*

Así, como primer motivo de impugnación alega la recurrente la *"No aportación del compromiso de adscripción de medios personales y materiales. Vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación".* Este motivo de impugnación parte del hecho de que exigiéndose en los pliegos la adscripción de determinados medios personales y materiales a la ejecución del contrato era obligado para los licitadores aportar el compromiso de adscripción de medios contenido en el anexo V del PCAP. En este sentido Varian presentó dicho compromiso pero referido solo a uno de los

medios personales solicitándose por ello subsanación por parte de la Mesa de contratación, actuación esta que considera la recurrente no era procedente y que lo debió hacer la Mesa fue acordar directamente su exclusión de la licitación, argumentando lo siguiente:

"En el caso que nos ocupa, y volviendo al requerimiento de subsanación contenido en el acta nº 1 de la mesa, se solicita a VARIAN no que subsane alguno de los extremos contenidos en el compromiso de adscripción de medios solicitado en los pliegos, sino que aporten un nuevo compromiso de adscripción de medios, que incluya además del jefe de obra, el resto de medios personales y materiales exigidos. Es decir, no se trata de subsanar, sino de aportar de (SIC) *un compromiso que no se presentó juntó con el resto de la documentación de la oferta. En definitiva, se ha dado la oportunidad a la licitadora y actual adjudicataria de completar su oferta después de finalizado el plazo de presentación de las mismas. No debemos olvidar que lo único que se exige en el momento de la presentación de la oferta es que se aporte un compromiso, dejando la comprobación de la disposición efectiva de los medios comprometidos al momento previo a la adjudicación. Y la realidad es que VARIAN no se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato todos los medios exigidos en los pliegos, y por ello, no se le debió conceder una oportunidad de subsanar algo que a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas no existía.*

De la lectura del PCAP, efectivamente, se desprende que se establece un trámite de subsanación de la documentación; pero también que dicho trámite no es inexcusable, sino que habrá de tener lugar, como es lógico, cuando se adviertan en la documentación del licitador seleccionados defectos subsanables. En caso contrario, es decir, cuando los defectos advertidos no sean subsanables, procederá la exclusión del licitador.

Y eso es precisamente lo que sucede en el supuesto que se examina: la empresa adjudicataria no presenta un compromiso de adscripción de medios personales y materiales tan amplio como lo exigido en el PCAP, pero para que pudiese ser subsanable dicho compromiso debía existir y ser plenamente eficaz en la fecha en la que VARIAN presentó la documentación, lo que ha quedado demostrado que no ocurrió. Es más, se aprecia incluso una nota de intencionalidad en comprometerse únicamente a adscribir el Jefe de Obra a la ejecución del contrato, pues según el requerimiento de subsanación la adjudicataria sólo menciona el Jefe de Obra, no existiendo ningún compromiso en cuanto al responsable de suministro, ni los medios materiales consistentes en la disposición de una póliza de seguro.

(…), los defectos advertidos en el compromiso de adscripción de medios presentado por la adjudicataria (que solo se compromete a adscribir el jefe de obra) no eran susceptibles de subsanación, por lo que la mesa debió acordar su exclusión de la licitación, pues la única forma de acreditar la existencia del compromiso era habiéndolo aportado en el momento de licitar, no pudiendo la mesa ni el órgano de contratación, aceptar un compromiso formulado de forma extemporánea.

El compromiso de adscripción de medios personales o materiales representa una verdadera obligación contraída, que requiere, para que pueda producir todos sus efectos en fase de ejecución, una declaración expresa (el compromiso) por parte del licitador. Sin dicho compromiso, la situación del licitador afectado por esa omisión es equiparable a cualquier otro que hubiese presentado una oferta que incumple las condiciones de la licitación. Y sobre todo, como ocurre en el presente caso, cuando la omisión, por lo menos en apariencia, es indiciariamente intencionada, pues no se trata de la omisión de todo y cualquier compromiso de adscripción de medios, sino más bien la adjudicataria sólo se compromete a adscribir una parte de los medios.

Tal como se establece en el punto 17 del PCAP, en el que se relaciona la documentación a incluir en cada uno de los sobres, en lo que atañe al sobre 1 se indica:

• *Otra documentación a incluir en el Sobre 1:*
Anexos IV y Vl, en su caso.
Y en particular el Compromiso de adscripción de medios: Para que la empresa licitadora pueda ser admitida a licitación, es imprescindible que aporte una declaración responsable en que se comprometa a adscribir a la ejecución del contrato los medios técnicos y materiales, con los perfiles, especificaciones y en los términos establecidos en el Anexo V de este pliego.
Es decir, el compromiso era condición obligatoria de admisión de las empresas, y VARIAN no lo presentó en los términos exigidos en los pliegos, por lo que, al no existir el compromiso, no se podía haber concedido un trámite de subsanación, y la empresa debió ser excluida de la licitación".

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en su informe *que "(…) en contra de lo señalado por el recurrente la empresa VARIAN sí presentó compromiso de adscripción de medios, si bien el mismo estaba incompleto al no referirse a todos y cada uno de los medios señalados anteriormente. Por ello la mesa de contratación acordó requerir al licitador la subsanación del mismo, en virtud de lo dispuesto en la cláusula 6.4 del PCAP".* A continuación alude a la numerosa doctrina y jurisprudencia existentes favorables a la posibilidad de la subsanación de la documentación administrativa.

En el mismo sentido se pronuncia Varian en sus alegaciones al recurso, manifestando que:

"lo cierto es que mi representada sí cumplió con la obligación señalada en el PCAP de aportar un compromiso de adscripción de medios a la oferta. No se trata, en consecuencia, de aportar un nuevo compromiso de adscripción en ningún caso, sino que, tal y como el órgano de contratación entendió, nos encontramos ante un caso de subsanación de los previstos en el artículo 6.4 del PCAP, (…).
(…) la mesa de contratación actuó con arreglo a Derecho al otorgar un trámite de subsanación en la aportación de un compromiso de adscripción de medios defectuoso, que no se ajustaba al modelo contenido en el Anexo V del PCAP, pero que en todo caso sí se presentó en plazo junto con la oferta ante el órgano de contratación, y que adolecía de determinadas omisiones subsanables que, en efecto, fueron posteriormente subsanadas por parte de mi representada, en tiempo y forma y de acuerdo con lo acordado por la mesa de contratación. (…).
Es por todo lo anterior no puede acogerse la alegación vertida de contrario. Procede la desestimación del recurso interpuesto por ELEKTA".

Pues bien planteada así la cuestión, cabe empezar señalando, de manera previa, y como ya es sabido, que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas 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, 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 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Dicho esto, procede analizar, si fue o no correcta la actuación de la Mesa de contratación confiriendo trámite de subsanación. Para ello, debe tenerse en cuenta que el anexo V del PCAP exige, para el lote 1, respecto del compromiso de adscripción de medios, lo siguiente:

"LOTE 1: 4 ACELERADORES LINEALES DE ELECTRONES
Todos los licitadores, nacionales y extranjeros, además de acreditar su solvencia, deberán acreditar el compromiso de adscripción de los siguientes medios, a efectos de la admisión en el procedimiento de adjudicación del contrato.
D/Dª, con DNI nº, en nombre propio o en representación de la empresa, adquiere los siguientes compromisos de adscripción de medios para la ejecución del contrato:
1.- Compromiso de adscripción de medios personales:
*• Adscribir durante todo el proceso desde la firma del contrato, periodo de entrega, recepción favorable y puesta en funcionamiento de los equipos a una persona **(Responsable del suministro)** que ostente experiencia en la puesta en marcha de los equipos in situ.*
Se le requiere experiencia de al menos 3 años en la puesta en marcha y adaptación de instalaciones para estos equipos y titulación técnica.
*• Adscribir durante toda la obra de adaptación del búnker hasta la puesta de funcionamiento del ALE a una persona responsable **(Jefe de Obra)** que ostente la titulación académica de arquitecto, ingeniero, aparejador, arquitecto técnico, ingeniero de la edificación, graduado en edificación o ingeniero técnico industrial. Este coordinador actuará conjuntamente de manera consensuada con el personal acreditado encargado del mantenimiento de los Hospitales.*
Se le requiere una experiencia de 5 años en la ejecución de obras edificatorias y adaptación de instalaciones.
2.- Compromiso de adscripción de medios materiales:
• La empresa propuesta como deberá aportar los documentos acreditativos de haber suscrito una póliza de seguro de responsabilidad civil, que cubra los daños corporales o materiales causados a terceros, por accidente o negligencia, con el fin de hacer frente a las responsabilidades derivadas de accidentes, daños o perjuicios ocasionados por las instalaciones, equipos o los trabajos que se realicen en los mismos.
El importe asegurado será como mínimo de 6.000.000 E.
Estos medios personales y materiales formaran parte de la propuesta presentada por los licitadores y, por lo tanto, del contrato que se firme con el adjudicatario. Por este motivo, deberán ser mantenidos por la empresa adjudicataria durante todo el tiempo de realización de este suministro. Cualquier variación respecto a ellos deberá ser comunicada a esta Administración. Su incumplimiento podrá ser causa de Resolución del contrato (artículo 223.f) del TRLCSP) y/o Imposición de penalidades según ANEXO I(artículo 212.1 del TRLCSP)".

Queda pues claro que la las empresas licitadoras para poder ser admitidas debían acompañar a sus proposiciones el compromiso de adscripción de medios contenido en el citado anexo V del PCAP.

Según consta en el acta de la primera sesión de la Mesa de contratación, de 24 de abril de 2018, de apertura y análisis de la documentación contenida en el sobre 1, en relación con Varian, se advierte la siguiente deficiencia: "*debe presentar el*

Compromiso de Adscripción de Medios conforme a lo que se establece en el Anexo V que acompaña al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en cuanto que solo menciona compromiso de adscripción de Jefe de Obra". Subsanación que es atendida por la recurrente aportando el anexo V del PCAP, para el lote 1, en su integridad.

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, y de los órganos encargados de la resolución de recurso especiales en materia de contratación, considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 2004) siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación. Igualmente, el Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004) y los tribunales de recursos contractuales se han pronunciado en varias ocasiones sobre el carácter subsanable de los defectos y omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación, de acuerdo con el artículo 146 del TRLSCP, consolidando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en dicha documentación pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

Así, los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 146.1 del TRLCSP, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables. En este sentido el Tribunal Supremo en la citada Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina manifiesta que, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libre concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.

Por otro lado, debe tenerse también en cuenta el principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia comunitaria -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

En esta misma línea el Acuerdo n º 36/2017, de 21 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Público de Aragón manifiesta que "*la subsanación es una institución básica del procedimiento de licitación pública, que actúa como garantía del licitador en cuanto le permite reparar o remediar aquellas omisiones que le impidan o*

dificulten continuar en el procedimiento licitatorio. Pero tiene siempre, como fin último, garantizar el máximo de concurrencia, para obtener la mejor oferta económica de cara a la adjudicación y ejecución del contrato. Es pues, una institución que, además de otros principios, tiende a la garantía de control del gasto y eficiente utilización de los fondos destinados al contrato, como se declara en el artículo 1 del TRLCSP".

También se recuerda en este Acuerdo, con cita de otros tribunales, y como ya se ha señalado, que "*el Pliego de Cláusulas Particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad*". Y, como también se ha apuntado, es una exigencia del pliego la necesidad de aportar el compromiso de adscripción de medios que figura en el anexo V, que, por ello, como continúa diciendo el referido Acuerdo 36/2017, de 21 de marzo, "*tiene un carácter vinculante e indisponible. Todos los licitadores aceptaron y asumieron como norma de obligado cumplimiento, derivada de la presentación de la documentación y declaración responsable en la forma y condiciones establecidas en el PCP, la exclusión de las proposiciones de aquellos que incumpliesen las reglas de carácter obligatorio*" siendo cierto que la oferta de Varian, sea de forma voluntaria o por omisión, no asumió el compromiso, ab initio, de adscripción de todos los medios personales y materiales exigidos en el PCAP.

Es precisamente esta última circunstancia, la que nos lleva a considerar el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo al que venimos aludiendo, en el que en un caso con semejanzas al aquí analizado indicaba "*El incumplimiento de esta exigencia del PCP no puede ser objeto de convalidación vía subsanación o aclaración de la proposición. (…).*
La «subsanación» no puede ser utilizada como cauce del procedimiento para modificar y posicionar al licitador en una situación de facto distinta de la pretendida por la propia subsanación, Y solo será posible si cumple las exigencias del artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, sin que sea posible modificar elementos de la oferta (Acuerdo 77/2014).
Asimismo, es doctrina consolidada (por todos Acuerdos 52/2012 y 43/2013), que las proposiciones que no respeten los requisitos exigidos por los pliegos –en especial la relativa a respetar el modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales– deberán ser rechazadas por la Mesa en resolución motivada, según dispone el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando señala: «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». Además, el artículo 67 del RGLCAP, determina en su apartado 2 h) que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán contener «los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones». Forma y contenido son determinaciones de obligado cumplimiento para todos los licitadores.
Pues bien, conforme a la doctrina expuesta, puede afirmarse que no se trata, como erróneamente interpreta el órgano de contratación, de una simple irregularidad formal que

pueda ser objeto de posterior subsanación. La declaración responsable que presenta la empresa (…) incumple una exigencia formal esencial. Y ese incumplimiento, aun por error, no puede ser objeto de subsanación, de forma indebida (…), pues se quiebra de forma notoria el principio de igualdad de trato. (…). La declaración responsable, debe cumplir, material y formalmente, con lo exigido en los Pliegos y en las normas legales y reglamentarias que le sean de aplicación sin que pueda ser aceptada su declaración si no se adapta a las exigencias de la misma.
No nos encontramos aquí ante un supuesto de dudas –o mero defecto formal– sobre el contenido de la oferta, sino ante un incumplimiento de una de las exigencias del pliego, cuya ignorancia no puede carecer de consecuencias jurídicas. La actuación de la mesa, en este punto, resulta ilegal, pues el incumplimiento de las exigencias del pliego en modo alguno puede subsanarse o aclararse, y supone una modificación indebida de la proposición presentada (…)".

Debe recordarse que el propio modelo incorporado al anexo 5 indica que "*Estos medios personales y materiales formarán parte de la propuesta presentada por los licitadores y, por lo tanto, del contrato que se firme con el adjudicatario".*

En definitiva, no parece que en el presente caso estemos ante meros defectos u omisiones formales susceptibles en todo caso de subsanación, sino que la adjudicataria presentó un compromiso de adscripción de medios alterando el modelo incorporado al efecto en el anexo V del PCAP, de manera que se elimina parte de su contenido y con ello se altera el sentido mismo del compromiso, con lo que podemos concluir, coincidiendo con dicho acuerdo que: *"Procede, en consecuencia, estimar este motivo de recurso y la pretensión de la recurrente, de manera que se deben retrotraer las actuaciones",* con exclusión de la empresa Varian, y proceder a una nueva adjudicación.

La estimación de este motivo de impugnación por sí solo supone la satisfacción de la pretensión de la recurrente; no obstante, por aplicación del principio de congruencia procede analizar el resto de motivos en los que se sustenta el recurso.

Sexto.- Entrando en el análisis del segundo motivo de impugnación. Alega la recurrente que Varian ha incluido "*información del sobre C, relativo a parámetros valorables mediante criterios de adjudicación automáticos, en el sobre b, sobreinformación técnica y criterios de adjudicación de juicio de valor*" vulnerando con ello el principio de secreto de la oferta.

A este respecto argumenta que:

"Entre los criterios de valoración automática se incluía, en lo que aquí interesa:
2. Otros criterios de adjudicación de valoración automática:
-Aumento del plazo de garantía. (Hasta 10 puntos)
Se valorará el aumento del plazo de garantía, que sea superior a lo establecido en el PPT, según la siguiente tabla:

Incremento de la garantía sobre el mínimo exigido Puntos

24 meses *10*
12 meses *5*

En el ya mencionado punto 17 del cuadro resumen del PCAP, se establecía expresamente:

- A incluir en el SOBRE 2
IMPORTANTE: En este sobre no se admitirá ningún dato que ponga de manifiesto información relevante sobre los criterios de adjudicación de valoración automática del Sobre 3. De concurrir dicha circunstancia, la Mesa de contratación podrá determinar la exclusión del licitador correspondiente.
(…)

Durante el acceso a la documentación del expediente, ELEKTA pudo comprobar que VARIAN desveló información sobre el plazo de garantía ofertado, por lo que debió ser excluida de la licitación, como se detalla a continuación:

DOCUMENTO3.D) EQUIPO DE CONTROL DE CALIDAD- NUEVO HOSPITAL DE CÁCERES
Página25
30) Un (1} fantoma de calidad de imagen E2E SBRT (…)
EL MODELO 036A-CVXX-xx INCLUYE:
Garantía de 48 meses.

DOCUMENTO 3.D) EQUIPO DE CONTROL DE CALIDAD- HOSPITAL DE MÉRIDA
Página19
20} Un (l} fantoma de calidad de imagen E2E SBRT (…)
EL MODELO 36A-CVXX-xx INCLUYE:
***Garantía de** 48 meses.*

DOCUMENTO 3.D) EQUIPO DE CONTROL DE CALIDAD- HOSPITAL VIRGEN DEL PUERTO DE PLASENCIA
Página 16
15) Un (1) Servidor o servidores necesarios para la instalación de los módulos de la plataforma Sun CHECK incluidos en esta oferta(…)
Características:
Garantía: 3 años., next business day in –situ (según calendario CAM).

Página 17
19} Un {1} fantoma de calidad de imagen E2E SBRT modelo 036-CVX-xx de CIRS
EL MODELO 036A-CVXX-xx INCLUYE:
Garantía de 48 meses.

Sorprendentemente, ante la evidencia de la ilegalidad denunciada, tanto el técnico José Manuel Ordiales, como el técnico Miguel Ángel Suero, afirman en el informe técnico al que tuvo acceso esta parte que "En la documentación técnica analizada no se ha encontrado ningún dato que ponga de manifiesto información relevante sobre los criterios de valoración automática del Sobre 3".

A continuación cita la recurrente diversa doctrina sobre la cuestión denunciada y concluye indicando que:

"A mayor abundamiento, por si restan dudas sobre la ilegalidad cometida, estas se disipan a través de la simple comprobación del resultado final de la valoración de las ofertas reflejado en la resolución de adjudicación, que para el criterio de ampliación del plazo de garantía es el siguiente:

	Aumento del plazo de garantía sobre lo establecido en el PPT
VARIAN MEDICAL SYSTEMS SA.	***24 meses.***
*ELEKTA MEDICAL SAU**.***	***0 meses.***

En consecuencia, la oferta presentada por V ARIAN debió ser excluida de la licitación por desvelar información relativa a los criterios valorables automáticamente, en el sobre n° 2, reservado para la oferta técnica e información necesaria para la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor".

El órgano de contratación en su informe, tras transcribir las referencias a la exigencia de garantía que se contienen en el apartado 7.2 del PPT y las relativas a la configuración del criterio de adjudicación del PCAP, manifiesta:

"*Así pues ha de señalarse que la garantía que se valoraba como criterio de adjudicación, no era una simple garantía de un equipo concreto, o de parte del mismo, sino que se trataba de valorar el incremento del plazo de garantía tal como venía definida en el PPT, y que tal como ha quedado puesto de manifiesto era mucho más amplia, abarcando todas las actuaciones necesarias para el correcto funcionamiento del equipo, la totalidad de los repuestos, mano de obra, desplazamientos, dietas, transportes y demás costos que puedan derivarse del cumplimiento de la misma.*
El recurrente transcribe parte de la oferta de VARIAN en los que se contienen referencias a garantías de modelos de equipos o parte concretas de un equipo, si bien ha de insistirse que no es ésa la garantía que se valoraba, pues la que refiere el recurrente es intrínseca al equipo y le viene dada desde su fabricación, sin embargo lo que el órgano de contratación valoraba era la cobertura total de cualquier incidencia que pudiera surgir en la ejecución del contrato, y esto exige una declaración expresa del licitador que le obligue a mejorar esa garantía tal como venía definida en el PPT, asumiendo como se ha dicho otros costes ajenos a la garantía del equipo propiamente dicha, tales como dietas, desplazamientos ....
Por ello, no siendo relevante las referencias a la garantía contenidas en la oferta técnica de VARIAN, por no desvelar el criterio de valoración configurado en los pliegos no fue cuestionado por los técnicos informantes.

Concluyendo que: *"Así, tal y como señala la jurisprudencia reseñada para poder excluir a la empresa ha de constatarse la vulneración del secreto de la oferta y de los principios de igualdad de trato y no discriminación proclamados por los artículos 1 y 139 del TRLCSP, y que están íntimamente ligados al secreto de las proposiciones. En el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta la fundamentación esgrimida anteriormente la valoración de los técnicos no se ha visto comprometida por la inclusión de una referencia a la garantía*

que nada tiene que ver con la que se señalaba como criterio de valoración automático por los pliegos".

Varian, en trámite de alegaciones, en igual sentido a lo manifestado por el órgano de contratación señala que:

"Las referencias que destaca ELEKTA en su Recurso especial no están en modo alguno vinculadas a la garantía ofertada por VARIAN en su proposición, sino que se trata de particulares garantías de los fabricantes de ciertos elementos que configuran el equipo a suministrar (acelerador) y que se describen en la oferta de VARIAN como parte de la descripción general de todos los elementos técnicos del acelerador ofertado.

Así es, la recurrente detalla 4 ejemplos de lo que considera una infracción del secreto de las proposiciones. Como puede observarse en el propio detalle que da ELEKTA en su Recurso especial, todas estas referencias se refieren a equipos concretos. En particular, a:

- *Tres fantomas de calidad de imagen E2E SBRT modelo 036' CVXX xx de CIRS, que tienen una garantía de 48 meses.*

- *Un servidor necesario para la instalación de los módulos de la plataforma SunCHECK, con una garantía de 3 años.*

Es decir, se trata de elementos que son parte de los aceleradores a suministrar y que son el objeto del contrato. De hecho, los citados elementos representan alrededor del 2% del total de los equipos a suministrar (aceleradores).

A mayor abundamiento, la realidad es que ni siquiera la garantía de los elementos descritos es coincidente, ni entre ellos ni con la garantía ofertada por VARIAN a la Administración contratante. Como se ha visto, las garantías de los elementos descritos son de 48 meses y de 3 años y, sin embargo, la garantía ofertada por VARIAN a la Administración contratante es de 2 años adicionales a la garantía mínima exigida.
Es decir, los plazos de garantía no son coincidentes ni en el objeto ni en la duración de la oferta realmente presentada por VARIAN. No puede afirmarse en consecuencia que se haya incumplido el secreto de las proposiciones".

Pues bien, es doctrina asentada en los tribunales administrativos de resolución de recursos contractuales la de considerar que la vulneración del artículo 150.2 del TRLCSP y consiguiente quiebra de las garantías de objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones se produce cuando la presentación de la documentación propicia o facilita que puedan conocerse aspectos de la oferta sujetos a evaluación automática en una fase del procedimiento en que se están evaluando las ofertas con arreglo a criterios que dependen de un juicio de valor.

Lo relevante es que tal conocimiento anticipado haya podido tener lugar y haya sido propiciado por una entidad licitadora al presentar su oferta y ello con independencia de que aquella información o conocimiento anticipado haya influido o no efectivamente en la valoración de las ofertas, pues basta con la posibilidad de que así haya podido ser para que quiebren, en detrimento del principio de igualdad de trato, las garantías de objetividad e imparcialidad que el legislador ha querido preservar en el proceso evaluador de las proposiciones.

Ahora bien, en el presente caso este órgano coincide con el órgano de contratación y con la adjudicataria cuando entienden que no es eso lo sucedido aquí. Tal y como alegan uno y otra las garantías a que se refiere la documentación de Varian con relación a determinados componentes del equipo a suministrar serían garantías propias de la comercialización o fabricación de esos componentes que no debe ser confundida con la garantía exigida en el PPT en los siguientes términos:

"Los equipos, elementos auxiliares e instalaciones ofertados tendrán una garantía total, mínima de 2 años. Esta garantía incluye la totalidad de los repuestos, mano de obra, desplazamientos, dietas, transportes y demás costos que puedan derivarse del cumplimiento de la misma.
En el periodo de garantía estarán incluidas todas las actuaciones necesarias para el correcto funcionamiento del equipo.
El adjudicatario durante el periodo de garantía está obligado a desarrollar sobre los equipos un mantenimiento total correctivo, preventivo y técnico legal en las condiciones definidas en el presente PPT, según los protocolos del fabricante y las normas aplicables.
Comprenderá cualquier recambio, mano de obra y cualquier gasto necesario para devolver al equipo a sus condiciones de óptimo funcionamiento. Comprenderá así mismo cualquier actualización de seguridad de los sistemas.
El adjudicatario tiene la obligación de conseguir el mejor estado de funcionamiento del equipo realizando las tareas técnicas preventivas o correctivas necesarias para optimizar el tiempo de uso, minimizando el tiempo no operativo como consecuencia de averías o funcionamiento incorrecto, así como daños estéticos.
Las coberturas de la garantía mínima así como el aumento del plazo de la misma, están perfectamente delimitadas y definidas, no existiendo por tanto para el responsable del contrato (SOIE) inconveniente alguno para el cumplimiento de los parámetros de la oferta garantizando así su adecuado seguimiento. (…)". (El subrayado es nuestro)

De esta forma, si bien algunos de estos conceptos pueden coincidir con los cubiertos por las garantías de comercialización, es evidente que el PPT va mucho más allá hablando de mantenimiento correctivo, preventivo y técnico legal, así como de actualizaciones, con lo que de la información que se incorpora a la documentación de la adjudicataria no es posible concluir que se esté comprometiendo una ampliación de la garantía exigida en el PPT en los términos señalados en el cuadro de resumen para la valoración de este criterio de adjudicación.

Efectivamente, la información que revela la documentación aportada por Varian parece hacer referencia a características de los componentes a los que alude y solo a esos (que según la adjudicataria representan alrededor del 2% del total de los equipos a suministrar), debiendo destacarse, como hace la adjudicataria en sus alegaciones, que dichas garantías ni siquiera son coincidentes entre ellas, lo que conduciría a desestimar el recurso por este motivo de impugnación.

Séptimo.- Entramos ya en el tercer motivo de impugnación del recurso relativo a la justificación de la oferta económica, incursa en presunción de temeridad.

A este respecto se alega por la recurrente lo siguiente:

"(…) de acuerdo con los parámetros del apartado 7.2.2. del Cuadro Resumen del PCAP, la oferta de la adjudicataria resultaba desproporcionada y se le pidió justificación de la misma, que se presentó en el plazo habilitado. La mesa de contratación solicitó el oportuno informe técnico del órgano gestor quien, tras analizar la justificación presentada, a la vista de las mismas, concluyó que el licitador podía cumplir satisfactoriamente su oferta.

Por tanto, en cuanto al procedimiento seguido, parece que se han cumplido todas las premisas legales aplicables: se ha dado "audiencia al licitador ... para que justifique la valoración de la oferta ... " y se ha solicitado "el asesoramiento técnico del servicio correspondiente", tal como dispone el artículo 152.3 transcrito. (…)".

Continúa argumentando que a la vista de la justificación presentada por Varian *<<la mesa de contratación declara "Teniendo en cuenta lo anterior, concluimos que la justificación presentada por el licitador expone brevemente todos los motivos que le han llevado a presentar la oferta objeto de estudio. Por tanto, en base a la documentación presentada se acepta la justificación de la empresa VARIAN MEDICAL SYSTEMS IBÉRICA, S.L >>.*

Y añade: *<<Como viene señalando la doctrina en diversas resoluciones en caso de una oferta incursa en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos de su exclusión o aceptación de la oferta mediante una resolución "reforzada". Tal como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3: "El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos ... ".*

En este caso, la mesa de contratación ha considerado que los documentos aportados por el licitador explican satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos, aunque llama la atención la expresión el licitador expone brevemente todos los motivos, cuando atendiendo a la diferencia de precio relativa a la oferta presentada por ELEKTA y al valor estimado del contrato, la exposición de los motivos que justifican la viabilidad deberían coincidir con la exigencia de motivación reforzada mencionada en el párrafo anterior.

(…)

En el caso que nos ocupa, la Mesa considera que la oferta presentada es viable basándose exclusivamente en la solvencia de la empresa, que si bien es un elemento complementario para la valoración de las ofertas como desproporcionadas ex artículo 85.6 del RD 1098/2011, no parece sin embargo que dicho argumento sea suficiente para cumplir con la obligación de motivar la propuesta de adjudicación conforme a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

En este sentido, procede analizar aquí, si la decisión de la mesa de aceptar las justificaciones otorgadas por VARIAN, se ajusta a la legalidad, recuperando en este momento los motivos de la renuncia de uno de los vocales técnicos de la mesa.

En primer término, se puede afirmar que desde el punto de vista formal la actuación de la mesa es intachable, al haberse realizado el procedimiento contradictorio, y habiendo solicitado los informes preceptivos exigidos por ley. Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo respecto del contenido material de dicha actuación. En este sentido, en atención a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo, un informe técnico de valoración debe cumplir con las siguientes exigencias:

a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;

b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y;
e) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.
(…)
Pues bien, en el caso que nos ocupa, se constata que la mesa considera que la oferta de VARIAN podía ser cumplida de acuerdo con el informe justificativo, pero no aporta fundamento alguno, que motive dicha decisión.
De la lectura del escrito de renuncia del vocal técnico de la mesa, se aprecia con claridad que no se ha razonado o justificado la decisión de admitir a la oferta de VARIAN en la licitación, y que existen dudas razonables sobre la certeza y viabilidad de las soluciones propuestas. En concreto, afirma el técnico lo siguiente:
"Para poder acreditar la viabilidad de los requerimientos técnicos y evaluar la baja desproporcionada, solicité mediante correo electrónico, que se incluyera en la petición de informe justificativo, información sobre las soluciones técnicas adoptadas. Puesto que no se ha atendido esta petición, el órgano de contratación sigue sin poder acreditar la viabilidad de la oferta técnica presentada. En lo referente al resto del documento, no voy a entrar en valoraciones sobre si *la baja desproporcionada está o no justificada, puesto que no me veo capacitado para ello, y sólo quería aclarar este punto en concreto."*
(…)
Así, no se puede negar la potestad de la mesa y del resto de los técnicos para apartarse del Informe realizado por uno de los tres vocales técnicos de la mesa, en el que surgen inquietudes sobre la viabilidad de la oferta, dentro de su conocimiento técnico del objeto del contrato, pero dicha circunstancia debe ser motivada y justificada situación que quiebra los más elementales principios aplicables al régimen de la contratación pública, al admitir y adjudicar el contrato a favor de una empresa cuya oferta es claramente insuficiente para garantizar la correcta ejecución del contrato, sin que conste justificación suficiente, razonada y razonable que afiance la viabilidad de la misma.
(…) consideramos que no puede tenerse por justificada la baja económica presentada por VARIAN al ser insuficiente la justificación prestada dado que no se precisa ni acredita ningún otro extremo de los mencionados en el TRLCSP en cuanto al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación. Sobre todo, teniendo en cuenta las manifestaciones contenidas en el escrito de renuncia de uno de los vocales técnicos y que la mesa no ha sido capaz de contradecir mediante argumentos razonados y razonables. En el informe justificativo de la oferta, VARIAN realiza un estudio superficial del conjunto de la empresa, pero no se individualiza en relación con el precio presentado. La Mesa, por su parte, no explica con argumentos convincentes que pueda realizarse la ejecución del contrato con el precio presentado>>. (El subrayado es nuestro)

Y concluye: *"Por todo ello, se ha demostrado que la justificación aportada por la empresa VARIAN y que la mesa asume como suya a los efectos de admitir su oferta a la licitación no es suficiente para desmontar la presunción de temeridad, ni puede justificar la viabilidad y seriedad de la misma, que además, y a la vista de dicha justificación, se ha demostrado en el presente recurso que no reúne las condiciones necesarias para que se pueda realizar un suministro de acuerdo a las exigencias de calidad requeridas.*
Es cierto que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, sin embargo, este debe estar limitado por las alegaciones formuladas por la

empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, sin embargo dicho órgano debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos, motivando su decisión, y eliminando cualquier rastro de arbitrariedad que pudiera surgir de su decisión, pues no hay que olvidar que en el ámbito de adquisición de tecnología sanitaria de vanguardia, como es el caso que nos ocupa, cualquier distorsión con el precio de mercado, debe analizarse como un indicio de menoscabo de la calidad de la solución ofertada. Por ello atendido que la justificación de VARIAN es claramente insuficiente y no se aporta por la mesa elemento alguno que desvirtúe las conclusiones del informe técnico, la oferta de la adjudicataria debió ser excluida de la licitación, al no demostrar el órgano de contratación que la licitadora había justificado adecuadamente la desviación de su oferta, un 11,19 % más barata (exactamente 1.009.400,00 €) en relación con valor estimado del contrato".

El órgano de contratación en su informe se opone a este motivo de impugnación haciendo alusión a Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en las que se viene manteniendo que la justificación reforzada solo es necesaria para rechazar la justificación esgrimida por el licitador, no así cuando entienda que la justificación es válida.

Por su parte Varian alega, en primer lugar, que: "*Resulta relevante en este caso señalar que la metodología para determinar si una oferta incurre en presunción de temeridad se basa en la diferencia con la media de las ofertas presentadas por otros licitadores. Decimos que este punto es especialmente relevante porque en el caso que nos ocupa, únicamente han existido 2 ofertas admitidas en la licitación del Lote 1 adjudicado: la oferta de V ARIAN y la oferta de la recurrente, ELEKTA. Por ello, la oferta presentada por ELEKTA es la única variable que hizo que la oferta presentada por V ARIAN quedara bajo el ámbito de la presunción de temeridad establecida en el PCAP.*
También es destacable que la desviación que hizo situar a la oferta de VARIAN en la presunción de temeridad es solo del 0,37%.
Dicho esto, tal y como establece el propio PCAP (en reproducción de la ley), en el caso de que una oferta supere estos umbrales, lo que tiene lugar es una PRESUNCIÓN de temeridad. Es decir, se trata de una circunstancia en la que procede que el licitador justifique su oferta y, únicamente en el caso de que esta justificación no se considere suficiente y así se motivara por la mesa de contratación procedería la exclusión del licitador en cuestión".

Continúa diciendo: *"Pues bien, en el presente caso, al percatarse de que la oferta de VARIAN se encontraba en presunción de temeridad, la Mesa de contratación requirió a mi representada en el plazo legalmente previsto para llevar a cabo la justificación sobre la viabilidad de su oferta. Eso es precisamente lo que hizo VARIAN, que procedió a aportar las alegaciones y documentación necesaria al respecto. Tras esta justificación, que fue analizada en el correspondiente informe técnico, la Mesa consideró que la oferta era viable.*
No obstante lo anterior, la recurrente incluye ahora en su recurso una serie de alegaciones en las que viene a concluir que la justificación aportada por VARIAN y aceptada por la Mesa no era suficiente. Para ello, en relación con cada uno de los puntos de justificación aportados por mi representada, ELEKTA viene a verter una serie de afirmaciones genéricas sin ningún tipo de respaldo técnico o económico en las que básicamente se limita a indicar que las características empresariales y de medios puestas de manifiesto por VARIAN

también concurren en ELEKTA y que, sin embargo, ELEKTA no ha sido capaz de presentar una oferta mejor.
(…)
En fin, a pesar de que ELEKTA acompaña sus alegaciones de un profuso resumen de la doctrina y jurisprudencia aplicable a los supuestos de baja temeraria, la realidad es que no es posible considerar que las vagas afirmaciones de la recurrente puedan desvirtuar el criterio de la Mesa de contratación. Y ello también, con independencia de que, como pretende hacer valer la recurrente, uno de los vocales de la Mesa de contratación renunciara a su cargo al no compartir el criterio del resto de miembros. De hecho, la renuncia de este vocal tuvo lugar como consecuencia de que el resto de miembros de la Mesa no consideró oportuno solicitar información adicional a la que ya constaba en la oferta sobre las soluciones técnicas ofertadas. La Mesa de contratación es un órgano colegiado y el hecho de que uno de sus miembros decida renunciar a su cargo no resta valor a las decisiones tomadas por este órgano. Además, específicamente en relación con la oferta técnica de mi representada, ha de ponerse de manifiesto que la oferta técnica de VARIAN ha recibido mayor puntuación que la oferta de ELEKTA, por lo que lógicamente el órgano de contratación ha valorado técnicamente la oferta presentada por mi representada y, como decimos, de hecho, ha considerado que era mejor que la presentada por su competidora.
En definitiva, la oferta presentada por V ARIAN resultaba, y así se ha constatado, viable, por lo que su admisión resultó conforme a Derecho. Procede, en consecuencia, la desestimación del Recurso especial".

Planteados así los términos del debate y no existiendo controversia sobre el procedimiento seguido a fin de justificar la viabilidad de una oferta incursa en presunción de anormalidad, las cuestiones objeto de discusión serían si la justificación aportada por Varian ha sido suficiente y si la decisión del órgano de contratación de admitir la viabilidad de dicha oferta está motivada.

Con carácter previo se quiere señalar que, pese a que la recurrente insiste interesadamente en resaltar la desviación de la oferta de Varian respecto del valor estimado del contrato, el criterio para determinar si las ofertas se encuentran en presunción de anormalidad está establecido en el cuadro resumen que figura como anexo I del PCAP, en su apartado 7.2, estableciendo distintas fórmulas en función del número de empresas admitidas a la licitación. En el presente supuesto, aplicada la fórmula que le correspondería, recogida en el subapartado a), el porcentaje de desviación que resulta es del 0,37 por ciento.

Asimismo, es interesante destacar que tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo: "(…), *con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla.*

La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones".

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Informe 9/2016, de 22 de diciembre, manifiesta que *"El licitador deberá proporcionar argumentos suficientes que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que el contrato puede llevarse a cabo con garantías por el precio ofertado, argumentos o justificaciones que deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta que se ha presentado en relación al resto de ofertas válidas recibidas. El artículo 69.2 de la citada Directiva 2014/24/UE, enumera una serie de aspectos a que el licitador podrá referirse en sus explicaciones para la justificación de la oferta anormalmente baja, sin que esta enumeración, que figura básicamente en el artículo 152.3 del TRLCSP, tenga carácter limitativo ni obligatorio. No obstante, la legislación de contratos públicos no determina el nivel mínimo de desglose que han de exigir los órganos de contratación en la justificación de una oferta anormal o desproporcionada, dado que no resulta posible establecer unas reglas que sirvan para todo tipo de contratos y dado asimismo que las justificaciones por parte de las empresas pueden ser múltiples y diferentes y basarse en distintos conceptos. Ha de ser, pues, el órgano de contratación quien, a la vista de la justificación aportada por el licitador y a propuesta de la mesa de contratación con el asesoramiento técnico pertinente, resuelva si considera suficiente la justificación aportada para la correcta ejecución del contrato o, si por el contrario, considera que el contrato no puede ser cumplido según la proposición ofertada, a la vista de las justificaciones aportadas por el licitador…".* (El subrayado es nuestro)

En el caso que nos ocupa Varian presentó justificación fundada, básicamente, en los siguientes argumentos.

1º. Que es una empresa líder del mercado en desarrollo, fabricación, venta e instalación y mantenimiento de aceleradores lineales y sistemas de red y planificación asociados, con más de 50 años de experiencia en este campo y con presencia en la mayoría de hospitales referentes del territorio nacional, habiendo ejecutado en los últimos años proyectos relevantes, similares a los que son objeto de esta licitación.

2º. Que la oferta se corresponde con precios de mercado, lo que pretende acreditar con la aportación de las ofertas económicas realizadas por VARIAN en otras licitaciones similares. Ello permite evidenciar que siempre sigue un criterio homogéneo para la determinación de sus ofertas económicas.

3º.- Qué dispone de condiciones muy favorables en la medida que fabrica directamente el 77% de los productos ofertados en esta licitación, lo cual le permite generar las sinergias necesarias para poder ofertar productos de una altísima calidad técnica (tal y como evidencia la puntuación técnica otorgada por la mesa) a unos precios razonables de mercado.

4º.- Que al trabajar generalmente con los mismos proveedores externos (servicios de ingeniería), puede ofrecer precios muy similares en todas sus ofertas.

5º.- Que la oferta es solo baja desproporcionada tan solo en un 0,3 7%.

Ello le lleva a concluir que: *"considera acreditado que su oferta económica incluye "precios de mercado" y, por ende, manifiesta que ésta no puede calificarse como "baja desproporcionada".*

Por otra parte manifiesta que su oferta permite la ejecución del Contrato conforme a los requerimientos técnicos previstos en el pliego, respetando la normativa aplicable (protección del medio ambiente, protección del empleo, condiciones de trabajo), comprometiéndose a acreditar el cumplimiento de las referencias obligaciones ante el órgano de contracción, cuando ello fuese requerido.

La justificación así presentada es informada por dos técnicos. En el informe emitido los técnicos aluden a los distintos argumentos presentados por la Varian y a la documentación aportada para concluir: *"Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que la justificación presentada por el licitador expone brevemente los motivos que le han llevado a presentar la oferta objeto de estudio. Por tanto, en base a la documentación presentada se acepta la justificación de la empresa VARIAN MEDICAL SYSTEMS IBÉRICA, S.L."*

La recurrente, como se ha indicado considera que la justificación de Varian es insuficiente, tomando en consideración, para mayor defensa de su postura, la renuncia de uno de los vocales técnicos que sustenta en que "*Para poder acreditar la viabilidad de los requerimientos técnicos y evaluar la baja desproporcionada, solicité mediante correo electrónico, que se incluyera en la petición de informe justificativo, información sobre la soluciones técnicas adoptadas. Puesto que no se ha atendido esta petición, el órgano de contratación sigue sin poder acreditar la viabilidad de la oferta técnica presentada.*
En lo referente al resto del documento, no voy a entrar en valoraciones sobre si la baja desproporcionada está o no justificada, puesto que no me veo capacitado para ello, y sólo quería aclarar este punto en concreto".

A este respecto se quiere señalar que, a juicio de este órgano, no se trata en este momento de verificar si los equipos ofertados cumplen con las prescripciones técnicas del PPT, lo que en su caso debe comprobarse en una fase previa o, en su caso, con ocasión de la ejecución del contrato, y ello sin perjuicio de que esos incumplimientos técnicos resulten evidentes de la documentación aportada al expediente, como se expondrá al analizar el motivo de impugnación siguiente, cosa que no parece ocurrir en este caso, pues el técnico se limita a manifestar su inquietud a ese respecto, sin que por otra parte cuestione que el resto de argumentos dados por la adjudicataria impida considerarla viable, al manifestar que no se siente cualificado para ello. Por otro lado, como ya se ha indicado, las soluciones técnicas propuestas es uno de los argumentos que el licitador puede utilizar para justificar la anormalidad de su oferta pero no es el único ni es obligado.

Por lo demás la recurrente se limita a cuestionar las similitudes de esta licitación con las otras referidas por la adjudicataria y a señalar que su empresa goza de las mismas condiciones favorables ventajas y que dichas condiciones no son suficientes para hacer una oferta viable, resultando a juicio de este órgano insuficientes en su fundamentación y acreditación.

Pues bien, estima este órgano que Varian aduce razones y aporta aquellos documentos que a su entender justifican la viabilidad y acierto de su proposición y el órgano de contratación, a propuesta de la Mesa y visto el informe técnico, estima que dicha oferta es viable. Cabe señalar que, como se manifiesta en la Resolución 457/2016, de 10 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *"No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo."*

Así, cabe concluir que, en el presente caso, el informe emitido por los técnicos, junto con las alegaciones de la empresa, sería suficiente para servir al órgano de contratación de motivación a fin de adoptar la decisión sobre la aceptación de la justificación de la viabilidad de la oferta incursa en valores anormales o desproporcionados.

Sobre la motivación de la decisión del órgano de contratación cabe señalar que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al que alude en diversas ocasiones la recurrente en su argumentación sobe la necesaria motivación reforzada, viene manteniendo en su doctrina, de la que cabe citar la Resolución nº 683/2018, de 12 de julio de 2018, que:

<<El reconocimiento de tal principio exige de una resolución debidamente motivada por parte del órgano de contratación, que razone por qué las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para explicar el bajo nivel de precios o de costes propuesto no son satisfactorias.

Lo anterior no implica, ni quiere decir, que en aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para explicar de forma satisfactoria para el órgano de contratación el bajo nivel de precios o costes propuesto y, por tanto, que la oferta puede cumplirse en sus propios términos, se deba aducir necesariamente una motivación distinta de la ya expuesta en su escrito por el licitador. Siendo ésta suficiente, nada exige que el asesor técnico verifique no sólo la realidad de lo alegado sino también, si entiende justificada que la proposición no incurre en anormalidad que la haga inviable, recoja en el informe sus propias razones motivando el porqué de la razón que asiste al interesado, como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, "el poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...", y en el mismo sentido el artículo 84.3 de la DIRECTIVA de sectores excluidos (Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero), al establecer que "la entidad adjudicadora evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2".

(…)
Igualmente, en la Resolución 457/2016, de10 de junio se dijo: "Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que la decisión sobre la aceptación o no de "la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante.
(…)
Es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca (Resolución nº 559/2014 y nº 662/2014)>>.

En el mismo sentido, su Resolución 832/2014, de 7 de noviembre de 2014, donde señalan que*: "En aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente qua debe motivarse el informe, pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado, rebatiendo su argumentación 'resolución reforzada' (…) Sin embargo, esto no implica, ni quiere decir, que aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para considerar que la oferta es viable, a pesar de su apariencia de anormalidad o desproporción, se deba aducir, necesariamente, una motivación distinta de la ya expuesta, en su escrito, por el licitador".*

Este criterio, por otro lado, es el que viene manteniendo este órgano en resoluciones anteriores, entre las que cabe citar la Resolución 10/2017, de 2 de marzo o la Resolución nº 24/2017, de 6 de julio, por lo que podemos concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido, presenta la justificación de su oferta; que el informe técnico emitido estima que la oferta es aceptable y que el órgano de contratación la ha considerado viable y que no quedado acreditado de los argumentos de la recurrente desviaciones transcendentales, a lo que cabe añadir el bajo porcentaje de desviación de la baja, lo que hubiera llevado a desestimar el recurso por este motivo de impugnación.

Octavo- Procede analizar ahora el último motivo de impugnación alegado, esto es, el incumplimiento del PPT.

Sobre este motivo de impugnación argumenta la recurrente:

<<En primer lugar, resulta preciso referirse a la indiscutible necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones técnicas de los pliegos, constituyendo ambos, el PCAP, y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, "PPT"), la ley del contrato, que no solo vincula a los licitadores concurrentes, sino también, al órgano de contratación. En este

sentido, si tanto el PCAP como el PPT son aceptados y no impugnados por las partes, se constituyen como ley del contrato plenamente vinculante.
(…)
En consecuencia, de lo antedicho, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los del PCAP y del PPT, como recuerda el artículo 145.1 del TRLCSP, que, pese a que sólo menciona al de cláusulas administrativas particulares, es predicable igualmente del de prescripciones técnicas, toda vez que ambos definen la prestación objeto del contrato (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3, y 116, apartado 1, del TRLCSP). De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, Resoluciones 208/2014 y 737/2014) también del TACRC).
Es verdad que, los órganos administrativos de recursos contractuales vienen sosteniendo que el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento.
(…), existe en la mesa de contratación la errónea convicción que el cumplimiento y la conformidad con el PPT solo puede comprobarse en ejecución. Sin embargo, y sobre todo en el supuesto que nos ocupa las circunstancias puestas de manifiesto en la tramitación del expediente de contratación permiten dudar por lo menos de forma indiciaria que la oferta presentada por VARIAN se ajusta a los requerimientos del PPT. Estas dudas se han confirmado, sin embargo, durante el acceso a la documentación de la oferta técnica.
(…)
En primer lugar, porque valorando la documentación aportada por la adjudicataria no se puede deducir un cumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que las funcionalidades incorporadas a los equipos ofrecidos se corresponden con lo exigido en el pliego.
Es más, a lo largo de toda la forma técnica presentada por V ARIAN se identifica de forma sistemática contradicciones e incertidumbres en cuanto a la solución técnica ofertada. En una parte se CERTIFICA (y firma), por D. Jaime Gutiérrez de Calderón, como apoderado de la empresa (el subrayado es nuestro) "Que la oferta presentada en formato papel es idéntica a la oferta presentada en formato digital (USB) ". Pero, en la revisión del expediente realizada por ELEKTA se verifica que la documentación digital contiene documentos (ORIGINALES EN INGLÉS) que son referidos por VARÍAN como parte de la oferta. En otro apartado de la oferta técnica se EXPONE (y firma), nuevamente por D. Jaime Gutiérrez de Calderón que "VARIAN Medica! Systems Iberia S.L informa que debido al volumen que genera la documentación presentada: Se adjuntan en formato papel los catálogos de especificaciones y Certificados CE más relevantes de la oferta presentada. Se adjuntan en USB todos los catálogos de especificaciones, certificados CE, Dicom Conformance, DDR, etc. del acelerador ofertado. Adjuntamos a nuestra oferta los catálogos y especificaciones de los equipos ofertados. Esta documentación puede comportar información sobre opciones v dispositivos no presentados en nuestra oferta v por lo tanto deben de considerarse como catálogos genéricos".
Asimismo, se presentan varios valores diferentes para un mismo parámetro, (hecho que implicaría la existencia de VARIANTES en el expediente), pese a que ello suponga falsear datos que pueden comprobarse en el documento oficial emitido por el fabricante ('PRODUCT DATA'). También se han identificado diversas incongruencias consistentes en presentar varios valores diferentes para un mismo parámetro haciendo la oferta incomprensible e imposible de evaluar. También se presentan funcionalidades de forma ambigua, aún sin que se disponga de ellas, para justificar el epígrafe correspondiente.
Pero, sobre todo, y lo más grave es la presentación de valores que incumplen abiertamente los requisitos mínimos solicitados en el PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS, y que por

razones de economía procesal no reproduciremos aquí, aunque acompañamos el presente escrito con una descripción detallada de todos los incumplimientos que se han podido identificar, documento adjunto nº 5.

Se debe matizar que la doctrina mencionada, según la cual el incumplimiento no se puede determinar ab initio la exclusión, sino que hay que esperar a la ejecución, es predicable únicamente en aquellos casos en los que el licitador no ha detallado en su oferta técnica el cumplimiento de todos y cada uno de los requerimientos exigidos en el
PPT, lo que es del todo razonable y está plenamente extendido en el ámbito de licitaciones tan complejas como la que ahora nos ocupa. Sin embargo, la situación que nos ocupa es claramente diferente pues estamos ante equipos homologados y certificados cuyas prestaciones no se pueden cambiar improvisadamente, y que por tanto la adjudicataria debería ser capaz de demostrar ahora mismo que cumple con los requerimientos del PPT. A mayor abundamiento, en la oferta existen reiteradas pruebas de incongruencias e incumplimientos expresos de la oferta, que debieron determinar la exclusión de la adjudicataria por no adecuarse a los requerimientos del PPT. En concreto, al haberse negado a solicitar las aclaraciones pertinentes, tal como sugirió el técnico que ha renunciado, la mesa ha favorecido la adjudicación a favor de una empresa que formuló una oferta indeterminada, incongruente y en varios elementos no conforme con los requerimientos del PPT.
Además de que nos encontramos ante la evidencia cierta de varios incumplimientos que la Mesa parece que prefiere esperar a que se materialicen en fase de ejecución, generando serios inconvenientes a los hospitales afectados y que solo podrán resultar en la resolución del contrato con VARIAN.
De hecho, la indeterminación e inconsistencia de la oferta presentada por la adjudicataria es de tal orden, que ELEKTA desconoce, pese a haber accedido a la oferta técnica adjudicada, cual es la solución técnica que se ejecutará, coincidiendo, desde luego, con las dudas planteadas por vocal técnico que renunció a su posición. Por todo ello, los indicios, y pruebas detallados en el recurso, solo pueden conducir a la convicción y certeza de que la oferta no cumple con lo solicitado en el PPT, lo que obliga a que se determine la exclusión de la adjudicataria del procedimiento de licitación>>.

El órgano de contratación por su parte manifiesta que *"En relación a lo presentado en el párrafo 3 del documento "Recurso especial en materia de contratación (…) cabe señalar lo siguiente:*
Tal y como se indica en el artículo 139, de 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 20 14/23/UE y 20 14/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en el punto 1 . "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa ... "
No obstante, habida cuenta de los posibles incumplimientos del PPT en la oferta realizada por la empresa VARIAN MEDICAL presentados en el "DOCUMENTO 5" del recurso, caben las siguientes conclusiones", analizando a continuación los incumplimientos señalados por la recurrente en el documento nº 5 que acompaña a su recurso.

Finalmente Varian, en relación a este concreto motivo de impugnación alega:
"La recurrente dedica la última de sus alegaciones a imputar a mi representada una serie de incumplimientos de carácter técnico en su oferta, careciendo de respaldo o prueba alguna que pudiera si quiera teóricamente conllevar la estimación de su recurso.

Así es, como puede observarse los incumplimientos del Pliego de condiciones técnicas ("PPT") alegados por la recurrente son pretendidos incumplimientos de un eminente carácter técnico y, no obstante, ningún tipo de prueba aporta la recurrente para apoyar sus alegaciones.
(…)
La realidad es que la Resolución de adjudicación está respaldada por una justificación sólida y ha sido dictada sobre la base de informes técnicos emitidos por los correspondientes órganos y, como acto administrativo goza de presunción de legalidad, presunción que podría ser desvirtuada mediante prueba en contrario.
Estos informes técnicos, obrantes en el expediente administrativo, ponen de manifiesto, sin lugar a dudas, que la oferta de V ARIAN cumple con el PPT.
No obstante, la recurrente no aporta ningún tipo de prueba que pueda desvirtuar el criterio técnico de la Administración contratante, por lo que, sin duda alguna, debe prevalecer su criterio.
ELEKTA se limita en esta alegación a poner de manifiesto cuestiones que ella entiende como dudosas e incongruentes o que hubieran que hubieran requerido que la Mesa de contratación hubiera solicitado aclaraciones a V ARIAN.
Por ejemplo, se pone de manifiesto que el hecho de que VARIAN presente los catálogos genéricos de especificaciones técnicas de los equipos con la expresa advertencia de que "esta documentación puede comportar información sobre opciones y dispositivos no presentados en nuestra oferta y por tanto deben~ considerarse como catálogos genéricos" supone incertidumbre sobre cuáles son las características técnicas realmente ofertadas. En fin, resulta claro que las especificaciones técnicas de los equipos ofertados han sido suficientemente detalladas por mi representada en su oferta y que de la lectura de los catálogos genéricos también puede colegirse fácilmente cuáles son las especificaciones que se aplican a los equipos ofertados y cuáles no, sin que exista ningún tipo de incertidumbre, máxime cuando la presentación de estos catálogos son la práctica habitual en este tipo de contratos. Tampoco la mesa de contratación ha tenido duda alguna sobre cuáles eran las características de los equipos ofertados y ha puntuado la oferta de mi representada en consecuencia.
(…)". (El subrayado es nuestro)

Antes de pronunciarnos sobre este concreto motivo de impugnación es importante aclarar que no es cierto, como dice la adjudicataria en sus alegaciones, que los "*informes técnicos, obrantes en el expediente administrativo, ponen de manifiesto, sin lugar a dudas, que la oferta de VARIAN cumple con el PPT".* Así resulta no solo de las manifestaciones contenidas en el informe del órgano de contratación emitido con ocasión del recurso, sino de los propios informes técnicos obrantes en el expediente, que al establecer su objeto declaran: *"El objeto del presente informe es valorar la documentación técnica contenida en el sobre 2, de acuerdo con el Pliego de cláusulas administrativas que rigen la licitación. Este informe solo hace referencia a los criterios que dependen de un juicio de valor, siendo la puntuación máxima total de 10 puntos para el acelerador lineal del Hospital (…)".* Por tanto, no se ha acreditado por los técnicos que la oferta presentada por Varian cumpla con los requerimientos técnicos previstos por el PPT.

Por otro lado, compartimos con la recurrente, la apreciación de que órgano de contratación "*parece que prefiere esperar a que se materialicen* –los incumplimientos, en su caso- *en fase de ejecución, (…)",* lo que se vería confirmado

por las manifestaciones del órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del recurso antes transcritas, y que coincidiría con lo manifestado al vocal que renunció cuando pidió que se solicitase aclaración de las soluciones técnicas propuestas, indicando este que "*que una vez finalizada la mesa de contratación del día 14 de junio de 2018, distintos miembros de la mesa de contratación me indicaron que: El cumplimiento de los criterios básicos del suministro se da por supuesto y no es necesario que las casas envíen información a este respecto que se incluya en el sobre 2, que sólo es relativo a los criterios que dependen de un juicio de valor*". Por su parte el cuadro resumen incorporado como anexo I al PCAP, en su apartado 17 al determinar los documentos a incorporar a cada sobre, al referirse al sobre 2 incorpora la siguiente nota**: *"Dicha documentación en ningún caso* tendrá como única finalidad la verificación del cumplimiento del PPT con carácter previo a la ejecución del contrato***". A este respecto cabe indicar que si bien, como se expone a continuación, la premisa de la que parte la Mesa de contratación se viene considerando acertada, pues legalmente la presentación de ofertas supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, tal presunción decae si la propia descripción técnica de la oferta no se ajusta a las características requeridas en el PPT, lo que determinaría la exclusión de aquella en ese momento.

Expuesto lo anterior**,** y al respecto de la cuestión concreta alegada por la recurrente, traemos aquí a colación la Resolución nº 675/2018, de 12 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se analiza su doctrina sobre la posibilidad de exclusión de aquellos licitadores cuyas ofertas incumplan los pliegos, doctrina que es compartida por este Comisión Jurídica de Extremadura y que es coincidente con la de otros tribunales de recursos contractuales.

Se dice en la citada resolución:

"*Hemos señalado que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, mención al PCAP que se extiende al PPT (Resoluciones números 4/2011, de 19 de enero, 535/2013, 22 de noviembre y 15/2017 de 13 de enero). También señalamos, en la Resolución núm. 250/2013, de 4 de julio, que una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las 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 (Resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012, 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Resoluciones 325/2011 y 19/2012). En consecuencia, es exigible que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica al contenido del PPT o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, sin que sea necesario que el PCAP prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al PPT (Resoluciones*

números 548/2013, 29 noviembre, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, y 763/2014, de 15 de octubre).
Igualmente señalamos que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT, está expresamente recogida en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por tanto, es innegable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta (Resolución número 551/2014 de 18 de julio). En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el PPT, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.
Pero también señalamos que debe tenerse en cuenta que las exigencias del PPT deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa recogidos en el art 1 del TRLCSP. En consonancia con ello, debe interpretarse el artículo 84 del Reglamento (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato (Resolución 815/2014, de 31 de octubre) A ello añade la Resolución 985/2015, de 23 de octubre, que el incumplimiento del PPT por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado". (El subrayado es nuestro).

En sentido similar, como ya hemos adelantado, se pronuncia el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su reciente Resolución 172/2018, de 8 de junio de 2018, manifestando:

"Con respecto a los incumplimientos de las condiciones exigidas en los pliegos determinantes de exclusión de las ofertas de las entidades licitadoras, este Tribunal se ha manifestado en el sentido de que para que pueda acordarse la exclusión de la empresa licitadora del procedimiento de adjudicación resulta necesario que en el PCAP se haya previsto claramente dicha causa de exclusión o bien que, analizada la oferta presentada, de la misma se deduzca el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT, y que se acredite la falta de viabilidad técnica de la oferta o su incoherencia, sin que sea suficiente, a estos efectos, la mera suposición o hipótesis de que dicho incumplimiento se vaya a producir (v.g. entre otras, las Resoluciones 193/2015, de 26 de mayo, 219/2015, de 10 de junio, 55/2016, de 4 marzo y 96/2016, de 10 de junio, de este Tribunal, así como en el mismo sentido las Resoluciones 613/2014, de 8 de septiembre, 815/2014, de 31 de octubre y 126/2016,12 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).
En definitiva, no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecua da ejecución del objeto del contrato"

Pues bien, la recurrente, por una parte, hace manifestaciones en el sentido de señalar que "*no puede deducir un cumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que las funcionalidades incorporadas a los equipos ofrecidos se corresponden con lo exigido en el pliego",* por otro lado habla de *"diversas incongruencias consistentes en presentar varios valores diferentes para un mismo parámetro haciendo la oferta incomprensible e imposible de evaluar",* así como que se *"presentan funcionalidades de forma ambigua, aún sin que se disponga de ellas, para justificar el epígrafe correspondiente.* Finalmente, alude a *"la presentación de valores que incumplen abiertamente los requisitos mínimos solicitados en el PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS"* acompañando a su recurso un documento nº 5 en el que de forma prolija analiza los supuestos incumplimientos detectados. En definitiva califica la oferta de Varian de indeterminada e inconsistente.

Aplicando la doctrina analizada solo los incumplimientos claros podrían producir el efecto pretendido por la recurrente de excluir la oferta de la adjudicataria por lo que en este momento deben desecharse las consideraciones relativas a incongruencias, ambigüedades o inconsistencia.

Por lo que se refiere a los incumplimientos que según la recurrente suponen incumplimientos abiertos del PPT, sobre los mismos se ha pronunciado el órgano de contratación en su informe. A este respecto, en ocasiones se manifiesta claramente a favor del cumplimiento de la oferta de Varian en relación con los requisitos cuestionados, otras estima que no hay tal incumplimiento por no establecer el PPT parámetros que se puedan ver incumplidos y, finalmente, en otras, sin ser explícito sobre el cumplimiento, incorpora alguna argumentación de la que parece deducirse la posible compatibilidad de lo aportado con las exigencias del PPT y añade frases del tipo "*Se verificará en la entrega del material que la configuración es la solicitada en el PPT*".

Quiere este órgano manifestar su inquietud ante este tipo de consideraciones que no permiten concluir tajantemente que la oferta cumple el PPT, pero lo cierto es que tampoco está en disposición de afirmar lo contrario, básicamente porque aluden a elementos del PPT que requieren de juicios técnicos para los que este órgano no está cualificado, de manera que a la vista del contenido del informe del órgano de contratación parece que estemos ante una oferta que no es clara en cuanto al cumplimiento de las exigencias del PPT y en esta situación se opta por realizar una "*interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas",* demorando la verificación efectiva del cumplimiento a la fase de ejecución del contrato.

Ahora bien, estamos en un supuesto en el que durante el procedimiento se habían manifestado dudas por parte de uno de los técnicos que propuso solicitar aclaraciones a la adjudicataria, propuesta que no fue considerada por la Mesa de contratación y, sin embargo, a la vista del informe del órgano de contratación hubiese sido conveniente solicitarlas para evitar adjudicar el contrato sin garantías del cumplimiento de las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.

En este sentido, uno de los objetivos del informe del órgano de contratación que acompaña al expediente, en línea con lo señalado con el Acuerdo 6/2016, de 18 de enero de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, debe ser el de "*refutar, contradecir o desmentir, con argumentos o razones, lo que afirma o dice el recurrente. De manera que constituya una crítica a la credibilidad de la narración que lleva a cabo quien recurre, con el objeto de desautorizar o invalidar el recurso. La refutación tiene como finalidad demostrar que lo dicho por el recurrente no es cierto o válido, o bien que carece de fundamento*", sin embargo, en el caso analizado, tal objetivo no se logra persistiendo dudas sobre el cumplimiento de algunas exigencias del PPT.

Y siendo esto así, si bien no es posible acoger la alegación formulada por la empresa reclamante sobre el incumplimiento aludido de la oferta de la empresa adjudicataria, toda vez que de las actuaciones practicadas en el procedimiento de adjudicación no resulta posible constatar la existencia del necesario incumplimiento objetivo, claro y expreso del PPT – con la salvedad que se indica más abajo-, tampoco el órgano de contratación en su informe ha refutado de manera clara tal incumplimiento, lo que a juicio de este órgano debería dar lugar a la retroacción del procedimiento a fin de exigir a la adjudicataria las aclaraciones oportunas sobre su oferta, facultad que debe excluir una supuesta modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos. La retroacción para solicitar aclaraciones sería en este caso una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad.

A este respecto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 64/2012, de 7 de marzo, señala que "*el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea ha calificado como contraria al principio de buena administración la desestimación de las ofertas sin ejercer esa facultad de solicitar aclaraciones, cuando la*

ambigüedad detectada en la formulación de una oferta pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (Sentencia de 10 de diciembre de 2009; As. T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión, apartado 56). Por contra, reconocer en tales casos una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato.
Debe entenderse que el principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste. En otro caso, el órgano de contratación incurre en un manifiesto error de apreciación, tal y como señaló el Tribunal de Primera Instancia en la Sentencia de 27 de septiembre de 2002 (TJCE 2002, 383; Tideland Signal/Comisión , apartado 43).

Por lo tanto, no se vulnera el principio de igualdad de los licitadores por el mero hecho de que el órgano de contratación -la mesa de contratación en este caso- solicite aclaraciones a los licitadores sobre el contenido de las ofertas que han presentado, ya que dicha actuación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad"

Por su parte el Órgano Administrativo de Recursos Administrativos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 6/2011, de 26 de agosto de 2011 ha señalado que "*No puede aceptarse que cualquier contradicción sirva para no admitir una oferta, máxime cuando se trata de presentaciones complejas de proyectos donde puede incurrirse en algunas contradicciones.*
A este respecto, se pudo optar por pedir aclaración es y tratar de disipar las dudas sobre la contradicción en la oferta y, posteriormente, actuar en consecuencia, (…).
En este sentido, no se trata de admitir sin más la propuesta técnica del operador económico recurrente, sino de dar a éste la oportunidad de que aclare las contradicciones y demuestre su capacidad para el cumplimiento de las obligaciones que comporta la ejecución del contrato y, a la luz de lo acreditado, elaborar un nuevo informe motivado que admita la propuesta o se reafirme en la contradicción existente". (El subrayado es nuestro)

A lo anterior cabe añadir que se ha advertido por este órgano un incumplimiento claro relativo a un elemento objetivo del PPT, que es el relativo a la exigencia de que el equipamiento dosimétrico disponga de un "ordenador portátil" compatible con el software del equipo ofertado, ofertando la adjudicataria un ordenador de mesa. Sobre este incumplimiento el órgano viene a manifestar que el software puede funcionar igual con ordenadores convencionales (PC) que sean de sobremesa o portátiles, indicando que "*se verificará en la entrega del material que la configuración es la solicitada en el PPT*". Sobre este incumplimiento, si bien, es cierto que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras 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 las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas por parte de todos los licitadores, también se ha señalado que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión y que siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato. En este sentido debe advertirse que el incumplimiento afectaría a un equipo auxiliar sin

aparente trascendencia en la adecuada ejecución del contrato y sin que afecte a los requerimientos técnicos intrínsecos de los bienes a suministrar, por lo que por sí mismo no determinaría, en principio y a juicio de este órgano, la exclusión de la oferta de Varian.

Por tanto, atendiendo a todo lo dicho, es criterio de esta Comisión Jurídica que este motivo de impugnación debería ser parcialmente estimado, anulando la resolución adoptada pero no con exclusión de la adjudicataria como pretende la recurrente sino a los efectos de retrotraer las actuaciones a fin de solicitar aclaraciones sobre su oferta (en sentido similar el ACUERDO 1/2017, de 4 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra); no obstante, tal acuerdo resultaría ineficaz al haber prosperado el primer motivo de impugnación en su integridad, lo que conlleva la exclusión de la adjudicataria del procedimiento de licitación.

Por todo lo anterior, esta Comisión Jurídica de Extremadura,

RESUELVE:

Primero. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de ELEKTA MEDICAL, SAU contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato para la "adquisición de equipamiento de alta teconología para el Servicio Extremeño de Salud (SES)" Expte. CS/99/1118000100/18/PA, procediendo a acordar la exclusión de la recurrente en base al primer motivo de impugnación.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento producida de conformidad con art. 53 de la LCSP, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar la presente Resolución a os interesados con la indicación que es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, 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 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

El órgano de contratación debe dar conocimiento a este órgano de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP.