



Recurso nº 1278/2018 C. Valenciana 288/2018

Resolución nº 43/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de enero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.P.P., en representación de la mercantil DDBIOLAB, S.L., contra la Resolución Rectoral nº 2818/18 de fecha 27 de noviembre de 2018, por la que se la excluye de la licitación del lote 3 del contrato de *“Suministro e instalación del equipamiento de un laboratorio con nivel de contención biológica 2 en el instituto de neurociencias en el edificio Ramón Y Cajal en el Campus De Sant Joan D’Alacant de la Universidad Miguel Hernández de Elche”*, con expediente nº 2018_00038; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación que nos ocupa fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector público el 29 de octubre de 2018, como contrato de suministro, procedimiento abierto, dividido en lotes, valor estimado total del contrato 146.532,22 euros.

Segundo. El PPT señala:

“El equipamiento a adquirir y las características técnicas mínimas del mismo, son las que se exponen a continuación para cada uno de los lotes:

(...)

LOTE 3 Tres incubadores automáticos de CO2 para cultivo celular con control de humedad y temperatura para uso exclusivo del Laboratorio con Nivel de Contención Biológica 2 del Instituto de Neurociencias

Incubador automático de CO2 con control de humedad y temperatura Deberá cumplir los siguientes requisitos técnicos:



- *Sistema de calefacción por camisa de aire.*
- *Volumen útil mínimo de 150 litros.*
- *Programa de descontaminación automático sin necesidad de desmontaje o extracción de sensores.*
- *Programa de descontaminación automático con eficacia certificada incluso contra micoplasma por laboratorios independientes*
- *Carease exterior de acero inoxidable galvanizado.*

Cámara interior de acero inoxidable electropulido o cobre totalmente liso, con esquinas redondeadas y de fácil limpieza.

Sistema de desmontaje del rack de soporte de bandejas de acero inoxidable, que facilite la limpieza y desinfección del interior sin necesidad de herramientas.

Mínimo 3 estantes o bandejas interiores perforadas anti-vuelco de acero inoxidable.

- *Puerta interior de vidrio.*
- *Alarma de aviso de puerta abierta si alguna de las puertas interior o exterior está mal cerrada.*
- *Alarma de aviso por bajo nivel de agua, para su reposición.*
- *Rango de Temperatura: Temperatura ambiente a $+50^{\circ}\text{C} \pm 0.112^{\circ}\text{C}$*
- *Rango de CO₂: 0 a 20% $\pm 0.1\%$*
- *Sensor de medición del CO₂ de infrarrojos (IR) con autocero.*
- *Filtro estéril HEPA a la entrada del gas para eliminar impurezas.*

Sistema de control por microprocesador y display indicativo de estado y alarmas”.



Tercero. Tras los trámites legales oportunos, y en lo referido al “lote 3 tres incubadores automáticos de CO2 para cultivo celular en el laboratorio de contención biológica de nivel 3”, se presentaron dos empresas.

Visto el contenido del informe técnico emitido, la mesa, en sesión de fecha 26 de noviembre de 2018, acordó excluir a la empresa DDBIOLAB, S.L.

Consta en el informe técnico que la exclusión se produjo porque “La oferta técnica presentada no cumple el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Se solicitaban los siguientes requisitos:

- *Programa de descontaminación automático sin necesidad de desmontaje o extracción de sensores.*

- *Programa de descontaminación automático con eficacia certificada incluso contra micoplasma por laboratorios independientes*

Según la información proporcionada en la oferta, el equipo ofertado no tiene esta funcionalidad y es uno de los criterios requeridos en el pliego de condiciones, por lo que debemos rechazar la oferta”.

Lo que fue notificado el 28-11-2018.

Cuarto. El 3 de diciembre se recibe en el Tribunal el presente recurso, en que se aduce que hay un error en la valoración técnica de su oferta, pues:

-“...en la documentación técnica presentada en el sobre nº 2 de dicho expediente de contratación y que adjuntamos como Documento n2 4, podemos observar que se indicó que el equipo ofrecía un programa de esterilización (entendiéndose como sinónimo de descontaminación, tal y como justificamos en el informe de nuestro técnico adjunto como Documento n2 5) de 60 minutos a 180 °C – sin la eliminación de los sensores”.



-“y en relación con el segundo punto de exclusión: no disponer de “programa de descontaminación automático con eficacia certificada incluso contra micoplasma con laboratorios independientes requerido en el pliego de prescripciones técnicas”, adjuntamos como Documento n2 5 informe técnico de nuestro especialista dónde se indica y justifica que con el programa de esterilización indicado en la documentación técnica de nuestro equipo (Documento n2 4) es suficiente para eliminar todos los microorganismos (micoplasma incluido) y por lo tanto, no es necesaria ninguna justificación externa. (...)

Además de lo mencionado en el párrafo anterior, y por si fuera necesario, adjuntamos como Documento n2 6 una certificación Europea conforme el equipo de Memmert que ofrece DDBIOLAB, SL cumple la directiva 93/42/EEC de esterilización de equipamiento médico”.

El órgano de contratación aduce en su informe que no puede justificarse la admisión en documentación extemporánea, y que la excluída incumplía otros extremos adicionales que no se hicieron constar en el acuerdo de exclusión.

Quinto. El 10 de diciembre de 2018, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Dada la aún reciente entrada en vigor de la nueva 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), ha de ser analizado el régimen de transitoriedad de la nueva norma.

La Disposición transitoria primera de la LCSP, señala en su apartado primero: *“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin*



publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.

A la vista de la disposición anterior, y sin perjuicio de otras singularidades contenidas en la LCSP, como regla general los procedimientos de contratación se regirán por la nueva LCSP cuando se hayan iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, entendiéndose que se inician desde el momento de su publicación.

La entrada en vigor de la LCSP se previó en la disposición final decimosexta, según la cual: *“La presente Ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”.* Habiéndose publicado la LCSP en el BOE de 9 de noviembre de 2017, su entrada en vigor se produjo el 9 de marzo de 2018.

En el presente caso, como vimos en el antecedente de hecho primero de esta Resolución, la publicación del procedimiento se produjo después de la fecha límite del 9 de marzo. Por lo que la contratación se ha de regir por la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone ante este Tribunal, que en principio es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio de colaboración suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Valencia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Tercero. Nos encontramos ante una licitación para la concertación de un contrato de suministros de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, el licitador excluido está legitimado, conforme al art. 48 de la LCSP, que dispone: *“Legitimación.*

Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto



perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Quinto. En cuanto a si la interposición del recurso se ha producido o no dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto recurrido y la presentación del recurso como alega el órgano administrativo respecto de la exclusión, el art. 50.1 c) LCSP dispone “c) *Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción*”.

Por tanto, el recurso ha de considerarse interpuesto en plazo.

Sexto. Debemos comenzar por señalar que es de rechazar la alegación del órgano de contratación referida a que, en todo caso, existían otras causas de exclusión no expresadas en el acuerdo. Y ello puesto que, siendo imprescindible que se notifiquen “*los motivos por los que no se haya admitido su oferta*”, ex art. 151.2 b) LCSP, dicha obligación solo alcanza sentido como presupuesto para evitar la indefensión del excluido; y, claro está, ésta concurriría si fueran tenidas en cuenta para el rechazo de su oferta causas de las que no pudo tener conocimiento en el momento del recurso. Por ello, nos ceñiremos a las causas expresadas en el acuerdo.

En lo referido al ajuste de la oferta al PPT, este Tribunal ha sostenido la discrecionalidad técnica del órgano de contratación. Así, en la Resolución nº 124/2017 señalamos que “*Esta apreciación es de orden técnico (...). No constando error manifiesto o arbitrariedad en la argumentación del órgano de contratación hemos de reiterar la doctrina establecida por el Tribunal en relación a la apreciación del cumplimiento de las prescripciones técnicas de los contratos. Como dijimos en la Resolución 807/2016, con cita de las Resoluciones 52/2015 y 177/2014, ‘para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el*



Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación’.

En el mismo sentido, nuestra Resolución 230/2015, donde, al amparo del principio de discrecionalidad técnica, hemos señalado que son los informes técnicos los que han de analizar si, en efecto, las licitadoras cumplen las exigencias del PPT pues este Tribunal carece de elementos de juicio para sustituir aquélla, sin perjuicio de poder supervisar los errores o infracciones manifiestos del ordenamiento jurídico en que los técnicos hayan podido incurrir”.

Asimismo, debemos recordar que el artículo 139 de la Ley de Contratos, en su apartado 1, señala: *“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 y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.*

También resulta de aplicación al caso el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que sobre el rechazo de las proposiciones determina que:

“Rechazo de proposiciones.

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”.

Y el art. 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, señala: “*Apertura de los sobres*”:

“1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él”.

En interpretación de estos preceptos, hemos señalado asimismo que en principio no cabe subsanación o complemento de la oferta técnica:

Así podemos citar la Resolución 1203/2017, 22 de diciembre, dictada en el recurso 1097/2017, que señala que *«como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr.: Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Respecto a la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que “no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar “aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de*



la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (Resolución 94/2013). En definitiva, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, "debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos" (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras). Así, "una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador, ni del candidato" toda vez que, "en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato". Por otra parte, y aun cuando se pudiera considerar que existe un error en la oferta técnica, dicho error no es subsanable. Este Tribunal ha dictado numerosas Resoluciones (por todas, 136/2011, 164/2011, 219/2011, 244/2011, 151/2012, 156/2012, 242/2012, 82/2013) que, salvo en supuestos en que se hubiera cometido un flagrante error material en que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada, presentada la oferta no cabe posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta resulta posible solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación».



Es especialmente ilustrativa, a estos efectos, la doctrina del TJUE. Recordemos que, sobre preceptos análogos de la Directiva inmediatamente precedente a la que nos ocupa, la Jurisprudencia del TJUE , p ej, STJUE de 7-4-2016, C-324/14, ha señalado:

“60

... procede recordar que, con arreglo al considerando 46 y al artículo 2 de la Directiva 2004/18, los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.

61

Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada).

62

Por otra parte, como el Tribunal de Justicia ha declarado, los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, a toda negociación entre la entidad adjudicadora y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser



modificada después de su presentación, ni a propuesta de la entidad adjudicadora ni del candidato. De ello se deduce que la entidad adjudicadora no puede solicitar aclaraciones a un licitador cuya oferta considere imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones (sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 31 y jurisprudencia citada).

63

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha señalado que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos (sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 32 y jurisprudencia citada).

64

A tal efecto, corresponde al poder adjudicador garantizar, en particular, que la solicitud de aclaraciones de una oferta no tenga como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36).

65

Asimismo, en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone en lo que respecta a la facultad de solicitar a los licitadores que aclaren su oferta, la entidad adjudicadora está obligada a tratar a los licitadores del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que una petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al licitador o licitadores que la recibieron (sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 37)”.



Por tanto, y en aplicación de esta doctrina, por una parte, no procede ahora alegar, respecto del requisito de disponer de *“programa de descontaminación automático con eficacia certificada incluso contra micoplasma con laboratorios independientes”* que *“no es necesaria ninguna justificación externa”*, pues era requerida en el PTT, ley del contrato que debe ser cumplida.

Y, asimismo, en aplicación de la doctrina ya expuesta sobre subsanación de defectos atinentes a la oferta técnica -limitada a errores materiales manifiestos o meras aclaraciones-, ni era procedente que el órgano de contratación hubiera pedido al licitador que complementase su acreditación del cumplimiento de los requisitos de pliego, ni es procedente que ahora, en esta sede, pretenda aportarse documentación complementaria.

Por ello, y en aras de la discrecionalidad técnica antedicha, y no constando error manifiesto en la valoración del ajuste de la oferta al pliego realizada por el órgano de contratación, el recurso debe desestimarse.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha ACUERDA:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.J.P.P., en representación de la mercantil DDBIOLAB, S.L., contra la Resolución Rectoral nº 2818/18 de fecha 27 de noviembre de 2018, por la que se la excluye de la licitación del lote 3 del contrato de *“Suministro e instalación del equipamiento de un laboratorio con nivel de contención biológica 2 en el instituto de neurociencias en el edificio Ramón Y Cajal en el Campus De Sant Joan D’Alacant de la Universidad Miguel Hernández de Elche”*, con expediente nº 2018_00038.

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



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.