

Recurso 44/2016**Resolución 108/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 20 de mayo de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ABELLÓ LINDE, S.A.** contra la resolución, de 20 de febrero de 2016, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen del Rocío y Virgen Macarena de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de gases medicinales, gases productos sanitarios y gases industriales, así como el arrendamiento y mantenimiento de centrales de gases y de vacío en los centros de la Plataforma Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. PAAM 24/2014, CCA.6Z32TUM), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 30 de septiembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el 17 de octubre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm. 249 y el



30 de septiembre de 2015, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 7.605.036,28 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento se dicta Resolución, de 20 de febrero de 2016, por la que se adjudica el contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante con fecha 3 de marzo de 2016 y remitida en la misma fecha por fax y correo electrónico a la ahora recurrente.

CUARTO. El 21 de marzo de 2016 se presentó en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ABELLÓ LINDE, S.A. (en adelante ABELLÓ), contra la citada resolución de adjudicación, de 20 de febrero de 2016.

QUINTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 22 de marzo de 2016, reiterado el 29 de marzo, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le requiere para que aporte el expediente de contratación, el informe al recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, no dándose cumplimiento por parte del



órgano de contratación a todo lo solicitado hasta el 7 de abril de 2016.

Posteriormente, con fecha 11 de abril de 2016, se vuelve a requerir al órgano de contratación para que complete determinada documentación del expediente de contratación, en concreto el contenido íntegro de la oferta de la recurrente. Dicha documentación fue recibida en este Tribunal el 14 de abril de 2016.

SEXTO. Con fecha 11 de abril de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo la entidad AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L.U. (en adelante AIR LIQUIDE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.



El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, siendo su valor estimado de 7.605.036,28 euros, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 3 de marzo de 2016, presentándose el recurso en el Registro de este Tribunal el 21 de marzo de 2016, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en su recurso como cuestión principal que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación por fundamentarse en el criterio de adjudicación evaluable de forma automática “Área de mejoras” cuando el órgano de contratación no autorizó las variantes en esa contratación y, consecuentemente, que se retrotraiga el procedimiento hasta el momento oportuno para, sin tener en cuenta el criterio de adjudicación referido a las mejoras, continuar el mismo hasta su adjudicación o, subsidiariamente a esa retroacción, la anulación del criterio automático citado y la de todo el procedimiento de contratación. Y, subsidiariamente, que se declare la nulidad de la citada Resolución de adjudicación por la incorrecta valoración de las mejoras 2, 3, 4, 5 y 6 presentadas por ella, y que se retrotraiga el procedimiento



hasta el correspondiente momento en el que la Mesa de contratación pueda solicitarle aclaraciones de las exclusiones mencionadas en su memoria técnica y su relación o no con las disposiciones que firmó y aceptó comprendidas en el Anexo IX y las estipulaciones del artículo 3.2 del pliego de prescripciones técnicas, y continuar con el desarrollo del procedimiento contractual.

Con respecto a la cuestión principal en el que la recurrente solicita la anulación de la adjudicación al entender que no se debía de haber aplicado el criterio “Área de mejoras” dado que el órgano de contratación no autorizó las mismas, el recurso hace un extenso alegato sobre la regulación contractual de las mejoras o variantes, tanto desde el punto de vista de la legislación nacional como comunitaria, trae a colación determinados informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de alguna Comunidad Autónoma y alguna resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y asimismo reproduce diversas cláusulas tanto del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) como del pliego de prescripciones técnicas (PPT).

Alega la recurrente que es el anuncio de la licitación el documento en el que obligatoriamente se debe o no autorizar la presentación de variantes o mejoras. Así, al no estar autorizada por el órgano de contratación en el anuncio de licitación la aceptación de mejoras, y puesto que el PCAP -que prevalece sobre el PPT en caso de discrepancia entre ambos documentos-, no autoriza expresamente las mejoras, éstas no están permitidas en el procedimiento que nos ocupa, y esta falta de autorización anula directamente el criterio automático de valoración de las mejoras; de tal forma que no se puede valorar un criterio si no se ha autorizado la presentación de lo que se pretende valorar.

Concluye la recurrente que si el órgano de contratación no autorizó las mejoras, obviamente no puede valorar ese criterio, por lo que la resolución de adjudicación es nula de pleno derecho al fundamentarse para la adjudicación en un criterio cuyos elementos a valorar, es decir, las mejoras, no han sido autorizadas.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que, con independencia de otras consideraciones relacionadas con el fondo del alegato, la recurrente aceptó todas las condiciones de la licitación, también los criterios de adjudicación incluidos en la publicación, porque no los impugnó. Asimismo aceptó los criterios de adjudicación porque presentó una oferta que contenía elementos relacionados con cada uno de ellos y todo ello porque desde el principio admitió que el criterio que incluía la denominación de "mejoras" cumplía todos los requisitos legales, estaba relacionado con el objeto del contrato, y no entraba en contradicción con la exclusión de la admisión de variantes hecha en el pliego.

AIR LIQUIDE, como entidad interesada, señala que en ningún momento anterior a dictarse la resolución ahora impugnada ABELLÓ puso de manifiesto la improcedencia de que el órgano de contratación pudiese exigir la presentación de mejoras en las ofertas de los licitadores; no fue hasta el momento en que conoció de la valoración del criterio de adjudicación que ahora impugna, cuando decide interponer el recurso especial en materia de contratación. Esta forma de actuar -puntualiza la entidad interesada- pone de manifiesto la mala fe de ABELLÓ, y un modo de actuar contrario a sus propios actos, pues, muy previsiblemente, de haber resultado adjudicataria del contrato, el presente recurso no se habría interpuesto.

Vista las alegaciones de las partes procede examinar el fondo de este primer alegato del recurso en el que la recurrente solicita que se declare la anulación de la adjudicación al entender que no se debía de haber aplicado el criterio "Área de mejoras" dado que el órgano de contratación no autorizó las mismas en el anuncio, y que, consecuentemente, se retrotraiga el procedimiento hasta el momento oportuno para, sin tener en cuenta el criterio de adjudicación referido a las mejoras, continuar el procedimiento hasta su adjudicación o, subsidiariamente, la anulación del criterio automático citado y la de todo el procedimiento de contratación.

Pues bien, la recurrente en su *petitum* pretende que no se tenga cuenta un



determinado criterio de adjudicación previsto en el PCAP a la hora de valorar las ofertas, lo que equivale a su anulación o, subsidiariamente, la anulación de todo el procedimiento de adjudicación, con motivo de la impugnación, no del citado pliego, sino de otro acto distinto como es el de adjudicación.

Al respecto, este Tribunal ha desarrollado en varias de sus resoluciones una extensa doctrina sobre la impugnación de los anuncios de licitación, de los pliegos o de los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación, al recurrir el acto de adjudicación o el de exclusión, doctrina que se puede resumir en los siguientes puntos:

1. La regla general en estos casos (v.g. resoluciones 39/2015, de 10 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 389/2015, de 17 de noviembre, 1/2016, de 14 de enero y 75/2016, de 6 de abril, entre otras muchas) ha sido estimar que los anuncios de licitación, los pliegos o los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación son la ley del contrato entre las partes, y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, por lo que, en virtud del principio de *pacta sunt servanda*, y teniendo en cuenta que la recurrente no los impugnó en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.

Esta regla general admite una serie de excepciones que han de concurrir para poder anular un anuncio de licitación, un pliego o un documento en el que se establezcan las condiciones que deban regir la licitación con motivo de la impugnación de otro acto distinto como la adjudicación o la exclusión. Estas excepciones han sido puestas de manifiesto por este Tribunal en diversas resoluciones (v.g. resoluciones 270/2015, de 31 de julio, 310/2015, de 3 de septiembre, 342/2015, de 14 de octubre, 45/2016, de 18 de febrero y 72/2016, de 1 de abril, entre otras).

2. Es posible, previa interposición del correspondiente recurso, declarar la nulidad de los anuncios de licitación, de los pliegos o de los documentos que



establezcan las condiciones que deban regir la licitación, cuando con ocasión de la exclusión o de la adjudicación, una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, solo pudo comprender las condiciones de la licitación en el momento en que, tras haber evaluado las ofertas, el órgano de contratación le informó de los motivos de su decisión, siempre que de forma acumulativa se den las siguientes circunstancias:

- Que en la estipulación de los anuncios de licitación, de los pliegos o de los documentos que deban regir la licitación concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.
- Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 del TRLCSP.
- Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria -no solo ilegal- del órgano de contratación a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.

3. En todo caso, el vicio de nulidad radical de los actos administrativos es de interpretación restrictiva, por ello, en los supuestos en que exista un vicio de nulidad en los anuncios de licitación, en los pliegos o en los documentos que establezcan las condiciones que deban regir la licitación, el Tribunal solo podría apreciar la nulidad de los mismos en la resolución de un recurso contra la adjudicación o contra la exclusión, cuando aquel vicio tan grave no se deduzca de manera clara e indubitada de la redacción del mismo, sino que se ponga de manifiesto con posterioridad a lo largo del procedimiento de adjudicación.



Así, en la Resolución 422/2015, de 10 de diciembre, se señaló que “(...) si la redacción del pliego es clara e indubitada de modo que la ilegalidad del criterio resulta apreciable tras la mera lectura de aquel sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas, la invocación de dicha ilegalidad debió efectuarse en el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inalterable.”

En el mismo sentido, la Resolución 163/2015, de 5 de mayo, declaró que “el vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que el recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP (artículo 145.1 del TRLCSP).

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP -que es lo que acontece en el caso aquí examinado-, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con arreglo al criterio en cuestión(...)

(...) si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio (...).”

Este mismo criterio es el que, a *sensu contrario*, mantiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda



interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

En definitiva, de la citada sentencia podemos extraer el argumento de que si las condiciones de la licitación están suficientemente claras en los anuncios de licitación, en los pliegos o en los documentos que deban regir la licitación, estos no pueden impugnarse en un recurso contra un acto posterior como es la exclusión o la adjudicación (v.g. resoluciones 239/2015, de 29 de junio y 417/2015, de 10 de diciembre).

Expuesta la doctrina citada, en el presente supuesto la recurrente alega que las mejoras no fueron autorizadas expresamente por el órgano de contratación ni en el anuncio de licitación ni en el PCAP.

Pues bien, con independencia del análisis de fondo del alegato de la recurrente, los términos establecidos en el anuncio y en los pliegos que rigen la licitación son claros e indubitados, de tal forma que la recurrente pudo comprender las condiciones y estipulaciones contenidas en los mismos respecto de las mejoras de modo que la posible falta de autorización expresa de las mismas por parte del órgano de contratación resultaba apreciable tras la lectura de los anuncios y los pliegos, sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas.

En efecto, la recurrente presentó oferta a la licitación en la que incluía posibles mejoras para su valoración por el órgano de contratación, lo que evidencia el conocimiento del contenido y alcance que la recurrente tenía de las mismas, sin que haya tenido que esperar a la valoración de las ofertas para poder invocar la posible ilegalidad que ahora en el acto de adjudicación alega, por lo que al haber transcurrido el plazo de impugnación establecido en la ley para los anuncios de licitación y para los pliegos, estos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inatacable.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar



este primer motivo del recurso.

SEXTO. En el otro de los motivos del recurso, la recurrente solicita que se declare la nulidad de la Resolución de adjudicación por la incorrecta valoración de las mejoras 2, 3, 4, 5 y 6 que ha ofertado, y que se retrotraigan las actuaciones procedimentales hasta el correspondiente momento en el que la Mesa de contratación pueda solicitarle aclaraciones de las exclusiones mencionadas en su memoria técnica y su relación o no con las disposiciones que firmó y aceptó comprendidas en el Anexo IX y las estipulaciones del artículo 3.2 del pliego de prescripciones técnicas, y continuar con el desarrollo del procedimiento contractual.

Procede, pues, reproducir los términos en los que está regulado en los pliegos el criterio de adjudicación relativo a las mejoras. Al respecto, el apartado 1 de la cláusula 7.3 “Criterios de adjudicación” del PCAP establece que *“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato. Los criterios y ponderación de los mismos se indican en el apartado 13 del Cuadro Resumen (...)”*.

Por su parte, el apartado 13 del cuadro resumen del PCAP se remite a su anexo A, en el que se establece, en cuanto al criterio objeto de controversia, lo siguiente:

“Criterio de adjudicación automático.

Área de valor mejoras (0 – 30 puntos).

Se asignará la puntuación que corresponda a la suma de las mejoras seleccionadas por el licitador entre las detalladas en el PPT y comprometidas en el modelo de declaración responsable del Anexo IX del PPT.”

Al respecto el modelo de declaración responsable del anexo IX “Mejoras técnicas propuestas y modelo de declaración responsable” del PPT describe las posibles mejoras a ofertar, cuyo tenor es:



“Objeto.

En este ANEXO se describen las mejoras propuestas por la Administración y que los licitadores pueden libremente incluir en su oferta para obtener mayor puntuación.

La aceptación de mejoras por el licitador implica su entrega llave en mano, legalizada y puesta en servicio, incluyendo las obras auxiliares, proyectos, licencias, permisos, documentación, material auxiliar y accesorios, etc.

En sus visitas de reconocimiento previo los licitadores comprobarán el alcance de las mejoras propuestas.

En la tabla resumen de mejoras que figura en la Declaración Responsable de este ANEXO se indica para cada mejora la puntuación asignada en los criterios de adjudicación.

Cada licitador, en su caso, señalará las mejoras que se compromete a realizar escribiendo SI o NO en la columna correspondiente de la tabla resumen. Debe tener presente que no se admite fraccionar el alcance de mejoras concretas ni su puntuación.

En caso de que el licitador presente mejoras deberá firmar todas las hojas de este ANEXO y la declaración responsable que se incluye en este documento (...).”

A continuación el citado Anexo IX del PPT describe las mejoras que propone el órgano de contratación y que los licitadores pueden ofertar y al final del mismo se contiene una declaración responsable que ha de cumplimentar el licitador en la que se detallan las mejoras -seis en total- con la puntuación que se le asigna a cada una.

Asimismo, el propio PPT en su cláusula 3.2 “Variantes y mejoras a las prescripciones técnicas” señala que “Cada licitador solo podrá presentar una única oferta técnico-económica, como se establece en el PCAP y Cuadro Resumen, no admitiéndose variantes o alternativas.

En el ANEXO IX a este PPT se describen las mejoras que se proponen y que los licitadores pueden elegir libremente para ejecutar.

Aquellas mejoras que el adjudicatario haya incluido en su proposición no son facturables, es decir que serán ejecutadas por cuenta del adjudicatario y sin cargo para la Administración.



A las eventuales mejoras de las instalaciones fijas que se oferten, se les exigirá en todo caso las siguientes condiciones:

- Estarán incluidos todos los trabajos, permisos, licencias, proyectos, etc. y cualquier gasto necesario para su entrega a la Administración legalizadas y en perfectas condiciones de servicio.*
- Se establece un plazo de dos meses para la terminación y entrega a la Administración de todas las mejoras en perfectas condiciones de servicio, contado desde la fecha de inicio del contrato, si bien se podrá demorar por causas justificadas hasta el máximo que motivadamente autorice la Administración.*
- La Administración comprobará que se ajustan a lo especificado y cumplen su función a plena satisfacción, en cuyo caso recepcionará y aceptará dichas mejoras.*
- A la recepción de las mejoras referidas a instalaciones, quedarán incorporadas y en propiedad del Centro.”*

Por último, en el apartado d) de la cláusula 3.3 “Documentación técnica de las proposiciones” del PPT se establece lo siguiente:

“Sobre nº 4: “Documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática”

En el Sobre nº 4 los licitadores incluirán la “documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática” que se indican en los Criterios de Adjudicación del Cuadro Resumen.

En particular se incluirá una Memoria Técnica de las mejoras que realizará en las instalaciones objeto del contrato, cumplimentando la declaración responsable que al efecto figura en el expediente.”

Por su parte, la Mesa de contratación en su sesión celebrada el 21 de enero de 2016, según consta en acta al efecto, en lo que aquí interesa, tomó entre otros el siguiente acuerdo:

«Por la Secretaría se presenta acta de la reunión de la comisión técnica que contiene el informe solicitado. La Mesa, a la vista de dicho informe, adopta las siguientes decisiones:



1ª Puesto que la comisión técnica manifiesta la incompatibilidad entre la oferta de criterios automáticos de la empresa ABELLÓ LINDE, S.A., y el contenido del pliego de prescripciones técnicas, se analiza el contenido del PPT, cuya cláusula 3.2 establece de forma explícita la inclusión obligatoria en la oferta de las mejoras de “todos los trabajos, permisos, licencias, proyectos, etc. y cualquier gasto necesario para su entrega a la Administración legalizadas y en perfectas condiciones de servicio”; así como su anexo IX que al desarrollar el contenido de las mejoras dice de forma clara que la aceptación de mejoras por el licitador implica su entrega “llave en mano”, estableciendo las mismas exigencias que la citada cláusula 3.2.

Por consiguiente, de acuerdo con la comisión técnica, las exclusiones manifestadas por ABELLÓ LINDE, S.A., en su oferta de mejora, especialmente su declaración de no estar incluidos los trabajos de albañilería, pintura, electricidad, ejecución de planos, recursos preventivos con presencia en obras, etc., han de considerarse limitaciones invalidantes de las mejoras ofertadas.

2ª Que la forma clara y explícita en la que dichas exclusiones están redactadas, hace que la oferta no deje lugar a dudas, por lo que siendo clara y contundente no puede entenderse susceptible de aclaración por el licitador, ya que en caso contrario, dicha aclaración podría prestarse a una mejora o modificación de su oferta tal y como viene contenida en el sobre n.º 4, que ha sido abierto en el acto público de esta Mesa de contratación.»

Posteriormente, con respecto al anterior acuerdo de la Mesa, la comisión técnica en su reunión de 27 de enero de 2016, según consta en acta al efecto, en lo que aquí interesa, manifiesta que «La Mesa de contratación en el párrafo segundo del punto primero del “Examen del informe de la comisión técnica ...”. Establece “... de acuerdo con la comisión técnica, las exclusiones manifestadas por ABELLÓ LINDE S.A., en su oferta de mejora, especialmente su declaración de no estar incluidos los trabajos de albañilería, pintura, electricidad, ejecución de planos, recursos preventivos con presencia en obras, etc., han de considerarse limitaciones invalidantes de las mejoras ofertadas”, esta conclusión no ha sido



establecida por la comisión técnica, no obstante, esta comisión técnica, a la vista de lo que establece la Mesa de contratación en el punto 2º del examen del informe, no tiene inconveniente en asumir dicha conclusión.»

A continuación la comisión técnica en la valoración de la oferta de ABELLÓ, y en base a lo anterior, no valora las mejoras 2 a 6.

En su descargo, la recurrente alega que la Mesa no tiene en consideración que junto a la memoria técnica igualmente presentó firmadas todas las hojas del Anexo IX, y con esa firma aceptó íntegramente todo lo que en esas hojas se dispone. Puntualiza que incluyó en el sobre número 4, aparte de la declaración responsable y en ésta la asignación de las mejoras que se comprometía a realizar, todas las hojas que constituyen el Anexo IX, cada una de las cuales firmó y, en consecuencia, aceptó, sin ningún tipo de objeción, todas y cada una de las estipulaciones que en esas hojas constan y una memoria técnica, cuyo significado, no consta en las bases reguladoras de la contratación, en la que, por equivocación, relacionó una serie de excepciones para las mejoras de la dos a la seis, excepciones que no afectan propiamente al objeto principal de las mejoras, sino, en todo caso, a elementos auxiliares; en concreto esas exclusiones eran las siguientes:

“- Todo lo que no esté listado específicamente en la oferta.

- No valorados los sistemas de elevación, que se facturarán a parte.

- No incluidos: trabajos de albañilería, pintura y electricidad.

- No incluye la ejecución de planos as-built, de requerirse, se facturarán a parte.

- De requerirse un recurso preventivo con presencia permanente en obra se facturará aparte.

- Para instalaciones medicinales, las pruebas según la Norma EN-7396-1 que en caso de requerirse se valorarán a parte.”

Manifiesta la recurrente que ese error no hace inviable su oferta, precisamente por ser una mera contradicción fácilmente comprobable y rectificable, y su



corrección no supone una modificación de su oferta, por lo que no se conculcan los principios de igualdad y transparencia.

Atendiendo a esos parámetros, señala la recurrente, la no puntuación de cinco de las mejoras aceptadas por ella supone una limitación al principio de concurrencia, pues esas cinco mejoras tienen un peso muy significativo en la puntuación total de los criterios de adjudicación, concretamente 27 entre 100 puntos, lo que le imposibilita a poder optar a la adjudicación del contrato, por una, en principio, simple contradicción. Es verdad que los licitadores cuando preparan la documentación que han de presentar en una licitación pública han de actuar con una particular diligencia, pero también es verdad que se admite la posibilidad de poder subsanar errores manifiestos, de carácter formal o material, de la oferta técnica y económica, siempre que no suponga una modificación de los términos de la oferta, sin que ello signifique atentar contra el principio de igualdad.

Alega la recurrente que en la memoria técnica excluyó una serie de elementos, pero en las bases de la contratación no se dispone ni el contenido que debe contemplar ni el concreto significado, contractual o no, de la memoria técnica, no siendo esta objeto de valoración en ninguno de los criterios de adjudicación. Por tanto, añade la recurrente, se desconoce cuál es la finalidad de la misma, y si realmente constituye una parte de la oferta, por ello, perfectamente se puede entender que tiene un alcance meramente informativo, por lo que no formaría parte de la oferta. Así, a su juicio, de lo expuesto y en atención a las concretas estipulaciones dispuestas en las bases de la contratación, las exclusiones mencionadas en la memoria técnica no forman parte de la oferta al no incluirse en esta la citada memoria, por lo que no tienen que ser consideradas para la adjudicación de la contratación.

Finalmente la recurrente afirma que si, por el contrario, se piensa que la



memoria técnica sí forma parte de la oferta, debemos acudir al principio de proporcionalidad y concurrencia, de que se trata de un error totalmente ajeno a la voluntad de su autor, y que no son proporcionales los efectos de la no valoración de la oferta de las mejoras con el significado de los elementos que configuran la exclusión expuesta en la memoria técnica, que además son elementos meramente accesorios al objeto principal de cada una de las mejoras y que, si bien no tienen ninguna incidencia en estas al no precisarse para la ejecución de las mejoras, de tener esa incidencia, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, es meramente insignificante con la proporcionalidad que supone un contrato de la envergadura del licitado, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Por tanto, en base a lo expuesto, considera la recurrente que la Mesa de contratación debería, y más teniendo en cuenta las consideraciones de la comisión técnica, haberle solicitado formalmente que aclarase las excepciones que menciona en su memoria técnica, y su relación o no con las disposiciones que firmó y aceptó, incluyéndolas en su sobre número 4, comprendidas en el Anexo IX y las estipulaciones de la cláusula 3.2 del PPT.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el criterio de adjudicación es claro y preciso, pues supone la posibilidad de que los licitadores oferten realizar una serie de trabajos adicionales relacionados con el objeto del contrato, de una relación tasada de posibilidades. A esta oferta, que conlleva la cumplimentación de un formulario, se debe acompañar una memoria técnica, cuya naturaleza no debe dejar dudas, pues en tanto está incluida en la oferta del licitador, le obliga.

En definitiva, el licitador no debe condicionar la admisión de los trabajos ofertados a la asunción por el órgano de contratación de elementos que contradicen llanamente las condiciones mínimas que el pliego establece al redactar el criterio de adjudicación.

Pues bien, dichas condiciones o condicionamientos -puntualiza el órgano de



contratación-, reconocidos expresamente por la recurrente en el recurso, aunque achacados ahora a un error, consistieron en *“limitar la validez de la oferta a un mes, mencionar el IVA dando a entender la facturación de los trabajos, mencionar las condiciones de facturación, limitar la garantía a seis meses de los trabajos, excluir todo lo no especificado en la oferta, imponer la facturación de los sistemas de elevación, exceptuar los trabajos de albañilería, pintura y electricidad, excluir la ejecución de planos, la facturación de los recursos preventivos y la valoración de pruebas para instalaciones medicinales”*.

Así las cosas -continúa el órgano de contratación- tanto la comisión técnica como la Mesa de contratación dictaminaron la incompatibilidad entre esas condiciones incluidas por la recurrente en su oferta a los trabajos a valorar en el criterio de mejoras numeradas del 2 al 6, con los términos en los que los pliegos exigían dichas ofertas, pues en la cláusula 3.2. “Variantes y mejoras a las prescripciones” del PPT, se decía que *“aquellas mejoras que el adjudicatario haya incluido en su proposición no son facturables, es decir que serán ejecutadas por cuenta del adjudicatario y sin cargo para la Administración”*, así como que *“estarán incluidos todos los trabajos, permisos, licencias, proyectos, etc. y cualquier gasto necesario para su entrega a la Administración legalizadas y en perfectas condiciones de servicio”*; por su parte, el Anexo IX del PPT ratificaba que *“la aceptación de mejoras por el licitador implica su entrega llave en mano, legalizada y puesta en servicio, incluyendo las obras auxiliares, proyectos, licencias, permisos, documentación, material auxiliar y accesorios, etc”*. En cuanto a lo que la comisión técnica no se pronunció, lógicamente, fue acerca de las consecuencias jurídicas de dicha incompatibilidad.

Por ello, señala el órgano de contratación, la Mesa en su sesión del día 21 de enero de 2016 adoptó la decisión de que las exclusiones manifestadas por la recurrente en su oferta de mejoras, especialmente su declaración de no estar incluidos los trabajos de albañilería, pintura, electricidad, ejecución de planos,



recursos preventivos con presencia en obra, etc., han de considerarse limitaciones invalidantes de las mejoras ofertadas, por ello se acordó igualmente que la forma clara y explícita en la que dichas exclusiones estaban redactadas, hacía que la oferta no dejara lugar a dudas, por lo que siendo clara y contundente no puede entenderse susceptible de aclaración por el licitador, ya que en caso contrario, dicha aclaración podría prestarse a una mejora o modificación de la oferta tal y como venía contenida en el sobre nº 4, que ha sido abierto en el acto público, por lo que la comisión técnica debía examinar el contenido de los sobres 4 de todos los licitadores y valorarlo conforme a la redacción de los criterios de adjudicación automáticos y otorgar la correspondiente puntuación.

Concluye el órgano de contratación que en la situación creada, las opciones hubieran sido, bien asumir las condiciones de la licitadora ahora recurrente, lo que supondría, o un trato discriminatorio con respecto a otros licitadores, o tener que admitir la negativa de esa empresa, si resultara adjudicataria, a realizar los trabajos de conformidad con lo establecido en los pliegos; o bien aceptar la aclaración de la oferta en este sentido, lo que hubiese llevado inexcusablemente a admitir la rectificación y mejora de la oferta, como reconoce la recurrente. Por consiguiente, la decisión tomada supone la mejor garantía para los principios de transparencia e igualdad de trato.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del debate que se concreta, por un lado, en examinar si la citada memoria técnica forma parte de la oferta del licitador o tiene meramente carácter informativo como alega la recurrente y, por otro lado, si las exclusiones manifestadas por la recurrente en su memoria técnica, que a su juicio entran en contradicción con las disposiciones que firmó y aceptó comprendidas en la declaración responsable del Anexo IX, eran fruto de un error totalmente ajeno a su voluntad y debían de haber sido objeto de solicitud de aclaración por parte de la Mesa de contratación como afirma la recurrente.

Con respecto al hecho de si la citada memoria técnica forma parte de la oferta



del licitador o tiene meramente carácter informativo es necesario traer a colación el apartado d) de la cláusula 3.3 del PPT “Documentación técnica de las proposiciones” , transcrito anteriormente, que establece que en el sobre n.º 4, de documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática, se incluirá la documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática que se indican en los criterios de adjudicación del cuadro resumen -del PCAP- y, en particular, se incluirá una “*Memoria Técnica de las mejoras que realizará en las instalaciones objeto del contrato*”, cumplimentando la declaración responsable que al efecto figura en el expediente.

Es claro, pues, que la memoria técnica forma parte de la oferta del licitador si este decide ofertar alguna de las mejoras previstas en el PCAP, toda vez que dicha obligación se constata de forma clara y precisa en los pliegos -aunque sea en el de prescripciones técnicas-. Así pues, se ha de estar con el órgano de contratación cuando manifiesta que la naturaleza no debe dejar dudas, pues en tanto está incluida en la oferta del licitador, le obliga.

Partiendo, por tanto, de que la memoria técnica forma parte de la oferta de la licitadora, ahora recurrente, procede analizar si, como afirma, las exclusiones manifestadas por ella en su memoria técnica eran fruto de un error totalmente ajeno a su voluntad y debían de haber sido objeto de solicitud de aclaración por parte de la Mesa de contratación, o por el contrario, como afirma el órgano de contratación, la forma clara y explícita en la que dichas exclusiones estaban redactadas, hacía que la oferta no dejara lugar a dudas, por lo que siendo clara y contundente no puede entenderse susceptible de aclaración por la entidad licitadora.

Procede, por tanto, analizar el contenido de dichas exclusiones manifestadas por la recurrente en su memoria técnica. Al efecto, en la oferta de la recurrente contenida en el sobre número 4, relativa a las mejoras 2 a 6, al final de la exposición de cada una de ellas, se recoge en todas y cada una, dentro del apartado observaciones, el siguiente literal:



- “- Validez de la oferta 1 mes*
- I.V.A. no incluido: el vigente*
- La facturación de los diferentes elementos se realizará según mediciones finales.*
- La garantía de los materiales y de la instalación es de 6 meses a partir de la fecha de entrega de la instalación*
- El valor de la oferta no contempla el montaje fuera del horario laboral de lunes a viernes*
- La pruebas a realizar serán: estanqueidad, coincidencia y barrido de instalaciones.*

EXCLUSIONES:

- Todo lo que no esté listado específicamente en la oferta*
- No valorados los sistemas de elevación, que se facturarán a parte*
- No incluidos: trabajos de albañilería, pintura y electricidad*
- No incluye la ejecución de planos as-built, de requerirse, se facturarán a parte*
- De requerirse un recurso preventivo con presencia permanente en obra se facturará a parte*
- Para instalaciones medicinales, las pruebas según la Norma EN-7396-1 que en caso de requerirse se valorarán a parte”.*

Pues bien, a tenor de lo establecido por la recurrente en el sobre número 4 de su oferta, se aprecia el carácter condicionado de la misma, como seguidamente se razonará y, en definitiva, el hecho de que no se ajusta a lo establecido en el pliego resulta con evidencia de su propia literalidad.

Es doctrina sobradamente conocida la relativa a la necesidad de que las ofertas de los licitadores respeten los requisitos exigidos por los pliegos rectores de la contratación, tanto el de cláusulas administrativas particulares como el de prescripciones técnicas. Sobre esta cuestión, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal (por todas, Resolución 230/2015, de 17 de junio), recordando que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de



los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna.

En el presente supuesto, la lectura de la oferta de la recurrente presentada en el sobre 4, relativa a las mejoras ofertadas, revela con toda evidencia que la misma incumple las previsiones de los pliegos, aun cuando la recurrente firmó y aceptó la declaración responsable prevista en el anexo IX del PPT, toda vez que en ellos, como ha señalado el órgano de contratación, se decía que las mejoras que el adjudicatario haya incluido en su proposición no son facturables, es decir que serán ejecutadas por cuenta del adjudicatario y sin cargo para la Administración, así como que estarán incluidos todos los trabajos, permisos, licencias, proyectos, etc. y cualquier gasto necesario para su entrega a la Administración legalizadas y en perfectas condiciones de servicio (cláusula 3.2 del PPT). Por su parte, el anexo IX del PPT ratificaba que la aceptación de mejoras por el licitador implica su entrega llave en mano, legalizada y puesta en servicio, incluyendo las obras auxiliares, proyectos, licencias, permisos, documentación, material auxiliar y accesorios, etc.; y en la oferta de la entidad licitadora, ahora recurrente, se viene a establecer abiertamente la incorporación como elemento determinante de la misma de una serie de observaciones y exclusiones, indicándose expresamente, entre otras manifestaciones, que se excluye *“Todo lo que no esté listado específicamente en la oferta. No valorados los sistemas de elevación, que se facturarán a parte. No incluidos: trabajos de albañilería, pintura y electricidad. No incluye la ejecución de planos as-built, de requerirse, se facturarán a parte y de requerirse un recurso preventivo con presencia permanente en obra se facturará a parte”*.

Se trata pues de una oferta relativa a las mejoras 2 a 6 que viene efectivamente condicionada a que las previsiones de los pliegos se vean complementadas o modificadas en los aspectos sustanciales allí reseñados, con lo que, no ajustándose estrictamente a lo requerido en los pliegos, cuyas previsiones se tratan de modificar en la oferta presentada por la ahora recurrente, la no



valoración por la Mesa de contratación de dichas mejoras debe estimarse conforme a derecho, al vulnerarse el artículo 145.1 del TRLCSP, que, recordemos, establece que la presentación de la oferta supondrá la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Tal conclusión no se ve desvirtuada por las alegaciones del recurso, de que las exclusiones manifestadas en la memoria técnica eran fruto de un error totalmente ajeno a la voluntad de su autor y debían de haber sido objeto de solicitud de aclaración por parte de la Mesa de contratación, pues como ha manifestado el órgano de contratación, ello a lo que hubiera podido llevar es a una modificación de los términos de la oferta, algo asimismo inadmisibles, según reiterada doctrina de este Tribunal (Resolución 331/2015, de 1 de octubre, entre muchas otras), conforme a la cual el principio de inalterabilidad de las ofertas impide que los órganos de contratación puedan conceder términos o plazos de subsanación de las mismas, solo siendo admisible la presentación de aclaraciones que no supongan modificación de la oferta inicial. En este sentido se manifiesta asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (por todas, Resolución 339/2015, de 17 de abril).

Tal doctrina, que parte de la jurisprudencia comunitaria, supone que 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 en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar este segundo y último motivo del recurso.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ABELLÓ LINDE, S.A.** contra la resolución, de 20 de febrero de 2016, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen del Rocío y Virgen Macarena de Sevilla, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de gases medicinales, gases productos sanitarios y gases industriales, así como el arrendamiento y mantenimiento de centrales de gases y de vacío en los centros de la Plataforma Logística Sanitaria de Sevilla” (Expte. PAAM 24/2014, CCA.6Z32TUM).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

