

**Recurso 582/2023**  
**Resolución 633/2023**  
**Sección Tercera**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 22 de diciembre de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PRODEL, S.A.**, contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro, entrega e instalación, cuando proceda, de material específico para C.F.G.M de montaje de estructuras e instalación de sistemas aeronáuticos con destino a centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte” (27/ISE/2022/SC), con origen de financiación en fondos europeos” (Expdte. CONTR 2022 0000488310), con respecto al lote 14, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Con fecha 12 de agosto de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato indicado en el encabezamiento con un valor estimado de 1.658.076,23 €. En dicha fecha los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Durante la tramitación del procedimiento, en fecha 18 de septiembre de 2023, se solicita la documentación previa a la adjudicación a la recurrente respecto del lote 14. Se observa por la mesa de contratación deficiencias en la documentación presentada por esta, las cuales son consideradas subsanables, concediéndose hasta el 13 de noviembre de 2023 para aportar la documentación requerida. Tras el análisis de la documentación, el 22 de noviembre de 2023 se realiza la notificación de la exclusión a la entidad recurrente respecto del citado lote.

**SEGUNDO.** El 2 de diciembre de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad antes indicada contra su exclusión de la licitación.

Con fecha 4 de diciembre de 2023 la Secretaría del Tribunal recabó del órgano de contratación la documentación necesaria para su tramitación y resolución que tuvo entrada en este órgano el 12 de diciembre 2023, tras serle reiterado el requerimiento.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal da traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado en el plazo concedido.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos 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 44 de la LCSP.

En este sentido, nos encontramos ante un contrato de suministro con un valor estimado de 1.658.076,23 €, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es un acto de trámite cualificado, en concreto la exclusión de la oferta de la recurrente, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado d) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*.

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión ha sido notificado con fecha 22 de noviembre de 2023 y el recurso ha sido presentado en el registro de este Tribunal con fecha 2 de diciembre de 2023. En consecuencia, ha sido presentado dentro del plazo legal establecido.

### **QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.**

El recurso se presenta contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la



Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que “se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos”.

#### **SEXTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.**

En primer lugar, reproduciremos la causa de exclusión del lote 14, respecto al incumplimiento de las prescripciones técnicas señaladas:

#### **Lote 14**

| Cód. artículo | Artículo                | Análisis de la ficha técnica                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|---------------|-------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 5973/1        | Entrenador de aeronaves | <p>La ficha técnica no recoge los siguientes requerimientos del PPT:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Test de Panel ADF con display de 3 ½ dígitos, salida de audio con altavoz, selector de frecuencia con bandas, interruptor de carga de altavoz, interruptor para test de antena ADF, interruptor de MUTE.</li></ul> <p>La ficha técnica debe confirmar que cumple con los siguientes requerimientos del PPT:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Bastidor Móvil de acero con ruedas y encimera de madera.</li><li>- La ficha técnica indica que el bastidor es de metal/aluminio en lugar de acero, y la encimera de aluminio en lugar de madera.</li><li>- Fuente de Alimentación de 18 A con medidores de corriente y voltaje.</li><li>- La ficha técnica indica que la fuente de alimentación es de 20 A.</li></ul> |

#### **1. Alegaciones de la recurrente.**

Solicita de este Tribunal, si bien no se expresa debidamente, que se declare la nulidad a derecho del acto administrativo que se impugna, retrotrayendo las actuaciones a los efectos de que se anule la exclusión. Estimamos que considera improcedente la determinación de su exclusión, y solicita que se acuerde dejar sin efecto, anular la exclusión, para que se continúe el procedimiento con la misma, a los efectos de una posible adjudicación de cumplir el resto de los requisitos, una vez que este Tribunal, admita que no debió ser excluida por el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas.

En cuanto al lote 14, estima que es improcedente el acuerdo de exclusión. Al respecto, reitera lo ya expuesto en su respuesta al requerimiento de subsanación en el que indicaba que “... las especificaciones técnicas del PPT estaban basadas en un equipo que ha sido actualizado y en nuestra propuesta se incluye un equipo actual, que en todos los casos superan las especificaciones solicitadas”.

Asimismo, alega que “(...) En el Pliego de Prescripciones Técnicas se indica «El Entrenador ADF Aeronaves debe incluir al menos los siguientes componentes», lo que indica un estándar mínimo que debe cumplirse o superarse. Puesto que las características técnicas requeridas están basadas en un equipo ya descatalogado, no es posible su adquisición según las especificaciones originales. Sin embargo, estamos ofreciendo una versión actualizada que sí está disponible en el mercado y supera en capacidades y características técnicas a la versión anteriormente especificada. En concreto, las variaciones experimentadas en el equipo y que suponen una mejora, son:



*-En lugar de la madera, la versión actualizada de la encimera utiliza una combinación de acero y aluminio, lo que confiere al equipo ventajas notables en términos de robustez, estabilidad y durabilidad.*

*-La fuente de alimentación, originalmente requerida con una capacidad de 18 amperios, ha experimentado un ajuste para mejorar el rendimiento del equipo. La versión actualizada de la fuente de alimentación ofrece una mayor capacidad de amperaje (hasta 20 amperios), para resistir con mayor holgura el consumo de los elementos que componen el equipo y darle más estabilidad en el consumo”.*

Estima que, “de acuerdo con el artículo 205 de la LCSP, la modificación sobre la que tratamos el presente recurso cumple con 2 de los 3 requisitos para que pueda ser susceptible y aceptada:

*1. La necesidad de esta modificación proviene de la obsolescencia de un conjunto de partes que no eran previsibles. Además, no altera la naturaleza global del contrato, no aumenta el coste del acuerdo.*

*2. Las modificaciones no son sustanciales ya que mejoran las capacidades y no limitan su uso”.*

Añade respecto a la decisión de exclusión, que su “fundamento parece radicar en la solicitud de características obsoletas de equipos que se encuentran descatalogados y ya no están disponibles en el mercado actual. Nos resulta difícil comprender cómo la insistencia en requisitos técnicos desfasados puede ser motivo para la exclusión de una empresa que ofrece un equipo actualizado y moderno. Nuestros técnicos, en estrecha colaboración con los fabricantes, han seleccionado el equipo propuesto garantizando su adaptación a los requerimientos técnicos y al uso que se va a dar al equipo”.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

Tras relatar de manera pormenorizada las actuaciones procedimentales, en el informe al recurso se opone a los motivos expuestos en él, y solicita la desestimación del mismo con fundamento en las alegaciones que pasamos a exponer a continuación. Señala como un error de concepto, estimar, como hace la entidad recurrente, según dice, que lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas es un nivel estándar de exigencias.

Afirma que “en ningún caso se trataría de un estándar, entendiéndose esto como algo que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia, sino de una relación de características técnicas mínimas que deben cumplirse estrictamente, sin menoscabo de que el equipo pudiera tener otras adicionales”. (...) Expresa que “cualquier elemento tiene o puede tener más características además de las requeridas, pero no caben cambios o modulación en los elementos o valores que se requieren por parte de la empresa recurrente, simplemente con el objetivo de encajar los requerimientos de su propuesta, que lógicamente responde a que es la más ventajosa o de mayor valor competitivo para ésta”.

Sigue su exposición rebatiendo las afirmaciones que realiza la entidad recurrente, expresando que “se puede inferir que la ahora recurrente presentó una propuesta económico-técnica a un lote, cuyas especificaciones, siempre según su criterio, eran imposibles de cumplir en su totalidad «basadas en un equipo ya descatalogado»”.

Alega que “no hizo uso de la posibilidad de recurrir los pliegos de la licitación en el momento procedimental correspondiente, para después, y sólo una vez excluida su proposición por un incumplimiento reconocido explícitamente por la propia recurrente, reclamar una interpretación laxa y a su favor del Pliego de Prescripciones Técnicas. En este sentido, la recurrente pretende moldear la licitación a su interés comercial, ignorando por completo el artículo 139 de la LCSP (...)”.

Asimismo, señala que cuando “el órgano define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras en los pliegos que rigen la licitación, dicho órgano se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha establecido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras, todo ello sin vulnerar uno de los principios básicos de la contratación pública, el de igualdad de trato entre licitadores”.

Sobre el concepto “mejora” al que hace referencia, expresa que “se trata de un concepto que únicamente tiene cabida en una licitación pública conforme a lo establecido en el artículo 145.7 de la LCSP”, y que “la aceptación de



*las pretendidas mejoras propuestas por la recurrente conculcaría el principio de que los licitadores han de concurrir en condiciones de igualdad al procedimiento de licitación, al no haber sido informados estos con antelación de la posibilidad de apartarse del PPT para presentar su “entrenador ADF aeronaves”.*

Respecto a la alusión al artículo 205 de la LCSP, señala que *“está referido como el literal de su título indica a las «modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones sustanciales» por lo que no aplica al pliego de prescripciones técnicas”.*

Concluye afirmando con que los *“términos del PPT no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes de la agrupación, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio lex contractus –también predicable del PPT conforme reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica (...)”*

Termina solicitando multa por temeridad, dada la experiencia que viene a plasmar en el propio escrito del recurso especial.

#### **SÉPTIMO. Fondo del asunto. Sobre la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el PPT.**

A. Sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos: motivación, e idoneidad. Límites de la discrecionalidad.

Planteados los términos del debate, a la vista de las alegaciones expuestas en el anterior fundamento de derecho, la controversia que suscita el presente recurso se centra en discernir, en primer lugar, si el acto de exclusión no se encuentra suficientemente justificado y, por ello, si además ocasiona indefensión o si, por el contrario, la motivación ha sido adecuada, suficiente y ha permitido la formulación del presente recurso, tal como defiende el órgano de contratación.

En segundo lugar, en el supuesto de que se estime adecuada la motivación, ha de dilucidarse si la oferta presentada por la recurrente incumple el PPT tal como se concluye por parte de la mesa, en cuyo caso la decisión de exclusión de la oferta es ajustada a derecho o si, por el contrario, aquella cumple los requisitos establecidos en los pliegos, en cuyo caso la decisión de la mesa sería errónea.

Pues bien, comenzando por la primera cuestión suscitada, relativa a la justificación de la exclusión del acto, es doctrina de este Tribunal a propósito de la motivación de la adjudicación -extrapolable asimismo a la exclusión y demás actos sujetos a motivación- (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo) que *“la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”.*

Así, en el presente supuesto no cabe duda de que la recurrente ha formulado su recurso y ha centrado su análisis en la cuestión que fundamenta la exclusión, que estaba reflejada con detalle en el acta de la sesión de la mesa de contratación, la cual, con relación al incumplimiento determinante de la exclusión, establecía lo siguiente:



*“La ficha técnica no recoge los siguientes requerimientos del PPT:*

*- Test de Panel ADF con display de 3 ½ dígitos, salida de audio con altavoz, selector de frecuencia con bandas, interruptor de carga de altavoz, interruptor para test de antena ADF, interruptor de MUTE.*

*La ficha técnica debe confirmar que cumple con los siguientes requerimientos del PPT:*

*- Bastidor Móvil de acero con ruedas y encimera de madera.*

*- La ficha técnica indica que el bastidor es de metal/aluminio en lugar de acero, y la encimera de aluminio en lugar de madera.*

*- Fuente de Alimentación de 18 A con medidores de corriente y voltaje.*

*- La ficha técnica indica que la fuente de alimentación es de 20 A”.*

Siendo requerida la entidad recurrente para la subsanación, una vez presentada la subsanación, el día 22 de noviembre de 2023 la mesa de contratación determina con ocasión del análisis de la documentación previa a la adjudicación, que el licitador ha aportado nueva ficha técnica en la que se ha incluido la información requerida, pero siguen existiendo especificaciones que no cumplen con los siguientes requerimientos del PPT:

*“- Bastidor Móvil de acero con ruedas y encimera de madera: la ficha técnica indica que el bastidor es de acero/aluminio, pero la encimera es de aluminio cuando en el PPT se requiere de madera.*

*- Fuente de Alimentación de 18 A con medidores de corriente y voltaje: la ficha técnica indica que la fuente de alimentación es de 20 A.”.*

Es decir, existe una motivación justificada. Distinto será si está justificación es acorde o no a derecho. Al respecto debemos partir de una doctrina consolidada y reiterada sobre las características técnicas del objeto contractual, a efectos de determinar cuáles son requisitos mínimos necesarios a efectos de determinar la idoneidad de lo ofertado con respecto a los requerimientos del PPT.

*En la Resolución 214/2020, de 18 de junio, (recordando a la Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. (...) En tal sentido, también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado. Así, la Resolución 898/2015, de 5 de octubre, de dicho Tribunal, recogiendo la doctrina ya sentada por el mismo, viene a afirmar que en muchos casos el cumplimiento de las prescripciones técnicas debe verificarse en fase de ejecución del contrato, sin que pueda presuponerse ab initio (...). En este punto, sigue señalando la Resolución citada, una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles 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”.*

*La Resolución 35/2020, de 6 de febrero, señalábamos que << (...) El PPT no prevé en ninguno de sus apartados que dichas especificaciones, en cuanto a la cantidad de cada uno de los componentes, deban ser solo aproximadas, y tampoco admite margen o porcentaje concreto de variación (en más o en menos) para ninguno de los componentes.*

*(...) Ello revela que la oferta de la adjudicataria al lote 22 ha incumplido las especificaciones del PPT, pliego que no admite modulación o variación en su cumplimiento.*

*(...) Como ya tuvo ocasión de declarar este Tribunal en su Resolución 307/2018, de 2 de noviembre, ante un supuesto similar en el que se planteaba, en sede de valoración de las ofertas, la flexibilización de las*



*características técnicas del PPT para los productos licitados, "(...) los términos del PPT no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes de la agrupación, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio lex contractus -también predicable del PPT conforme a reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica (...)*

*En el sentido expuesto, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia (v.g. Sentencia de Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de febrero de 2017 -Roj: SAN 655/2017-) y de otros Órganos de recursos contractuales (v.g. Resoluciones 149/2017, de 10 de mayo, y 228/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Acuerdo 33/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y Resolución 8/2016, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León) relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia">>*

En sentido similar, la Resolución nº 843/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 24 de septiembre de 2018:

*«En relación con la exclusión de los licitadores como consecuencia del incumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas y de sus requisitos y límites, hemos dicho en nuestra Resolución 822/2017, de 22 de septiembre, que: "Este Tribunal ha tenido oportunidad de sentar doctrina en relación con el incumplimiento del PPT como causa de exclusión (por todas, recientemente en la Resolución 690/2017, de 27 de julio):*

*En cuanto a nuestra doctrina sobre el contenido y alcance del PPT en relación al PCAP, y sobre el incumplimiento de los pliegos como causa de exclusión de la licitación, hemos señalado lo siguiente: en cuanto a la naturaleza del PPT tenemos declarado reiteradamente (por todas Resolución 836/2015, de 18 de septiembre) que el PCAP incluye los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y en lo que se refiere a la licitación, los documentos a presentar por los licitadores, la forma y contenido de las proposiciones, así como los criterios para la adjudicación, por orden decreciente de importancia, y su ponderación (artículos 115.2 del TRLCSP y 67.2.h, e, i, del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre - RGLCAP-) mientras que el PPT contiene las prescripciones técnicas particulares que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, es decir las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, sin que el PPT pueda contener declaraciones o cláusulas que deban figurar en el PCAP (artículos 116.1 del TRLCSP y 68.1.a y 3 del RGLCAP).*

*De ello resulta que es al PCAP y no al PPT al que corresponde especificar los criterios de adjudicación, su valoración, y los documentos que han de presentarse a la licitación, teniendo cualquier prescripción referida a tales extremos que se contenga en el PPT carácter meramente complementario de lo señalado en el PCAP, debiendo interpretarse siempre lo contenido en el PPT sobre tales extremos conforme a lo establecido en el PCAP, dando preferencia a lo dispuesto en éste sobre aquel, y en caso que se produzca una contradicción insalvable entre uno y otro, ateniéndose exclusivamente a lo establecido en el PCAP. Ahora bien, esta naturaleza del PPT no significa en modo alguno que no quepa la exclusión de las ofertas que, en determinados casos, no se adecuan a lo establecido en él.*

*( )*

*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. En cuanto al informe de valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, hemos señalado reiteradamente que es un acto discrecional sujeto a la doctrina jurisprudencial de la discrecionalidad técnica.*

*Sobre este punto, hemos señalado en reiteradas ocasiones que nuestro examen debe constreñirse a ciertos aspectos aledaños al núcleo de la decisión, como la competencia, el procedimiento, la ausencia de arbitrariedad o de error manifiesto en la valoración (Resoluciones 176/2011, 189/2011, 257/2011, 269/2011, 282/2011, 296/2011, 33/2012, 51/2012, 80/2012, 261/2012, 2/2013, 36/2013, 42/2013, 107/2013, 168/2013, 325/2013, 549/2013, 13/2014, 437/2014, 519/2014, 276/2015, 435/2015, 446/2016 entre otras). Hemos asumido así la doctrina del Tribunal Supremo, que ha dejado sentado que el núcleo técnico de las decisiones adoptadas por los órganos administrativos especializados en materias como los procedimientos selectivos o la adjudicación de contratos es inaccesible al control jurisdiccional, que debe ceñirse a los aspectos externos a aquél antes aludidos como los elementos reglados (SSTS, Sala III, de 20 de marzo de 2012 -Roj STS 1874/2012-, 9 de enero de 2013 -Roj STS 217/2013-y 9 de abril de 2014 -Roj STS 1507/2014-).»*

Concluía el requerimiento de subsanación señalándose que la subsanación se debía realizar con *“una nueva ficha técnica, para cada uno de los artículos objeto de subsanación, que el licitador deberá entregar con la información actualizada, debiéndose reflejar todos y cada uno de los puntos requeridos en el PPT”*.

Observamos en la ficha técnica incluida tras el requerimiento de subsanación que, efectivamente, no se ha incluido toda la información que se requirió, pretendiendo en algunos casos, que el órgano de contratación admita algunas cuestiones no solicitadas como mejoras. Al respecto, interesa acudir, en primer lugar, al contenido del PPT, y en concreto, los defectos en relación con los tres suministros no habrían quedado subsanados a pesar de la claridad del mismo y del requerimiento de subsanación. Pues bien, entre las especificaciones técnicas establecidas en el PPT, se establece de manera clara los requisitos técnicos que no habrían quedado aclarados.

En este sentido, ha de recordarse que en este caso, tal y como se ha redactado el PPT debe tenerse como premisa que el mismo no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio *lex contractus* -también predicable del PPT conforme a reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica. (Entre otras, la resolución 307/2018, de 2 de noviembre de este Tribunal). No son admisibles ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajusta a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador.

El PCAP incluye los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y en lo que se refiere a la licitación, los documentos a presentar por los licitadores, la forma y contenido de las proposiciones, mientras que el PPT contiene las prescripciones técnicas particulares que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, es decir las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, sin que el PPT pueda contener declaraciones o cláusulas que deban figurar en el PCAP. Aplicando la doctrina expuesta al caso concreto, nos encontramos que asiste la razón al órgano de contratación cuando afirma que el motivo sobre el que se sustenta la decisión de exclusión de la oferta representa un incumplimiento claro, y objetivo del pliego, en la medida que, entre las especificaciones técnicas exigidas se habían fijado claramente los requisitos examinados, sin que en la ficha técnica ni en la subsanación conferida se motivase el cumplimiento de esos extremos concretos que finalmente no se pudieron verificar. No aprecia este Tribunal infracción alguna de los preceptos denunciados, procediendo la desestimación de las alegaciones efectuadas. Por consiguiente, no apreciamos infracción determinante de nulidad o anulabilidad en



la actuación de la mesa de contratación que consideramos correcta y por ello, procede desestimar el presente recurso.

A mayor abundamiento se realizan las siguientes consideraciones sobre las otras cuestiones puestas de manifiesto.

Por un lado, el artículo 126. 1 de la LCSP señala que *“Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*. Así pues, siendo la concurrencia e igualdad de trato principios básicos de la contratación pública conforme al artículo 1 del citado texto legal, el respeto a tales principios en el establecimiento de las prescripciones técnicas es un postulado legal indiscutible; no obstante, tampoco debe olvidarse que lo que se proscribe legalmente es el establecimiento de restricciones u obstáculos injustificados a la concurrencia o dicho de otra manera, el precepto legal no impide el establecimiento de prescripciones técnicas no accesibles a todas las potenciales licitadoras, con tal que las mismas respondan motivadamente a la satisfacción de las necesidades públicas.

En el sentido expuesto, es doctrina acuñada por este Tribunal (v.g. Resoluciones 401/2020, de 19 de noviembre y 8/2021, de 21 de enero, por citar algunas de las más recientes) que el órgano de contratación goza de discrecionalidad en la configuración de la prestación y de sus características técnicas, siempre y cuando las mismas encuentren adecuado fundamento y justificación en las necesidades y fines perseguidos por la contratación proyectada. Como señalábamos en nuestra Resolución 401/2020, de 19 de noviembre, reiterando a su vez doctrina previa de este Órgano, *“es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate, como sucede en el caso enjuiciado.*

*Así, si una concreta especificación técnica está suficientemente justificada por el órgano de contratación o por su personal técnico, resulta del todo imposible que este Tribunal pueda desvirtuar con argumentos jurídicos el razonamiento técnico que da cobertura a la especificación técnica de que se trate (...).*

*Asimismo, no debe olvidarse que lo que prohíbe el artículo 126.1 de la LCAP es el establecimiento de prescripciones técnicas que, de modo injustificado, creen obstáculos a la apertura de la contratación pública a la concurrencia”*.

Por otro lado, en nuestra Resolución 8/2021, de 21 de enero, compartíamos el criterio sostenido por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en su Resolución 425/2019, de 2 de octubre, al afirmar que *“(...) se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores (tal y como manifiesta el órgano de contratación) y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación concreta, determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida”*.



Y en la Resolución 523/2021, de 3 de diciembre, concluíamos -a la luz de la doctrina expuesta y tras el análisis del supuesto allí examinado que:

*«(...) 2. Es el órgano de contratación quien, dentro de su ámbito de discrecionalidad, ha de configurar el objeto del contrato y sus prescripciones en atención a las necesidades públicas que debe satisfacer. En este caso, unas características técnicas como las impugnadas, claramente dirigidas a la atención inicial de procesos que amenazan la vida del paciente y donde el pronóstico final va a depender de una respuesta rápida e inequívoca, deben considerarse justificadas y respetuosas con los postulados del artículo 126 de la LCSP, precepto que lo que prohíbe es la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. Por ello, si el órgano de contratación justifica, como acontece en el supuesto examinado, unas determinadas exigencias técnicas en los productos o equipos que pretende adquirir son los licitadores los que habrán de ajustarse a las exigencias de los pliegos si desean participar en la licitación y no a la inversa.*

*3. No se infiere que las características técnicas impugnadas hagan referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos, que es lo que proscribió el artículo 126.6 de la LCSP, salvo que lo justifique el objeto del contrato.*

*4. No se ha acreditado que solo haya un fabricante en el mercado que pueda suministrar los bienes del lote 3 en los términos en que han quedado configurados en el PPT. La recurrente se refiere en su escrito a los principales fabricantes y distribuidores que vienen presentando sus ofertas en licitaciones con el mismo objeto, pero ello no impide que puedan existir otros capaces de cumplir con las exigencias de los pliegos. En este extremo, la entidad interesada en sus alegaciones al recurso sostiene que existen equipos en el mercado capaces de cumplir con las exigencias técnicas que, a juicio de la recurrente, solo puede satisfacer un determinado fabricante.*

*5. Por último, si una concreta especificación técnica está suficientemente justificada por el órgano de contratación o por su personal técnico -como a juicio de este Tribunal sucede en el presente supuesto si acudimos al apartado 4 del PPT antes transcrito y a los propios argumentos que se esgrimen en el informe al recurso- resulta del todo imposible que el Tribunal pueda desvirtuar con argumentos jurídicos el razonamiento técnico que da cobertura a la especificación técnica de que se trate. Al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos o enjuiciarlos aplicando criterios jurídicos. Como ya señaló el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resolución 1147/2017, de 1 de diciembre) «este Tribunal podrá entrar a analizar si el resultado de la inclusión de esa especificación técnica realmente puede llegar a producir el efecto tan pernicioso que se invoca por el recurrente de restringir el principio de libre competencia. Si bien nuestro análisis deberá limitarse en estos casos a los aspectos formales de esa inclusión, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que no se hayan utilizado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar el especial valor que el órgano de contratación quiera dar a esa especificación».*

Pues bien, aunque se deja apuntado por la entidad recurrente, si bien se ha argumentado que no existe la posibilidad de que pueda ser ofertado un bien similar al descrito en el PPT, por estar obsoleto, no se ha acreditado que el mismo no exista.

En este sentido, la Resolución 214/2020 de este mismo Tribunal, analizando un supuesto cuyos fundamentos son trasladables a este caso argumenta la desestimación de su pretensión expresando que:

*«Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento*



*determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio”(...)*»

Al hilo de lo anterior se ha de invocar otra Resolución de este mismo Tribunal, la Resolución 307/2018, de 2 de noviembre, ante un supuesto similar en el que se planteaba, en sede de valoración de las ofertas, la flexibilización de las características técnicas del PPT para los productos licitados, no admitiéndose, determinando que la mesa debe precisamente ser rigurosa respecto al cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el PPT. En el sentido expuesto, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia y de otros Órganos de recursos contractuales relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia.

Es doctrina reiterada de este Tribunal la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas *lex contractus* o *lex inter partes* que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (art. 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos. El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que “(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva”. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, 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 los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

El carácter vinculante de los pliegos exige que los licitadores ajusten sus ofertas a las decisiones trazadas por el órgano de contratación, sin que éstas puedan ser suplantadas o sustituidas por la voluntad o deseo de las empresas licitadoras concurrentes.

Para ello es importante tomar en consideración la doctrina de este Tribunal en relación con la subsanación de la documentación presentada por la entidad recurrente, sin embargo, en este caso, por las circunstancias señaladas no sería posible, porque es claro que el modelo ofertado no cumple, de tal modo que cualquier aclaración obviamente supondrá la presentación de otro distinto apartándose del supuesto. A este respecto, cabe distinguir entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la subsanación de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. La Resolución 1069/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) contiene un resumen de dicha doctrina:

*“Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (...).”*

*“El Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (...); “la representación del que suscribió la oferta (...)” “(...) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de*



*adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (...).”*

Es decir, la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o estratagemas poco limpias, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia. Por otro lado, podemos observar que de modo contrario, el mismo Tribunal Supremo ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta , (que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma , respecto del cual entiende que no cabe subsanación.

La jurisprudencia comunitaria, si bien admite la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión. Sin embargo, cuando los defectos afectan a las ofertas, sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta, así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, de tal modo que no procedería la subsanación.

En el presente supuesto, una hipotética aceptación de la documentación y especificaciones del suministro, dada la redacción de la oferta realizada por ésta según se desprende de la documentación consultada, determina el incumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, dada la complejidad del equipo a suministrar.

Resulta apropiado en este momento aludir a la Resolución del TACRC 94/2013 que señala que 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”*. El TACRC defiende que siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, dicha solicitud 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.

En el mismo sentido se pronuncian las Resoluciones 94/2012, de 15 de octubre; 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 de octubre, de este mismo Tribunal que aluden a la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (Asunto T-195/08).

#### B. Mejora:

Sobre las alegaciones referidas a que el modelo ofertado por la entidad recurrente se trataría de una mejora, debe partirse del artículo 145.7 de la LCSP, cuyo tenor es el siguiente: *«En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.*

*En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento. Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el*



*pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.*

*Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación».*

Señala la entidad recurrente que “*las variaciones experimentadas en el equipo y que suponen una mejora, son:*

- *En lugar de la madera, la versión actualizada de la encimera utiliza una combinación de acero y aluminio, lo que confiere al equipo ventajas notables en términos de robustez, estabilidad y durabilidad.*
  
- *La fuente de alimentación, originalmente requerida con una capacidad de 18 amperios, ha experimentado un ajuste para mejorar el rendimiento del equipo. La versión actualizada de la fuente de alimentación ofrece una mayor capacidad de amperaje (hasta 20 amperios), para resistir con mayor holgura el consumo de los elementos que componen el equipo y darle más estabilidad en el consumo”.*

Teniendo en cuenta la redacción del artículo 145 LCSP, para que las mejoras puedan ser así consideradas se han de cumplir los requisitos siguientes con arreglo a lo dispuesto en el precepto legal señalado:

1. Deberán estar suficientemente especificadas. En este sentido, se considerará que esta exigencia se cumple cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción, los requisitos, límites, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.
2. Habrán de tratarse de prestaciones adicionales a las que figuren definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas.
3. No podrán alterar ni el objeto ni la naturaleza de las prestaciones del contrato.
4. No se les podrá asignar una valoración superior al 2,5 %, cuando la importancia en el baremo de los criterios sujetos a juicio de valor supere a la de los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes obtenidos de la mera aplicación de fórmulas.

Es decir, el artículo 145.7 de la LCSP, después de fijar la definición de mejora, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar ni el objeto del contrato ni la naturaleza de las establecidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas (párrafo tercero del artículo 145.7 de la LCSP). Al respecto, parece evidente que las prestaciones, no obligatorias, que mejoren las mismas prestaciones establecidas en los pliegos, en ningún caso van a alterar la naturaleza de aquellas, ni el objeto del contrato, por lo que parece que las “mejoras” a las que se refiere el artículo 145.7 LCSP son las prestaciones adicionales y distintas a las definidas en el contrato, lo que no ocurre en el presente caso por no estar así consideradas, ni por resultar así del criterio discrecional del que goza el órgano de contratación, que no ha excedido de los límites razonables, de los que no puede considerarse ninguna arbitrariedad.

#### C. Modificación del contrato.

Termina solicitando para que, “*de acuerdo con el artículo 205 de la LCSP, la modificación sobre la que tratamos el presente recurso cumple con 2 de los 3 requisitos para que pueda ser susceptible y aceptada:*

- 1.*La necesidad de esta modificación proviene de la obsolescencia de un conjunto de partes que no eran previsibles. Además, no altera la naturaleza global del contrato, no aumenta el coste del acuerdo.*
- 2.*Las modificaciones no son sustanciales ya que mejoran las capacidades y no limitan su uso”.*



Parte de un error la entidad recurrente, al considerar que jurídicamente cabe la posibilidad de modificación de un contrato por la vía del artículo 205 de la LCSP antes incluso de su adjudicación. Tal cosa nunca ha sido posible conforme a la legislación de contratos públicos y tampoco bajo la actual porque, entre otras cosas, el artículo 153.6 de la LCSP señala en su inciso final que:

“no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización”.

El artículo 205 de la LCSP, alude a la potestad de modificación de los contratos vigentes, es decir, ya celebrados. En este sentido hay que tener en consideración que, en la medida en que los contratos públicos son contratos formales que requieren de un acto expreso de formalización, sólo existen y generan obligaciones recíprocas para las partes cuando ya han sido formalizados.

No es esto lo que ocurre en el presente caso, donde el contrato ni siquiera ha sido adjudicado. Por tanto, parte de una premisa completamente equivocada. En efecto, en un supuesto como el planteado resulta imposible proceder a la modificación de un contrato por la sencilla razón de que el mismo todavía no existe. Tampoco existe ningún derecho subjetivo en el licitador meramente propuesto como adjudicatario, tal como señala el art. 157.6 de la LCSP, que señala expresamente que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración.

La fórmula que utiliza la LCSP para adoptar, bien la decisión de no adjudicar o celebrar un contrato, o bien el desistimiento del procedimiento, está prevista en el artículo 152 y no es, por supuesto, la modificación del contrato. En este precepto se indica con claridad lo siguiente si llegado el caso se decidiera no adjudicar el contrato: “2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización.” Es decir, ésta sería la regla aplicable, no la relativa a la modificación del contrato.

De este modo, siempre que resultase debidamente acreditado que la adjudicación del procedimiento causaría perjuicios para el interés público podría acudirse a la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato. Por otro lado, si se justifica adecuadamente en el expediente que existe una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación podría la entidad contratante acordar el desistimiento.

Por lo tanto, como conclusión en nuestro supuesto, en que todavía no se ha procedido ni a la adjudicación ni a la formalización del contrato, resulta imposible proceder a su modificación por la vía del artículo 205 de la LCSP, pues lo que cabe en su caso al órgano de contratación son las opciones previstas en el artículo 152 de la LCSP, determinando proceder a una nueva licitación. Por todo ello procede la desestimación de esta alegación y del recurso.

#### **OCTAVO. Sobre la imposición de multa a la recurrente.**

El órgano de contratación solicita la imposición de multa a la recurrente al considerar que concurre temeridad en la interposición del recurso de conformidad con el artículo 58.2 de la LCSP. Al respecto, señala que “*Por otro lado, pone de manifiesto la recurrente en los antecedentes que esta empresa «lleva en el sector didáctico 40 realizando suministros y proyectos de similar índole, lo cual confiere a la misma una gran experiencia en el sector...», circunstancia que este Órgano de Contratación conoce y corrobora, por lo que no resultaría descabellada la presunción de un mínimo conocimiento jurídico en lo relativo a la contratación pública y más concretamente sobre el obligado cumplimiento de las prescripciones técnicas y sobre la casuística para la modificación de contratos a la que apela en su escrito. Parece tratarse éste, pues, de un recurso que responde a una conducta abusiva, por cuanto adolece de falta de fundamentación técnica y/o jurídica suficiente que lo sustancie y, por el contrario, supone*



*un perjuicio cierto y efectivo para esta entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una medida cautelar de carácter automático y una carga de trabajo adicional para el órgano contratante y el propio Tribunal. En este sentido, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse «cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita».*

*Es por todo lo anterior que debemos solicitar al Tribunal que acuerde no sólo la no adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, sino la imposición de multa a la empresa recurrente por temeridad en la interposición del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP.*

*Por lo tanto, desde esta Dirección General, como órgano de contratación de la Agencia Pública Andaluza de Educación, se solicita la desestimación del recurso interpuesto, ya que no existen razones fundadas para estimar el mismo, siendo conforme a derecho la actuación realizada por la Mesa de Contratación, y la no adopción de la medida cautelar de suspensión solicitada por el recurrente”.*

Pues bien, el artículo 58.2 de la LCSP establece: «En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

*El importe de la multa será de entre 1000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos».*

En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

*“Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014))”.*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe, señalando que «El primero (mala fe, tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón



*procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho».*

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): indica que *«La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento».*

En el supuesto analizado, son tres los motivos que se articulan en el recurso, sin embargo, coincidimos con el órgano de contratación respecto de la vaguedad de las fundamentaciones para una entidad que, como señala, tiene una dilatada experiencia. El recurso, tal y como se ha formulado denota falta de rigor y un uso abusivo de la vía del recurso cuando incluso solicita la suspensión, con tan limitados fundamentos. Actúa, pues, con conciencia de su falta de razón procesal. Y lo mismo cabría indicar respecto del segundo motivo, donde ni siquiera en vía de recurso se ha acreditado el cumplimiento del requisito técnico del PPT objeto de la controversia suscitada.

Concorre, pues, temeridad en el recurso interpuesto. Y en cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos».*

En este caso, el órgano de contratación no facilita datos para cuantificar el perjuicio originado; no obstante, la temeridad apreciada por este Tribunal en la interposición del recurso determina que la multa deba imponerse en cuantía superior al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 1.500 euros.

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

## ACUERDA

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **PRODEL, S.A.**, contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro, entrega e instalación, cuando proceda, de material específico para C.F.G.M de montaje de estructuras e instalación de sistemas aeronáuticos con destino a centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte” (27/ISE/2022/SC), con origen de financiación en fondos europeos” (Expdte. CONTR 2022 0000488310), con respecto al lote 14, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía.

**SEGUNDO.** Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 1.500 euros, por apreciar temeridad en la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.



**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

