

Recurso 599/2023
Resolución 8/2024
Sección Segunda

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

Sevilla, 9 de enero de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LEICA MICROSISTEMAS S.L.U** contra el acuerdo de exclusión de su oferta respecto de los lotes 1 y 2 del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro de equipamiento para Anatomía Patológica con destino al Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva. Financiado con Fondos React-EU» (Expediente CONTR 2023 0000322940) convocado por el Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de julio de 2023 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 acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato de 166.000,00 €.

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.

SEGUNDO. Según resulta del acta de la mesa de contratación, de 5 de diciembre de 2023, en dicha sesión se acuerda la exclusión de LEICA MICROSISTEMAS S.L.U (en adelante, la recurrente) de los lotes 1 y 2 por no cumplir el pliego de prescripciones técnicas (PPT), así como realizar la propuesta de adjudicación a favor de la licitadora MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A para el lote nº 1 y a favor de PALEX MEDICAL S.A para los lotes nº 2,3,4 y 5. Dicha acta se publica en el perfil de contratante el 11 de diciembre de 2023.

TERCERO. El 20 de diciembre de 2023, la recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación en su sesión de 5 de diciembre de 2023.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 21 de diciembre de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada en esta sede, el día 26 de diciembre de 2023 a excepción del informe de alegaciones sobre el fondo del recurso. El listado de licitadores fue remitido con fecha 27 de diciembre.

Mediante Resolución MC 165/2023, de 29 de diciembre, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que se han presentado en plazo por la entidad MENARINI DIAGNÓSTICOS S.A. (en adelante, MENARINI)

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.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el acuerdo adoptado por la mesa de exclusión de la recurrente en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a resultar formalizado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado con Fondos React- EU con una tasa de cofinanciación del 100 %, 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”*.



QUINTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acta de la sesión en la que se acuerda la exclusión de la recurrente se publica en el perfil de contratante el 11 de diciembre de 2023 por lo que aun computando desde esta última fecha el recurso presentado el 20 de diciembre de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal «(...) (II) Que se declare la nulidad del Acuerdo de Exclusión, notificada en fecha 11 de diciembre de 2023 por la que se acuerda la Exclusión de LEICA MICROSISTEMAS, S.L.U de los Lotes Nº 1 y 2 del expediente de referencia, recurrido mediante el presente escrito, retrotrayéndose las actuaciones al momento procedimental oportuno y admitiéndose la oferta realizada por mi representada, procediéndose a su valoración en igualdad de condiciones a la del resto de licitadores.

(III) Que, subsidiariamente, se declare la nulidad del Acuerdo de Exclusión y se retrotraigan las actuaciones a efectos de que se conceda trámite de subsanación y/o aclaración de la oferta técnica a LEICA MICROSISTEMAS, S.L.U por parte del órgano de contratación»

La recurrente discrepa de los motivos de exclusión de su oferta reflejados en el informe técnico alegando que los incumplimientos de las prescripciones técnicas que se le achacan no se corresponden con la realidad de aquella y, en su caso, debieron determinar una solicitud de aclaraciones por parte del órgano de contratación.

En síntesis, cuestiona el único motivo de exclusión de los lotes 1 y 2 -relativo a la falta de inclusión en su oferta técnica del “Product Data” oficial del equipamiento ofertado- alegando que el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), en concreto, la cláusula 6.3 “ Documentación administrativa y técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor” no indica que el referido documento haya de ser incluido en el sobre nº 1 achacando a los pliegos una oscuridad que, a su entender, no puede operar en detrimento de los licitadores. Invoca, al respecto, la Resolución 266/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Insiste en que incorporó en el sobre nº1 de cada uno de los lotes de los que resultó excluida los documentos denominados “3.1 OFERTA TÉCNICA LOTE X” -que adjunta como documentos nº 4 y 5- que contienen las principales características técnicas del producto que permiten la efectiva comprobación del cumplimiento de los requerimientos mínimos del PPT por parte de los productos ofertados.

A modo de ejemplo, indica los requerimientos técnicos exigidos en el PPT para el lote nº 1 (Micrótopo Automático)

Lote 1: MICROTOMO AUTOMÁTICO			
El equipo tendrá al menos las siguientes características:			



<i>Deberá ser capaz de desbastar y realizar el corte de la muestra tan solo con tocas un botón</i>	<i>INCLUIDO</i>		
<i>Permite ajuste del espesor de corte fino</i>	<i>INCLUIDO</i>		
<i>Permite ajuste del espesor de corte grueso o desbaste</i>	<i>INCLUIDO</i>		
<i>Velocidad de corte variable</i>	<i>INCLUIDO</i>		
<i>Avance horizontal de la muestra</i>	<i>INCLUIDO</i>		
<i>Desplazamiento de corte vertical: Al menos de 12,25, 37, 70mm</i>	<i>INCLUIDO</i>		
<i>Rango de retracción de la muestra: No retracción 20-100 um</i>	<i>INCLUIDO</i>		
<i>Mecanismo de seguridad para el usuario</i>	<i>Incluido indicar</i>		
<i>Parada de emergencia. Interrumpe inmediatamente la alimentación del motor</i>	<i>INCLUIDO</i>		
<i>Recogedor de desechos integrados</i>	<i>INCLUIDO</i>		
<i>Interfaz de datos USB2.0</i>	<i>Indicar</i>		
<i>Control remoto: Bluetooth Wireless remote</i>	<i>Indicar</i>		
<i>Peso inferior a 60 kg</i>	<i>Indicar</i>		
<i>Cualquier otra característica que mejore las prestaciones</i>	<i>Indicar</i>		

La recurrente sostiene que en el documento “3.1 Oferta técnica. Lote 1” que acompaña al recurso (Documento nº 4) se indican de forma expresa las características del producto en relación con los transcritos requerimientos del PPT, adjuntando fotografías que acreditan el cumplimiento de estas. Del mismo modo señala que los requerimientos técnicos exigidos para el lote nº 2 (Micrótomos Semiautomáticos) igualmente se pueden comprobar en el documento “3.2. Oferta técnica. Lote 2” que adjunta al recurso (Documento nº 5) insistiendo en que en ambos se hace referencia a los requisitos del pliego, a excepción de aquellas cuestiones de carácter técnico que deberían ser objeto de valoración en los criterios relativos al sobre nº 2.

Señala que, además, junto con la documentación reseñada, en el sobre nº 1 también se incluyó el documento “Anatomía PPT Anexo I Características técnicas LEICA” que acompaña al recurso (Documento nº 6) en el que se declara el cumplimiento de cada prescripción técnica, por lo que sostiene que el órgano de contratación era plenamente conocedor del cumplimiento del pliego técnico por su oferta, careciendo de fundamento la decisión de excluirla.

Asimismo, alega que no existe una definición común y unificada de “Product Data”, resultando de ello que cada empresa define y desarrolla su propio documento de acuerdo con las características específicas de cada producto con relación a los aspectos más relevantes. De ahí que, según su opinión, carece de base la exclusión de una empresa que, por un lado, ha acreditado el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos del PPT, y por otro, ha presentado la documentación requerida, en la medida en que el documento aportado en el sobre nº



1 coincide con la definición de “*Product Data*”, esto es, con una ficha técnica con las principales características del producto.

Esgrime que la discrecionalidad técnica que ampara las decisiones de la Administración no puede respaldar una actuación manifiestamente arbitraria por parte de la mesa de contratación que vulnera los principios de transparencia e igualdad de trato, e invoca, al efecto, la Resolución 1100/2017, de 17 de noviembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la Resolución 108/2021, de 26 de octubre, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y el Acuerdo 25/2019 de 28 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Concluye que la valoración de las prescripciones técnicas debe ajustarse a lo requerido en el pliego, con el fin de garantizar los principios de igualdad y transparencia, y, por tanto, no cabe excluir una oferta que atiende de forma literal con lo requerido por el pliego. Defiende que, en todo caso, y de suscitarse dudas con relación a la oferta técnica y su documentación acreditativa, debería habersele solicitado aclaración, invocando, al efecto, la Resolución 484/2022 de este Tribunal sobre la posibilidad de solicitar a los licitadores aclaraciones de sus ofertas; la Resolución 157/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como el informe 47/09 de 1 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre el régimen de la subsanación de defectos u omisiones en el examen de la documentación administrativa de las empresas candidatas a la adjudicación de un contrato.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A la fecha del dictado de la presente resolución el órgano de contratación no ha remitido el informe sobre el fondo del recurso a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP sustrayendo a este Tribunal de conocer las razones de oposición al mismo.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

MENARINI – que es la entidad propuesta como adjudicataria del lote nº 1- formula alegaciones manifestando, en síntesis, su conformidad con la decisión de la mesa de exclusión de la oferta de la recurrente respecto del lote 1, por incumplir el requisito mínimo obligatorio exigido en los pliegos, al no haber aportado el “*product data*” oficial del equipamiento ofertado, e insistiendo en que ni había oscuridad en los pliegos ni hubo arbitrariedad en las valoraciones.

SÉPTIMO. - Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede abordar la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si resulta conforme a derecho la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente, o en su caso, debió solicitársele aclaraciones con carácter previo a aquella.

En primer lugar, conviene acudir a lo dispuesto en los pliegos reguladores de la presente contratación.

La cláusula 6.2.2 del PCAP, referida a la forma de presentación de la documentación, prevé, por lo que aquí nos interesa, lo siguiente:

«Las personas licitadoras deberán confeccionar y presentar su oferta en DOS (2) SOBRE electrónico con la documentación que se especifica más adelante, a través de SiREC-Portal de Licitación Electrónica. Previamente a su



- Tiempo de garantía en la producción de repuestos desde que se dejen de producir los equipos. (Información a incluir en la oferta)
- Sujeción a las normas de protección y/o seguridad de acuerdo con la normativa legal en vigor en el momento de la oferta. (Información a incluir en la oferta)
- Cuando los equipos ofertados consuman material fungible, los licitadores deberán indicar de qué material se trata. (Información a incluir en la oferta)

Deberá reflejarse claramente en la **oferta técnica** descriptiva de los productos, los puntos de sus características por las que se cumple con todas y cada una de las especificaciones solicitadas en este Pliego, así como la de todos los aspectos por los que se valorará la oferta, según los Criterios de Adjudicación establecidos en este expediente. Las empresas ofertantes, vendrán obligadas a reflejar las **características más sobresalientes** de su oferta técnica. Igualmente deberán adjuntar obligatoriamente el "**Product Data**" oficial del equipamiento ofertado (En castellano o inglés).

Las empresas licitadoras deberán cumplimentar en su totalidad sin modificar el formato, la estructura ni el orden de sus apartados, las **encuestas técnicas** que se adjuntan en este anexo. En caso de no hacerlo, no se evaluará la oferta en los criterios que correspondan. (Se ruega, a la hora de cumplimentar la anterior encuesta, sean concisos en el contenido de la misma, limitando el número de caracteres alfanuméricos)

Cualquier dato exigido en el PPT, no debidamente cumplimentado, no será objeto de valoración.

Toda la documentación constituyente de la oferta será presentada tanto en soporte papel como digital (CD-ROM o pendrive), debiendo estructurarse en sus sobres correspondientes. El incumplimiento de dicho requisito será causa de no valoración de la proposición».

Por su parte, la cláusula 7.1.1 del PCAP contempla la siguiente previsión:

«(...) Finalizado el plazo de admisión de las proposiciones, se constituirá la Mesa de contratación con objeto de proceder a la apertura del sobre nº 1 que contiene la documentación administrativa y técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Si se observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, la Mesa lo comunicará a los interesados, concediéndoles un plazo de tres días para que los licitadores los corrijan o subsanen (...).»

En el supuesto examinado, si acudimos al contenido del informe técnico sobre criterios no automáticos de fecha 5 de octubre de 2023, obrante en el expediente remitido, consta lo siguiente, respecto de la no valoración de la oferta de la recurrente a los lotes 1 y 2:

«2 CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS Y VALORACIÓN TÉCNICA.

2.1 LOTE 1. MICROTOMO (GC: A84848)

• En el Anexo I sobre características técnicas se indica que "Las empresas ofertantes, vendrán obligadas a reflejar las características más sobresalientes de su oferta técnica. Igualmente deberán adjuntar obligatoriamente el "Product

Data" oficial del equipamiento ofertado (En castellano o inglés)". En la oferta presenta por LEICA no se incluye Product Data oficial del equipamiento ofertado. Este aspecto no se cumple en la oferta presentada por LEICA por lo que no se valorará la oferta.

(...)

2.2 LOTE 2. MICROTOMO SEMIAUTOMÁTICO (GC: F93033)

Antes de proceder a la valoración se hacen las siguientes indicaciones:

(...)



• En el Anexo I sobre características técnicas se indica que “Las empresas ofertantes, vendrán obligadas a reflejar las características más sobresalientes de su oferta técnica. Igualmente deberán adjuntar obligatoriamente el “Product Data” oficial del equipamiento ofertado (En castellano o inglés)”. En la oferta presenta por LEICA no se incluye Product Data oficial del equipamiento ofertado. Este aspecto no se cumple en la oferta presentada por LEICA por lo que no se valorará la oferta». (el subrayado es nuestro)

Por otra parte, en el acta de la sesión de la mesa de 5 de diciembre de 2023, figura como causa de exclusión de la oferta de la recurrente a los lotes 1 y 2 el incumplimiento del PPT.

La recurrente combate el motivo de exclusión de su oferta alegando, por una parte, que en el sobre nº 1 incluyó dos documentos, denominados “3.1 Oferta técnica. Lote 1” y “3.2. Oferta técnica. Lote 2” en los que se indicaban de forma expresa las características del producto en relación con los requerimientos del PPT, y que, por tanto, permitían comprobar el efectivo cumplimiento de aquellos. Por otro lado, alega la oscuridad de los pliegos en cuanto a la obligatoriedad de la inclusión en el sobre nº 1 del “Product Data” planteando que, en cualquier caso, ante la duda sobre dicho aspecto de su oferta técnica, debería habersele solicitado aclaración con carácter previo a la exclusión de la oferta.

El órgano de contratación nada alega sobre el fondo del recurso mientras que MENARINI respalda la decisión de la mesa alegando que los pliegos, que fueron consentidos por la recurrente, recogían expresamente un requisito de obligado cumplimiento, que no fue aportado por esta.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de resolver la cuestión litigiosa.

En primer lugar, respecto de la oscuridad en los pliegos que denuncia la recurrente con relación a la obligatoriedad de aportar en el sobre nº 1 el documento *Product Data*, lo primero que hay que señalar, como apunta MENARINI en su escrito de alegaciones, es que la recurrente no impugnó los pliegos en el momento procedimental oportuno con lo que aquellos fueron consentidos y han devenido firmes, por lo que la alegación del referido motivo deviene extemporánea.

No obstante, a mayor abundamiento, si entramos a analizar el clausulado del pliego, observamos que el Anexo I del PPT prevé claramente, al establecer las características generales y requerimientos técnicos mínimos para cada uno de los lotes, que los licitadores, aparte de reflejar las características más sobresalientes de su oferta técnica, deben adjuntar obligatoriamente el “Product Data”. Por otra parte, la cláusula 6.4.2 “*Documentación técnica*” establece que: “(...) El índice y resumen de la documentación relativa a la oferta técnica se elaborará según los modelos Anexos del PCAP. Así como deberán presentar ficha técnica de cada uno de los Lotes a los que licite, siendo requisito imprescindible”.

Es cierto que en el Anexo del PCAP que contempla el Resumen de Anexos a aportar (Sobre nº 1) no figura prevista de manera expresa la mención al documento controvertido, pero sí se hace referencia a la necesaria aportación del Anexo VI-A *Criterios de valoración no automáticos*. En este sentido, la cláusula 6.3 del PCAP -al enumerar la documentación a incluir en el sobre nº 1 -relativa a la documentación administrativa y técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor-, alude a la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor. Y aun cuando las características técnicas de los equipos ofertados constituyen uno de los criterios de adjudicación automáticos -documentación que, conforme a la cláusula 6.3 debería incluirse en el sobre nº 2- lo cierto es que, dentro de los criterios de evaluación no automáticos, el criterio relativo al *Plan de calidad e idoneidad de la solución técnica* (hasta 20 puntos) incluye la valoración, entre otros extremos, del potencial de los equipos presentados para su disposición en oferta (Se valorarán las mejores características técnicas de los equipos ofertados según las encuestas técnicas reflejadas en el



Anexo I del PPT) por lo que de todo ello se infiere que, entre la documentación técnica debía adjuntarse el *Product Data*, para la valoración de los criterios técnicos no automáticos.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que la cláusula 7.2.1 del PCAP, dentro de la rúbrica “*CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN*” establece que, “*para la adecuada comprobación de las prestaciones manifestadas en la oferta por los licitadores, será obligado acompañar el “Product data” del fabricante de los equipos ofertados*”.

Por tanto, sin perjuicio de lo ya indicado respecto de la impugnación extemporánea de los pliegos, al haber sido consentidos por la recurrente, lo cierto es que tampoco le asistiría la razón, aun a efectos meramente dialécticos, puesto que, de acuerdo con lo anteriormente analizado, a la vista del clausulado de los pliegos, queda fuera de toda duda la obligatoriedad de aportar el “*Product Data*” en la documentación técnica a incluir en el sobre nº 1.

Cuestión distinta es que, como plantea la recurrente en su recurso, debiera habersele concedido un plazo de subsanación conforme a lo dispuesto en la cláusula 7.1.1- anteriormente transcrita- para poder corregir la omisión detectada y que se refleja en el informe técnico, en lugar de acordar directamente la no valoración de su oferta, por incumplimiento del PPT, cuestión que pasamos a analizar a continuación.

Este Tribunal viene manteniendo que, siendo la exclusión de la oferta la opción más gravosa para las licitadoras, y en aras de una mayor concurrencia, debe adoptarse con total garantía y en el supuesto que nos ocupa con la seguridad de que el incumplimiento del PPT es claro y expreso, pues, como ha declarado este Tribunal (por todas, Resolución 238/2018, de 8 de agosto), “*solo procede la exclusión de la proposición presentada cuando el incumplimiento sea claro, expreso y deducible de la oferta, de modo que no quepa duda alguna que la misma es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones contenidas en el pliego técnico*”.

Por otra parte, sobre la posibilidad de solicitar a las licitadoras aclaraciones de sus ofertas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre, o la Resolución 152/2021, de 22 de abril de 2021. Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

- Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
- Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.
- El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta pudiera garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación



inmediata de la oferta de que se trate. El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta” Y concluye la sentencia citada que “(...) *en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron.*”

En la misma línea se pronuncia la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08), al indicar que el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que, antes de proceder a la desestimación inmediata de la oferta -opción que siempre tiene en última instancia el órgano de contratación o la mesa de contratación en el supuesto examinado- se dé oportunidad al licitador de confirmar la veracidad del dato dudoso, pues de este modo se consigue, de un lado, que la Administración contratante alcance seguridad jurídica acerca de los términos reales de la oferta para así poder tomar una decisión fundada en orden a su admisión o exclusión, y, de otro lado, que el propio licitador reciba la oportunidad de confirmar la validez de dichos términos o bien de reconocer el error padecido en su oferta que la hace inviable.

En el supuesto examinado, este Tribunal ha podido corroborar que, conforme a la documentación que obra en el expediente remitido, la oferta técnica de la recurrente incluyó la siguiente documentación: (i) el Anexo I PPT *Características generales* (Documento nº 3); (ii) el Anexo VI-A (Documento nº 2); (iii) “*Oferta técnica. Lote 1*” (Documento nº 31) (iv) “*Oferta técnica. Lote 2*” (Documento nº 31). Faltaba, efectivamente, la ficha técnica de los equipos ofertados, pero ello debió motivar la concesión de un plazo de subsanación al licitador y no directamente, la no valoración de su oferta, y la exclusión de la misma respecto de los lotes 1 y 2, máxime cuando aun siendo indiscutible que la aportación de aquel en la oferta técnica era un requisito imprescindible, de conformidad con lo establecido en los pliegos, venía exigida como información con la finalidad de la adecuada comprobación de las prestaciones manifestadas en la oferta por los licitadores. Es decir, no suponía modificación o ampliación de la oferta.

Es la solución que se compadece más con el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 132 de la LCSP al que antes hemos hecho referencia en la doctrina consolidada de este Tribunal sobre la subsanación de las ofertas con carácter previo a adoptar la decisión de expulsión del licitador, que es sin duda, la más gravosa.

En conclusión, la solicitud de aclaraciones o subsanación de las ofertas no es una obligación impuesta a la mesa o al órgano de contratación, sino una posibilidad que tiene cuando entiende que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o que se han de corregir errores materiales en la redacción de la misma; en caso contrario no están obligados a solicitar aclaración si, a su juicio, la oferta es lo suficientemente clara y precisa, pero en modo alguno dicha solicitud de aclaraciones supone vulneración de norma contractual alguna si se realiza en los términos expuestos. (yo eliminaría este párrafo. Se

De este modo, se debió solicitar la subsanación de la oferta, dada la forma en la que estaba configurada, y a la vista de la falta de aportación de la ficha técnica, sin que ello hubiera supuesto vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación, como desliza MENARINI en su escrito de alegaciones.



Por todo ello, en cumplimiento de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia recogidos en el artículo 132 de la LCSP, este Tribunal considera que debe estimarse la pretensión subsidiaria del recurso interpuesto anulando la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente, respecto de los lotes 1 y 2.

OCTAVO. Efectos de la estimación parcial del recurso.

En cuanto a los efectos de la estimación parcial del recurso y la anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente, respecto de los lotes 1 y 2, ha de señalarse que ello conllevará la retroacción del procedimiento al momento previo a su dictado, para que se le solicite la concreta documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos del PPT, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En tal sentido conviene señalar que, en el presente procedimiento, y según consta en el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 5 de diciembre de 2023, en primer lugar, se procedió a la lectura y aprobación por unanimidad de los miembros de la mesa del informe emitido por los servicios técnicos de valoración de los criterios de adjudicación no automáticos, figurando en dicho informe excluidas las ofertas de la recurrente a los lotes 1 y 2. A continuación, se procedió a la apertura del sobre nº 2 “ *Oferta económica y documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas*” solamente de las proposiciones admitidas. Así y tras la valoración de los criterios no automáticos y automáticos, se clasificaron las ofertas por orden decreciente respecto de cada uno de los lotes y se elevó al órgano de contratación propuesta de adjudicación respecto del lote nº 1 a favor de MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A y del lote nº 2 a favor de PALEX MEDICAL S.A.

Ahora bien, respecto de las proposiciones de la recurrente a los lotes 1 y 2 cabe subrayar que las ofertas técnicas presentadas no han sido objeto de valoración como se deduce del informe técnico sobre criterios no automáticos obrante en el expediente remitido, sin que conste que las ofertas económicas presentadas por la recurrente a los citados lotes hayan sido abiertas. Tales circunstancias nos llevan a la conclusión de que en el presente procedimiento no puede hablarse de contaminación en la valoración, sin que quepa realizar una interpretación extensiva de las garantías de objetividad e imparcialidad a preservar por el hecho de que las ofertas económicas de las proposiciones admitidas (solamente una en cada uno de los lotes) sí se hallen abiertas, pues no es presumible en este caso la vulneración de aquellas garantías, siendo desproporcionado y gravoso para el interés público que se persigue con la adjudicación del contrato anular el proceso de licitación respecto de ambos lotes cuando, en el caso de la proposición recurrente, sí es posible la valoración separada y en momentos distintos de los aspectos sujetos a juicio de valor y de evaluación automática, al mantenerse el secreto de esta última parte de la oferta.

Este ha sido el criterio seguido por este Tribunal en numerosos precedentes, entre otros, en la Resolución 223/2021, de 10 de junio, en la que, con invocación de Resoluciones de otros Tribunales de Recursos Contractuales, nos manifestábamos en los siguientes términos:

«(...)Pues bien, este Tribunal ha anulado la licitación por quiebra de dichas garantías cuando, ante una estimación del recurso con retroacción de actuaciones, tenían que volver a evaluarse las ofertas conforme a criterios sujetos a juicio de valor, una vez abiertos todos los sobres de las proposiciones y conociéndose ya la valoración conferida a estas con arreglo a los criterios de evaluación automática. Y ello, por cuanto ese conocimiento podría influir en la nueva valoración a realizar con arreglo a los criterios sujetos a juicio de valor, mermando la imparcialidad del proceso.

(...)



Pero el supuesto analizado en la resolución parcialmente reproducida no es igual al aquí examinado, donde la oferta de TELEVÉS con arreglo a criterios de evaluación automática (sobre 3) no ha sido abierta, conocida ni puntuada y no podrá influir en la valoración que se realice de aquellos aspectos de la misma sujetos a juicio de valor e incluidos en el sobre 2. En definitiva, no puede hablarse de contaminación en dicha valoración si se desconoce el contenido de la proposición recurrente en el sobre 3, ni cabe realizar una interpretación extensiva de las garantías de objetividad e imparcialidad a preservar por el hecho de que el resto de ofertas del sobre 3 sí se hallen abiertas, pues no es presumible en este caso la vulneración de aquellas garantías, siendo desproporcionado y gravoso para el interés público que se persigue con la adjudicación del contrato anular todo el proceso de licitación cuando, en el caso de la proposición recurrente, sí es posible la valoración separada y en momentos distintos de los aspectos sujetos a juicio de valor y de evaluación automática, al mantenerse el secreto de esta última parte de la oferta.

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 117/2015, de 29 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que reproduce a su vez la Resolución 24/2014 del citado Órgano, donde se indicaba lo siguiente:

« (...)este Tribunal ha venido considerando que la readmisión del excluido, como consecuencia de un recurso especial, implica la continuación del procedimiento respecto de la valoración incluyendo la oferta u ofertas excluidas puesto que, en este caso se ha respetado el orden de apertura de los demás licitadores y la nueva inclusión es una consecuencia sobrevenida del recurso interpuesto y no un vicio de nulidad cometido en la tramitación del procedimiento. Además la valoración de la oferta admitida conforme a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor se efectuará siempre antes de conocer su oferta económica, así como la puntuación obtenida en ésta y en el resto de criterios de carácter automático. La conclusión contraria, es decir considerar que en todo caso una vez abiertas las ofertas económicas de todos o de alguno de los licitadores conlleva necesariamente la anulación de todo el procedimiento y una nueva convocatoria es una interpretación que resulta excesivamente formalista y contraría al principio de libre competencia, formulado en el artículo 1 del TRLCSP, pues los preceptos que justifican el carácter secreto de las proposiciones exigen la comprobación de que la actuación realmente ha vulnerado el secreto de las proposiciones y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor y la simple constatación de que del resto de licitadores se conoce tanto la oferta valorable con fórmulas como las valorables con juicio de valor no impide la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor de aquellas ofertas que se retrotraen al momento anterior admitiendo a las excluidas sin que se conozca la puntuación de los criterios sujetos a fórmulas.

Lo relevante no es que una proposición se valore en otro momento temporal que las demás, sino que se haga en el orden procedimental establecido cuando, sin haberse infringido el principio de igualdad en la valoración, procede la retroacción de actuaciones.

(...)

Anudar como consecuencia la anulación del procedimiento cuando las demás empresas también han sido valoradas en el mismo orden establecido, porque en este caso ya se conoce su puntuación total en todos los criterios, sería un criterio riguroso y formalista que resultaría contrario al principio de competencia y concurrencia entre licitadores, pues de anular todo el procedimiento y proceder una nueva contratación, formalmente se cumplirá el procedimiento y la separación de fases, pero con el conocimiento de la totalidad del contenido de las ofertas de todos los competidores lo que permite una adecuación de los términos de la ofertas a la vista del procedimiento anulado.



En consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad aconseja el mantenimiento de todos los actos que no se vean afectados por la irregularidad. La inclusión del licitador excluido no supone ninguna ventaja sobre sus competidores porque la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor se realiza de manera previa o sin conocimiento del importe de los valorables mediante fórmula o porcentaje, el conocimiento que puedan tener los técnicos del resto de ofertas económicas no afecta a su actuación puesto que desconocen la oferta económica de la proposición que están valorando»

El mismo criterio ha sido adoptado también por este Tribunal recientemente en la Resolución 150/2023, de 3 de marzo.

Como consecuencia de cuanto antecede, la estimación parcial del recurso y consiguiente anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente no impide, que tras la oportuna retroacción de actuaciones con conservación de las que no se vean afectadas por la anulación declarada, y para el hipotético supuesto de que se diese cumplida la aportación del “Product Data” respecto del equipamiento ofertado en los lotes 1 y 2, se proceda a efectuar la valoración de la proposición de LEICA con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LEICA MICROSISTEMAS S.L.U** contra el acuerdo de exclusión de su oferta respecto de los lotes 1 y 2 del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro de equipamiento para Anatomía Patológica con destino al Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva. Financiado con Fondos React-EU» (Expediente CONTR 2023 0000322940) convocado por el Servicio Andaluz de Salud, a fin de que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptado mediante Resolución MC 165/2023, de 29 de diciembre.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes 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

