

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la sociedad Witec Wissenschaftliche Instrumente und Technologie GMBH, (en adelante Witec), contra la Resolución de adjudicación a Álava Ingenieros S.A. del “contrato de suministro, instalación y puesta en funcionamiento de un Sistema de Raman Imaging integrado con un microscopio de fuerzas atómicas” Expediente 2022/024.SUM.ABR.MC de la Universidad de Alcalá, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio previo se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 24 de junio de 2022, siendo la fecha límite de presentación de ofertas el 21/07/2022.

El valor estimado del contrato es de 346.140,00 euros.

El 27 de junio se publican los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de Prescripciones Técnicas. Consta financiado con los recursos REACT-UE del FEDER.

Segundo.- El 18 de octubre de 2022 se publica la adjudicación en el Portal de Licitación de la Universidad con las puntuaciones, y en fecha 28 de octubre se interpone recurso especial en materia de contratación. Según la resolución de adjudicación, el recurrente tiene 0 puntos en total de los conceptos y Álava Ingenieros 93,333 puntos. Su oferta económica coincide, va al tipo, y por las mejoras técnicas tiene 0 en todo, no oferta ninguna.

EMPRESA	OFERTA ECONÓMICA (IVA EXCLUIDO)		CRITERIOS VALORABLES MEDIANTE FÓRMULA MATEMÁTICA																				PUNTO REITO CRITERIO 5 (máx. 60)	TOTAL				
			a				b. RANGO EXPLORACIÓN (en micrómetros)								c. RESOLUCIÓN LATERAL (en nm)										d	e	f	g
	Oferta	Puntos (máx. 40)	Nº Mpc	Puntos (máx. 20)	Nº en X	Punto s (10/5)	Nº en Y	Punto s (10/5)	Nº en Z	Punto s (10/5)	Puntos (máx. 10)	Nº en X	Punto s (10/5)	Nº en Y	Puntos (10/5)	Nº en Z	Puntos (10/5)	Puntos (máx. 10)	Nº	Puntos (máx. 10)	Nº	Puntos (máx. 5)			(S/N)	5 punto c		
WITec GmbH	346140	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
ÁLAVA INGENIEROS, SA	382500	40	20	10	100	0	100	0	25	3,333	3,3333	237	3,333	237	3,3333	849	3,3333	10	1	10	20	10	200	5	5i	5	53,33333	93,333

No existen publicaciones de la licitación, salvo el anuncio y los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En el portal de la Universidad, no se publica actuación alguna de la Mesa. La primera publicación es la adjudicación reseñada.

Tercero.- En 28 de octubre presenta recurso especial en materia de contratación, solicitando que dicte resolución por el que, “*estimando el Recurso, anule la resolución impugnada, y siendo apartado de la licitación la empresa ÁLAVA INGENIEROS S.A, sea adjudicado a nuestra representada WITEC el Contrato relativo al expediente referido por ser el único licitador que cumple con los requisitos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas*”.

Cuarto.- El 3 de noviembre de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y

2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), solicitando la desestimación del recurso. En data 10 de noviembre de 2022 presenta alegaciones el adjudicatario.

Quinto.- A tenor del artículo 58 b) del Real Decreto-ley 36/2000 de 10 diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, *“b) El órgano competente para resolver el recurso habrá de pronunciarse expresamente, en el plazo de cinco días hábiles desde la interposición del recurso, sobre la concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad establecidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre y sobre el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, incluidos los supuestos de suspensión automática”*. En fecha 7 de noviembre el Tribunal acuerda mantener la suspensión automática del procedimiento y declarar que *prima facie* no existen causas de inadmisión.

Sexto.- En fecha 11 de noviembre el Tribunal da plazo de alegaciones sobre nulidad a las partes: *“Esto significa que en la licitación no se exige a los licitadores la presentación de documentación técnica correspondiente a los criterios de adjudicación establecidos, no siendo, por tanto, solicitada ni exigida, oferta técnica o documentación técnica a los licitadores.*

Además, en la misma cláusula en su apartado 20 denominado “Otra documentación” igualmente el PCAP establece que “No aplica”.

Es por ello, que queda claro que en la licitación no es preceptiva la presentación de documentación técnica relativa al suministro objeto del contrato por parte de los licitadores, de acuerdo con los apartados indicados (...)

De conformidad con la jurisprudencia, las causas de nulidad de pleno derecho pueden ser apreciadas de oficio, en consecuencia, al no haberse solicitado en el escrito de recurso tal anulación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119. 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como interesado en el procedimiento, dispone de un plazo

de tres días hábiles, a contar desde el siguiente a la recepción del presente escrito, para formular las alegaciones al respecto”.

Acusan recibo el mismo día 11.

El día 16 de noviembre presentan alegaciones el recurrente y el órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Witec está legitimada para interponer este recurso, conforme al artículo 48 de la LCSP como licitadora y segunda clasificada del procedimiento.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, dentro del plazo de diez días naturales , de conformidad con el artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Cuarto.- Se trata de una decisión que es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, apartados 1 a), ya que el Contrato es un contrato de suministros de valor estimado superior a cien mil euros, y 2 c), que se refiere a la adjudicación del contrato como un acto que es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Quinto.- El recurrente fundamenta su recurso en el incumplimiento de las prescripciones técnicas por el adjudicatario, lo que ya advirtió al órgano de contratación por correo electrónico, y se detalla en el recurso.

En fecha 27 de septiembre en el acto público de apertura de las proposiciones económicas conoce el nombre del otro licitador y en fecha 30 de septiembre envía un correo electrónico a la Universidad, dando cuenta de los incumplimientos técnicos del equipo que supuestamente entregaría Álava Ingenieros S.A. No es hasta tal fecha que tendría conocimiento de que no se iba a presentar documentación técnica.

En esta vía adjunta el manual del equipo que ofertaría el competidor, en inglés y de 70 páginas.

La empresa adjudicataria no cumple con el pliego de prescripciones técnicas, no debió ser admitida a la licitación, y la mesa de contratación ha adjudicado sin comprobar que la empresa adjudicataria cumplía con el citado pliego de prescripciones técnicas. Alega, además, que por estos incumplimientos la adjudicataria fue excluida de un procedimiento similar en la Universidad Autónoma de Madrid, de la que resultó ella misma adjudicataria.

Sintetiza el recurrente su larga exposición:

1. Esta parte ha visto lesionado su derecho de defensa por la falta de motivación de la adjudicación.
2. La mesa de contratación no ha desplegado actividad alguna de comprobación de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas.

3. La mesa de contratación, pese a la denuncia de Witec de no cumplir la entonces contendiente en la licitación y finalmente adjudicataria con el pliego de prescripciones técnicas, no hizo nada.

4. La adjudicataria Álava Ingenieros S.A. no cumple con el pliego de prescripciones técnicas y no debiera haber sido admitida a la licitación.

Afirma el órgano de contratación que no se exige tal documentación técnica. El apartado 7 de la cláusula primera (*“características del contrato”*) detalla entre los criterios de adjudicación la puntuación por criterios automáticos (aplicación de fórmulas), hasta 60 puntos, por tipo de microscopio, iluminación láser, y microscopio de fuerzas atómicas, afirmando en el punto 8, de *“Documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación del contrato”*: *“No aplica”*.

Esto significa que en la licitación no se exige a los licitadores la presentación de documentación técnica correspondiente a los criterios de adjudicación establecidos, no siendo, por tanto, solicitada ni exigida, oferta técnica o documentación técnica a los licitadores.

Además, en la misma cláusula en su apartado 20 denominado *“Otra documentación”* igualmente el PCAP establece que *“No aplica”*.

Es por ello que queda claro que en la licitación no es preceptiva la presentación de documentación técnica relativa al suministro objeto del contrato por parte de los licitadores, de acuerdo con los apartados indicados.

Igualmente, no figura esa documentación, en los sobres a presentar.

Tampoco el recurrente ha presentado documentación técnica.

El recurrente ha puesto de manifiesto al órgano de contratación que el adjudicatario presenta un determinado equipo que no cumple con las prescripciones, cosa que el órgano de contratación desconoce. Esta información no consta ni en el expediente de contratación, ni en la oferta presentada por la empresa adjudicataria Álava Ingenieros S.A., ni tan siquiera dicha información pueda obtenerse de manera pública. No teniendo naturaleza de recurso o reclamación el correo electrónico de la recurrente, sino simple comunicación, no se atiende la petición del mismo, pues supondría vulnerar el procedimiento y la seguridad jurídica, porque no se recurre acto alguno.

El supuesto de la Universidad Autónoma es distinto. Como puede comprobarse en licitación de la UAM, de acuerdo con el apartado 16 del Anexo I. y la cláusula 41 de su PCAP, sí se solicitaba documentación técnica junto con la oferta en relación con los criterios cualitativos de adjudicación a presentar en el sobre A.

En cuanto a la alegación de que la actuación de la Mesa ha sido incorrecta al no comprobar el cumplimiento de los requisitos técnicos, esta se ha ajustado en todo momento a los pliegos, que no ha impugnado el recurrente.

La adjudicación está motivada con las puntuaciones que figuran para cada uno de los criterios de valoración recogidos en los pliegos.

La Universidad como entidad contratante que cumple con la legalidad aplicable, una vez que sea entregado por la adjudicataria el suministro objeto del contrato, procederá de acuerdo con la cláusula 30 *“Cumplimiento del contrato y recepción del suministro”* del PCAP a realizar el acto formal de recepción al que acudirá un representante técnico de la Universidad, así como del órgano técnico de auditoría y control de la Universidad y un representante de la adjudicataria, para que *“si los bienes se encuentran en buen estado y con arreglo a las prescripciones técnicas, el funcionario designado por la Universidad los dará por recibidos, levantándose la correspondiente acta, que deberá ser firmada por los concurrentes a la recepción,*

comenzando entonces el plazo de garantía. Si los bienes no se hallasen en estado de ser recibidos, se hará constar así en el acta de recepción y se darán las instrucciones precisas al contratista para que se subsanen los defectos observados o proceda a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado”.

En alegaciones, Álava Ingenieros afirma que va a entregar un modelo reciente y no el que dice el recurrente: *“la empresa Witec basa su fundamento en que el equipo propuesto por Álava Ingenieros S.A distribuidora de “Horiba Scientific” en España, es el Labram HR Evolution, no coincide con lo acontecido y proporcionado realmente en nuestra propuesta, ya que el sistema que suministraremos es un sistema de reciente lanzamiento por parte de “Horiba Scientific” Labram Soleil”.*

Este Tribunal, comprueba que en fecha 25 de junio se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación, y el 27 de junio el pliego de cláusulas administrativas particulares, junto con el *“pliego de prescripciones técnicas del suministro, instalación y puesta en funcionamiento de un sistema de raman imaging integrado con un microscopio de fuerzas atómicas”*, pliego suscrito por el Director del Centro que propone la contratación, con una descripción detalladísima en seis folios de las especificaciones del equipo solicitado, dividido en:

1. Microscopio y sistema de barrido: 17 especificaciones, alguna subdividida en otras 6.
2. Láseres: 5 especificaciones generales, subdivididas en otras cuantas
3. Espectrómetro y detectores: 9 especificaciones, con muchas concreciones.
4. Microscopio de fuerza atómica (AFM): 6 especificaciones
5. Automatizaciones motorizas y controladas vía software único de operaciones: 4 especificaciones

6. Software: 11 especificaciones
7. Ordenador: 1 prescripción, con 7 subprescripciones.
8. Ampliaciones futuras: 1 prescripción.

Incluye, además sin numerar: instalación, garantía de equipo, asistencia técnica, plazo para responder a una avería, curso de formación, invitación a curso extra organizado por el fabricante para al menos 10 investigadores de la Universidad, Prevención de riesgos laborales y coordinación de actividades empresariales, y entrega de documentación técnica del fabricante: *“La empresa contratista, en el momento de la entrega del equipo, deberá presentar, en castellano, la documentación técnica aportada por el fabricante respecto del equipo suministrado, debidamente firmada por el representante de la empresa”*.

Como se recoge en antecedentes, y corrobora el órgano de contratación, no se pide documentación alguna sobre la oferta técnica o sobre el cumplimiento de estas prescripciones técnicas que definen el objeto del contrato.

En el modelo de oferta económica, los criterios automáticos por aplicación de fórmulas distintos al precio, que giran sobre prestaciones del microscopio, no se acompaña de documentación. Ni siquiera contiene una declaración de cumplimiento de las prescripciones técnicas.

Tal y como reconoce el órgano de contratación, la comprobación del cumplimiento de los requisitos técnicos se difiere a la recepción de los equipos.

Y en fecha 30 de septiembre se remite un correo-denuncia al órgano de contratación, detallando los incumplimientos técnicos que, a su juicio, tenía el equipo del competidor.

A juicio de este Tribunal, el diferimiento a la recepción del suministro del examen del cumplimiento de todas las prescripciones técnicas en este suministro vulnera los principios y normas de la contratación pública, y es causa de nulidad de pleno derecho, no convalidada por la no impugnación de los pliegos. Es causa de nulidad de pleno derecho, porque deja fuera del control de los licitadores un elemento fundamental de la adjudicación, causando indefensión, vulnerando los principios de concurrencia, igualdad y publicidad, y prescindiendo del procedimiento legalmente previsto para la adjudicación.

El diferimiento a la ejecución del contrato del estudio de todas las prescripciones técnicas deja el cumplimiento de las mismas fuera del procedimiento de contratación, y con ello del control por la Mesa, por los técnicos del órgano de contratación, y eventualmente su fiscalización y control por los licitadores y órganos administrativos y judiciales. Por lo mismo, es contrario al interés público que se difiera a tal momento el control de un suministro de esta naturaleza. En la recepción del suministro, como se configura en el pliego, solo cabe o hacerse cargo del mismo, aunque incumpla, o resolver el contrato.

Supone que se va a llegar a la formalización, y por tanto perfección, del contrato sin determinación precisa de su objeto.

No comprobar en términos absolutos el cumplimiento de las prescripciones técnicas en el procedimiento de contratación es equivalente a la omisión total y absoluta del procedimiento de contratación, que es causa de nulidad de pleno derecho (artículo 39 LCSP y 47.1 e) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Todo ello sin perjuicio de la comprobación exhaustiva de la conformidad y funcionamiento del equipo una vez instalado, como acontece en el suministro de la Universidad Autónoma de Madrid puesto como ejemplo, donde no solo se requiere

documentación técnica en la licitación, sino que también se prevé y regula el testeo del equipo ya instalado.

Las prescripciones técnicas operan también en el ámbito del procedimiento de contratación, siendo determinantes de la continuidad o exclusión del procedimiento (artículo 126. 7 y 8 LCSP):

“7. Cuando los órganos de contratación hagan uso de la opción prevista en el apartado 5, letra a), de formular prescripciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, no podrán rechazar una oferta de obras, de suministros o de servicios que se ajusten a una norma nacional (...).”

8. Cuando los órganos de contratación hagan uso de la opción de referirse a las especificaciones técnicas previstas en el apartado 5, letra b), no podrán rechazar una oferta basándose en que las obras, los suministros o los servicios (...).”

Igualmente, debe motivarse la adjudicación con ellas. Es obligatorio señalar en la adjudicación *“el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”*. Pero también, *“con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario”*. Para poder motivar la adjudicación conforme a los parámetros designados, es necesario valorar técnicamente las proposiciones.

Una cosa es que las prescripciones técnicas rijan la ejecución de la prestación (tal y como señala expresamente el artículo 124 de la LCSP), y otra bien distinta que se prescindiera de cualquier control en fase de licitación y adjudicación, dejando la entera comprobación de la conformidad del equipo a la ejecución del contrato.

Su aprobación y publicación junto con los pliegos de cláusulas administrativas particulares no es gratuita. Tienen las prescripciones técnicas por objeto realizar *“una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador. En este sentido, debe recordarse que las características técnicas correspondientes al servicio objeto del contrato corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.1 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas, ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su respeto”* (Resolución 132/2022, de 19 de agosto, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi).

Por la vía de no pedir documentación alguna acreditativa de las prescripciones se obvia no solo el cumplimiento del objeto de la licitación, sino que tampoco se garantiza el cumplimiento en fase de ejecución del contrato, máxime teniendo plazo máximo para entregarlo hasta 12 de diciembre de 2022.

Este Tribunal no tiene elemento alguno de juicio derivado del expediente sobre el cumplimiento o no de las prescripciones por el adjudicatario, ni podría remitirse a discrecionalidad valorativa alguna, puesto que no se ha examinado documentación alguna del equipo. Al Tribunal compete examinar las actuaciones del órgano de contratación, no existiendo actuación alguna en la materia por el mismo, salvo la omisiva de no examinar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, por lo que no puede revisarla.

El Tribunal no puede entrar a valorar las alegaciones del recurrente sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas comparando sus afirmaciones con las

características del equipo cuyo catálogo aporta, porque no tiene competencia técnica, y solo puede revisarlas si lo ha hecho previamente el órgano de contratación.

Por otro lado, la discrecionalidad de los técnicos del órgano de contratación en la valoración del cumplimiento de las prescripciones no puede desplazarse por consideraciones jurídicas del Tribunal, al que solo resta apreciar la posible existencia de algún error material evidente (“*de visu*”) o alguna incongruencia, puesto de manifiesto en las alegaciones y documentación del recurrente. O se proponga y practique alguna prueba pericial capaz de desvirtuar la presunción de acierto del dictamen técnico oficial. Como no se ha hecho esta valoración, tampoco puede apreciar estas circunstancias.

Tampoco puede valorar el nuevo equipo que dice va a entregar el adjudicatario, ni las prescripciones del recurrente, que no aportó.

La misma documentación del fabricante que se dice a dar en el momento de entrega del equipo, puede ponerse a disposición de la Mesa de contratación durante el procedimiento de licitación para ser examinada por los servicios técnicos.

Por otra parte, el recurrente actuó confiado en que se solicitaría esa documentación en plazo de licitación, como se deduce del recurso, sin que, de todas las formas, la omisión de impugnación de los pliegos pueda entenderse que convalida un defecto motivo de nulidad de pleno derecho.

Por lo expuesto, procede la nulidad del procedimiento.

Sexto.- Según las alegaciones del recurrente, el adjudicatario sabe por su propio objeto que no cumple con las prescripciones técnicas del contrato, no debiendo presentarse:

“Entiende esta parte que, de la descripción del objeto de la licitación, se sobreentiende que quien concurre a la licitación ha de ser capaz de suministrar tal

objeto y por tanto la licitación sí que exige de manera directa tal capacitación técnica, siendo lo irregular del procedimiento de licitación recurrido la falta de apoyo por el personal técnico de la mesa de contratación y como ya dijimos más arriba su falta de reacción ante la denuncia formulada por esta parte .

Sostenemos que la mesa, pese a las omisiones del pliego, podría haber comprobado el cumplimiento de las prescripciones técnicas de las ofertas de los licitadores antes de la adjudicación, y así haber evitado la presente situación.

La adjudicataria del Contrato no estaba legitimada para concurrir a la licitación, puesto que solo pueden contratar con el sector público las personas jurídicas que acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional y en los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por los medios que establezca el órgano de contratación.

Y visto que el Pliego no reflejaba la obligación de esa comprobación, hubiera podido la mesa de contratación haber abierto un incidente al efecto para exigir de los licitantes los medios que se recogen en los artículos 87 a 90 de la ley de Contratos del Sector público para este tipo de contratos, que tienen igualmente carácter supletorio para lo no concretado en los pliegos”.

El suministro está financiado con fondos europeos y podrían perderse de anular al procedimiento: *“Si el Tribunal al que nos dirigimos apreciara la nulidad del procedimiento de licitación, se pondría en riesgo la asignación a la Universidad de Alcalá de los importes atribuidos por el indicado Fondo (...)*

El plazo de ejecución de los proyectos puede comenzar desde el 1 de febrero de 2020 y finalizará como máximo a 31 de diciembre de 2022. Este plazo de ejecución es improrrogable”.

Forma parte el procedimiento de un convenio con la Comunidad de Madrid para financiar proyectos de investigación SARS –CO2 y Covid 19 con fondos REACT-UE.

Para evitar esta pérdida, *“es posible buscar un equilibrio de los intereses en conflicto, llevando a cabo la anulación de la adjudicación y alternativamente, como*

esta parte interesó en su recurso se descarte a la otra empresa licitante y sea adjudicada la licitación a esta parte o bien se exija de la mesa de contratación que requiera a las entidades licitadoras la acreditación técnica preceptiva y a su vista decida y resuelva nuevamente la adjudicación”.

Es posible la revocación de las resoluciones dictadas en el procedimiento en lugar de la anulación del procedimiento. La revocación es la decisión de la Administración de cancelar jurídicamente un acto anterior. Es una forma de revisión de actos administrativos :

La revocación de actos desfavorables o de gravamen se regula en el artículo 109.1 de la LPAC, el cual establece que:

“Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.”

“Por tanto, el Tribunal a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría a la Universidad licitadora, podrá anular la Resolución de adjudicación en favor de ALAVA INGENIEROS S.A, y aprobando la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la adjudicación, acordar modificar el Pliego de condiciones en lo que respecta a la cláusula 8 “Documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación del contrato” y solicite a las empresas que han ofertado la documentación necesaria y proceda al análisis de la misma por el Órgano de Contratación”.

Sobre las alegaciones del recurrente: el licitador no sabe que incumple con las prescripciones por el propio objeto del contrato. De hecho ha sido valorada su oferta y ha contestado al recurso afirmando su cumplimiento.

Como admite el recurrente, porque lo solicita, la Mesa tenía que haber comprobado ese cumplimiento.

También, como dice el órgano de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares no prevé esa posibilidad, porque no exige la presentación de documentación técnica, y no es una omisión, sino que expresamente afirma que no procede presentar esta documentación: *“no aplica”*.

El Tribunal no está facultado para revocar los actos desfavorables o de gravamen, sino el propio autor del acto, la Universidad en este caso, y ni eso puede, porque el acto es desfavorable para el recurrente, pero favorable para el adjudicatario. Tendría que acudir el procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos o anulables.

Los pliegos vinculan a los licitadores, al órgano de contratación y a las partes en este procedimiento. El Tribunal no puede inventarse un trámite no previsto en los mismos, modificando los pliegos y dando plazo a los licitadores para presentar la documentación. Cualquier modificación de los pliegos, salvo errores materiales o de hecho, da lugar a la retroacción de actuaciones a la aprobación de los propios pliegos: *“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”* (artículo 122.1 LCSP).

El origen de los fondos no es circunstancia que habilite el incumplimiento legal. Este interés correspondía alegarlo a la Universidad.

Séptimo.- El órgano de contratación afirma que *“la “comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas de las ofertas antes de la adjudicación”, no parece a priori que resulte serlo, ya que ni la LCSP ni su Reglamento (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) exigen que esta comprobación deba incluirse en los Pliegos como requisito cuyo incumplimiento constituya causa de exclusión de las ofertas.*

Al no indicar ese Tribunal en qué artículo legal o reglamentario se recoge el trámite esencial que entiende vulnerado y que se supone causa la nulidad, con dicha omisión, lo que está causando es indefensión a este Órgano de Contratación (...)

En este procedimiento, el Órgano de Contratación de la Universidad de Alcalá ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 126.5 apartado a) de la LCSP, en tanto que el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) que rige este contrato, ha sido formulado en términos de rendimiento y de exigencias funcionales, siendo los parámetros lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 8 del citado precepto, cuando las prescripciones técnicas hayan sido redactadas conforme a lo establecido en el artículo 126.5), los órganos de contratación no podrán rechazar una oferta basándose en que las obras, los suministros o los servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones técnicas a las que han hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador demuestre por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en el artículo 128, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos exigidos en las correspondientes prescripciones técnicas.

Asimismo, el artículo 128 punto 1 de la LCSP establece que los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato.

Cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados emitidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por aquellos.

A la vista de lo recogido en el citado artículo, la exigencia de dichos informes como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas, de los criterios de adjudicación y de las condiciones de ejecución del contrato, es una opción que el legislador otorga a los órganos de contratación a la hora de exigir dichos

informes a los licitadores, pero en ningún caso, es una obligación o imposición que la Ley hace a los órganos de contratación y por ende a los licitadores.

Es por ello por lo que, únicamente, cuando los órganos de contratación opten por solicitar a los licitadores dichos informes de prueba por medio de certificados expedidos por organismos de evaluación, será cuando deberán aceptar otros medios de prueba como es un informe técnico del fabricante, siempre que habiendo solicitado en el pliego dicho certificado a los licitadores, los mismos no puedan aportarlos de acuerdo con lo recogido en el punto 2 del artículo 128.

Por tanto, la exigencia de dicha documentación técnica ya sea mediante certificado emitido por organismo de evaluación o mediante informe técnico del fabricante, a presentar por los licitadores junto con la proposición económica, es una opción legalmente establecida que ha tenido este Órgano de Contratación y de la que no ha hecho uso, por lo que, la no exigencia de documentación técnica en el procedimiento no supone la infracción o incumplimiento del procedimiento legalmente establecido”.

En cuanto a la oferta, “como puede comprobarse, dichas mejoras de carácter técnico son mejoras sobre los mínimos exigidos en el PPT, y así figuran tanto en los criterios de adjudicación contemplados en el PCAP, como en el modelo de proposición económica del Anexo VIII (I), que deben rellenar los licitadores”. Si se mejoran los mínimos debe presumirse que estos se cumplen.

Cita sentencia del Tribunal Supremo en Sentencia número 429/2021, de 24 de marzo, como fundamento de la no exigencia de documentación técnica.

En el mismo sentido, Resolución número 1564/2021 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de donde entresaca:

“Conciliando ambas consideraciones, la de la naturaleza del PPT como documento dirigido esencialmente a la adjudicación y no a la regulación de la licitación, y la obligación de cumplimiento de ambos pliegos, el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT no es, en principio, causa de exclusión del licitador, como

ha declarado en varias ocasiones este Tribunal (Resoluciones nº 854/2020, 1281/2016, 613/2014 y 815/2014, entre otras) que ha señalado que tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir; ahora bien si de las especificaciones de la propia oferta cabe concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento, cabe la exclusión.”

Contestando a estas alegaciones, y empezado por la doctrina y jurisprudencia. Primeramente, refieren a contratos de servicios, obligación de “hacer”, no de suministros, obligación de “dar” o entregar.

La Sentencia 429/2021 del Tribunal Supremo no refiere a la omisión en los pliegos de la obligación de presentar cualquier documentación acreditativa del cumplimiento de las prescripciones técnicas, sino a la omisión de la acreditación de una especificación concreta, en un contrato de servicios: *“La cuestión que presenta interés casacional objetivo es la expuesta en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia: si es motivo de exclusión de una oferta, la omisión de un aspecto técnico de la prestación exigido en los pliegos de prescripciones técnicas”*.

Referido en el contrato de estaciones de servicio a la cláusula que establecía la obligación de que *“las estaciones de servicio entregarán obligatoriamente un ticket de repostado al conductor del vehículo en el que consten los datos identificativos de cada suministro y que, como mínimo, serán los siguientes:... Descuento aplicado...Precio del surtidor...”*. Un ejemplar del ticket se entregaría al conductor y otro quedaría en poder de la suministradora.

Concluyendo que *“es admisible así una propuesta para su valoración aun cuando en ella el licitador no haga expresa referencia a ciertos aspectos del contenido del PPT: se parte de la presunción legal de que ha aceptado incondicionalmente los pliegos por el hecho de presentar la oferta tal y como prevé el artículo 145.1 de la*

LCSP 2011, hoy artículo 139.1 de la LCSP 2017, luego desde esa presunción a lo que se está es a las mejoras que proponga”.

“Del acto de adjudicación se deduce que lo omitido por ambas licitadoras no sólo es ajeno a las causas previstas en el artículo 84 del Reglamento general, sino que no contradicen las exigencias técnicas previstas en el PPT. La consecuencia es que por no hacer en sus ofertas una referencia expresa al contenido del ticket, aunque fuese simplemente reproduciendo lo que consta en el PPT, tal silencio no implica incumplimiento alguno: lo determinante es si ofertaron alguna mejora a partir de lo exigido en el PPT en cuanto al seguimiento y control del suministro, lo que incluía el ticket de obligada entrega. Y resultó que en ese punto fue la oferta de DISA, SAU la más valorada de las tres”.

No trata la no exigencia en el pliego de documentación técnica alguna en un contrato de suministro, sino la omisión de un aspecto concreto de la documentación técnica por ambos licitadores, que no contraviene las exigencias del pliego, en un contrato de servicios.

De similar contenido la Resolución 1568/2021 del TACRC se resume en que *“no es ajustado a Derecho acordar la exclusión de la proposición del recurrente por un posible incumplimiento del PPT, en un aspecto parcial, de una significación relativa dentro del conjunto de las prestaciones del contrato y que está referida claramente a la fase de ejecución del contrato”.*

Está referido a un contrato de servicios, donde el efectivo cumplimiento de las prestaciones a conforme a pliego se va a verificar durante la ejecución del contrato. No es un contrato de suministros.

Partiendo de la base de que las prescripciones técnicas van orientadas a la ejecución del contrato, lo que afirma, por una parte, es que por la mera presentación de las proposiciones se entiende cumplidas las mismas y, por otra, que *“no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y*

exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al PPT, 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 PPT, 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.

Así se debe valorar si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el PCAP, cabe deducir un incumplimiento claro, palmario y evidente más allá de toda duda técnica o jurídica, de las prescripciones técnicas exigidas en el PPT que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego”.

En el caso, como era un incumplimiento parcial de una parte del contrato que atañe solo a la ejecución del contrato (“el aspecto que los servicios técnicos atribuyen como incumplido por la recurrente, consiste en la frecuencia de recogidas de residuos que es un aspecto claramente relacionado con la ejecución del contrato y , por lo tanto, en esa fase para los posibles incumplimientos, la LCSP cuenta con medios suficientes para hacer cumplir los extremos que el PPT haya declarado de inexcusable cumplimiento”) estima el recurso contra la exclusión.

El supuesto es un contrato de servicios que es una prestación de hacer, referido por tanto a la ejecución del contrato, y cuyo incumplimiento se puede corregir a lo largo del tiempo.

En el caso es un suministro, que es una prestación de dar, que no se puede subsanar modificando el equipo entregado, y que tiene que cumplirse actualmente, si el contrato se va a ejecutar en plazo. Si no tendrían que fabricar el equipo a medida de esas prescripciones. El equipo tiene que tenerlo en plazo de licitación. No es un servicio a prestar con posterioridad en ejecución, es decir, cuyo cumplimiento solo puede verificarse en fase de ejecución, solo exigible al adjudicatario.

La Resolución del TACRC no valida la omisión en los pliegos de la presentación de cualquier (toda) documentación acreditativa del cumplimiento de las prescripciones técnicas de los suministros, o de cualquier otra tipología contractual.

Por otra parte, las mejoras de las ofertas técnicas consignadas en antecedentes no permiten presumir el cumplimiento de todas las prescripciones técnicas. Son mejoras de aspectos muy concretos de los equipos (6 mejoras en total), cuando los mismos tienen decenas de especificaciones técnicas (60 que se podrían subdividir en otras muchas porque son descripciones de elementos del equipo). Efectivamente, son mejoras adicionales sobre las prescripciones técnicas, pero son 3 mejoras sobre 3 de las 17 especificaciones del “*microscopio y sistema de barrido*”, 1 sobre las 7 especificaciones de los láser, y 2 sobre las 7 del microscopio de fuerza atómica. No dan cuenta del cumplimiento de las prescripciones, de los mínimos técnicos, y no se requiere documentación técnica acreditativa alguna.

La exigencia de informes de verificación del artículo 128 de la LCSP como medio de acreditar el cumplimiento de las prescripciones es una posibilidad, y de no poder aportarlo el licitador “*deberán aceptar otros medios de prueba adecuados que no sean los contemplados en el apartado primero, como un informe técnico del*

fabricante, cuando el empresario de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados”.

Lo que afirma el artículo es que de exigir el pliego esos informes de verificación, y de no poder aportarlos, se puede suplir con un informe técnico del fabricante. No dice que no haya que presentar documentación alguna sobre las prescripciones técnicas si no se pide ese informe de verificación. O que solo haya que exigirla y presentarla si se exigen informes de verificación.

En el fundamento quinto se desarrolla por extenso la obligación de incluir documentación sobre el cumplimiento de las prescripciones técnicas, citando los artículos 126 y 128 de la LCSP, entre otros.

Por todo lo expuesto y conforme a lo desarrollado en los fundamentos anteriores, se anula todo el procedimiento para que en la nueva convocatoria, si se produce, se contemple en los pliegos la presentación de la documentación técnica acreditativa del cumplimiento de las prescripciones técnicas, para ser valorada por la Mesa y los técnicos, dando lugar a la admisión o continuidad del licitador en el procedimiento, o a su exclusión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.-Estimar en parte el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la sociedad Witec Wissenschaftliche Instrumente und Technologie GMBH contra la Resolución de adjudicación a Álava Ingenieros S.A. del

“contrato de suministro, instalación y puesta en funcionamiento de un Sistema de Raman Imaging integrado con un microscopio de fuerzas atómicas”, expediente 2022/024.SUM.ABR.MC de la Universidad de Alcalá, anulando la adjudicación, por los fundamentos expuestos, no habiendo acreditado el cumplimiento de las prescripciones técnicas.

Segundo.- Declarar la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación incluidos los pliegos, que habrá de reanudarse, en su caso, desde el principio, y contemplando en los pliegos la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de las prescripciones técnicas, para su valoración por la mesa de contratación con el asesoramiento técnico preciso. La anulación de los pliegos conlleva la de los actos del expediente relacionados con su aprobación.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Levantar la suspensión del procedimiento ratificada por Acuerdo de este Tribunal en 7 de noviembre.

Quinto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de acuerdo con el artículo 59 de la LCSP.