Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 77/2023

Acuerdo 82/2023, de 11 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "TESIS GALICIA, S.L.", frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de desinfectantes para superficies. Lote 1, partida 3», promovido por el Centro de Gestión Integrada y Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

Ponente: Esperanza Ríos Marín

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de enero de 2023 se envió –para su publicación- al Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio previo de licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP), el día 26 de marzo de 2023. Los pliegos que rigen la licitación se publicaron el día 27 de marzo siguiente.

Se trata de un contrato de suministro, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, formado por un Lote, dividido en tres partidas, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 583 460,06 euros.

En los citados anuncios se indicaba que el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 11 de abril de 2023.

Segundo.- En la tramitación del procedimiento, la Mesa de contratación, en su reunión del día 28 de junio de 2023, acordó, -por lo que a este acuerdo interesa y haciendo suyo el informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa-, la exclusión de la proposición al Lote 1, partida 3, de la mercantil ahora recurrente.

Según figura en el acta levantada al efecto, cuyo anexo es el informe técnico citado, el motivo de su exclusión es: «*No se ajusta al PPT: No es de 80 gr/l*»

El día 30 de junio de 2023 fueron publicados en la PCSP tanto el informe técnico como el acta de la sesión de la Mesa de contratación.

Tercero.- El día 3 de julio de 2023 se recibió en el órgano de contratación un escrito -remitido por burofax el día 30 de junio de 2023- interpuesto por don S.C.G., en nombre y representación de la mercantil “TESIS GALICIA, S.L.”, en el que viene a manifestar su disconformidad con la exclusión referida en el antecedente anterior.

Interesa en su escrito que, con la estimación de su escrito, sea admitida su oferta al procedimiento de licitación.

Cuarto.- El día 4 de julio de 2023, el órgano de contratación, considerando el escrito recibido como recurso especial en materia de contratación, dio traslado del mismo a este Tribunal, remitiendo asimismo el expediente e informe a que alude 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). En su informe, el órgano de contratación se opone a los argumentos del recurso, defendiendo su actuación.

Quinto.- El día 5 de julio de 2023 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, remitió –a través del sistema de notificaciones telemáticas del Gobierno de Aragón– requerimiento de subsanación para aportación del documento que acreditara la personalidad de la recurrente así como la representación del firmante del escrito de recurso. Asimismo, se significaba la posibilidad de completar el escrito interpuesto y aportar la documentación que considerase necesaria. Dicho requerimiento fue atendido y el recurso ampliado, el día 6 de julio siguiente.

Sexto.- El día 7 de julio de 2023, se dio traslado del escrito inicial así como el recurso ampliado, al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP, sin que hayan sido presentadas alegaciones al respecto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dado que con fecha 17 de mayo de 2023, entró en vigor la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón (en adelante, LUECPA), es preciso determinar el régimen jurídico aplicable a la licitación de referencia así como al presente recurso especial.

Para ello debe atenderse al régimen transitorio que se estable en su Disposición transitoria primera, que dispone lo siguiente:

«*Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación haya sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa*

anterior en todas sus fases. En el caso de procedimientos con negociación sin publicidad, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Así, dado que la fecha de publicación de la convocatoria del procedimiento indicada en el Antecedente de hecho primero del presente Acuerdo, es anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley, resulta de aplicación a la licitación la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).

En cuanto al presente recurso especial, se regirá por la LUECPA hasta su resolución, debido a que el acto impugnado se dictó con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en defecto de previsión expresa en aquélla.

SEGUNDO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil “TESIS GALICIA, S.L.”, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117.2.a) de la LUECPA y se dirige contra el acto de exclusión de un licitador, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.b de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a analizar los motivos que se aducen en el mismo en cuanto al fondo. En su primer escrito de recurso combate la exclusión acordada por la Mesa de contratación y a tal efecto aduce los siguientes argumentos:

«Que el criterio de concentración del principio activo del 8% exigido no puede ser categóricamente excluyente por las siguientes razones:

- *No se tiene en cuenta el principio de formulación sinérgica que se persigue en el desarrollo de nuestros productos biocidas. Esto es, haciendo uso de menos concentración de materia activa se persigue obtener igual o mayor eficacia. Esto repercute en los riesgos asociados a los escenarios de exposición del producto para las personas y el medio ambiente. A menor concentración, menor riesgo. Se han de evaluar los perfiles de eficacia biocida en base a los ensayos de eficacia realizados por los licitadores conforme a criterios de la guía BPR para su registro en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS)*
- *Los productos del mercado que están formulados en base a hipoclorito sódico como fuente de cloro activo no son iguales. Si se asume que sí, bastaría con trabajar directamente con la materia prima en cuyo caso tendría sentido que el criterio fuera categóricamente excluyente.*
- *Las muestras enviadas se han ensayado por el licitante según el pliego de condiciones técnicas. No se transmiten los resultados comparativos que se obtienen por la entidad licitante.*
- *Desde el punto de vista económico, la tarifa presupuestada por TESIS GALICIA es un 13% más económica que la del producto finalmente adjudicado. Los ensayos de campo realizados por el licitante con el*

SURGICLOR en caso de haber sido satisfactorios, habrían sido un 13% más económico.»

Y en la ampliación de su recurso la actora añade lo siguiente:

«Ampliación de información técnica argumentativa en relación al punto primero declarado en el anterior informe. En cuanto al perfil de eficacia argumentado, el criterio objetivo de valoración es la eficacia obtenida por el producto según las normas de ensayo y concretamente en términos de materia activa. De esta forma se puede valorar de forma más equitativa.

El SURGICLOR cumple acorde a la normativa BPR (Reglamento Europeo 528/2012) basada en la ISO 14485 con las siguientes normas UNE EN para el área médica:

Actividad bactericida:

- *EN13697 en condiciones limpias en 5min al 3.5%1 de dilución. A un 1.7% ensayado, el producto es efectivo con más de 5 log (se exigen 3log de reducción) para todas las bacterias testadas salvo para el Enterococcus hirae. A la segunda concentración de ensayo elegida que fue del 3.5% se superan ya los 6 logaritmos de reducción para esta bacteria limitante. Atendiendo a la curva de letalidad del producto, los 3 logaritmos se superarían ya para esta bacteria en torno al 2.5%*
- *EN 13727 en fase de ensayo actualmente para condiciones sucias con 5 min de contacto para las concentraciones del 1.75%, 3.5% y 7%.*

Actividad levuricida: EN 13624 en fase de ensayo actualmente para condiciones sucias con un tiempo de 15 min a las dosis del 1.75%, 3.5% y 7%.

Actividad fungicida:

- *EN 13697 condiciones limpias en 15 min al 3.5%. El microorganismo limitante es el Aspergillus niger a la dosis del 1.7% no superándose los 3 log requeridos. Se superan en cambio ampliamente para la Candida Albicans. A la dilución del 3.5% se superan ampliamente los 5 log de reducción (se requieren 3 log según norma). Igualmente, atendiendo a la curva de letalidad, se deben superar en torno al 2.5% de dilución para ese hongo.*
- *EN 13624 en fase de ensayo actualmente para condiciones sucias con un tiempo de 15 min a las dosis del 1.75%, 3.5% y 7%.*

Actividad esporicida:

- *EN 13704 condiciones limpias en 60 min al 4% es efectivo frente a los microorganismos adicionales para usos específicos: Bacillus cereus y Clostridium sporogenes. Tiene en cambio actividad limitada frente a Bacillus subtilis a la dosis ensayada.*

Actividad virucida completa:

- *EN 14476 en condiciones limpias con 5 min de contacto al 2% se superan los 5 logaritmos frente a Poliovirus tipo 1 y Adenovirus tipo 5 y se igualan 5 log para el Murinovirus*

La efectividad de los biocidas en base a hipoclorito sódico se ve condicionada principalmente por el equilibrio entre el cloro activo disponible y el pH de la solución así como por las condiciones ambientales. La formulación del SURGICLOR ofrece gracias a su equilibrio y sinergias una gran eficacia y estabilidad en condiciones reales. Estas características han hecho de él un producto ampliamente comercializado durante la pandemia en hospitales y clínicas en toda España sin tener ninguna incidencia.

APORTA,

Tenga a bien incluir estos argumentos específicos para la declaración realizada en el punto primero del recurso.»

Por su parte, el órgano de contratación en su informe elaborado con motivo de la interposición del recurso expone lo siguiente:

«La empresa TESIS GALICIA, S.L. interpone en fecha 30 de junio de 2023 recurso especial en materia de contratación administrativa contra la exclusión del lote 1 partida 3 material 56148, del procedimiento abierto PA/15/2023, cuyo objeto es el suministro de desinfectantes para superficies.

Lote 1 Desinfectantes para superficies:

1	*3*	*56148*	*DETERGENTE DESINFECTANTE PARA SUPERFICIES CLORADO. HIPOCLORITO SODICO. CONCENTRACIÓN DE 80 GR/L DE CLORO ACTIVO. PRESENTACIÓN EN GARRAFA DE 5 LITROS CON DOSIFICADOR.*

La exclusión de la oferta se fundamenta en el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas, concretamente en no cumplir la condición de disponer de una concentración de 80 gr/L de cloro activo.

Las especificaciones técnicas que debe cumplir el producto licitado se exponen con claridad meridiana en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la contratación. En concreto para la partida 3 del lote 1, dicho Pliego indica:

"DETERGENTE DESINFECTANTE PARA SUPERFICIES CLORADO. HIPOCLORITO SODICO. CONCENTRACION DE 80 GR/L DE CLORO ACTIVO. PRESENTACION EN GARRAFA DE 5 LITROS CON DOSIFICADOR".

Además, en la cláusula 3 PRESCRIPCIONES TECNICAS ESPECÍFICAS, se establece para esta partida (coincidente con el código de artículo 56148):

"El producto 56148 deberá estar inscrito en el Registro Oficial de Biocidas (y exhibir el correspondiente número de autorización nº-DES)"

"Para los productos 56148 y 52690, en la Ficha técnica y en el etiquetado del envase deberá constar la composición exacta, el número de registro AEMPS o marcado CE, indicaciones y forma de uso, espectro de actividad, dosificación y tiempo de aplicación, y las indicaciones de seguridad/precauciones del producto"

El recurrente alega que en la valoración del producto "No se tiene en cuenta el principio de formulación sinérgica que se persigue en el desarrollo de nuestros productos biocidas. Esto es, haciendo uso de menos concentración de materia activa se persigue obtener igual o mayor eficacia".

Pero la especificación técnica no se establece en base a parámetros de eficacia sino en base a la composición del producto y, más concretamente, en el volumen de concentración de "cloro activo", concretamente 80 gr. por litro, equivalentes a un 8 % de concentración para una densidad de 1 Kg por litro. Si se hubiera querido evaluar el producto en base a su supuesta eficacia, se habría exigido este parámetro y, sin embargo, lo que se solicita es "la composición exacta", que es lo que permite comprobar que el producto ofertado se ajusta a la especificación técnica exigida.

La ficha técnica del producto Surgiclor® ofertado por TESIS GALICIA, S.L. informa que el producto tiene un contenido en cloro del 5,2 %, para una densidad de 1,0 – 1,1 kg/L. Es decir, la concentración en gr/L de cloro activo es de entre 52 y 57,2, incumpliendo los requerimientos técnicos establecidos en el PPT, esto es, 80 gr/L.

Y este incumplimiento no se atempera con la afirmación de la recurrente de que "Se han de evaluar los perfiles de eficacia biocida en base a los ensayos de eficacia realizados por los licitadores conforme a criterios de la guía BPR para su registro en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS)", en primer lugar, porque no corresponde al licitador establecer las condiciones de la licitación, entre ellas las especificaciones técnicas y los criterios de valoración de ofertas y, en segundo, tal y como se decía anteriormente, porque no se han establecido en el PPT parámetros de eficacia que puedan ser utilizados de referencia para valorar si los productos ofertados cumplen o no especificaciones técnicas, habiéndose optado por exigir una concentración de cloro activo concreta y por incluir la comprobación de "que el producto asegura una correcta desinfección" dentro de los criterios sujetos a valoración previa (Anexo X del PCAP, Criterio "Seguridad"). Es decir, se valora la eficacia siempre que, previamente, el producto ofertado cumpla con la especificación técnica de 80 gr de cloro activo por litro de producto, algo que el ofertado por TESIS GALICIA, S.L. no cumple.

Por último, indicar que la admisión de la oferta de TESIS GALICIA, S.L. que, tal como se ha expuesto, incumple una especificación técnica clara y concreta, supondría poner en desventaja a otras ofertas que se ajustan a las especificaciones técnicas establecidas y a posibles licitadores que no hubieran presentado oferta porque sus productos con cumplían la prescripción establecida.»

A la vista del debate planteado en el presente motivo del recurso, su resolución exige partir de las cláusulas de los pliegos que rigen la licitación objeto del mismo.

Así en primer lugar, el PPT, la cláusula 1 titulada «Alcance del contrato», establece que «*El presente contrato tiene por objeto el suministro de desinfectantes para superficies.*»

En las cláusulas siguientes del PPT se concretan las prescripciones técnicas de los productos junto con lo indicado en el Anexo I del mencionado PPT – ya transcrito anteriormente- y, en el que claramente figura por lo que aquí interesa: *«CONCENTRACION DE 80 GR/L DE CLORO ACTIVO.»*

Así en la cláusula 3 del PPT ya transcrita se establece como exigencia para el producto del Lote que ahora se impugna, que deberá estar inscrito en el Registro Oficial de Biocidas (y exhibir el correspondiente número de autorización nº-DES) debiendo constar en la ficha técnica del producto y en su etiquetado una serie de requisitos de obligado cumplimiento.

Por su parte, la cláusula 2.2.5.4. del PCAP bajo el título de «*referencias técnicas»*, señala lo siguiente:

«Asimismo, el licitador deberá presentar cualesquiera otros documentos que se indiquen expresamente en el Pliego de prescripciones técnicas y que permitan verificar que la oferta cumple con las especificaciones técnicas requeridas, pero que no van a ser objeto de valoración. Se incluirán en el Sobre B en el caso de que sea obligatoria la presentación de este sobre y en caso contrario en el Sobre C. »

Y el Anexo XI del citado documento relativo a los *criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa (Sobre B)* dispone lo siguiente:

«Lote 1: Desinfectantes de superficies Criterios sujetos a valoración previa Puntos Seguridad: Contenido y Método de valoración: Se comprobará que el producto asegura una correcta desinfección, siendo respetuoso con los

materiales, sin olor desagradable ni irritación de mucosas, no dejando residuo y garantizando un uso seguro para el fin al que va destinado. Se valorará que el envase es resistente y seguro, que el sistema de dispensación facilita la dosificación adecuada sin goteos, derrames ni salpicaduras, garantizando un uso seguro para el fin al que va destinado. Puntos : 34.

Manejabilidad: Contenido y Método de valoración: Se comprobará que por el envase, el sistema de dispensación, su estabilidad tras la apertura o activación, el tiempo de acción y la preparación para su uso aseguran un manejo cómodo, sencillo y rápido, para el uso al que van destinados. Puntos 15.

Total criterios 49»

Además, obra en el expediente administrativo el informe técnico de fecha 29 de junio de 2023, en el que se indica que la oferta de la recurrente no cumple el PPT puesto que su producto «*no es de 80 gr/l*».

Respecto de la oferta de la recurrente figura en la misma, por lo que aquí importa lo siguiente:

«Características:

Estado físico: Líquido

Aspecto: Transparente

Color: Incoloro-ligeramente amarillento

pH: 12-13

Densidad: 1,0 - 1,1 kg/L

Contenido en cloro: 5,2%»

Pues bien la resolución del presente debate debe tomar como punto de partida la doctrina consolidada de todos los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales (por todos, el Acuerdo de este Tribunal administrativo 21/2023, de 9 de marzo 78/2013, y las Resoluciones del TACRC, 209/2013, de 5 de junio, 431/2013, de 2 de octubre, 313/2017, de 31 de marzo), con arreglo a la cual la evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica, es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación, y dichos órganos encargados de la resolución de recursos contractuales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, pues, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «*discrecionalidad técnica*» de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006 –rec. casación nº 7645/2000–, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999). Criterio, por cierto, que ha sido ratificado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 noviembre de 2018, Sala de lo ContenciosoAdministrativo (recurso nº 336/2016), en el que fue –precisamente– objeto de impugnación otro Acuerdo de este Tribunal, el 106/2016, de 28 de octubre, y que dicha Sala confirmó.

Este Tribunal cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, como en el Acuerdo 56/2018, de 6 de julio, que vuelve a asumirse en su posterior Acuerdo 63/2018, de 26 de julio, en el cual –participa del criterio del Tribunal Adminsitrativo Central de Recursos Contractuale (en adelante, TACRC) puesto de manifiesto en su Resolución 313/2017, de 31 de marzo–en el que se ha afirmado que*: «Procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la*

Administración. Venimos manifestando al respecto que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos como es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla.

Así, por ejemplo, en la reciente Resolución nº 516/2016, de 1 de julio, ya razonábamos que la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor. (...) Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal…

Asimismo, dicha resolución señaló que "lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica (..)

En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto veracidad, precisamente por la

cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias».

En el caso que nos ocupa la recurrente argumenta – según ha quedado transcrito en el escrito del recurso- el cumplimiento de su oferta respecto de los requisitos exigidos en los pliegos rectores de la licitación, en tanto que considera que el principio activo exigido del 8% de concentración para una densidad de 1 Kg por litro del producto ofertado no puede ser categóricamente excluyente, aduciendo al respecto los argumentos en favor de su tesis, rebatiendo el órgano de contratación en el informe al recurso dichos argumentos tomando como base el informe técnico de 29 de junio de 2023.

Sentado lo anterior, las discrepancias técnicas de la recurrente –tras cohonestarse con lo manifestado por el órgano de contratación en su informe técnico, así como el informe del órgano de contratación emitido con motivo del presente recurso– no llegan a desvirtuar la presunción de acierto de que gozan dichos informes, pues de indica expresamente el incumplimiento de la oferta al señalar:

«La ficha técnica del producto Surgiclor® ofertado por TESIS GALICIA, S.L. informa que el producto tiene un contenido en cloro del 5,2 %, para una densidad de 1,0 – 1,1 kg/L. Es decir, la concentración en gr/L de cloro activo es de entre 52 y 57,2, incumpliendo los requerimientos técnicos establecidos en el PPT, esto es, 80 gr/L.»

Y ello le lleva a concluir – según se razona de forma motivada- tal y como ha quedado transcrito anteriormente, que la oferta incumple de forma manifiesta

un requisito que esencial del contrato y que venía expresamente indicado en el PPT.

Es decir que la actora no ha logrado evidenciar la existencia de error, arbitrariedad o discriminación por parte de la Mesa de contratación, al concluir el incumplimiento de los pliegos rectores de la licitación en los términos expuestos y, en consecuencia, resulta conforme a Derecho acordar la exclusión de la oferta de la actora, estando además el informe técnico en que se funda la mencionada exclusión, claramente expuesto y sin que constituya prueba suficiente de ninguna incorrección, cuanto se aduce por la actora en su escrito de recurso.

De ahí que – una vez constatado el incumplimiento de la oferta- a continuación proceda acudir a la doctrina de este Tribunal adminsitrativo, expuesta por todos en el Acuerdo 135/2019, de 19 de noviembre, en el que respecto a la inobservacia de los requerimientos técnicos exigibles en los pliegos que rigen la licitación, concluía del siguiente modo:

«(*c)omo este Tribunal ha tenido ocasión de afirmar en su reciente Acuerdo 89/2019, de 5 de julio, que*: "*el punto de partida en esta cuestión es la consideración del contenido de los Pliegos como lex contractus, que vincula tanto a la Administración como a los licitadores, y ello implica que lo regulado en ellos son los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de cada licitador para resultar adjudicatario del contrato. Su incumplimiento debe constituir una causa de exclusión puesto que, en otro caso, no tendría sentido definir las cualidades de los productos o servicios cuya adquisición se pretende. Por su parte, el órgano de contratación ha de estar al procedimiento por él mismo establecido para la selección de licitadores, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial trascendencia a la hora de valorar el cumplimiento –por parte las ofertas de los*

licitadores– de los umbrales mínimos en las prestaciones a realizar por el adjudicatario recogidos en los Pliegos". *Asimismo, en el Acuerdo 26/2019, de 28 de febrero, de este Tribunal se reseña que tal carácter de `lex contractus´ de los pliegos ha sido consagrado jurisprudencialmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009 (rec. nº 5947/2007).*

Y consecuencia de dicho carácter es no sólo que los pliegos resultan vinculantes tanto para los licitadores con la presentación de su oferta (y que implica su aceptación), como para la Administración contratante –de acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 de la LCSP–, sino que además, y como sostiene este Tribunal en el Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre: "(c)*onforme a este precepto, nuestro ordenamiento no sólo establece la relación causa-efecto entre la presentación de las proposiciones y la aceptación incondicionada e íntegra de los pliegos, sino que además aquéllas hayan de ajustarse a éstos*". *Ello en virtud, también, del principio de igualdad de trato que* "(…) *implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera; así como que el artículo 122.2 de la LCSP, en relación con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, establece que `en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán... los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato... y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo´" (Acuerdo 26/2019 ya citado).*

Así las cosas, según este Tribunal tuvo igualmente ocasión de afirmar en su Acuerdo 25/2019, de 28 de febrero, el incumplimiento de las exigencias requeridas en los pliegos "(…) *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*"; *mas,*

una vez constatado un incumplimiento de tal calado, es de aplicación la doctrina expuesta y extractada en el Acuerdo 97/2018, de 5 de octubre, de este Tribunal, con arreglo a la cual: "(…) *entre las prescripciones técnicas puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto.*

Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable, con independencia de la voluntad que tenga el licitador y que en este caso aduce el órgano de contratación, pues lo contrario supondría un manifiesto ataque al principio de igualdad consagrado en el artículo 1º de la LCSP que debe presidir toda contratación pública".

Y tal criterio es compartido –unánimemente– por los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, siendo doctrina consolidada por todos ellos que solamente procede la exclusión de las proposiciones cuando el incumplimiento de los pliegos sea claro y expreso, así como que se deduzca –inequívocamente– de la oferta, de modo que no quepa duda alguna de que la oferta en cuestión se opone a las exigencias mínimas contenidas en ellos. A tal efecto se toma como base la Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), del Tribunal General de la Unión Europea –Sala 2ª–que en su apartado 78 afirma 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 (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)".

Sin ánimo exhaustivo, es menester traer a colación los siguientes pronunciamientos: la Resolución 250/2018, de 13 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que se expresa en estos términos:

«*Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre y 28/2018, de 2 de febrero) la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones técnicas 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 los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 145.1 del TRLCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.*

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Por tanto, en el supuesto examinado, si el órgano de contratación hubiera admitido la oferta de TERUMO en los términos en que se formuló no solo se

habría apartado de las condiciones que él mismo había fijado en los pliegos que aprobó, sino que habría vulnerado el principio de igualdad de trato en perjuicio de aquellos otros licitadores que sí se hubieran ajustado a las exigencias del PPT».

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (en adelante, TACGAL) afirma en la Resolución 160/2019, de 3 de julio:

"*Como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 113/2018 para determinar la exclusión de la oferta: "debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal 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 requisitos exigidos en los pliegos."*

Como expresamos en Resoluciones previas, (por todas, Resolución TACGal 31/2018) el responsable de la presentación de la oferta es el licitador. Aquí estamos ante cláusulas con condiciones claras para las ofertas, en cuanto a la frecuencia exigida para las operaciones de limpieza, por lo que es el licitador quien debe asumir las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta (Sentencia TJUE, de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/2010).

En la Resolución TACGal 40/2018 ya explicamos que si en la proposición del licitador aparecen datos concretos de incumplimiento de lo exigido, no cabe defender la validez de la misma en base a menciones genéricas de ajuste:

(...)

Sin entrar a valorar cuestiones técnicas sobre la realidad de lo indicado que exceden de la competencia de este Tribunal, debemos reiterar que los pliegos eran claros en la exigencia de determinadlas frecuencias de limpieza y esa

obligación, una vez establecida en el PPT por el órgano de contratación, debe ser respetada por igual por todos los licitadores o se quebraría el principio de igualdad, siendo responsabilidad de la empresa adjudicataria la configuración de su oferta en estricto cumplimiento de lo fijado en los pliegos, sin poder ampararse a posteriori en supuestas diferencias técnicas para incumplir lo que era un mandato específico de los documentos rectores del procedimiento, que como es sabido, es lex contractus.

En ese sentido, el órgano de contratación, una vez aprobados los pliegos, no puede pretender excepcionar su contenido durante el procedimiento de licitación. Reiteramos que los pliegos son la ley del contrato y, como tales, obligan no sólo a los licitadores, sino también al órgano de contratación que está sujeto a lo en ellos previsto a lo largo de todo el proceso contractual, pues de otra manera se vulneraría el principio de igualdad de trato.

(…)

En definitiva, la exigencia establecida en los pliegos de la licitación sobre las frecuencias de limpieza era clara e, igualmente, se comprueba que la oferta de la adjudicataria incumple de manera expresa esas exigencias, lo que determina que se deba proceder a su exclusión, sin que sea necesario analizar el resto de motivos de impugnación señalados en el recurso presentado".

También resulta extrapolable al presente caso la Resolución 33/2019, de 30 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid cuando apunta que:

"*Evidentemente, no puede cambiarse un requisito técnico del Pliego a la vista de las ofertas presentadas. No puede obviarse que puedan existir potenciales licitadores que no hayan concurrido a la licitación por no tener el requisito analizado, que se configuró como esencial en el Pliego, por lo que admitir ahora otras soluciones, además de contravenir el mismo, supondría una vulneración del principio de transparencia y de igualdad.*

Si el órgano de contratación consideró que cabían y eran admisibles otras técnicas u otras soluciones, así debió expresarlo en el PPT o aclararlo en su momento en respuesta a las consultas formuladas. Los Pliegos vinculan a ambas partes y son obligatorios en todos sus términos, también para la Administración convocante".

En idéntico sentido se han pronunciado el TACRC en sus Resoluciones 52/2015, de 20 de enero, y 561/2018, de 8 de junio, entre otras; el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Canarias en la Resolución 88/2016, de 19 de julio; el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi –en adelante, OARCE– en su Resolución 99/2016, de 13 de septiembre; o el Tribunal de Contratos Públicos de Navarra en la Resolución 68/2017, de 30 de octubre.»

Por tanto el principio de igualdad de trato, así como el de transparencia exige que todas las ofertas de las licitadoras que concurran a las licitaciones públicas, deben cumplir inexcusablemente con lo dispuesto en los pliegos rectores de la licitación- en este caso las cláusulas 1, 2 y 3 del PPT, así como lo señalado en la 2.2.5.4 del PCAP-, de tal modo que, una vez comprobado dicho cumplimiento, se debía proceder a valorar únicamente las ofertas que, efectivamente acataban los pliegos que rigen la licitación, excluyendo a las ofertas incumplidoras – en este caso, la oferta de la recurrente- en tanto que la presunción de validez de las ofertas, decae si del contenido de la oferta- como es el caso, según detalla el órgano de contratación- hay una manifiesta vulneración de las obligaciones contractuales expresadas en el PPT.

Por tanto, a la vista de cuanto se ha expuesto es claro que el incumplimiento de oferta de la recurrente es expreso y de tal calado que, desoye los requisitos del contrato tal y como ha diseñado el órgano de contratación en los pliegos rectores de la licitación, por lo que este Tribunal administrativo debe

necesariamente confirmar la validez de la actuación administrativa, de excluir la oferta de la licitación y desestimar este motivo de recurso y con él, el presente recurso.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 117 y siguientes de la LUECPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado en nombre y representación de la mercantil “TESIS GALICIA, S.L.” frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de desinfectantes para superficies. Lote 1, partida 3», promovido por el Centro de Gestión Integrada y Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL, **LA SECRETARIA, P.A.**

Esperanza Ríos Marín. **Paula Bardavío Domínguez**