



Recurso nº 1749/2021 C.A. de Castilla- La Mancha 180/2021

Resolución nº 83/2022

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 27 de enero 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. A. R. B. , en representación de DIAGNÓSTICA LONGWOOD, S.L., contra la exclusión de sus ofertas de los lotes 32 y 33 del procedimiento de contratación para la *“Adquisición de material fungible y equipamiento en cesión uso para realización determinaciones analíticas laboratorios de la GAI Ciudad Real, GAI Cuenca, GAI Guadalajara y GAI Toledo 6102to19sum00013”*, expediente 2019/013280, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 4 de diciembre de 2019 el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) aprobó el expediente de contratación y los pliegos rectores para el contrato mixto (suministro, servicios y obras) para la adquisición de material fungible y equipamientos en cesión necesarios para la realización de las determinaciones analíticas del laboratorio de análisis clínicos y diverso equipamiento auxiliar, así como su mantenimiento integral de los laboratorios del Nivel I y II GAI Ciudad Real, GAI Cuenca, GAI Guadalajara y GAE Toledo, procediendo al envío de la licitación al DOUE y a la Plataforma de Contratación del Sector Público que anunció el procedimiento abierto con fecha 15 de diciembre de 2019 con un objeto dividido en 41 lotes, con un valor estimado del contrato de 74.466.933,72 € (IVA excluido) y con fecha máxima para la presentación de ofertas hasta el día 14 de febrero de 2020 a las 14:00 horas.



Segundo. A los lotes nº 32 y nº 33 objeto del presente recurso referidos a *“Tipaje HLA alta resolución: GAI Ciudad Real”* y *“Tipaje HLA baja y media resolución: GAE Toledo, GAI Ciudad Real”* presentaron proposiciones en plazo las siguientes empresas:

Lote nº 32:

- COMERCIAL RAFAER, S.L., y
- DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L.

Lote nº 33:

- COMERCIAL RAFAER S.L.,
- DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L., y
- EUROIMMUN DIAGNOSTICS ESPAÑA S.L.U.

Tercero. Reunida la mesa de contratación para la apertura de la documentación administrativa fueron admitidas las cuatro empresas concurrentes y el 9 de marzo de 2020 previa convocatoria se reunió de nuevo la mesa de contratación con el fin de proceder al estudio y aprobación, en su caso, del informe técnico de valoración del grado del cumplimiento del PPT de las ofertas presentadas,

Cuarto. El 26 de octubre de 2021 la mesa de contratación fue convocada con la finalidad de proceder a la toma de razón de los informes técnicos de 13 de abril de 2021 y 1 de julio de 2021 evaluadores del cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos del PPT de varias ofertas presentadas, entre otras, las de los lotes 32 y 33.

En relación con el lote nº 32 el acta levantada por la mesa señala literalmente cuanto sigue:

“(…) Vista la aclaración remitida y la documentación aportada en el Sobre 2, las referencias de los siguientes productos ofertados Qubit Flex Fluorometer, Ref: A44984 y GeneStudio S5 Plus. Ref: A38195 no coinciden con las indicadas en el Certificado CE aportado, por lo tanto, la licitadora NO APORTA en el sobre 2 el Certificado CE de los productos ofertados:

- Qubit Flex Fluorometer, Ref: A44984 y GeneStudio S5 Plus. Ref: A38195, exigido para licitar en el punto 6) apartado AB) del Anexo I del PCAP “Respecto a cada uno de los*



equipos, soluciones, calibradores y fungibles varios ofertados, deberán aportar el Certificado CE con sus ANEXOS, conforme al cumplimiento del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre por el que se regulan productos sanitarios”.

En relación con el lote nº 33:

“Revisada la documentación técnica aportada en el sobre 2, DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L., no cumple requisitos la cláusula AB) 6º del Anexo I al PCAP:

NO APORTA en el sobre 2 el Certificado CE, exigido para licitar en el punto 6) apartado AB) del Anexo I del PCAP

Respecto a cada uno de los equipos, soluciones, calibradores y fungibles varios ofertados, deberán aportar el Certificado CE con sus ANEXOS, conforme al cumplimiento del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre por el que se regulan productos sanitarios, de los siguientes productos ofertados:(...)”.

Por acuerdo de la mesa de contratación, en esta misma sesión, de 26 de octubre de 2021 se excluye a la empresa DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L., de la licitación por incumplimiento de los requisitos y prescripciones mínimas exigidas en el PPT, en lo tocante a los lotes 32 y 33. La exclusión fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 28 de octubre de 2021.

Quinto. El 19 de noviembre de 2021 estando disconforme el representante de la empresa DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L., presentó en sede electrónica recurso especial contra su exclusión en los lotes nº 32 y 33, por considerar que dicha exclusión es contraria a Derecho e insta su declaración de nulidad.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, recibido el expediente de contratación y el informe del poder adjudicador, en fecha 11 de enero de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a la otra licitadora concurrente a los lotes 32 y 33, otorgándole un plazo común de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulase alegaciones. No se ha hecho uso de este trámite en el presente recurso especial.



Séptimo. Por Resolución de la secretaria del Tribunal de fecha 13 de diciembre de 2021, dictada por delegación de éste, ha acordado decretar la medida provisional consistente en suspender el procedimiento en relación con los lotes 32 y 33, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP, y 22.1. 1º del RPERMC, y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 15 de octubre de 2012, prorrogado el 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la notificación y publicación de los acuerdos de exclusión de los lotes 32 y 33 y, la formalización del recurso especial en materia de contratación.

Tercero. En cuanto a la legitimación, la empresa recurrente se ha presentado a la licitación en los lotes 32 y 33, de los que ha resultado excluida, por lo que goza del concepto de interesado ex artículo 48 de la LCSP.

Cuarto. Es norma esencial de *ius cogens* que la actuación impugnada se refiera a uno de los contratos enunciados en el artículo 44.1 de la LCSP, y que se contraiga a una de las relacionadas en el párrafo 2º del mencionado artículo 44 de la LCSP.

En el presente supuesto el representante de la empresa DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L., recurrente impugna el acuerdo de exclusión en los lotes 32 y 33, de un contrato mixto (suministro, servicios y obras) cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que al abrigo el artículo 44.1, a) y 44. 2, b) se contrae a actuaciones susceptibles de revisión por esta vía del recurso especial en materia de contratación.



Quinto. La defensa de DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L. muestra su absoluto rechazo a la exclusión en los referidos lotes nº 32 y 33 del procedimiento, por entender que cumple con rigor todas las prescripciones técnicas exigidas por el órgano de contratación y acrisoladas en los pliegos a los que se ha sometido de conformidad con el artículo 139 de la LCSP.

La defensa de la recurrente insiste en el escrito de formalización del recurso, que DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L. presentó en el Sobre 2 toda la documentación señalada y exigida en el apartado T.1 del cuadro de características anejo al PCAP, y que no entiende la motivación de la subsanación requerida y, menos aún, los motivos de exclusión en los lotes 32 y 33.

Lo cierto es que en sede de este recurso manifiesta no entender las razones por las cuales el informe técnico, y luego la mesa de contratación, han acordado su exclusión de los referidos lotes 32 y 33, *“Tipaje HLA alta resolución: GAI Ciudad Real” y “Tipaje HLA baja y media resolución: GAE Toledo, GAI Ciudad Real”,* respectivamente.

En el escrito de formalización del recurso la empresa excluida y ahora recurrente se centra en que los vicios detectados pudieron ser fácilmente susceptibles de subsanación pues consistiría sin más en aportar los certificados comunitarios CE de los productos ofertados y así la defensa de la recurrente advierte que:

“Igualmente, en el escrito de aclaraciones (Vid. Documento Número CUATRO) se le trasladó al órgano de contratación que no pudo aportarse el certificado normalizado en el momento de presentación de la oferta, dado que, si bien el producto había sido auditado y había obtenido el marcaje CE, no se había redactado todavía el documento normalizado.

Es por ello, que el órgano de contratación debería haber permitido aportar a la entidad mercantil compareciente el certificado. Pero no fue así, ya que en el requerimiento remitido por la Mesa de Contratación (Vid. Documento Número TRES) se indicó expresamente que no podía aportar documentación alguna.



Entiende la entidad mercantil compareciente que el proceder de la Mesa de Contratación vulnera tanto lo dispuesto en el artículo 326 como en el 141.2 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Y continúa: “Si la Mesa de Contratación tenía dudas acerca de la suficiencia de la acreditación debería haber solicitado la subsanación a la entidad mercantil compareciente tal y como se ha detallado con anterioridad. Cualquier otra interpretación, actuación o proceder y, desde luego, la exclusión ante la que ahora nos encontramos, es contraria a Derecho, al transgredir, además de los más básicos principios de Derecho Administrativo, el contenido de los artículos 141 y 326 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Con apoyo en la doctrina jurisprudencial sobre la subsanación de las ofertas, esgrime ahora la recurrente que:

“Entiende la entidad mercantil compareciente que el caso que nos ocupa es perfectamente subsumible en las resoluciones transcritas y, en su consecuencia, el órgano de contratación debió de haberle requerido para que aportara los certificados CE, máxime cuando en la oferta presentada por mi representada se acreditó sobradamente el cumplimiento del mercado CE”.

Por todo ello, estima que se tratan de defectos fácilmente subsanables y que se le debió conceder un trámite de mejora o de subsanación para los dos lotes de los que fue excluida.

Por todo lo expuesto, la defensa de DIAGNÓSTICA LONGWOOD, S.L., suplica a este Tribunal a estimación del recurso presentado y ordenar la anulación de la decisión de exclusión adoptada por la mesa de contratación del SESCOAM, declarándose la retroacción de las actuaciones al efecto de proceder al requerimiento de la subsanación de la documentación no aportada.

Sexto. Por su parte, el informe del órgano de contratación de fecha 11 de enero de 2021 suscrito por el Secretario General del SESCOAM se opone a todas y cada una de las alegaciones de la recurrente DIAGNÓSTICA LONGWOOD, S.L., e insta la desestimación del recurso por considerar que las exclusiones en los lotes 32 y 33 son conforme a Derecho.



El informe se centra en que las exclusiones de DIAGNÓSTICA LONGWOOD, S.L., tanto para el lote 32 como para el 33, están motivadas en el incumplimiento del PPT y de esta forma, lo reseña para cada uno de los lotes referidos.

Para el lote 32 y teniendo en cuenta el informe técnico obrante en el expediente y transcrito en el informe del órgano de contratación se advierte que:

“Vista la aclaración remitida y la documentación aportada en el Sobre 2, la licitadora NO APORTA en el sobre 2 el Certificado CE del producto ofertado: Reactivo extracción automática de DNA MIAFORA MFlex Kit 11 loci(CE) 96-Test SR-800-10534-96 ofertado a

los códigos Sescam: 016945, 016946, 046499, 000468, 000469, 046563, 046563, 046534, 016950, 000473, 000479, 000480, exigido para licitar en el punto 5) apartado AB) del Anexo I del PCAP:

<<Deberán aportar de cada reactivo el Certificado CE con sus ANEXOS, conforme al cumplimiento del Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre sobre Productos Sanitarios para Diagnóstico in Vitro>>.

Tal y como indica la licitadora en su respuesta a la aclaración solicitada, el fabricante no disponía del Certificado CE durante el plazo de la presentación de la oferta “estando pendiente recibir el documento final por parte de la administración”.

*Todas las certificaciones y documentaciones deben presentarse en tiempo y forma, por formar parte del SOBRE 2. Tal y como se indica en el punto 2) Documentación técnica a presentar en el Sobre 2, apartado AB) del Anexo I del PCAP “Toda la documentación solicitada en este apartado (sobre nº 2), debe presentarse con carácter obligatorio con objeto de comprobar que se cumplen las condiciones mínimas exigidas en el PPT. **Será causa de exclusión la no presentación de la misma o su no adecuación a las características técnicas del contrato**”.*

Por lo que se refiere al lote 33, se recogen en el informe del órgano de contratación las siguientes conclusiones:



“Vista la aclaración remitida y la documentación aportada en el Sobre 2, la licitadora NO

APORTA en el sobre 2 el Certificado CE, exigido para licitar en el punto 6) apartado AB) del Anexo I del PCAP “Respecto a cada uno de los equipos, soluciones, calibradores y fungibles varios ofertados, deberán aportar el Certificado CE con sus ANEXOS, conforme al cumplimiento del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre por el que se regulan productos sanitarios.”, de los siguientes productos ofertados:

Consumibles: (...)

Equipos: Plataforma ISEQ, Secuenciador ISEQ ILLUMINA, Cuantificador QUBIT, Cuantificador Nanodrop, Termiciclador Veriti, Pippin Prep.

No siendo correcto lo expuesto por la licitadora en su aclaración en la que concluye que, si el reactivo principal ofertado “Kit Miafora Mflex” posee Certificado CE, este incluye la certificación tanto de los equipos como los reactivos y consumibles adicionales. Cada consumible, reactivo, equipo, utilizado para el Diagnóstico In Vitro debe disponer de su certificado CE expedido por un Organismo Notificado.

*Todas las certificaciones y documentaciones deben presentarse en tiempo y forma, por formar parte del SOBRE 2. Tal y como se indica en el punto 2) Documentación técnica a presentar en el Sobre 2, apartado AB) del Anexo I del PCAP “Toda la documentación solicitada en este apartado (sobre nº 2) debe presentarse con carácter obligatorio con objeto de comprobar que se cumplen las condiciones mínimas exigidas en el PPT. **Será causa de exclusión la no presentación de la misma o su no adecuación a las características técnicas del contrato**”.*

Discrepa el informe jurídico del órgano de contratación, SESCOAM, sobre la subsanación de los defectos advertidos, los marcados CE, en los productos ofertados pues se excede a juicio del órgano de contratación de meros defectos o errores materiales, implicando su mejora una contraoferta en la fase de admisión con quebranto de los principios de igualdad y no discriminación, máxime cuando los pliegos advierten como causa de exclusión la no presentación o la no adecuación a las características técnicas del contrato.



En el informe del Secretario General del SESCOAM se enfatiza que: *“En el supuesto actual, se trataría de una situación similar defendida por el TACRC y avalada por el Tribunal Supremo no permitiendo en el trámite de aclaraciones “...la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta...”, en este supuesto, presenta las auto declaraciones de conformidad del marcado CE cuando el PCAP en su página 228/254 indica “Toda la documentación solicitada en este apartado (sobre nº 2), deberá presentarse con carácter obligatorio con objeto de comprobar que se cumplen las condiciones mínimas exigidas en el PPT. Será causa de exclusión la no presentación de la misma o su no adecuación a las características técnicas del contrato. Deberá presentarse en papel y en modo electrónico”. Asimismo, la doctrina del TACRC permite la aportación de documentos siempre que no se trate de un error material ni de una ambigüedad en la oferta, este órgano de contratación entiende que no se trata de un error material ni tampoco de ambigüedad al no concurrir los requisitos del Tribunal Supremo para consideración de errores materiales, de hecho, o aritméticos, es decir, que sean ostensibles, manifiestos e indiscutibles. Permitir nueva documentación en la oferta quebranta el principio de igualdad entre licitadores e incluso la propia recurrente continúa en el procedimiento en el resto de lotes en los ha cumplido íntegramente con la documentación exigida en el PCAP”.*

Y prosigue:

“La empresa recurrente no puede alegar como defiende en el recurso el olvido o error material al preparar la oferta cuando continúa en el procedimiento en otros lotes restantes (en los que sí ha presentado los Marcados CE). O bien no posee dichos Marcados CE o bien no fue diligente al preparar su oferta, situación que no tiene por qué ser tolerada ni por este Órgano de Contratación, máxime cuando el Anexo I al PCAP es claro y conciso al exigir dicha documentación y advertir sobre el efecto de exclusión de su no presentación, ni por el resto de licitadores que han presentado su oferta conforme a los pliegos, cumpliendo con la obligación impuesta por el PCAP y quebrantando el principio de igualdad que debe presidir todo procedimiento de adjudicación.

Así pues, resulta claro que los licitadores debían incluir en el sobre nº 2 (con objeto de comprobar, con carácter previo y sin ser criterio de valoración, que lo ofertado cumple con



lo exigido en el pliego) la documentación correspondiente a las características mínimas de los equipos en cesión de uso que se exigían:

T.1) Criterios sujeto a evaluación previa (mediante juicio de valor)

ARCHIVO ELECTRÓNICO O SOBRE Nº 2

Deberá presentarse sobre o archivo electrónico nº 2 que contendrá la documentación solicitada en el apartado AB, punto 2 de este ANEXO, debe presentarse con carácter obligatorio con objeto de comprobar que se cumplen las condiciones mínimas exigidas en el PPT.

SERÁ CAUSA DE EXCLUSIÓN la no presentación de la misma o su no adecuación a las características técnicas del contrato recogidas en el PPT.

AB) OTROS ASPECTOS, DATOS U OBSERVACIONES A TENER EN CUENTA:

2.- DOCUMENTACIÓN TÉCNICA A PRESENTAR EN EL SOBRE Nº 2 (No sujeta a valoración).

Las empresas licitadoras deben presentar en el SOBRE 2:

5) Deberán aportar de cada reactivo el Certificado CE con sus ANEXOS, conforme al cumplimiento del Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre sobre Productos Sanitarios para Diagnóstico in Vitro.

6) Respecto a cada uno de los equipos, soluciones, calibradores y fungibles varios ofertados, deberán aportar el Certificado CE con sus ANEXOS, conforme al cumplimiento del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre por el que se regulan productos sanitarios.

El que la empresa haya presentado una declaración responsable de que lo ofertado cumple con el pliego, no garantiza que lo que suministre a posteriori sea así; razón por la cual, y ante la gravedad (dado el carácter sanitario del suministro que se licita) que supone el incumplimiento de las características básicas, es por lo que se ha solicitado su presentación en el sobre nº 2. Interpretar el pliego en el sentido en el que lo hace el



recurrente, en beneficio propio, supondría infringir el principio de igualdad entre los licitadores que impera en todo procedimiento de contratación”.

Por todo ello y dado el carácter preceptivo de la exigencia del marcado CE por mor del Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre y con invocación de la doctrina de este Tribunal sobre los límites a la subsanación de las ofertas, suplica al Tribunal la desestimación del recurso y, por ende, la confirmación de la legalidad de las exclusiones decretadas para los lotes nº 32 y 33.

Séptimo. Hemos de partir del carácter preceptivo de unos pliegos que gozan de la eficacia de *lex contractus* y que además no han sido recurridos en tiempo y forma por las licitadoras afectadas por lo que gozan además de las notas propias de la firmeza administrativa.

Recordemos el valor vinculante de los Pliegos, auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para la Administración convocante sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, con especial intensidad en las empresas licitadoras concurrentes. Siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha precisado que el PCAP es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (Resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012).

Asimismo, este Tribunal ha venido declarando en reiteradas ocasiones que el carácter preceptivo de los pliegos, es igualmente respecto de los pliegos de prescripciones técnicas o demás documentos contractuales de naturaleza similar, «en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato» (por todas, Resoluciones 535/2013, de 22 de noviembre, 548/2013, de 29 de noviembre, 490/2014, de 27 de junio, o 763/2014, de 15 de octubre). Citadas en las Resoluciones nº 802/2016, de 7 de octubre y en la nº 956/2017, de 19 de octubre.

De hecho, la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, está expresamente recogida en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



Este precepto establece que: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Por tanto, es innegable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta (Resolución nº 551/2014 de 18 de julio, citada en la nº 474/2019, de 30 de abril). Doctrina recordada en la Resolución nº 973/2019, de 9 de septiembre.

En el supuesto que ahora nos ocupa hemos de atender a la singularidad de esta licitación en que no existen criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor, pero sí un análisis técnico de evaluación de la documentación técnica de las licitadoras.

La especialidad de este procedimiento abierto ha conducido a la exigencia de un sobre nº 2 de documentación técnica no sujeta a valoración (apartado AB del Anexo I del PCAP), que una vez abierto por la mesa se les dio traslado a los técnicos para la comprobación del cumplimiento del PPT, y así obra en el expediente un informe de 184 páginas del equipo técnico en el que con gran detalle se analiza la documentación técnica de las empresas concurrentes y previa a la apertura de los sobres o archivos que contienen las ofertas para su evaluación conforme a los criterios de adjudicación previstos en los pliegos.

Dado el carácter eminentemente técnico y singular del tema que nos ocupa hemos de apelar a la discrecionalidad técnica de que goza el Comité Técnico para comprobar el cumplimiento del PPT, máxime ante la existencia de esta fase previa a la apertura de las ofertas.

Como es sabido, la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, siempre y cuando concurren las premisas que la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales han ido fijando: que tal incumplimiento sea expreso (no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las exigencias mínimas técnicas) y claro (debe 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).

Sentado lo anterior, el análisis de la conformidad de la documentación técnica presentada por DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L., para los lotes 32 y 33 con el PPT es una cuestión de evidente índole técnico, debiendo analizarse como ha sido formulado y consagrado, bajo el prisma del tradicional principio de la discrecionalidad técnica de la Administración que ha sido fijado por la jurisprudencia de nuestros altos tribunales.

En tal sentido, cabe recordar que el Tribunal Supremo, reproduciendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 219/2004, de 29 de noviembre o STC 86/2004, de 10 de mayo) ha dejado sentado en numerosas sentencias (STS de 23 de noviembre de 2007, Roj 8950/2007, o STS de 3 de julio de 2015, Roj 3391/2015), que en cuestiones que hayan de resolverse a través de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración (en el presente caso, del poder adjudicador), el único control que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales es el que se refiere a las cuestiones de legalidad que puedan verse afectadas por el dictamen técnico, de manera que no pueden corregir o alterar las apreciaciones realizada en el mismo, ya que dicho control sólo puede tener carácter jurídico, respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico.

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 señala que *“la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”* y: *“En aplicación de dicha doctrina de la discrecionalidad técnica, únicamente cabe revisar las valoraciones técnicas efectuadas por*



la Administración en caso de que se acredite que las mismas incurren en error manifiesto, arbitrariedad o defecto grave del procedimiento”.

Sin embargo, la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la motivación y el control de los actos discrecionales, ha experimentado una importante evolución en los últimos años, progresando en el control de los actos que son expresión de la discrecionalidad técnica, y reducir, así, las zonas exentas de control jurisdiccional en estos casos (STS de 18 de marzo de 2011, Roj 1546/2011, STS de 6 de julio de 2011, Roj 5208/2011, STS de 25 de febrero de 2013, Roj 877/2013 o STS de 18 de marzo de 2014, Roj 1149/2014).

De esta manera, nos encontramos como el Alto Tribunal en su Sentencia de 3 de julio de 2015 (Roj 3391/2015), viene a considerar que *“en el ámbito de la discrecionalidad técnica resultan de aplicación las habituales técnicas de control de los actos discrecionales en general, a través del control de los aspectos formales del acto, los hechos determinantes, la aplicación de los principios generales del derecho, la desviación de poder o la proscripción de la arbitrariedad”.*

A tales efectos, en la indicada sentencia se determina que los actos de discrecionalidad técnica de la Administración deben estar en todo caso motivados, señalando que, *“la motivación del acto no nos permite examinar la entraña de la decisión técnica, producto de la indicada discrecionalidad técnica, y sustituir ese juicio técnico por el que expresa el recurrente o el del propio tribunal. Lo que nos permite la motivación, en definitiva, es controlar que efectivamente se han puesto de manifiesto, de forma comprensible, las razones de la puntuación expresada, y, además, que esa decisión no es arbitraria, no incurre en desviación de poder, no se opone a los principios generales del derecho, o incurre en defectos de índole formal”.*

Este Tribunal con base en el principio de discrecionalidad técnica de la Administración, ha venido afirmando que, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos, de que vulneran el ordenamiento jurídico vigente o que se han dictado en clara discriminación de los licitadores (Resolución nº 153/2020, de 6 de febrero, entre otras).



Discrecionalidad que no puede ser sustituida por el análisis de legalidad que aquí hacemos, que parte de la presunción de acierto y veracidad de las valoraciones del órgano de contratación con apoyo en los correspondientes informes técnicos, que sólo son revisables en casos excepcionales de arbitrariedad, desviación de poder, ausencia de justificación o error material. Supuestos estos difícilmente detectables en el recurso que nos ocupa, máxime ante el rigor de que hace gala el informe del Comité Técnico en el análisis de la documentación técnica no sujeta a valoración.

Octavo. Como hemos advertido anteriormente, los pliegos que constituyen la ley del contrato, debiendo someterse a sus reglas tanto el poder adjudicador-órgano de contratación como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus cláusulas, pues, en efecto, si una licitadora se somete a los pliegos mediante la presentación de su proposición (artículo 139 de la LCSP), tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento los pliegos rectores, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus “propios actos” (*“venire contra factum proprium non licet”*).

Ahora la recurrente, pretende valerse en el argumento sobre la posible subsanación de su oferta pues a su juicio puede aportar ahora los certificados CE exigidos para los lotes 32 y 33.

Pues bien, partiendo ya del principio de seguridad jurídica que avala la firmeza de los pliegos se han de traer a colación el tenor literal de las siguientes cláusulas:

Apartado T del Anexo I del PCAP referido a los criterios de adjudicación, cuyo sub-apartado T.1) sobre los criterios sujetos a evaluación previa (mediante juicio de valor) expresa que:

“ARCHIVO ELECTRÓNICO O SOBRE Nº 2.

En este procedimiento no existirán criterios de evaluación previa (mediante juicios de valor) a valorar. No obstante, deberá presentarse sobre o archivo electrónico nº 2 que contendrá la documentación solicitada en el apartado AB, punto 2 de este Anexo, debe presentarse



con carácter obligatorio con objeto de comprobar que se cumplen las condiciones mínimas exigidas en el PPT.

Será causa de resolución la no presentación o su no adecuación a las características técnicas del contrato recogidas en el PPT”.

Esta remisión al PPT nos obliga a invocar lo previsto en este pliego que, advierte literalmente, sin que dé lugar a dudas, oscurantismos o distintas interpretaciones cuanto sigue:

“SERÁ CAUSA DE EXCLUSIÓN la no presentación de la misma o su no adecuación a las características técnicas del contrato recogidas en el PPT.

AB) OTROS ASPECTOS, DATOS U OBSERVACIONES A TENER EN CUENTA:

2.- DOCUMENTACIÓN TÉCNICA A PRESENTAR EN EL SOBRE Nº 2 (No sujeta a valoración)

Las empresas licitadoras deben presentar en el SOBRE 2:

5) Deberán aportar de cada reactivo el Certificado CE con sus ANEXOS, conforme al cumplimiento del Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre sobre Productos Sanitarios para Diagnóstico in Vitro.

6) Respecto a cada uno de los equipos, soluciones, calibradores y fungibles varios ofertados, deberán aportar el Certificado CE con sus ANEXOS, conforme al cumplimiento del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre por el que se regulan productos sanitarios.

El propio Comité Técnico concedió la posibilidad de aclarar este extremo para los lotes 32 y 33 antes de proponerle a la mesa la exclusión y este extremo no fue debidamente cumplimentado por la empresa interesada y ahora recurrente, DIAGNOSTICA LONGWOOD, S.L., que pretende que, ahora le sea reconocida la posibilidad de presentación de una subsanación de sus ofertas para los lotes en controversia, esto es, aportar los certificados CE exigidos en el PPT para dicho lote.



Para ello es importante tomar en consideración la doctrina de este Tribunal en relación con la subsanación de la documentación presentada por los licitadores. A este respecto, cabe distinguir entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la subsanación de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas.

La Resolución nº 1069/2019, citada en la nº 1341/2019, contiene un resumen de dicha doctrina:

“En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 –Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-).

Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto



evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004- y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-).

Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08-).

En el presente supuesto, la aceptación de la documentación aportada por la entidad recurrente durante el trámite de aclaraciones consistente en el marcado CE de determinados productos era improcedente, pues hubiera permitido al licitador alterar la



oferta presentada, facultándole para cumplir, expirado el plazo de presentación de las ofertas, con los requisitos de los pliegos rectores de la licitación.

En este sentido, los pliegos no pueden ser más explícitos, pues el apartado AB) del Anexo 1 del PCAP, al enumerar los documentos que deben aportar los licitadores en el sobre 2, señala que: *“Toda la documentación solicitada en este apartado (sobre nº 2), deberá presentarse con carácter obligatorio con objeto de comprobar que se cumplen las condiciones mínimas exigidas en el PPT. Será causa de exclusión la no presentación de la misma o su no adecuación a las características técnicas del contrato”*.

Como alega el órgano de contratación, permitir la subsanación atentaría contra el principio de igualdad entre licitadores, proclamado en el artículo 1 de la LCSP. Así lo hemos declarado en nuestra Resolución 3/2022, relativa a una exclusión en este mismo procedimiento por una causa similar.

En conclusión, todo lo anteriormente expuesto nos conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la legalidad de la exclusión de la recurrente en los lotes nº 32 y 33, sin que ninguna de sus argumentaciones esgrimidas merezca favorable acogida desde el punto de vista jurídico.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso especial interpuesto por D. A. R. B. , en representación de DIAGNÓSTICA LONGWOOD, S.L., contra la exclusión de sus ofertas de los lotes 32 y 33 del procedimiento de contratación para la *“Adquisición de material fungible y equipamiento en cesión uso para realización determinaciones analíticas laboratorios de la GAI Ciudad Real, GAI Cuenca, GAI Guadalajara y GAI Toledo 6102to19sum00013”*, expediente 2019/013280, convocado por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), confirmando la legalidad de las citadas exclusiones.



Segundo. Levantar la suspensión de los lotes 32 y 33 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta 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.