



Recurso nº 1301/2020

Resolución nº 118/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 12 de febrero de 2021

VISTA la reclamación interpuesta por D. I.E.G., en su calidad de representante de la mercantil ELEKTRA, S.A., contra la exclusión de su oferta y contra la resolución de adjudicación del contrato de 4 de noviembre de 2020, decretadas en el procedimiento de contratación para el “*Suministro de repuestos para el cableado de vagones portacontenedores frigoríficos y generadores (Expediente 2020-00988/60011200086)*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Tras la convocatoria de un procedimiento abierto que finalizó como desierto, RENFE Fabricación y Mantenimiento Sociedad Mercantil Estatal, S.M.E., S.A. convocó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público una nueva licitación para la adjudicación, mediante procedimiento negociado sin publicidad, del contrato para la prestación del “*Suministro de repuestos para el cableado de vagones portacontenedores frigoríficos y generadores*” (Expediente núm. 2020-00988/60011200086). El objeto del contrato quedó dividido en dos lotes y el valor estimado fue fijado en 600.000 € (IVA excluido).

Segundo. El procedimiento de adjudicación se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores.

Tercero. Al procedimiento negociado sin publicidad, fueron invitadas las siguientes empresas:



- AME MATERIAL ELÉCTRICO, S.A.U.
- ELEKTRA, S.A.
- SISTEMAS DE INTERCONEXIÓN, S.A. y
- TECNOPLAS, S.L.

Solo presentaron ofertas dos de ellas: ELEKTRA, S.A. y SISTEMAS DE INTERCONEXIÓN, S.A.

Cuarto. Siguiendo los trámites de apertura de la documentación prescrita en el pliego de condiciones rector de este procedimiento de adjudicación, negociado sin publicidad, superada la fase de evaluación de las solvencias y abiertas las ofertas técnicas, se emite informe en el que se propone el rechazo de la presentada por ELEKTRA, S.A., por *“análisis de materiales equivalentes incompleto”*, para ambos lotes, según un cuadro datado el 20 de octubre de 2020.

Quinto. Con fecha 19 de octubre de 2020 la mesa de apertura de ofertas, propone la exclusión de la oferta de ELEKTRA, S.A. y se declara como mejor oferta en los dos lotes la formalizada por la mercantil SISTEMAS DE INTERCONEXION, S.A.

Sexto. Elevada la propuesta de adjudicación de la mejor oferta, esto es, la formalizada por SISTEMAS DE INTERCONEXIÓN, S.A., el 4 de noviembre de 2020, la Dirección General de RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.M.E., S.A., acuerda la adjudicación del contrato en sus dos lotes, a favor de la licitadora SISTEMAS DE INTERCONEXIÓN, S.A., procediéndose a su notificación y a su anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 4 de noviembre del presente.

Séptimo. Disconforme la empresa, ELEKTRA, S.A., con la exclusión de su oferta y con la adjudicación del contrato, con fecha 25 de noviembre de 2020 presentó a través del registro electrónico del Ministerio de Hacienda la presente reclamación contra la adjudicación del contrato, instando su anulación y la retroacción del expediente al momento de su admisión y al de valoración de su oferta, instando su adjudicación dado que se trata de la oferta más



económica. Del mismo modo, instrumenta la solicitud de suspensión de la actuación impugnada como medida cautelar a adoptar por este Tribunal.

Octavo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaria dio traslado al resto de licitadores, por un plazo común de cinco días, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que hayan hecho uso de su derecho.

Noveno. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP al que se remite el Real Decreto-Ley 3/2020 y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Décimo. El 16 de diciembre de 2020 la Secretaria General, por delegación del Tribunal dicta resolución para mantener la suspensión del procedimiento de contratación producida ex lege, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde su levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 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 lo sucesivo LCSP), en relación con el artículo 120.1 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, ya que el órgano de contratación es un entidad adjudicadora que no tiene la consideración de Administración Pública, vinculado a la Administración General del Estado.



Segundo. La reclamante, presentó su proposición en el contrato de suministro de repuestos para cableado de vagones portacontenedores frigoríficos y generadores licitado por RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.M.E., S.A., concurriendo con la adjudicataria; por lo que goza de legitimación para sostener sus pretensiones de nulidad de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. En cuanto al contrato, se trata de un contrato de suministros cuyo valor estimado es de 600.000 €, cuya licitación ha sido convocada por una entidad que tiene la condición de entidad adjudicadora. Queda sujeto al régimen establecido en el Real Decreto-Ley 3/2020, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.b) de éste. En consecuencia, será susceptible de reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 119.1 del Real Decreto-ley 3/2020.

El objeto de la reclamación es tanto la exclusión de la oferta de la reclamante como la adjudicación del contrato hecha por la Dirección General de RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.M.E., S.A. Tanto la exclusión como el acuerdo de adjudicación son actuaciones susceptibles de revisión en esta reclamación pues su impugnabilidad está expresamente prevista en el artículo 119.2. b) y c) del Real Decreto-Ley 3/2020.

En consecuencia, los actos impugnados son susceptibles de reclamación en procedimiento de adjudicación de contratos, contemplado en los artículos 119 y ss. del Real Decreto-ley 3/2020.

Cuarto. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo establecido para ello en el artículo 50.b) de la LCSP, de aplicación en virtud del artículo 121 del Real Decreto-Ley 3/2020.

Quinto. Sostiene la defensa de la mercantil impugnante que, primero su exclusión y luego la adjudicación del contrato de suministros son contrarias a Derecho, por lo que insta su anulación, para que, una vez ordenada la inclusión de su oferta, se retrotraiga el procedimiento al momento de una nueva adjudicación a su favor, dado que, en realidad, realizó la oferta económicamente más ventajosa.

La defensa de la impugnante alega como motivos de nulidad los siguientes:



1. La exclusión de su oferta técnica implica una vulneración del artículo 45 del Real Decreto Ley 3/2020 en relación con la condición 5.4.4 del PCP. Advierte la defensa de la reclamante que, su exclusión fundada en la falta de oferta de las referencias ABB 10251287 y ABB 1000069147 no es ajustada a Derecho por inexistencia en el mercado de dichas referencias y oferta de suministro con especificaciones técnicas equivalentes. Además, invoca que dicha exclusión está ausente de toda motivación.

En contra de lo apreciado por el poder adjudicador que basa la exclusión de la oferta de ELEKTRA, S.A., conforme al modelo del Anexo 3 *“Declaración de propuesta de material equivalente”*, insiste que su representada al amparo de dicho Anexo 3, realizó una propuesta de material equivalente en relación a los materiales (cables) identificados con las matrículas 09579587 y 09579589.

En este sentido, la referencia solicitada por RENFE era la del cable ABB 10251287 y ABB 1000069147 respectivamente y la referencia del material equivalente propuesto por ELEKTRA, S.A. fueron los cables de los fabricantes NEXANS 10200535 y LAPP 15331011, cables que cumplían las mismas especificaciones técnicas.

A juicio de la reclamante, el ofertar el suministro de estos bienes equivalentes ha supuesto al parecer un primer motivo de exclusión. Y por ello señala que la tesis planteada por la entidad contratante infringe lo dispuesto por el artículo 45 del Real Decreto Ley 3/2020 en relación con la condición 5.4.4 del PCP.

La argumentación sostenida en contra por parte de la defensa de la reclamante estriba en que: *“En efecto, como se ha demostrado, la propuesta de suministro equivalente traía causa de la previa aclaración por escrito realizada por la propia entidad contratante el 6 de mayo de 2020 (documento nº 5 “Correo aclaración 6 mayo 2020”).*

Como se ha expuesto en el relato fáctico, es el propio Jefe del Área de Gestión de Stock de RENFE, (...), el que aclara que las referencias del PCP al suministro de cables de la marca ABB son antiguas y que, por tanto, se pueden ofertar otros cables siempre y cuando cumplan con la especificación técnica correspondiente.



Se evidencia así que las referencias de cable del fabricante ABB no existían en el mercado y que por tanto no podían ser ofertadas; es por ello que esta parte planteó un suministro equivalente en especificaciones técnicas, conforme a la posibilidad que prevé el apartado B.1.2. de la condición 5.4.4 del PCP:

“B.1.2. Propuesta de MATERIAL EQUIVALENTE. En el supuesto de que el oferente, presente una oferta con propuesta de material equivalente para alguna de las matrículas licitadas, deberá adjuntar en la Oferta debidamente cumplimentado, firmado y sellado, el Documento denominado “PROPUESTA DE MATERIAL EQUIVALENTE (Anexo 3), para todas las matrículas que oferten y se vean afectadas por esta circunstancia, acompañado de la documentación técnica que considere necesaria para una completa y correcta definición del producto. En los casos de obsolescencia, deberá acreditarse dicha condición por parte del fabricante original. No será válida una declaración del licitador, salvo que sea el fabricante original. Así mismo, deberá aportarse una garantía del fabricante de la equivalencia técnica y funcional del repuesto sustituto”.

En este sentido, la reclamante insiste en que en el caso que nos ocupa no es que haya sido el fabricante original quien ha determinado la obsolescencia de la referencia, sino que ha sido la propia RENFE a través de un correo electrónico aclaratorio de 6 de mayo del presente.

La impugnante en torno a este argumento parte de la base de que *“las prescripciones técnicas figurarán en los pliegos de condiciones y definirán las características exigidas para la obra, el suministro o el servicio que constituya el objeto del contrato que se licita”* (artículo 45.1 del Real Decreto Ley 3/2020), y además, a su juicio, no se puede soslayar la importante previsión contenida en el apartado 6º del citado artículo 45 que expresa que *“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, una vez que el licitador demuestre en su oferta, por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en el artículo 47, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas”*.



Por ello, considera que la oferta de ELEKTRA, S.A. no debió ser inadmitida por este motivo, pues de ningún modo incumplió las condiciones establecidas por el PCP, más bien, todo lo contrario. Por tanto, concluye afirmando literalmente que, *“hemos de considerar que la exclusión de la oferta fundada en esta causa supone una infracción del artículo 45 del RDL 3/2020 en relación con la condición 5.4.4 del PCP, infracción que supone una causa de anulabilidad conforme a lo dispuesto por el artículo 116 del RDL 3/2020 en relación con lo establecido por el artículo 48 de la Ley 39/2015”*.

2. Como segundo motivo de oposición, la defensa de la reclamante que ha visto excluida su oferta técnica, considera que tal exclusión implica una infracción de los artículos 27.1, 58.1, 72.3 y 85.1 del Real Decreto Ley 3/2020 en relación con el apartado B.1.3 de la condición 5.4.4 del PCP, esto es, exclusión por incumplimiento de condiciones sobrevenidas y no previstas en el Pliego de Condiciones Particulares. Además, aquí la reclamante denuncia la ausencia de un trámite de subsanación y la falta de la más mínima y exigible motivación de la exclusión de su oferta.

A saber, el segundo motivo de exclusión en que se basó el poder adjudicador se centró en que, en la oferta de ELEKTRA, S.A., no se indicaron los planos de referencia que iban a ser seguidos para la fabricación y suministro de las cajas estancas.

Literalmente, el escrito de formalización de la reclamación asegura que: *“Así, como decíamos en el relato fáctico, el 5 de noviembre de 2020, a las 09:32, mediante correo electrónico, desde la D.G. de RENFE Fabricación y Mantenimiento se comunicó a ELEKTRA, S.A. (en la persona de D. R.C.) que su oferta no fue admitida porque faltaban determinados planos de las piezas ofertadas, y es por ello que el resultado de la valoración fue la inadmisión de la oferta al haberse realizado un “análisis de equivalencias incompleto” (ver DOCUMENTO NÚM. 6-A: correos electrónicos de 5 de noviembre de 2020)”*.

La mercantil reclamante estima que no pueden compartir dicho planteamiento ya que, como a su juicio, ELEKTRA, S.A. sí precisó en su oferta los Planos Constructivos que servirían de referencia para la fabricación de las cajas estancas, que no eran otros que los proporcionados en el concurso por la propia RENFE.



De igual modo, ELEKTRA, S.A. también indicó expresamente, siguiendo estrictamente el formato impuesto por los Anexos del PCP, que en cuanto fuera requerido por la entidad contratante entregaría los documentos FAI de los productos.

En todo caso, rechaza la actuación de la entidad contratante, pues ante cualquier duda sobre su oferta técnica, podía haberle solicitado aclaraciones y, es más, achaca como principal defecto que este motivo de exclusión tampoco está debidamente motivado. La defensa de la entidad excluida y ahora reclamante califica dicha actuación como manifiesta vulneración del ordenamiento jurídico y así literalmente expresa que: *“A idéntica conclusión llegamos tras la lectura del artículo 58.1 del RDL 3/2020: <<Cuando se ponga de manifiesto que la información o documentación presentada por los operadores económicos es incompleta o errónea, o cuando falten documentos específicos, las entidades contratantes, tendrán que pedir a los operadores económicos afectados que presenten, complementen, aclaren o completen la información o documentación pertinente en un plazo de tres días>>. Sobre la base de dicho precepto debió ofrecerse por RENFE la posibilidad de subsanación de la oferta para continuar en el procedimiento negociado sin publicidad.*

El art. 72.3 del RDL 3/2020 establece la obligación de que las comunicaciones respecto a los licitadores excluidos contengan y desarrollen <<los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 45, apartados 6 y 7, 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>>.

Esta exigencia de motivación no se satisface aportando una justificación ciertamente arbitraria para dar soporte a la exclusión, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa a través del correo electrónico de 5 de noviembre. Por motivación ha de entenderse la exposición razonada y razonable de los argumentos que dan soporte y justifican la drástica decisión de la inadmisión de la oferta, motivos que no se agotan, como decimos, en la mera exposición de razones que carecen por otro lado del amparo debido en el PCP o en la norma.



En consecuencia, la oferta de ELEKTRA, S.A. tampoco debió ser inadmitida por este fundamento, pues no ha de ser motivo de exclusión un supuesto incumplimiento de unas condiciones sobrevenidas no previstas en el PCP. Por tanto, hemos de considerar que la exclusión de la oferta fundada en esta causa supone de igual modo una infracción del art. 45 del RDL 3/2020 en relación con la condición 5.4.4 del PCP, infracción que supone una causa de anulabilidad conforme a lo dispuesto por el art. 116 del RDL 3/2020 en relación con lo establecido por el art. 48 de la Ley 39/2015”.

Por todo ello, suplica a este Tribunal que, con estimación del recurso, anulando la exclusión de su oferta y la adjudicación a favor de SISTEMAS DE INTERCONEXION, S.A., y con retroacción del procedimiento, se admita su oferta, se proceda a la valoración de las ofertas concurrentes y, por ende, a la adjudicación de los lotes a su favor, por haber presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Sexto. Por su parte la entidad contratante, en el informe suscrito el 2 de diciembre del presente por el Director de Aprovisionamiento, Contratación y Logística de la Dirección General de RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.M.E., S.A., viene a instar la desestimación del recurso, por entender que tanto la exclusión de ELEKTRA como la adjudicación a favor de la otra empresa concurrente, son conformes a Derecho. Funda sus pretensiones de confirmación de la legalidad en los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, el órgano de contratación se opone al argumento del reclamante relacionado con la inexistencia de las referencias solicitadas ABB 10251287 y ABB 1000069147 y su oferta de suministro con especificaciones técnicas equivalentes, así como la ausencia de motivación de la exclusión.

Para ello, trae a colación las propias condiciones del pliego y así la condición primera del PCAP:

"1. OBJETO YALCANCE

1.1 OBJETO



El presente Pliego de Condiciones Particulares (en adelante "PCP") y sus Anexos determinan las condiciones por las que se rige el Procedimiento Negociado Sin Publicidad para la adjudicación y contratación del suministro de repuestos para el cableado de vagones portacontenedores frigoríficos y generadores.

1.2. ALCANCE

El suministro a realizar, acorde a la Documentación Técnica aportada, comprende 2 matrículas de aplicación para el cableado de las plataformas de la serie MC3 porta contenedor frigorífico y generador".

Con las condiciones transcritas, el órgano de contratación afirma que el objeto del contrato es la adquisición de dos matrículas con exigencia de una referencia concreta de fabricante, lo cual, constituye el objeto cierto y determinado del contrato de suministro. Por ello, extrae como primera conclusión, que la reclamante no ofertó dicho material, sino otro equivalente.

En cuanto al equivalente, el poder adjudicador en su informe considera que el propio PCP rector de la licitación establece en su clausulado la posibilidad de presentar variantes mediante la presentación de una propuesta de material alternativo equivalente.

Ahora bien, insiste el informe del poder adjudicador que, la mercantil reclamante se ha limitado a aportar las fichas técnicas del material alternativo propuesto, si bien, los materiales alternativos propuestos presentan características diferentes respecto del material objeto de la licitación. A juicio del órgano de contratación, el análisis de equivalencias es de obligada realización y presentación para comprobar que mantiene la identidad con el objeto del suministro licitado, para lo cual es necesario como se hace constar en el PCP, la aportación de la documentación precisa al efecto de verificar las propiedades y características de la propuesta y que en el caso que ahora interesa, el órgano de contratación reitera que no se ha presentado por la licitadora excluida, incumpliendo lo exigido en la condición 5.4.4 del PCP.

Por su parte, sobre la oferta de "equivalentes" el poder adjudicador matiza que la oferta de la excluida incumple además la condición 8.1.2 del PCP.



Los incumplimientos del pliego, han sido conocidos debidamente por la empresa afectada y prueba de ello, son los argumentos de la presente reclamación, por lo que el órgano de contratación estima que ni existe falta de motivación ni se ha provocado indefensión en la empresa, pues ha tenido puntual conocimiento sobre los motivos de exclusión de su oferta.

2. En cuanto al segundo argumento empleado por la mercantil impugnante, también el órgano de contratación se opone, esgrimiendo que su aceptación implicaría una infracción de la condición B.2.3 del PCP en relación con las matriculas con plano constructivo.

El órgano de contratación rebate los argumentos de la empresa cuya oferta quedó excluida pues no se adjuntaron junto con la oferta, los documentos justificativos de la equivalencia e intercambiabilidad. Literalmente en uno de los pasajes del informe del poder adjudicador se colige, en relación con las equivalencias ofertadas por ELEKTRA, S.A. que:

“Matricula 09579587. En el sistema de Renfe consta la referencia ABB 10251287 asociada a dicha matrícula; la empresa ELEKTRA oferta referencia NEXAN 10200535 y presenta ficha técnica de cables NEXANS, pero no análisis comparativo de los parámetros entre los dos elementos que aseguren la correcta intercambiabilidad y montaje en la instalación.

Matricula 09579588. Asociada a la referencia ABB1000069147; ELEKTRA propone el material de LAPP 15331011. Presenta ficha técnica de cables, pero no presenta comparativa de los parámetros entre los dos elementos que aseguren la correcta intercambiabilidad y montaje en la instalación.

Para la Matricula .09579591 no se presenta ningún documento adjunto.

En el caso de "material definido por su designación completa", no se especifica cuál de los materiales del despiece es el ofertado de esta forma.

En relación a los componentes ofertados con "plano constructivo": (...)

No se cumplimentan los formatos de oferta técnica listados, a portando la información solicitada (se solicita detallar y no indicar "según plano").



Los planos tienen despiece e, incumpliendo lo que solicita el formato de oferta técnica, no se presenta detalle.

La Oferta Técnica de la Recurrente se adjunta al presente escrito como DOCUMENTO N ° 3”.

Por todo ello, el informe del órgano de contratación concluye afirmando que: *“Una vez realizada la valoración técnica de la oferta presentada por la reclamante, esta fue rechazada. Este rechazo fue basado en que el suministro licitado no se trata de un Prototipo al que deban realizarse pruebas posteriores de cara a verificar su idoneidad y dado que el material ofertado supone alternativas al exigido por RENFE Fabricación y Mantenimiento, Sociedad Mercantil Estatal, S.A., la documentación presentada no garantiza la equivalencia técnica y funcional del conjunto completo, por lo que RENFE Fabricación y Mantenimiento Sociedad Mercantil Estatal, S.A. no puede asumir el riesgo productivo y operacional”.*

Y continúa: *“La Jefatura de Productos y Proveedores emitió el informe resultante de dicha valoración tal y como consta en el DOCUMENTO N ° 5 que se adjunta, en donde se recoge como motivo del rechazo de la alternativa presentada "análisis de materiales equivalente incompleto "; expresión sintética pero clara, porque difícilmente se puede pedir a un departamento que valore documentación no aportada y menos que sea el mismo el que justifique la no equivalencia cuando descansa en la esfera del licitador acreditar la equivalencia mediante la aportación de la documentación necesaria a los efectos y que no realizó.*

El día 4 de noviembre de 2020 se comunica mediante carta a ELEKTRA S.A, tal y como se aporta en DOCUMENTO N ° 6, su No Adjudicación siendo publicada la misma en la Plataforma de Contratación del Estado en la misma fecha, por lo que RENFE Fabricación y Mantenimiento Sociedad Mercantil Estatal, S.A. ha actuado, como no podía ser de otra manera, velando por los principios de publicidad y transparencia que ha de regir toda licitación pública.

La única conclusión que se puede extraer del Recurso presentado por ELEKTRA S.A es la voluntad de la recurrente de sustituir el criterio técnico de la valoración por el suyo propio, por lo que la presente reclamación debe ser desestimada”.



Por consiguiente, el órgano de contratación suplica a este Tribunal la desestimación de la reclamación ante la inviabilidad de las alegaciones esgrimidas por la empresa cuya oferta ha quedado excluida.

Séptimo. Expuestas así las posiciones de las partes, hemos de evaluar si son conformes a Derecho la exclusión de la reclamante y la adjudicación, ahora impugnadas.

En lo que respecta a la evaluación de las ofertas técnicas hemos de partir del carácter preceptivo y vinculante de los pliegos tal y como ha venido insistiendo este Tribunal en reiteradas ocasiones, basta traer a colación, entre otras, la Resolución nº 1.229/2017, de 29 de diciembre de 2017 de este Tribunal – citada en la reciente nº 426/2020, de 19 de marzo, que recuerda que *“los Pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la “lex contractus”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes (cfr.: artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes TRLCSP). Así lo ha consagrado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr.: Sentencias de 28 de febrero de 1962 -Roj STS 1368/1962-, 21 de noviembre de 1972 -Roj STS 1789/1972-, 18 de marzo de 1974 -Roj STS 1464/1974-, 21 de enero de 1994 -Roj STS 167/1994-, 6 de octubre de 1997 -Roj STS 5901/1997-, 4 de noviembre de 1997 -Roj STS 6570/1997-, 27 de febrero de 2001 -Roj STS 1508/2001-, 27 de octubre de 2001 -Roj STS 8338/2001-, 18 de mayo de 2005 -Roj STS 3177/2005-, 25 de junio de 2012 -Roj STS 4763/2012-, entre otras muchas), como la doctrina legal del Consejo de Estado (cfr.: Dictámenes de 16 de octubre de 1997 -expediente 85/1997y 8 de octubre de 2009 -expediente 1496/2009-) y, en fin, la de este Tribunal (cfr.: Resoluciones 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 1020/2016, 740/2017, entre otras muchas). Esta regla sólo quiebra en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, los cuales pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 -Roj STS 4517/2004-y 26 de diciembre de 2007 -Roj STS 8957/2007-; Resoluciones de este Tribunal 69/2012, 241/2012, 21/2013, 437/2013, 281/2014, 830/2014); fuera de esos supuestos (objeto siempre de interpretación estricta; cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2010 -Roj STS 1764/2010-y Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993 -expediente 1232/1993-), el carácter vinculante de los Pliegos obliga al órgano de contratación a estar y pasar por su contenido,*



incluso aunque el mismo no se ajuste al Ordenamiento Jurídico (cfr.: Resoluciones 109/2014 y 281/2014).

Precisamente por ser las normas rectoras de la convocatoria, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los Pliegos, como recuerda el artículo 145.1 TRLCSP, que, pese a que solo menciona al de cláusulas, es predicable igualmente del de prescripciones técnicas, toda vez que ambos definen la prestación objeto del contrato (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3, y 116, apartado 1, del TRLCSP). De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, Resoluciones 208/2014, 737/2014, 276/2015, 1020/2016), aunque, ciertamente, hayamos exigido que el incumplimiento del Pliego de prescripciones técnicas por parte de la descripción técnica contenida en la oferta sea expreso y claro (cfr.: Resolución 985/2015).”

Al amparo de este carácter vinculante de los condicionados de los pliegos, a los que se someten las licitadoras, hemos de traer a colación las siguientes cláusulas del PCP, las cuales, a juicio de la entidad mercantil han infringidas por el poder adjudicador, al decidir la exclusión de su oferta técnica.

A tal efecto, es preciso bajo el carácter preceptivo de estos pliegos, tener en cuenta el contenido del apartado 5.4.4 del PCP referido al Sobre B, el de la oferta técnica. Y así literalmente expresa que:

“No se admitirán las ofertas que en el sobre “B” (documentación técnica) incluyan precios o tarifas, quedando excluidos los correspondientes licitadores del procedimiento de contratación.

Se incluirá un sobre “B” por cada uno de los lotes a los que presente oferta el licitador.

En este sobre se incluirá la oferta técnica estructurada y provista de los correspondientes índices de acuerdo con lo indicado a continuación:



B.1. Relación de matrículas objeto de la licitación, para las que presenta oferta. El licitador incorporará el Anexo 0 del presente PCP, marcando las matrículas para las que presenta Oferta.

B.2. Formato de Oferta Técnica general. El licitador incorporará, para cada matrícula ofertada, el formato de oferta técnica general (ANEXO 8) debidamente cumplimentado. Los anexos para cada matrícula, se deberán incorporar en los apartados B.1.1, B.1.2 y B.1.3, B.1.4 según proceda:

B.2.1. Matrículas con exigencia de una REFERENCIA CONCRETA DE FABRICANTE. Para las matrículas ofertadas con exigencia de una referencia concreta de fabricante, el licitador deberá adjuntar en la Oferta, debidamente cumplimentado, firmado y sellado, el “Modelo de DECLARACIÓN EXPRESA PARA MATRICULA CON EXIGENCIA DE UNA REFERENCIA CONCRETA DE FABRICANTE “(Anexo 2), con todas las matrículas que oferte y contenga la referida exigencia.

El licitador cuya oferta no venga acompañada por el correspondiente “Modelo de DECLARACIÓN EXPRESA PARA MATRICULA CON EXIGENCIA DE UNA REFERENCIA CONCRETA DE FABRICANTE”, o bien, que dicho modelo no contemple la matrícula y referencia exigida, no será considerada como oferta válida para esa matrícula o matrículas y, en consecuencia, no será admitida la oferta para esa o esas matrículas con la exigencia indicada, salvo que, el licitador sea el fabricante validado por Ingeniería para la referencia solicitada.

En este caso, podrá eximirse de presentar el Anexo 2, dándose por entendido que la referencia ofertada es exactamente la solicitada por Renfe Mantenimiento, y no una sustituta o equivalente (incluso en casos de obsolescencia), en cuyo caso, deberá atenerse a lo indicado en el punto siguiente B.3.

B.2.2. Propuesta de MATERIAL EQUIVALENTE. En el supuesto de que el oferente, presente una oferta con propuesta de material equivalente para alguna de las matrículas licitadas, deberá adjuntar en la Oferta debidamente cumplimentado, firmado y sellado, el Documento denominado “PROPUESTA DE MATERIAL EQUIVALENTE “(Anexo 3), para



todas las matrículas que oferten y se vean afectadas por esta circunstancia, acompañado de la documentación técnica que considere necesaria para una completa y correcta definición del producto. En los casos de obsolescencia, deberá acreditarse dicha condición por parte del fabricante original. No será válida una declaración del licitador, salvo que sea el fabricante original. Así mismo, deberá aportarse una garantía del fabricante de la equivalencia técnica y funcional del repuesto sustituto.

En los casos de vinculación tecnológica, no será admitida ninguna alternativa, únicamente podrá adjudicarse el material servido directamente del fabricante o, de no ser posible, de su red de distribución oficial, lo que deberá ser acreditado por el licitador.

En este caso, se trasladará la citada documentación aportada en la oferta a la Jefatura de Área de Ingeniería de Procesos y Proveedores de Renfe Mantenimiento, que iniciará un proceso de análisis y validación, si procede.

El resultado del citado proceso de validación será comunicado oportunamente al licitador.

B.2.3. Matrículas con PLANO CONSTRUCTIVO. Las matrículas licitadas, y asociadas a un determinado Sector Técnico (o deducible según se describe en la ETS.0000.000.01.MIT y su Anexo DAT.0000.000.10.MIT), con exigencias de calidad de producto de acuerdo a las Especificaciones Técnicas de Suministro y/o con requisito de calidad C, P o S (ver definición en Condición 12.1.3 del presente PCP), para ser considerada como oferta técnica válida, deberá cumplir cualquiera de las siguientes condiciones:

Que el material propuesto por el ofertante figure en los sistemas informáticos de Renfe Mantenimiento como certificado/homologado, o que:

La oferta presentada para esa matrícula será considerada técnicamente válida en el cumplimiento de la Especificación Técnica aplicable en el sector técnico, aunque requiera de certificación o presentación de cualquier otro requerimiento técnico, que se realizará mediante "Modelo" establecido y adjunto a la documentación técnica, cuando así sea requerido, e indicado en el apartado siguiente B.4.1.



El proveedor que esté Certificado está exento de entregar el Modelo, y debe mantener las condiciones de la Certificación”.

Al amparo de este condicionado 5.4.4 y dentro del mismo, a lo especificado en los apartado B.2.2 para material equivalente y al B.2.3 para material de plano constructivo hemos de estar para dirimir la controversia que ahora nos ocupa, que en definitiva no es otra que la apreciación de si la oferta técnica hecha por la reclamante excluida es ajustada o no, a dichas prescripciones, pues el carácter vinculante de los pliegos, exige que los licitadores ajusten sus ofertas a las decisiones trazadas por el órgano de contratación, sin que éstas puedan ser suplantadas o sustituidas por la voluntad o deseo de las empresas licitadora concurrentes.

Octavo. La oferta realizada por la mercantil reclamante se basa en la presentación de materiales equivalentes permitida en el pliego, pero con las especificaciones que hemos reseñado anteriormente, a saber: la aportación de una garantía del fabricante de la equivalencia técnica y funcional del repuesto sustituto, pues no basta con la mera declaración de la licitadora. De tal suerte que el material equivalente ofrecido, así como el material de plano constructivo ofertado no cumplen con las exigencias del PCP, tal y como precisa el informe del órgano de contratación.

Las alegaciones sobre la falta de motivación de la exclusión, centrada en el carácter incompleto de la oferta equivalente presentada carece de viabilidad jurídica, pues pese a su carácter lacónico, la reclamante conoce el juicio de valor realizado por el órgano de contratación y hace gala de dicho conocimiento, la fundamentación de la presente reclamación.

En lo tocante, a la alegación de la reclamante sobre la subsanación de su oferta técnica o mejora de la misma, es constante la doctrina de este Tribunal que, partiendo de los principios de la contratación del sector público, fundados en la igualdad y no discriminación entre las empresas concurrentes (artículos 1 y 132 de la LCSP) ha ido poniendo acotaciones en torno a las eventuales aclaraciones sobre las ofertas técnicas y/o económicas.

En efecto, la subsanación estaría prevista para el caso de defectos que se aprecien en la



documentación administrativa no en la oferta técnica o en la económica (por todas, Resolución nº 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resolución nº 74/2013, entre otras).

Respecto a la oferta técnica, este Tribunal ha declarado que: *“no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta”* (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010).

Lo que sí es posible es solicitar *“aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”* (Resolución 94/2013).

Tampoco cabe la posibilidad de solicitar aclaración de la oferta, ya que habría supuesto una modificación de la misma, no permitida en la LCSP.

En efecto, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras).

Por tanto, aun cuando se pudiera considerar que existe un error en la oferta técnica o económica, dicho error no es subsanable, salvo que quede acreditado la existencia de un flagrante error material en que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada.

En resolución nº 402/2016, de 20 de mayo de 2016, - citada en la nº 264/2019, de 25 de marzo-, decíamos:



“(…) Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en ese momento de la licitación. 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 4839/2004- y 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.

Sin embargo, el mismo 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-) 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, muestra una actitud más reservada cuando los defectos atañen 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 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-).

En el supuesto analizado, no se deduce del resto de la oferta presentada la existencia de errores en la oferta, pues los materiales alternativos propuestos presentan características diferentes respecto del material objeto de la licitación, por lo que debe rechazarse una subsanación que comportaría una modificación de la oferta técnica claramente extemporánea y contraria a los principios de igualdad, inalterabilidad de las ofertas y transparencia, y, no habiendo acreditado una garantía del fabricante de la equivalencia técnica y funcional del repuesto sustituto, debe ahora soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la correcta preparación de su oferta, tanto en el material equivalente como en el material de plano constructivo.

Lógica conclusión de todo lo expuesto, procede rechazar la reclamación, confirmando la legalidad tanto de la exclusión de la oferta como del Acuerdo de adjudicación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar la reclamación presentada por D. I.E.G., en su calidad de representante de la mercantil ELEKTRA, S.A., contra la exclusión de su oferta y contra la resolución de adjudicación del contrato de 4 de noviembre de 2020, decretadas en el procedimiento de contratación para el “*Suministro de repuestos para el cableado de vagones portacontenedores frigoríficos y generadores (Expediente 2020-00988/60011200086)*”, convocado por la Sociedad Estatal RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.A., S.M.E., confirmando la legalidad tanto de la exclusión como del acuerdo de adjudicación.



Segundo. Levantar la suspensión 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 sanción 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.