

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

En Madrid, a 6 de noviembre de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa IZASA Scientific, S.L.U, contra la Resolución del Director de la Fundación Imdea Energía de fecha 7 de octubre de 2019, por la que se declara desierto el contrato de “Suministro y Montaje de un microscopio electrónico de barrido de emisión de campo (Fe-Sem) de alta resolución provisto de detector de transmisión (Stem)” para la Fundación Imdea Energía, número de expediente 2019\_02, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios en el DOUE, BOCM y Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 26 de junio de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 368.470 euros.

Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso que Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece como condiciones técnicas de carácter obligatorio, entre otras:

*“2.6.- Cámara de muestra.*

*(...).*

*La plataforma del microscopio tiene que ser eucéntrica con 5 ejes motorizados (X,Y,Z,R,T) y permitir movimientos en X, Y al menos en el rango 0-100 mm y Z al menos en el rango 2-50 mm, así como la inclinación de la misma al menos entre -5 y 70 grados.*

*(...).*

#### **4. PLAN DE FORMACIÓN OBLIGATORIO.**

*Las empresas licitadoras tendrán que incluir obligatoriamente en sus ofertas un plan de formación para el personal de la Fundación que incluya un módulo de formación básico y un módulo de formación avanzado sobre el manejo, mantenimiento del equipo, puesta a punto, modos de medida, tratamiento de datos, aplicaciones, entre otros, que será impartido por personal de la empresa adjudicataria. La primera parte del plan de formación se deberá llevar a cabo durante la instalación y puesta en funcionamiento del equipo en las instalaciones de la Fundación IMDEA Energía. Posteriormente, después de un periodo de funcionamiento del equipo de al menos 3 meses se deberá completar la formación con un módulo avanzado en un periodo máximo de 6 meses desde la puesta en marcha del equipo.*

*Las empresas licitadoras incluirán en sus ofertas los planes de formación propuestos especificando entre otros el número de cursos propuestos así como la duración y el programa detallado de cada curso.*

#### **5. PLAN DE GARANTÍA Y MANTENIMIENTO OBLIGATORIO DURANTE EL PERIODO DE GARANTÍA.**

*(...).*

*Durante el periodo de garantía las empresas licitadoras deben incluir, sin coste adicional para la Fundación, un plan de mantenimiento básico del microscopio*

*que permita garantizar su correcto funcionamiento. En este plan de mantenimiento básico los licitadores deberán detallar específicamente las operaciones de mantenimiento previstas, así como el número de visitas preventivas y los fungibles y piezas incluidos”.*

**Segundo.-** A la presente licitación se presentaron 3 licitadoras entre ellas la recurrente.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el Comité Técnico, órgano que actúa en calidad de Mesa de contratación, se reunió el día 24 de septiembre de 2019, y comprobando que las tres empresas incumplen al menos uno de los requisitos técnicos exigidos en el PPT acuerda elevar al órgano de contratación propuesta de exclusión de todos los licitadores y declarar desierto el procedimiento.

Respecto a Izasa Scientific, S.L.U, (en adelante Izasa), los incumplimientos son los siguientes:

*“El pliego técnico de la licitación, en su apartado 2.6, párrafo 2º especifica: ‘La plataforma del microscopio tiene que ser eucéntrica con 5 ejes motorizados (X, Y, Z, R, T) y permitir movimientos en X, Y al menos en el rango 0-100 mm y Z al menos en el rango 2-50 mm, así como la inclinación de la misma al menos entre -5 y 70 grados’.*

*En la última página del catálogo del equipo JSM-7900F aportado por la empresa, se indica lo siguiente: ‘X: 70 mm, Y: SO mm, Z: to 41 mm Tilt: -5 to 70°, Rotation: -360°’. La empresa propone en el apartado de ‘Descripción técnica’ de la memoria presentada, una pletina modelo SM-71492SS.100SW S ejes monitorizados, con los siguientes movimientos: 100 mm (~:50mm) en eje X, 100 mm (±50 mm) en eje Y, 2-50 mm en eje Z, -5° a 70° de inclinación de la muestra, 360° de rotación. No obstante, la empresa no aporta ningún Folleto, catálogo, ficha técnica y/o diseño y fotos que lo demuestre. Por tanto, el Comité Técnico no puede dar por*

*válida la propuesta de la empresa, y según el catálogo aportado, el movimiento no cumple las condiciones obligatorias establecidas en el pliego técnico de la licitación”.*

Plan de formación: la empresa no desarrolla el contenido del plan de formación

Plan de garantía y mantenimiento durante el periodo de garantía. La empresa aporta el plan pero no especifica el número de visitas preventivas, ni los fungibles y piezas incluidas.

Mediante Resolución de 7 de octubre de 2019, del Director de la Fundación Imdea Energía se declara desierto el procedimiento de acuerdo con la propuesta del Comité Técnico.

La Resolución se notifica ese mismo día a los interesados.

**Tercero.-** El 28 de octubre de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de IZASA en el que solicita la anulación de la declaración de desierto y su exclusión por incumplimiento de los requerimientos técnicos solicitados, pues considera que ha acreditado el cumplimiento del requisito técnico de la plataforma referido por el Comité por las razones que expone en su escrito, que el plan de formación presentado cumple los requisitos establecidos en el PPT y en cuanto al plan de mantenimiento, que está suficientemente detallado.

El 31 de octubre de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 el que

solicita la desestimación del recurso por las razones que expone y que serán analizadas al resolver sobre el fondo.

**Cuarto.-** No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se ha planteado contra la resolución declarando desierto el procedimiento Este acuerdo fue notificado el día 7 de octubre de 2019, interponiéndose el recurso especial ante este Tribunal el 28 de octubre de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la declaración de desierto del procedimiento, acto análogo al de adjudicación, y contra la exclusión de la oferta, en la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta presentada por la recurrente por considerar que incurre en varios incumplimientos de los requisitos técnicos establecidos en el pliego de condiciones técnicas.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

La recurrente en su escrito alega en primer lugar que *“la oferta de IZASA SCIENTIFIC, S.L.U. cumple con las características técnicas obligatorias del suministro previstas en el apartado 2 del PPT, resultando improcedente la exclusión de la misma”*.

*“En este sentido, el PPT en el apartado 2.6 especifica que ‘La plataforma del microscopio tiene que ser eucéntrica con 5 ejes motorizados (X, Y, Z, R, T) y permitir movimientos en X, Y al menos en el rango 0-100 mm y Z al menos en el rango 2-50 mm, así como la inclinación de la misma al menos entre -5 y 70 grados’*

*Pues bien, en cumplimiento de lo dispuesto en el PPT, mi mandante presentó en el Sobre nº 2 de su oferta la Descripción Técnica detallándose las especificaciones del microscopio de barrido de emisión de campo FE SEM y sus accesorios propuesto para la licitación con número de expediente 2019/02. En los apartados 2.8 y 6.6 de la Descripción Técnica de la oferta presentada se especificó que se entregaba la referencia SM-71492SS100SW con las características siguientes:*

*‘De tipo eucéntrica, con 5 ejes motorizados y movimientos 100 mm ( $\pm 50$  mm) en eje X, 100 mm ( $\pm 50$  mm) en eje Y, 2-50 mm en eje Z,  $-5^\circ$  a  $70^\circ$  de inclinación de la muestra y  $360^\circ$  de rotación’.*

Añade además que *“los catálogos de los microscopios no especifican todos los accesorios y modificaciones posibles para cada uno de los modelos. Son folletos*

*informativos generales, que no detallan ni especifican cada posible configuración.*

*Para acreditar el cumplimiento de las características requeridas, se adjunta como DOCUMENTO N° 4 certificado oficial del fabricante en el que se detallan las condiciones obligatorias establecidas”.*

El órgano de contratación manifiesta en el informe técnico emitido en contestación al recurso que *“Como puede comprobarse de las alegaciones presentadas, lo que el recurrente está afirmando es lo siguiente:*

*1./ Que si bien su equipo cumplía con todas las características técnicas no lo probó en el plazo legal.*

*2./ Que la mención a que el cumplimiento de lo exigido constaba en la memoria era incorrecta.*

*3./ Que las menciones técnicas de la memoria que presentan son incompletas e insuficientes. Pero esta mención no se hace ni se informa previamente al Comité de Contratación en la oferta.*

*4./ Que la prueba de que sí cumple se deriva de un documento, que es de fecha posterior al límite que disponía para presentar las ofertas y de fecha posterior a la comunicación de desierto. Es decir, dicho documento no existía en los plazos legalmente determinados”.*

Debe recordarse en primer lugar que lo esencial es que el producto ofertado cumpla el requisito o requisitos técnicos establecidos y además que el Comité Técnico tenga constancia de ello, por eso como ya ha señalado el Tribunal en varias Resoluciones, entre otras la 328/2018 de 17 de octubre, *“resulta de aplicación la doctrina del TJUE expuesta en los considerandos 29 a 31 de la Sentencia de 11 de Mayo de 2017, C-131/16, 29. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos (véanse, en este sentido, en el*

*contexto de los procedimientos de licitación restringida sujetos a la Directiva (CE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 35 a 45 -por lo que respecta a la fase de evaluación de las ofertas-, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 30 a 39 -por lo que respecta a la fase de preselección de los licitadores-). (...) Siendo lícito que en el caso de omisión de documentación el defecto puede subsanarse aportándola, y en la medida en que con la misma no modifica la oferta sino que confirma y acredita el cumplimiento de los requisitos declarados por GE, se debe conceder la posibilidad de aclaración cuando, como en este caso, resulte posible”.*

Es decir, en este caso, si el Comité Tecnico consideraba que de la documentación aportada no se podía concluir el cumplimiento del requisito señalado debió conceder un plazo de subsanación para que la licitadora acreditase el cumplimiento, con la documentación complementaria que considere necesaria.

Debe recordarse igualmente que lo que debe cumplirse en la fecha de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, son los requisitos técnicos, no su acreditación, de ahí que lo que no se admita es la modificación de la oferta pero sí puede admitirse sin embargo, la aclaración de la misma para demostrar que el requisito se cumplía en la fecha mencionada.

En consecuencia, se debería estimar el recurso por este motivo, retrotrayendo el procedimiento, a fin de que el órgano de contratación pueda requerir a la recurrente la aclaración de su oferta para que el Comité Técnico pueda comprobar si queda acredita el exacto cumplimiento del requisito.

No obstante como se han alegado otros incumplimientos procede analizar previamente los mismos.

- Plan de Formación. Alega la recurrente que *“IZASA SCIENTIFIC, S.L.U. ofrece un Plan de Formación que se adapte a las necesidades reales del centro, y ofrece al centro total libertad para la selección de la fecha, el temario y la duración de los cursos (sin límite en horas y asistentes). Dado que pueden surgir dudas e inquietudes distintas según la aplicación del centro o el nivel de experiencia de los futuros usuarios, IZASA SCIENTIFIC, S.L.U. en beneficio del centro de contratación da al centro una flexibilidad total. Esto representa una gran mejora para el centro, que puede adaptar los cursos de formación según su criterio y conveniencia, mejora permitida de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 LCSP”*.

El órgano de contratación expone que *“En la oferta lo que se señalaba expresamente es que ‘el temario explícito, la duración de los mismos, o de los asistentes SERÁ ACORDADO con el instituto’. Es decir, lejos de ofrecer, lo que de la oferta se deriva es un posterior ‘acuerdo’ entre las partes. Por tanto, que lo que solicitara la fundación podría no ser aceptado por el licitador, porque debería ser acordado. Lo anterior supone, desde el punto de vista de la Ley de Contratos dos incumplimientos. En primer lugar, el procedimiento de licitación ‘no era un procedimiento negociado’. En segundo lugar, acordar algo con posterioridad a la adjudicación o firma del contrato es una ‘modificación’ del contrato no permitida por la Ley. Y, naturalmente, lo anterior no puede ser defecto subsanable”*.

El Tribunal comprueba que efectivamente la recurrente ha propuesto un plan de formación con dos módulos pero no especifica el número de cursos, la duración y el programa detallado que son las condiciones que exigía el PPT, dejando el contenido a un posterior acuerdo. En consecuencia no puede considerarse que se haya cumplido el requisito o y le motivo de recurso debe ser desestimado.

- Plan de Garantía y Mantenimiento. Alega la recurrente que *“un contrato de garantía es equivalente a un contrato de mantenimiento total por lo que no es necesario especificar un requerimiento demandado por el propio centro. Todas las reparaciones y material necesario para el correcto funcionamiento del equipo están incluidos. Además, se adjuntaba un documento explicativo de todos los planes de servicio de microscopía electrónica, incluyendo el total”*.

El órgano de contratación por su parte argumenta que *“El pliego exigía de manera explícita que: se deberán ‘detallar específicamente’ las operaciones de mantenimiento, ‘así como el número de visitas preventivas y los fungibles y piezas incluidos’. Y la empresa se limita a señalar que se compromete a dar garantía y ofrece ‘las operaciones de mantenimiento previstas, así como el número de visitas preventivas’. No existe en la oferta detalle de ningún tipo, ni, dese luego, número de visitas preventivas a realizar. Se afirma en el recurso que no es necesario porque ‘un contrato de garantía es equivalente a un contrato de mantenimiento total por lo que no es necesario especificar un requerimiento demandado por el propio centro’*.

*El argumento no es correcto. Una garantía actúa ‘a posteriori’; algo no funciona, y se arregla. Y lo que solicita la fundación es mantenimiento ‘previo’ y ‘número de visitas preventivas’. Es decir, exige un mantenimiento a priori con el objeto de que el rendimiento del microscopio sea siempre óptimo. Y si el licitador no indica cuál es el mantenimiento previo y el número de visitas preventivas, supone que está incumpliendo totalmente lo exigido en el pliego. No se trata, por tanto, de algo subsanable. Como puede verse en las alegaciones de la empresa, lo que parece que ofrecen es algo a posteriori, no a priori”*.

El Tribunal constata que el PPT exige detallar el número de las vistas preventivas previstas y los fungibles y piezas incluidos.

Aunque en la oferta de la recurrente se hace referencia a esas visitas no se especifica el número y no se mencionan los fungibles y piezas incluidos. Las

alegaciones de la recurrente sostienen que es suficiente la información proporcionada pero resulta evidente que no cumple las exigencias del PPT en este apartad, por lo que el motivo de recurso debe ser igualmente desestimado.

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

### **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Izasa Scientific, S.L.U, contra la Resolución del Director de la Fundación Imdea Energía de fecha 7 de octubre de 2019, por la que se declara desierto el contrato de Suministro y Montaje de un microscopio electrónico de barrido de emisión de campo (Fe-Sem) de alta resolución provisto de detector de transmisión (Stem) para la Fundación Imdea Energía, número de expediente 2019\_02.

**Segundo.-** 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 de la LCSP.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante

el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.