

ASUNTO: INFORME JURÍDICO A LA PROPUESTA DE ANEXO I AL PLIEGO TIPO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE FUNDAS DE COBERTURA QUIRÚRGICA PARA EL DEPARTAMENTO DE SALUD VALENCIA LA FE (Expediente: CNMY-SU-777/2023)

De conformidad con el artículo 122.7 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), en relación con el artículo 5.2 c) de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de Asistencia Jurídica a la Generalitat, se solicita informe jurídico previo a la aprobación de los pliegos que han de regir el contenido contractual del presente expediente.

Este expediente de contratación se plantea mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, sujeto a regulación armonizada, cuyo valor estimado asciende a 1.668.744,00 €.

A esta solicitud se acompaña la siguiente documentación: pliego de prescripciones técnicas, orden de inicio, resolución sobre declaración del procedimiento, pliego tipo de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de contratos administrativos de suministros por el procedimiento abierto (en adelante PCAP), propuestas de anexo de características particulares (en adelante Anexo I al PCAP) y de resolución de aprobación de los pliegos y del gasto.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Vista la propuesta de anexo y sobre la base de la documentación aportada, se realizan las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I.- Con carácter previo, al examen del Anexo I al PCAP, se observa que no se ha aportado el certificado de existencia de crédito adecuado y suficiente para atender al gasto del presente expediente.

Al respecto, el artículo 116 de la LCSP establece que *“la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato”* al que *“deberá incorporarse la existencia de crédito”*.

II.- En el apartado A del Anexo I al PCAP se realizan las siguientes observaciones:

■ A tenor del artículo 2.1 del Decreto 11/2020, de 24 de enero, del Consell, de regulación de la Central de Compras en el ámbito de la sanidad pública valenciana, se atribuye a la Central de Compras proceder a “la contratación centralizada de productos sanitarios y no sanitarios destinados al ámbito sanitario” “que de acuerdo con el anexo de este decreto sean declarados de adquisición centralizada, para todos los centros dependientes de la conselleria con competencias en materia de sanidad”, y en su Anexo se relaciona al “suministro de productos sanitarios y no sanitarios que se utilicen en los centros sanitarios públicos de la Comunitat Valenciana”.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Dicho Decreto 11/2020 prevé, como “*régimen transitorio de nuevos expedientes de contratación centralizada*”, en su disposición transitoria única:

“Hasta que no se formalicen los correspondientes acuerdos marco para la contratación centralizada de productos sanitarios y no sanitarios destinados al ámbito sanitario, medicamentos, vacunas, servicios con incidencia en la esfera sanitaria y equipamiento tecnológico de adquisición centralizada, los órganos de la conselleria que tienen delegadas las competencias en materia de contratación podrán continuar contratando.

No obstante, cuando en dichos contratos se prevea la posibilidad de prórroga, esta no se ejercerá si llegado el momento dichos suministros o servicios declarados de adquisición centralizada, se hubieran contratado mediante el correspondiente acuerdo marco, salvo que ello suponga un coste económico mayor al que se obtendría si se ejercitara la citada prórroga”.

Por tanto, corresponde justificar su no inclusión en los procedimientos de contratación centralizada de la Conselleria de Sanidad por parte del órgano competente.

■ En relación con la “definición del objeto del contrato”, en los lotes 4 y 5, se reflejan marcas.

En esta materia hay que tener en cuenta el artículo 126 de la LCSP –relativo a las “reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas”-, cuya regulación, en relación con la presente cuestión, se analiza en el fundamento de derecho sexto de la Resolución nº 500/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 9 de mayo de 2019 (Recurso nº 342/2019) –con referencia al derecho de la Unión Europea, la doctrina y la jurisprudencia- en los siguientes términos:



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

“(...) El artículo 126, apartados 1, 5 y 6, de la LCSP dispone:

“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

5. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:

a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo;

b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención «o equivalente»;

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);

d) Haciendo referencia a especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».”

Tales apartados son, prácticamente, una reproducción literal de los apartados 2 y 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE.

La pretensión de dichos apartados, como pone de relieve la STS de 9 de febrero de 2005 es “garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades”.

Dicha problemática, fue asimismo abordada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 62/2007, de 26 de mayo, sobre aplicación de marcas comerciales (...), estableciendo que “Como establecen los citados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente apartados 1 y 6 del artículo 126 de la LCSP) y permite el último párrafo del artículo 23.8 de la citada Directiva (actualmente apartado 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE), las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción (...)”.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

En definitiva, el objeto de la citada normativa contractual es, por un lado, evitar que queden injustificadamente excluidas algunas entidades licitadoras del procedimiento de adjudicación, y por otro lado, que las referencias a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, constituyan una excepción a las normas generales en relación con las prescripciones técnicas, lo que implica que debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 17/2012, de 18 de enero, 672/2015, de 17 de julio, 620/2016, de 29 de julio, y 851/2018, de 1 de octubre.

Dicho de otro modo, del citado precepto resulta que el órgano de contratación está obligado con carácter general a no incluir en las prescripciones técnicas referencias a marcas, patentes o tipos de los objetos del suministro, siendo imperativo que los defina ya en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, ya por referencia a especificaciones técnicas, o mediante la combinación de ambos métodos, en los términos fijados por el apartado 5 del artículo 126 LCSP.

Esto no obstante la LCSP permite definir los bienes objeto del suministro mediante marcas, patentes o tipos en dos supuestos especiales, en primer lugar, cuando así lo justifique el objeto del contrato, en segundo, con carácter extraordinario, cuando no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible de los bienes en la forma ordinaria prevista en el artículo 126.5 LCSP, en cuyo caso la referencia a marca, patente o tipo ha de ir acompañada de la mención «o equivalente».

Es por tanto preciso que en el expediente de contratación quede justificada la concurrencia de alguna de aquellas dos reglas especiales que permiten describir los bienes suministrados por referencia a marcas, patentes o tipos y, además, en el caso de



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

que la regla especial se funde en la imposibilidad de descripción precisa e inteligible por los métodos señalados en el artículo 126.5 de la LCSP, se acompañe la referencia a marca, patente o tipo de la concreta expresión “o equivalente”, sin que pueda el órgano de contratación decidir arbitrariamente como define los bienes objeto del contrato. (...)”

■ En cuanto al “régimen jurídico”, el artículo 25 de la LCSP determina que los contratos de suministros “*tendrán carácter administrativo, siempre que se celebren por una Administración Pública*” –apartado 1, letra a)- y “*se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado*” –apartado 2-.

III.- En el apartado C del Anexo I al PCAP, en cuanto al “órgano de contratación”, la referencia corresponde al conseller de Sanidad nombrado por Decreto 11/2023, de 19 de julio, del president de la Generalitat (DOGV núm. 9463, 19.07.2023) -conforme al artículo 28 l) de la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell-, con indicación del órgano que actúa por delegación, según se desprende del artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

IV.- En el apartado L del Anexo I al PCAP cabe señalar:

■ En relación con los “criterios para acreditar la solvencia económica y financiera” y “técnica”, se recomienda especificar la referencia al valor acumulado del número de lotes a los que se presenta oferta, en su caso.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

En esta cuestión resulta esclarecedor el análisis de la Resolución n° 888/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 5 de octubre de 2017 (Recurso n° 802/2017), en cuyo fundamento de derecho séptimo se expresa:

“(...) Este Tribunal, en su resolución número 624/2017, de 7 de julio, avaló la conclusión ahora expuesta consistente en que la solvencia técnica exigida para concurrir a varios lotes debe ser la suma acumulada de los lotes a los que se licita (...)”.

Y prosigue:

“En segundo lugar, y de forma subsidiaria plantea el recurrente que debió haber sido considerada por el órgano de contratación acreditada la solvencia técnica para alguno de los lotes (...)

En relación con esta pretensión, el Tribunal comparte íntegramente la postura del órgano de contratación, que consiste en la imposibilidad de alterar las ofertas de los licitadores a su propio arbitrio, decidiendo en este caso, en qué lotes de los inicialmente licitados, debería considerar que la empresa licitando, citando a este respecto la resolución de este Tribunal, la número 608/2017, de 7 de julio, en la que se dispuso lo siguiente:

“Por último, viene a decir la recurrente que su oferta debió ser admitida respecto de los lotes a los cuales alcanzaba el umbral de suministros justificados en su oferta original.

Basta para rechazar su alegación recordar el tenor literal e inequívoco de los pliegos-ley del contrato- en este punto, que obligaban a que “En el caso de licitar a varios sublotos, el valor global de los contratos ejecutados en el año de mayor ejecución de los últimos cinco años, deberá ser igual o superior a la suma de los importes exigidos para los sublotos a los que se licite”; sin que se prevea admisión parcial en caso de que no se alcancen dichos umbrales.

Además, para que tal admisión parcial fuera factible, el ofertante debería haber especificado a qué sublotos, de los inicialmente consignados en su oferta, reducía dicha oferta; pero para ello no había estar el órgano de contratación obligado a pedir aclaración en este punto, al que no se refiere ni el art. 81 del Reglamento ni el 82 TRLCSP. Siendo que, además, toda aclaración de la licitadora reformulando su oferta



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

para ajustarla a la solvencia acreditada hubiera constituido una alteración de dicha oferta, vedada por los artículos citados y por toda su interpretación doctrinal, como contraria a principios de igualdad de trato y de transparencia (p ej, entre otras muchas, Resolución 806/2016)”.

■ En orden a los “medios para acreditar la solvencia económica y financiera”, hay que tener en cuenta que el artículo 87.2 de la LCSP se remite a “*la aportación de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente*” y, al efecto, el artículo 11.4 a), 2º párrafo, del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) dispone:

“El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.”

Dicha previsión se contiene, asimismo, en el artículo 87.3 a), 2º párrafo, de la LCSP.

■ En relación con la “solvencia técnica de las empresas de nueva creación”, se reflejan todos los medios previstos en el artículo 89.1 de la LCSP.

Al respecto, se advierte:



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

- El artículo 89.1 h) de la LCSP -respecto a “los contratos no sujetos a regulación armonizada”- se refiere a otros medios distintos del establecido en la letra a) -relativo a la “relación de los principales suministros”- que se recoge en el presente epígrafe -concerniente a un expediente de contratación sujeto a regulación armonizada-.

Al efecto, resulta ilustrativa la Recomendación, de 1 de marzo de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la ley de contratos del sector público, cuyo apartado “3.1. Posibilidad de aplicar las reglas de solvencia técnica previstas para las empresas de nueva creación a los contratos sujetos a regulación armonizada” analiza esta cuestión en los siguientes términos:

“Los artículos 88 a 90 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público regulan la solvencia técnica o profesional en los contratos de obras, suministros y servicios respectivamente señalando, en términos similares en todos los casos, que en los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refiere la propia, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido respecto a la ejecución de un número determinado de obras o servicios.

Resulta claro que las normas citadas tienen como finalidad evitar restricciones de acceso a las licitaciones a empresas de nueva creación. La razón no es otra que estas empresas, que se habrán constituido en un plazo inferior a cinco años, no podrán acreditar fácilmente su solvencia técnica mediante la relación de las principales obras, servicios o trabajos realizados en el curso de, como máximo, los cinco o tres últimos años y que tengan igual o similar naturaleza de los que constituyen el objeto del contrato.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Desde la perspectiva del Derecho comunitario la Directiva 2014/24/UE regula esta cuestión en su artículo 60. 3 y 4 cuando establece:

“Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I.

Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

4. La capacidad técnica de los operadores económicos podrá acreditarse por uno o varios de los medios enumerados en el anexo XII, parte II, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, los suministros o los servicios”.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 60.1 de la Directiva añade que “los poderes adjudicadores no exigirán medios de prueba distintos de los mencionados en el presente artículo y en el artículo 62” (relativo a las normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental).

De los anteriores preceptos se deduce que la Directiva 2014/24/UE admite medios alternativos de acreditación de la solvencia económica y financiera pero no de la solvencia técnica o profesional, que se ha de acreditar estrictamente por uno o varios de los medios enumerados en la norma. En la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se contempla esta previsión para solvencia económica en el artículo 86.1 con una redacción muy próxima a la de la Directiva.

Lo que se recoge respecto de la solvencia técnica es una previsión tendente a flexibilizar la acreditación de la solvencia técnica o profesional por las empresas de nueva creación, respecto de los contratos de obras, suministros y servicios que no están sujetos a regulación armonizada o que, en el caso de las obras tengan un valor estimado inferior a 500.000 euros (Importe coincidente con el que



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

determina la exigencia de clasificación en el contrato de obras, conforme al artículo 77 de la Ley), contratos todos ellos que son los que, por definición, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE. Por tanto, si quedan fuera del ámbito de la Directiva es perfectamente posible que el legislador español haya recogido una norma más flexible y amplia, que facilite el acceso a las licitaciones de empresas de nueva creación, dinamizando la actividad económica y facilitando el emprendimiento empresarial. De aquí se deduce la idea de que la voluntad del legislador ha sido la de reconocer flexibilidad para acreditar la solvencia técnica y profesional por las empresas de nueva creación sólo respecto de los contratos no sujetos a la Directiva que menciona, que son precisamente aquellos que por razón de su importe conllevan una menor sujeción a la rigidez de los requisitos de solvencia y cuya ejecución implica generalmente una menor complejidad técnica.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que, conforme a la reiterada doctrina de esta Junta Consultiva, la determinación de los requisitos de solvencia exigibles, siempre dentro de los que enumera la Ley, corresponde al órgano de contratación, “sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir con las exigencias establecidas y otros no” (Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 51/2005, de 19 de diciembre). De este modo, incluso en los contratos sujetos a regulación armonizada podrá el órgano de contratación no aplicar el requisito de acreditar la relación de las obras, suministros, servicios o trabajos ejecutados en los últimos años si no es indispensable para acreditar la solvencia técnica. Pero si lo exige, en estos contratos no se aplicaría la excepción tantas veces aludida respecto de las PYMES.”

A mayor abundamiento, en la Resolución nº 1206/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 28 de diciembre de 2018 (Recurso nº 1111/2018) -respecto a la solvencia financiera de las empresas de nueva creación-, se alude al criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación en su fundamento de derecho noveno:



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

“(…) Baste recordar que nuestro ordenamiento (artículo 87.1.b), interpretado por este Tribunal en materia de contratación y por la Junta Consultiva de Contratación (entre otras, por lo señalado en su recomendación de 28 de febrero de este año) las empresas de nueva creación podrán participar de las licitaciones mediante la presentación de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales equivalente, o por cuantía superior, al del valor estimado del contrato, y la razón de ser de lo anterior, no es otra que proteger la competencia y la libre concurrencia entre los licitadores”.

- Según establece el artículo 92, 1º párrafo, de la LCSP en concordancia con el artículo 74.2 de la LCSP, se requiere la concreción de los *“requisitos mínimos de solvencia.”*

En consonancia con lo expuesto, el artículo 67.5.b) 2º del RGLCAP determina, como contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares en los contratos de suministros, respecto a los *“criterios de selección relativos a la solvencia técnica”*, para los medios:

“▪ Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad. Cuando en los pliegos se incluya este criterio, en ellos se precisarán los títulos o acreditaciones académicos o profesionales exigidos al personal técnico del empresario así como el número de técnicos y experiencia profesional mínima exigida a dichos técnicos, o las características y capacidades mínimas de las unidades técnicas exigidas, según corresponda.

▪ Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa. Cuando en los pliegos se incluya este criterio, en ellos se



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

precisarán las funcionalidades y se cuantificarán las capacidades mínimas exigidas para cada uno de los medios exigidos por el criterio.

- Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad. Cuando en los pliegos se incluya este criterio, en ellos se precisará la capacidad mínima de producción exigida al empresario en términos de unidades físicas producidas por unidad de tiempo en condiciones normales de producción. Si también se incluyeran controles sobre los medios de estudio e investigación o sobre las medidas empleadas para controlar la calidad los pliegos deberán precisar las funcionalidades y cuantificar las capacidades mínimas exigidas a unos y a otras.
- Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas. Cuando en los pliegos se incluya este criterio, en ellos se precisarán las normas técnicas o especificaciones técnicas oficiales respecto de las que deberá ser acreditada la conformidad por los certificados exigidos.
- Aportación de muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad contratante”.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

En esta cuestión resulta esclarecedora la Resolución n° 2/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 13 de enero de 2017 (Recurso n° 1028/2016), en cuyo fundamento de derecho sexto se declara:

“(…) Los requisitos de solvencia, esto es, se especificarán en el pliego del contrato, estarán vinculados a su objeto y serán proporcionales al mismo (cfr.: Resoluciones 924/2015, 261/2015 y 782/2014, entre otras), además de no producir un resultado discriminatorio (…)”.

■ En cuanto a los “certificados de acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad”, se encuentra previsto en los artículos 93 de la LCSP, -ubicado en la Subsección 3ª, referente a la “solvencia”, de la Sección 2ª, del Capítulo II, del Título II, del Libro I de la LCSP-, cuyo apartado 2, establece que *“los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes”*.

En este asunto resulta clarificador el análisis contenido en la Resolución n° 232/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Recurso n° 115/2018), en cuyo fundamento de derecho séptimo se declara:

“El segundo argumento de la recurrente hace referencia al hecho de que no se admita la presentación de certificados equivalentes a los indicados en la cláusula 6.11 PCAP (…)

En la Resolución n° 2/2017, de 13 de enero de 2017, este Tribunal analizó un supuesto similar al planteado en el presente recurso:

“(…) Los órganos de contratación deberán reconocer los certificados equivalentes expedidos en otros Estados miembros y, además, aceptar otras pruebas de medidas equivalentes de la garantía de la calidad que presenten los interesados. Por esta razón,



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

hemos declarado contrarios a Derecho cláusulas de pliegos que exigían la aportación de un certificado determinado sin admitir otros equivalentes (cfr.: Resoluciones 113/2014 y 65/2015, confirmada ésta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2016 –Roj SAN 4222/2016-).(...)”

De acuerdo con la doctrina expuesta, el hecho de que no se permita que se sustituya los certificados exigidos por otros equivalentes supone una vulneración de la normativa contractual, por lo que no resulta ajustada a derecho la cláusula impugnada en este extremo”.

V.- En el apartado LL del Anexo I al PCAP, en relación con los “criterios de adjudicación”, se advierte:

- La previsión relativa a que “*el incumplimiento de las prescripciones técnicas podrá ser, en su caso, motivo de exclusión*”.

Al respecto, se realizan las siguientes observaciones:

- Al contenido de las prescripciones técnicas de contratos de suministros se refiere el artículo 125.1 b) de la LCSP como “un documento en el que se definan las características exigidas de un producto” y, asimismo, el artículo 68 del RGLCAP.

Esta cuestión se examina en la Resolución nº 166/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 10 de febrero de 2017 (Recurso nº 30/2017), en su fundamento de derecho cuarto:

“(…) El PPT establece los requisitos del suministro e instalación de diverso equipamiento de electromedicina, en particular, en lo que interesa en el presente recurso, para las unidades ecografía general y de urgencias. (...) Pues bien, la existencia en el PPT de características de los equipamientos que estos han de poseer necesariamente, permite concluir que (...) establecen requisitos indispensables de los equipamientos a suministrar.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Pues bien, el informe técnico asumido por la Mesa de Contratación fundamenta la exclusión de la empresa recurrente, en relación la unidad de ecografía general en los siguientes términos:

“Excluido. No cumple con las especificaciones del pliego. Oferta ambigua que no contesta con claridad o no contesta a las especificaciones del pliego. (...)

Analizadas las alegaciones del recurrente en relación con el incumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas en el correspondiente pliego, (...) cabe apreciar que existe un incumplimiento de aquéllas, al menos, en lo que se refiere a la conexión simultánea de al menos 4 sondas, por lo que el acuerdo de exclusión debe considerarse conforme a derecho, procediendo la desestimación del recurso.

A mayor abundamiento, cabe citar la Resolución nº 980/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 6 de septiembre de 2019 (Recurso nº 830/2019) que, en su fundamento de derecho noveno, analiza la aplicación de las exigencias del pliego de prescripciones técnicas en los siguientes términos:

“(...) 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).

En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Pero también señalamos que “debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: ‘Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia’. En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación” (Resolución nº 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que “no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato” (Resolución nº 815/2014, de 31 de octubre).

A ello añadiremos que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro».

En el presente caso, se ha constatado por el órgano técnico que el citómetro ofertado por la empresa recurrente no permite una ampliación por encima de los 5 láseres mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas, por lo que el incumplimiento de los mismos resulta claro y terminante. (...)

En definitiva, el incumplimiento de los requisitos del pliego de prescripciones técnicas supone la exclusión en la licitación del expediente de contratación.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

- Los criterios de adjudicación suponen ponderar, en su caso, las características técnicas con valores superiores a los mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas.

En este aspecto resulta clarificadora la Resolución nº 1012/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 2 de diciembre de 2016 (Recurso nº 996/2016), en cuyo fundamento de derecho quinto se manifiesta:

“(...) Se ponen de relieve en el Informe 16/2013, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se señalan los siguientes razonamientos (...)

En los contratos administrativos, el Pliego de Prescripciones Técnicas fija las características de las prestaciones objeto del contrato, y la calidad o cantidad mínima suficiente para conseguir cubrir las necesidades del órgano de contratación. La valoración de las ofertas respecto de los aspectos técnicos no es sino un plus de mejora que debe de tenerse en cuenta a efectos de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, poniéndola en relación con el factor económico. (...)

- En cuanto al “precio”, el artículo 102.1 de la LCSP prevé que *“se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente”*.

Dicha previsión se refleja, asimismo, en la cláusula 17.2.2 del PCAP, como contenido de la oferta económica.

- La cláusula 20 del PCAP, relativa a los “criterios de adjudicación”, determina que *“deberá figurar al menos un criterio de los establecidos en el Anexo I del Decreto 118/2022, de 5 de agosto del Consell, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de subvenciones que tenga vinculación con el objeto del contrato”*.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Dicho Decreto 118/2022 establece que *“el órgano de contratación incluirá en los pliegos de cláusulas administrativas criterios de adjudicación de carácter social, de transparencia, éticos y ambientales para la valoración de las proposiciones y la determinación de la mejor oferta conforme a la mejor relación calidad-precio, que integren o se refieran a las prestaciones que deban realizarse con dicho contrato en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida”* –apartado 1- y la ponderación a la que se ha de ajustar –apartado 5-.

VI.- En el apartado N del Anexo I al PCAP, relativo a los “criterios de desempate”, se observa:

- El criterio a) se refiere al mayor porcentaje de trabajadores discapacitados o un incremento de las cuotas previstas para las medidas alternativas en los términos regulados en el artículo 9 de Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las personas con discapacidad y el artículo 3 del Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, del Consell de la Generalitat, por el que se regulan medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad.
- En cuanto a la regulación del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se estableció el ingreso mínimo vital, esta norma se entiende implícitamente derogada por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, cuya disposición final decimosegunda determina su entrada en vigor *“el día 1 de enero de 2022”*.

Dicho contenido se refleja, asimismo, en la citada Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, cuya disposición adicional 1ª, 2º párrafo, determina que *“la condición de figurar como*



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

beneficiario del ingreso mínimo vital en el momento de su contratación servirá a los efectos de cómputo del porcentaje a que se refiere el artículo 147.2 a)” de la LCSP –relativo al “*porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social*”-.

VII.- En relación con el contenido del apartado O del Anexo I al PCAP se observa que, en correspondencia con el artículo 204 de la LCSP –relativo a las “*modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares*”-, la cláusula 39.1 a) del PCAP se remite al presente apartado en los siguientes términos:

“El contrato podrá modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando de forma clara, precisa e inequívoca se prevea la modificación en el apartado O del Anexo I de este pliego, donde se precisará con detalle su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que ha de seguirse para realizar la modificación, en virtud del artículo 191 y con las especialidades del artículo 207, ambos de la LCSP. En tal caso, la modificación no podrá suponer nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.”.

Entre las especialidades procedimentales previstas, dicho artículo 207 de la LCSP -apartado 4- menciona el artículo 191 de la LCSP que establece la “*audiencia al contratista*” –apartado 1- e informe jurídico -apartado 2 de dicho precepto en relación con el artículo 5.2 c) de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de Asistencia Jurídica a la Generalitat-.

Al respecto, el artículo 102 del RGLCAP, relativo al “*procedimiento para las modificaciones*”, determina que “*la aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente*”.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

VIII.- En el apartado P del Anexo I al PCAP, respecto a la “prestación de garantía complementaria”, el artículo 107.2 de la LCSP prevé la posibilidad de su establecimiento *“en el pliego de cláusulas administrativas particulares”* de *“hasta un 5 por 100 del precio final ofertado por el licitador que presentó la mejor oferta, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del citado precio”*.

Por tanto, *“cuando así se prevea”* en el presente apartado, dentro de los límites expuestos a concretar, *“se prestará además una garantía complementaria”*, según determina la cláusula 25.2 del PCAP.

IX.- En el apartado Q del Anexo I al PCAP se observa:

- La previsión de “penalizaciones” relativas a la subcontratación se incluyen en el apartado T, según se refleja en la cláusula 44 del PCAP.
- En el caso de penalidades por “incumplimiento de la obligación de remitir relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, de las condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago y del justificante de cumplimiento de los pagos a aquéllos, una vez terminada la prestación” se prevén si se establece tal remisión en el presente apartado que, en este supuesto, opta por “no”.

Tal supuesto se corresponde con el artículo 217.1 de la LCSP al reflejar que *“las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 12, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos”*.



X.- En el apartado R del Anexo I al PCAP cabe señalar:

■ No se reflejan los “plazos parciales” para la entrega del suministro; si bien, se prevé el “*régimen de sustitución de los materiales en caso de detectarse defectos en los productos suministrados*” y la remisión al “pliego técnico” -sin figurar su concreción-.

Al respecto, se advierte que procede indicar, en el presente apartado, la existencia de “*plazos de entregas parciales de ejecución sucesiva*” -conforme prevé la cláusula 10.2 del PCAP-, quedando obligado el contratista al cumplimiento “*de los plazos parciales fijados por la Administración en los términos previstos en el apartado R del Anexo I del presente pliego*” -según determina la cláusula 34.1 del PCAP-.

■ La presentación de “*muestras*” para “*cada uno de los productos ofertados*” con previsión relativa a que “*durante el período de evaluación de los materiales ofertados, se podrán solicitar más muestras o demostraciones en aquellos casos que se considere necesario, requisito imprescindible para poder valorar la calidad del producto*”.

Por su parte, en el apartado L se prevé las “*muestras*” como uno de los medios para acreditar la “*solvencia técnica de las empresas de nueva creación*”, conforme al artículo 89.1 e) de la LCSP.

Al respecto, se realizan las siguientes observaciones:

- Conforme establece la cláusula 15.1 del PCAP, “*la presentación de ofertas se hará de la forma establecida en el Apartado D del Anexo I del pliego*”.
- En orden a la trascendencia jurídica de la inclusión de la exigencia de presentación de muestras en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en la Resolución nº 821/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 24 de septiembre de 2018 (Recurso nº 720/2018), en su fundamento de derecho quinto se declara:



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

“(…) Tal y como resulta con toda claridad de la citada cláusula del PCAP, se exigía de los licitadores la aportación, como parte inexcusable de su oferta, de muestras de los guantes objeto de suministro adecuadamente envasadas en sus cajas originales (...). Para resultar admisibles las muestras las mismas debían entregarse en las condiciones requeridas por el pliego, que taxativamente exige que se aportasen debidamente envasadas. No entregándose bajo tal forma, la exclusión de la proposición es inevitable, conforme a la previsión expresa del pliego en tal sentido.

(…) A tenor de ello, hemos de traer a colación, (...) la doctrina del Tribunal sobre la posible exclusión de licitadores por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en los pliegos (...). En este punto resulta procedente acudir a la resolución de este Tribunal nº250/2013: “... una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato (...) sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012,219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)”.

De la doctrina anteriormente transcrita se deduce que lo que debe valorarse es si de la documentación aportada por el licitador, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas, cabe deducir un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica de lo ofertado no se corresponde con lo exigido en el pliego. Y, en tal sentido, lo que se advierte en este caso es que, con la falta de aportación de los envases originales requeridos por el pliego, se imposibilita al órgano de contratación la comprobación del cumplimiento de dichos requisitos técnicos.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Conforme a lo expuesto, no cabe sino concluir en que la falta de aportación de las muestras de guantes debidamente envasadas constituye efectivamente causa de exclusión de la proposición conforme al pliego”.

- En cuanto a la utilización de muestras en la licitación de un expediente de contratación, en el Informe 4/06 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 20 de junio de 2006, se concluye:

“1. En los contratos de suministro, es posible exigir la presentación de muestras de los productos a suministrar tanto para ser valorada en fase de solvencia como en fase de adjudicación (...).

2. En el supuesto de que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se exija la presentación de muestras para ser valoradas en fase de solvencia y en fase de valoración de las ofertas, habida cuenta que sus características han de ser distintas, tal opción resulta posible siempre que su tratamiento sea diferenciado y se mantenga el secreto de las proposiciones”.

En esta cuestión resulta ilustrativa la Resolución nº 255/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 16 de marzo de 2018, en cuyo fundamento de derecho octavo se declara:

“(...) Las muestras pueden ser aportadas para apreciar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, para apreciar la calidad del producto a efectos de su valoración y como acreditación de la solvencia técnica, debiendo ajustarse su tratamiento al régimen jurídico de cada uno de tales aspectos.

(...) Tal y como se establece en el Informe 4/2006, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “es aceptable la presentación de muestras tanto para verificar la solvencia de los licitadores, así como criterio de adjudicación”. No obstante, ambas fases se regulan por normas diferentes, estando la primera dirigida a identificar la aptitud de la empresa para producir un resultado determinado. Esta posibilidad de doble valoración permite que distintas características, no distintas muestras, tengan un tratamiento



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

diferencial como criterio de solvencia y como criterio de adjudicación, pudiendo las últimas presentarse en sobre cerrado y mantenerse en secreto hasta la apertura de proposiciones.

(...) Del mismo modo, la presentación de muestras en cada uno de esos dos momentos produce efectos distintos, los cuales vendrán a su vez determinados por las normas que rijan cada una de esas fases. Así, si se incumple la condición de la presentación de muestras como requisito de solvencia técnica a fin de comprobar la adecuación al PPT y la capacidad de ejecución de ese contrato de suministro por parte del adjudicatario, no produce el mismo efecto que si se incumple la presentación de muestras como criterio de adjudicación y, por tanto, como determinante de una mayor valoración al licitador, de manera que, en este último caso el tratamiento que debe seguirse respecto de la posibilidad de subsanación viene expresamente regulado en el artículo 81, 2 y 84 del Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), permitiéndose esta opción, a diferencia del primer caso, relativo a la solvencia para comprobar la adecuación al PPT, en el que, si no se cumplen las condiciones establecidas en el pliego y no se acredita así con las muestras presentadas, ya no cabe la posibilidad de subsanación pasado ese momento, puesto que con ello se alteraría el principio de igualdad de trato entre los licitadores, produciendo el favorecimiento de aquel a quien se le hubiera dado la posibilidad de presentar otras muestras distintas o de distinto tipo, características o número, en un momento posterior.(...)"

Y en su fundamento de derecho décimo se especifica:

"(...) Como ya hemos señalado antes, en un contrato (...) de suministro, la presentación de muestras constituye la oferta realizada por los licitadores. De ahí la importancia tanto en la forma, como en el contenido, así como en el momento, de la presentación de la mismas, hasta el punto de que determina la exclusión del licitador cuyas muestras no se ajusten a las prescripciones técnicas exigidas en el pliego.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

(...) El momento en el que el licitador debe probar que las muestras que presenta son conformes con lo exigido en el pliego es en la presentación de su oferta (...).

- En relación con la presentación de muestras resulta, asimismo, esclarecedor el análisis contenido en la Resolución n° 205/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 2 de marzo de 2018, en cuyo fundamento de derecho sexto se expresa:

“(...) La necesidad de que las muestras se presenten en las condiciones establecidas por el pliego ha sido reiterada por este Tribunal, así en nuestra Resolución 1166/2017, la 802/2017, o la 804/2016 so pena de exclusión del licitador. (...)

Y hemos afirmado la insubsanabilidad del defecto referido a la falta de presentación de muestras, pues en este caso hubiera supuesto la nueva aportación de muestras, incorporando las omitidas, señalando a qué lote correspondía cada una, e identificándolas debidamente, lo que supondría una nueva oferta con quebranto de la igualdad entre licitadores: En la Resolución 1089/2016 recordamos que “Por otro lado, sobre la hipotética posibilidad de acordar la subsanación de la falta de aportación de muestras, no se considera sea procedente. En este sentido, este Tribunal, entre otras, en la Resolución 158/2013, citada por la también antedicha, ha señalado:

“En cuanto a la doctrina de aplicación a la subsanación de errores, ya señalamos, entre otras en nuestra Resolución 297/2012, que “En este sentido como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera:



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. (...)

En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA).

Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación."

Añadíamos que “Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, (...)

Ahora bien, deben ponderarse, como se indica en la Resolución 104/2012, los principios apuntados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”.

Resulta por tanto, a juicio de este Tribunal, que no sería procedente la subsanación de la falta de presentación de muestras dado que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones. Nos encontraríamos por tanto ante un defecto insubsanable.”

Añadamos que no es óbice que, respecto de otro licitador, se haya permitido una mera aclaración puntual que no supuso la necesidad de presentar nuevas muestras o alterarlas en ningún caso, por lo que no apreciamos quiebra del principio de igualdad (...)”.

XI.- En el apartado T del Anexo I al PCAP, en cuanto al “régimen de penalidades”, cabe señalar:

■ En relación con las “penalizaciones” por “incumplimientos muy graves” se indica que “podrá representar un 10 por 100 del importe total del contrato”; si bien, la cláusula 33.1 del PCAP, en concordancia con el artículo 192.1 de la LCSP, prevé que “el órgano de contratación podrá imponer una penalización económica proporcional a la gravedad del incumplimiento, en una cuantía que no podrán ser superior al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido”.



■ Respecto a los “*daños y perjuicios e imposición de penalidades*”, la regulación contenida en el artículo 194 de la LCSP prevé:

▪ El modo de hacer efectivas las penalidades impuestas por los incumplimientos del contratista requiere la tramitación de un procedimiento.

Al efecto, el apartado 2 del citado artículo 194 de la LCSP establece:

“Las penalidades previstas en los dos artículos anteriores –artículo 192 relativo al “incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso” y artículo 193 referente a la “demora en la ejecución”- se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos”.

▪ En cuanto a la exigencia al contratista de la indemnización de daños y perjuicios, el artículo 194.1 de la LCSP precisa cuando “*no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración*”.

■ Conforme al PCAP vigente, se introducen epígrafes para indicar las “penalidades por impago por el contratista a un subcontratista o suministrador” en el supuesto previsto en la cláusula 44.10, “penalidades de la cláusula 38.10 por incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa” y penalidades “por cumplimiento defectuoso en caso de no presentar el



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Informe que hace referencia la cláusula 36.15 del presente pliego, o falta de veracidad de este, obstrucción, resistencia, negativa o excusa al seguimiento del cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la empresa o entidad adjudicataria” -para contratos de duración igual o superior a 6 meses-.

XII.- En el apartado U del Anexo I al PCAP se observa:

■ En cuanto al “plazo de recepción”, se refiere al cumplimiento del contrato cuya *“constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega del objeto del contrato. Si fuera otro el plazo, se fijará en tal caso en el apartado U del Anexo I, rigiendo el plazo de un mes en su defecto”* -conforme prevé la cláusula 41.2 del PCAP en correspondencia con el artículo 210.2 de la LCSP-.

■ Respecto a la “plazo de recepción parcial”, la cláusula 41.4 del PCAP prevé tal posibilidad para *“aquellas partes del objeto del contrato susceptibles de ser suministradas por fases y de ser utilizadas de forma separada e independiente”* que requiere *“por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad”* tras *“la entrega del objeto del contrato”* -según se desprende de la citada cláusula 41.2 del PCAP en relación con el artículo 210.2 de la LCSP-.

XIII.- En el apartado V del Anexo I al PCAP cabe señalar que, conforme determina el artículo 210.3 de la LCSP, *“en los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad”*.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

XIV.- En el apartado W del Anexo I al PCAP, en cuanto a la “*identificación del órgano de contratación*”, se advierte:

▪ Por Decreto 10/2023, de 19 de julio, del president de la Generalitat, por el que se determinan el número y la denominación de las consellerias, y sus atribuciones (DOGV núm. 9463, 19.07.2023) se suprime la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública -disposición final primera- y “*se asignan a la Conselleria de Sanidad las competencias en materia de sanidad, salud pública, salud mental, farmacia, evaluación, investigación, calidad y atención al paciente*” -artículo 7-, y por el Decreto 135/2023, de 10 de agosto, del Consell, se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la Conselleria de Sanidad (DOGV núm. 9661, 14.08.2023).

▪ La referencia corresponde al conseller de Sanidad según se refleja en la consideración jurídica III de este escrito.

XV.- En el apartado X del Anexo I al PCAP, en relación con las “medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones medioambientales, sociales o laborales” se refleja que “*el adjudicatario deberá procurar mantener o mejorar las condiciones medioambientales en la ejecución del contrato*” que, asimismo, se reitera en las “condiciones especiales de ejecución”.

Al respecto, se advierte su similitud, aunque su regulación legal difiere por su distinta configuración:

- El artículo 201 de la LCSP – relativo a las “*obligaciones en materia medioambiental, social o laboral*”- establece, con carácter preceptivo, que “los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V”.

- En cambio, el artículo 202 de la LCSP –referente a las “*condiciones especiales de ejecución del contrato*”- regula, con carácter potestativo, conforme expresa su apartado 1:

“Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente”.

Esta última obligación se circunscribe dentro de la potestad, atribuida al órgano de contratación, de configurar la condición especial de ejecución del contrato -en el marco de su regulación jurídica-; en cambio, las obligaciones previstas en el artículo 201 de la LCSP son de cumplimiento obligatorio en su totalidad.

Su diferente configuración jurídica se analiza en la Resolución nº 1071/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 23 de noviembre de 2018 (Recurso nº 654 y 658/2018), en cuyo fundamento de derecho undécimo se indica:



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

“(…) Una cosa son estas condiciones especiales de ejecución y otras muy distintas (…) el conjunto de obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental, laboral o social de preceptiva observancia aplicables en cada caso con motivo de la ejecución de las prestaciones del contrato (…)

Respecto de las primeras, es decir, el conjunto de obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental, laboral o social de preceptiva observancia, ha de afirmarse, en primer lugar, que no son condiciones especiales de ejecución porque, a diferencia de éstas, son obligaciones legales, lo que significa que se aplica y exigen per se, por imperativo legal, y están ya establecidas, por lo que no hay que establecerlas en lugar ni momento alguno. En segundo lugar, las condiciones especiales se pueden establecer para atender diversas finalidades como son (art. 202) promover, eliminar, favorecer, garantizar, etc. esas finalidades que enumera la Ley, a diferencia de las obligaciones legales, que pueden obedecer a finalidades muy diversas. En tercer lugar, las condiciones especiales se vinculan a la ejecución del objeto del contrato, que es la ejecución de la prestación debida o conducta a que se obliga el contratista, y se ciñen a esa ejecución de la prestación o a los factores que intervienen en ella, mientras que las obligaciones legales sectoriales (medioambiente, social, laboral) son de general aplicación a la actividad de la empresa y en concreto, de la contratista. En cuarto lugar, el órgano de contratación debe adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones legales y para comprobar su cumplimiento (artº 201 LCSP) mientras que, por el contrario, las condiciones especiales de ejecución tienen fines de promoción, impulso, favorecimiento, evitación, etc. y carácter potestativo, siempre vinculadas a procurar la satisfacción de dichos fines en la ejecución de la prestación debida por el contratista, por lo que su establecimiento y configuración es, en principio, facultativa”.

- Se requiere la determinación de las “medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones medioambientales, sociales o laborales”, según establece la cláusula 38.1 del PCAP:



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

“En el apartado X del Anexo I se prevén medidas para garantizar que en la ejecución el contratista cumpla las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral derivadas del Derecho europeo comunitario, del Derecho nacional, de Convenios Internacionales suscritos por el Estado español y de convenios colectivos.

El incumplimiento de tales obligaciones originará la imposición de penalidades del artículo 192 de la LCSP”.

Dicha cláusula se corresponde con la regulación contenida en el artículo 201 de la LCSP -referida anteriormente-.

Al respecto, en el Informe 14/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su consideración jurídica V se expresa:

“ (...) El control del cumplimiento de las obligaciones medioambientales y sociales es uno de los aspectos que la Directiva 2014/24/UE pretende reforzar, obligando en el artículo 18.2 a que los Estados miembros garanticen, en la ejecución del contrato, el cumplimiento por parte de los adjudicatarios de las obligaciones en los ámbitos del derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar de ejecución de los contratos, derivadas tanto de normas como de convenios colectivos, así como a garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones por parte de los subcontratistas (...).”

En esta cuestión la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, Expediente 61/19, manifiesta en la consideración jurídica 4:

“(…) El artículo 201 LCSP ordena tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, de modo que el incumplimiento de las obligaciones anteriores (...) dará lugar a la imposición de penalidades y puede ser causa de resolución del contrato. Es importante destacar que la imposición de las penalidades derivadas, por ejemplo, del incumplimiento de la normativa medioambiental puede



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

exceder de la preparación propia o de las capacidades del órgano de contratación. Lo mismo puede ocurrir con las infracciones de tipo social o laboral. En general, cuando estemos en presencia de incumplimientos derivados de lo dispuesto en el artículo 201 LCSP la adopción de una decisión tan grave para el contratista debería contar con un respaldo en forma de resolución previa de los órganos competentes en la materia”.

■ Acerca de las “condiciones especiales de ejecución” se advierte:

- Conforme establece el citado artículo 202.1, 2º párrafo, de la LCSP, resulta obligatorio el establecimiento “de al menos una” de entre las que enumera el apartado 2, cuyo párrafo 1º indica:

“Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social”.

En esta cuestión la cláusula 38.2 del PCAP prevé:

“En el Apartado X del Anexo I figuran las condiciones especiales establecidas en relación con la ejecución, de entre las previstas en el Anexo II Decreto 118/2022, de 5 de agosto del Consell, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de subvenciones, y en su caso, la atribución a las mismas del carácter de obligaciones contractuales esenciales. La empresa contratista garantizará que en la ejecución del contrato todos los productos que se utilicen provengan de empresas que cumplan con las Convenciones Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Tales condiciones especiales de ejecución serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo”.

➤ De acuerdo con el artículo 202.1 de la LCSP han de estar “*vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145*”, es decir, “*se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato*” -según prevé el artículo 145.6 de la LCSP-.

➤ Procede su fijación, de forma precisa, con concreción de los requisitos.

Al efecto, el Considerando 104 de la Directiva 2014/24/UE dispone que “*el propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución*”, de modo que constituyen “*requisitos objetivos fijos*”.

Así pues, según se refleja en la consideración jurídica 8 del Expediente 38/22 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, “*las condiciones especiales de ejecución son obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado elementos esenciales de la fase de ejecución del mismo*”.

XVI.- En observaciones se hace referencia a la cumplimentación del DEUC en los términos reflejados en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación al prever:

“El operador económico solo debe cumplimentar esta casilla si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora han indicado en el anuncio pertinente o en los pliegos de la contratación a que se refiera el anuncio que el operador económico puede limitarse a cumplimentar la sección a de la parte IV omitiendo cualquier otra sección de la parte IV”.



EXP. CT/651/2023
CSUSP/870/2023
C/I/9313/2023

Conforme con la cláusula 16.1. PCAP, *“el sobre electrónico nº 1 contendrá la declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea”*.

Y en cuanto a dicho contenido, se encuentra previsto en el apartado D del Anexo I al PCAP –según la cláusula 15.1 del PCAP-.

En consecuencia, se recomienda realizar tal indicación en el apartado correspondiente al contenido del sobre electrónico nº 1 –relativo a la “documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”-.

La emisión de este informe tiene carácter preceptivo y no vinculante conforme establecen los artículos 5.2 y 6.1, respectivamente, de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de Asistencia Jurídica a la Generalitat.

El presente informe, debidamente anonimizado, habrá de ser objeto de publicidad activa de acuerdo con lo que establece el artículo 16.2.a) de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana, y del artículo 27.2 del Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, ya que supone una interpretación del derecho.

Valencia, a 17 de octubre de 2023

Por la Abogacía de la Generalitat