



Recurso nº 1158/2015

Resolución nº 1151/2015

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

En Madrid, a 18 de diciembre de 2015

VISTO el recurso presentado por D. J.G.M., en nombre y representación de J. GUZMÁN AJUDES TÉCNIQUES I ORTOPEDIA, S.L. (en adelante J. Guzmán), contra la resolución de Asepeyo, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 151 (en adelante, Asepeyo), que declara desierta la licitación para la contratación de suministro de sillas de ruedas no estándar y sus complementos con destino a los centros asistenciales y hospitales de los que es titular, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 21 de junio de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por parte de ASEPEYO, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 151, del contrato de suministro de sillas de ruedas no estándar y sus complementos con destino a los centros asistenciales y hospitales de aquélla.

Consta igualmente la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado (18 de junio de 2014).

Segundo. El plazo de duración del contrato es de doce meses, previéndose la posibilidad de una prórroga por idéntico período de tiempo.

Tercero. El valor estimado del contrato asciende a 382.500 €

Cuarto. El contrato comprende dos Lotes, a saber:



-Lote nº 1: Zona de influencia Hospital de Sant Cugat (Comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña, Illes Balears, La Rioja, Navarra y País Vasco).

-Lote nº 2: Zona de influencia Hospital de Coslada (Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Islas Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cantabria, Extremadura, Galicia, Madrid y Murcia y Ciudad Autónoma de Melilla).

Quinto. Tramitado el expediente de contratación, en relación con el Lote nº 1, las tres empresas admitidas, una vez sumadas las puntuaciones correspondientes a las proposiciones técnica y económica, quedaron clasificadas del modo siguiente:

-GRACARE, S.A.: 88'25 puntos.

-J. GUZMÁN AJUDES TÉCNIQUES I ORTOPEDIA, S.L.: 63 puntos.

-SANICOR UTE: 51'99 puntos.

Sexto. La mesa de contratación elevó al órgano de contratación propuesta de adjudicación del Lote nº 1 a favor de GRACARE, S.A.

Séptimo. Previa constitución de la garantía definitiva así como de la acreditación de hallarse al corriente en sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, el Sr. Subdirector General de Asepeyo, en fecha de 16 de marzo de 2015, adjudicó el lote nº 1 del contrato a favor de GRACARE, S.A.

Octavo. Contra esta resolución interpuso recurso especial J. Guzmán. Este Tribunal dictó resolución 586/2015, en la que estimó parcialmente el recurso *“anulando el acto impugnado y acordando la retroacción del procedimiento en los términos que derivan del último fundamento de derecho”*.

Noveno. El 19 de octubre de 2015, Asepeyo acuerda excluir a J. Guzmán y a SANICOR UTE y declarar desierta la licitación. Contra esta resolución, interpone nuevamente recurso especial J.Guzmán. Asepeyo ha formulado informe y GRACARE, S.A. ha realizado alegaciones, solicitando ambas la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. El acuerdo se ha impugnado dentro del plazo de quince días establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

Tercero. Con respecto al cumplimiento del requisito de legitimación en la interposición del presente recurso, no existe duda de que el recurrente lo cumple, pues impugna la declaración de desierta de la adjudicación de un lote al que había presentado una oferta, habiendo además interpuesto un recurso contra la adjudicación de ese mismo lote, recurso que fue estimado parcialmente.

Cuarto. El recurrente mantiene en su recurso que el acuerdo de exclusión de todas las empresas y la declaración de la licitación como desierta, muestra una carencia absoluta de objetividad. En el procedimiento cuyas actuaciones se retrotrayeron se había considerado que las ofertas no incurrían en un motivo de exclusión y sólo cuando GRACARE, S.A. queda excluida en ejecución de la resolución de este Tribunal, Asepeyo decide que ninguna de las ofertas admitidas anteriormente cumplen con los requisitos del pliego.

Considera que todo ello vulnera la doctrina de los actos propios y que lo que procedía hacer era retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la propuesta de adjudicación sin volver a calificar las ofertas. Por último, concluye que se ha vulnerado la prohibición de la reformatio in peius, pues tras el recurso su oferta ha sido excluida.

Quinto. Por su parte, Asepeyo considera que ha dado cumplimiento a la resolución 586/2015. Según la misma, se ordenaba la retroacción del procedimiento “en los términos que derivan del último fundamento de derecho”. A la vista de ello, elevó consulta a este Tribunal el 1 de julio al considerar que si se retrotraen las actuaciones al momento inmediatamente anterior al momento de la adjudicación, ésta recaería en la oferta de J. Guzmán, que considera que debería ser objeto de exclusión, puesto que contiene variantes no contempladas en el pliego. Este Tribunal respondió el 11 de septiembre indicando que la



resolución debía entenderse en sentido literal, de forma que se debía proceder a examinar las dos ofertas restantes y adjudicar a la más ventajosa siempre que cumpla los requisitos del pliego. Se añadía que “en consecuencia, si ninguna de las ofertas cumpliera los requisitos del pliego, debería ser excluida y el procedimiento declarado desierto”.

Se trata, por tanto, de determinar si las ofertas de J. Guzmán y SANICOR UTE cumplen con el pliego o si por el contrario, la resolución de exclusión es correcta.

Sexto. La respuesta en el caso de J. Guzmán es clara. Tal y como señalamos en la resolución 586/2015:

el examen de la oferta técnica presentada por la recurrente revela que, como ella misma reconoce y pone de manifiesto asimismo el órgano de contratación en su informe, que en ella se incluyeron ejemplares del catálogo del fabricante, en los que se describen diversas modalidades de los productos y de sus accesorios, sin concretar cuál era la elegida.

En esta tesitura, conviene recordar que el Pliego de Cláusulas prohíbe inequívocamente en el apartado I del Cuadro de Características la presentación de variantes (cfr.: antecedente de hecho sexto). Desde el momento en que la sociedad J. GUZMÁN AJUDES TÉCNIQUES I ORTOPEDIA, S.L. no concretó, pese a habersele dado ocasión para ello, los detalles de los bienes descritos en su oferta (cfr.: antecedentes de hecho décimo y undécimo), es evidente que, al presentar hojas genéricas en las que no se precisaban cuáles eran las características, está infringiendo dicha previsión. A su vez, esta infracción supone la del artículo 145.3 TRLCSP, que como es sabido, impide a un mismo licitador formular dos o más proposiciones simultáneamente, acarreado la contravención del precepto la exclusión de todas las ofertas presentadas por el licitador (cfr., en este sentido, nuestra Resolución 155/2013). Este mismo razonamiento fue seguido, bajo la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que, en su informe 49/2004, afirmó:

“Lo hasta aquí expuesto permite sin dificultad precisar el régimen jurídico de las proposiciones simultáneas, que será el establecido en el artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el de las variantes, que cuando no resulten admisibles o no se ajusten a los requisitos exigidos será igualmente el del artículo 80 o, por el contrario,



su admisión y examen si su admisibilidad y requisitos figuran en el pliego y a estos últimos se ajustan las proposiciones que incluyan variantes.

La solución contraria que hipotéticamente pudiera sostenerse –el rechazo o la no toma en consideración de la variante y el mantenimiento de otra proposición-, aparte de contradecir la configuración como variante como verdadera proposición y excepción a la prohibición del artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas estaría en contradicción con el espíritu y finalidad de la regulación de variantes y su admisibilidad que, con un carácter restrictivo y subordinación a requisitos preestablecidos, se observa, tanto en las Directivas comunitarias, como en la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas.”

Difícilmente cabe formular objeción alguna a tal razonamiento, pues, a la postre, si una oferta incluyera variantes no permitidas y fuera finalmente adjudicataria, se estaría en presencia de un contrato sin objeto cierto, pues éste comprende tanto la prestación del contratista como la contraprestación de la entidad pública (Dictamen del Consejo de Estado de 11 de julio de 1991, expediente 416/1991-), requisito inexcusable a tenor de los artículos 26.1.c) TRLCSP y 1261 CC, que determinarían la invalidez del mismo (artículo 33 TRLCSP).

Lo pertinente, pues, habría sido que el órgano de contratación excluyera, sin más, la oferta presentada por la hoy recurrente, en lugar de limitarse a asignar cero puntos a este apartado de su oferta.

Obviamente, este Tribunal no puede ahora acordar la exclusión de un candidato que ha sido admitido a la licitación, no sólo porque ello es función ajena al cometido revisor que le incumbe (artículo 47 TRLCSP; Resolución 24/2015), sino también por impedirlo el principio que proscribiera la “reformatio in peius” (artículo 113.3 LRJPAC; Resolución 51/2012). Por este motivo, nos habremos de limitar hoy a confirmar el criterio del órgano de la Mesa y del órgano de contratación, que, aunque no sea el más respetuoso con el Ordenamiento, es el único que hoy podemos adoptar, para no agravar la situación de la recurrente.

B.b.- Al llegar a la conclusión anterior, este Tribunal no ignora que el requerimiento de subsanación de la oferta técnica que la Mesa cursó a la recurrente fue, cuando menos, impreciso, pues en él lo único que parecía solicitarse era que se hiciera constar la

correspondencia de los productos ofertados con los códigos empleados por el Pliego de Prescripciones (cfr.: antecedente de hecho décimo). Y que en esa tesitura podría entrar en aplicación la doctrina sentada por el TJUE, Sala Cuarta, en sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), que proscribe que, reclamada la aclaración de una oferta por un motivo, pueda rechazarse la oferta por la falta de claridad de un aspecto diferente (apartado 44).

Consideramos, sin embargo, que este extremo –que podría haber sido relevante en otro contexto, si se hubiera tratado de defectos o errores susceptibles de ser corregidos mediante una simple aclaración- carece de trascendencia en el supuesto que hoy nos atañe, pues las imprecisiones de las que adolece de la recurrente son de tal naturaleza que no admiten la posibilidad de ser subsanadas. Recuérdense, en este sentido, que la misma Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), que acabamos de citar, se opone, como regla general, a que el poder adjudicador solicite aclaraciones al candidato cuya oferta sea imprecisa o no se ajuste a las especificaciones técnicas de la convocatoria, indicando en sus apartados 36 y 37:

“36 Por su propia naturaleza, el procedimiento de licitación restringido implica que, una vez realizada la selección de candidatos y 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 procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos.

37 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.”

No obstante, y de manera excepcional, es posible solicitar aclaraciones a los candidatos sobre algún punto concreto o a fin de corregir errores materiales manifiestos, con el límite de

que en ningún caso puede admitirse modificación alguna de la oferta y teniendo en cuenta que se trata tan sólo de una posibilidad admitida por el Derecho comunitario, pero no impuesta por él. En el apartado 40 de la anterior sentencia, el Tribunal indica:

“40 Sin embargo, dicho artículo 2 no se opone, en particular, a que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. Por consiguiente, este artículo tampoco se opone a que figure en la normativa nacional una disposición como el artículo 42, apartado 2, de la Ley nº 25/2006, según la cual, básicamente, el poder adjudicador puede solicitar por escrito a los candidatos que aclaren su oferta, sin solicitar ni aceptar, no obstante, modificación alguna de la misma.”

Los mismos principios son reiterados por la Sentencia de la Sala Décima del TJUE, de 10 de octubre de 2013 (C-336/12).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la oferta de la recurrente no identificaba qué productos eran los que realmente ofrecía, es decir, qué modalidad concreta de los del catálogo del fabricante era los que pensaba suministrar si resultaba seleccionada. No era, pues, una aclaración puntual, sino que afectaba a todos los bienes que la Mutua pensaba adquirir. De esta suerte, la petición de aclaración que se le dirigió con fecha de 27 de octubre de 2014 era improcedente, porque el defecto del que adolecía su oferta no admitía corrección alguna, al exceder con creces de los márgenes estrictos fijados por la Jurisprudencia comunitaria.

Por esta razón, no cabe aplicar aquí la citada doctrina sentada por la Sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012 a la que antes hemos aludido, y ello no sólo porque aquí no se ha acordado la exclusión de la candidatura (simplemente, se ha valorado en cero puntos este apartado de su oferta), sino, sobre todo, porque, de hacerlo, este Tribunal se vería abocado a conceder una oportunidad de corregir su oferta en términos tales que serían incompatibles con el Derecho Comunitario, escenario que, como es obvio, debe evitarse a todo trance.

La exclusión acordada no supone ir contra los propios actos, pues no se trata un cambio de criterio inmotivado, sino de una resolución dictada en ejecución de una resolución de este Tribunal. Ni tampoco supone una reformatio in peius, pues tras la resolución del recurso no queda el recurrente en peor condición que antes de su interposición.

Séptimo. Queda analizar si la exclusión de SANICOR UTE es correcta, pues se trata de la única empresa que presentó oferta que no resultó adjudicataria, ni presentó recurso contra dicha adjudicación. Tampoco ha realizado alegaciones en el presente procedimiento.

Pues bien, según el informe técnico que se acompaña a la resolución de exclusión, la oferta no se ajusta a las especificaciones técnicas *al no cumplir con lo indicado en las referencias Sns_38, Sns_39 y Sns_240. Los productos correspondientes a estas referencias, no están identificados en la oferta de dicha empresa. A pesar de haberles solicitado aclaración al respecto, siguen presentando un catálogo de productos sin referenciar específicamente los productos arriba mencionados.* Al adolecer la oferta de SANICOR UTE de las mismas deficiencias que las de GRACARE, S.A., procede igualmente su exclusión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.G.M., en nombre y representación de J. Guzmán Ajudes Tèchniques i Ortopedia, S.L., contra la resolución de Asepeyo, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 151, que declara desierta la licitación para la contratación de suministro de sillas de ruedas no estándar y sus complementos con destino a los centros asistenciales y hospitales de los que es titular.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.