



Recurso nº 040/2013 C.A. Castilla-La Mancha 011/2013

Resolución nº 094/2013

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

En Madrid, a 6 de marzo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. C. P., en representación de IZASA HOSPITAL, S.L., contra la resolución adoptada por la Mesa de Contratación del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), de fecha 10 de enero de 2013 por la que se acordaba su exclusión del procedimiento de licitación relativo al Acuerdo Marco para el “Suministro de catéteres de diagnóstico e intervencionismo. Lotes 108, 150, 151, 152, 160 y 212”, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en lo sucesivo SESCAM), convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 16 de noviembre de 2012, en el Boletín Oficial del Estado de 24 de noviembre de 2012 y en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2012, la licitación del Acuerdo Marco, procedimiento abierto, para el suministro de catéteres de diagnóstico e intervencionismo para los centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (DGEI/PR/013/2012).

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y demás legislación aplicable, habiendo concluido el plazo señalado para la presentación de las ofertas el día 17 de diciembre de 2012.

Tercero. Los días 9 y 10 de enero de 2013 tuvo lugar la reunión de la Mesa de Contratación con el fin de proceder a la apertura de los sobres de documentación personal y solvencia (sobre 1) y comprobación de las muestras recibidas.

En relación con la proposición de la ahora recurrente, IZASA HOSPITAL, S.L., se comprueba que su proposición fue enviada por correo en fecha 17 de diciembre de 2012, comprobándose igualmente la existencia de la justificación de la fecha de imposición y del correspondiente anuncio al órgano de contratación.

En relación con las muestras, se comprueba que del total de lotes a los que concurría esta mercantil, no ha presentado éstas en los lotes 108, 150, 151, 152, 160 y 212.

Por este motivo, se acuerda por la mesa de contratación en resolución adoptada en fecha 10 de enero de 2012, la exclusión de IZASA HOSPITAL, S.L., de los lotes 108, 150, 151, 152, 160 y 212, por no haber presentado las muestras de los citados lotes, tal y como se exige en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el expediente de referencia.

Cuarto. Contra esta ahora mencionada resolución de la Mesa de Contratación de 10 de enero de 2013, IZASA HOSPITAL, S.L., ha interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 31 de enero de 2012.

Quinto. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 4 de febrero de 2013, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de forma, que según lo previsto en el artículo 47 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada. En la misma fecha se dio traslado del recurso al resto de licitadores, para que, si lo estimaban oportuno, presentaran alegaciones, sin que ninguno haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 TRLCSP, y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha el 15 de octubre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 2 de noviembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 22 de octubre de 2012.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de exclusión adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, y analizando en primer lugar las alegaciones de la recurrente IZASA HOSPITAL S.L., ésta funda en síntesis su escrito de recurso contra la resolución de exclusión, en que debió habersele concedido trámite de subsanación permitiéndole presentar las muestras, por lo que al no haberlo hecho se ha acogido una interpretación literal del pliego de cláusulas administrativas, impidiendo que se haga efectivo el principio de libre competencia.

Por su parte, el órgano de contratación con fundamento en las cláusulas del pliego entiende que la falta de presentación de las muestras exigidas por éste implica necesariamente la exclusión de la licitación.

Sexto. Queda así centrado el objeto del recurso en si las muestras que preveía el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige este procedimiento de licitación, deben ser presentadas junto con la proposición como condición para que ésta sea admitida en la licitación y, si en su caso, debería haberse requerido al interesado para subsanar su omisión.

Procede para ello analizar, en primer lugar, la forma en que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha regido en este Acuerdo Marco, hace referencia a las muestras de los suministros objeto del contrato.

En el citado pliego, se prevé en el apartado 12.2 que “las proposiciones junto con las muestras, en su caso, deberán ser entregadas en el lugar que se indica en los anuncios publicados”, añadiendo en el apartado 12.4, al referirse a la proposición técnica, compuesta por los sobres 2 y 3, relativos respectivamente a la “documentación técnica para la valoración de los criterios evaluables mediante un juicio de valor o sin aplicación de reglas o fórmulas” y a la “documentación técnica para la valoración de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de reglas o fórmulas”, que a “a todos los efectos, las muestras forman parte del contenido de la proposición”.

En el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que contiene el Cuadro de Características, se hace referencia a las muestras en el apartado 14, incluyendo entre aquellos para los que se exige la presentación de muestras los lotes en que se acordó la exclusión de la recurrente. No debe quedar duda, así pues, acerca de la obligatoriedad de presentar las mencionadas muestras.

Este Tribunal, al respecto, ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples resoluciones acerca de la condición de los pliegos de las licitaciones como Ley de las mismas, lo que implica la obligación de cada una de las partes, licitadores y órganos de contratación, de asumir su contenido y ajustarse a él tanto en la presentación de proposiciones como en las decisiones a adoptar en el procedimiento de adjudicación. No otra cosa puede deducirse del sentido del artículo 145.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a cuyo tenor *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone*

la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

Sentado lo anterior, resulta evidente que aquellas proposiciones que no se ajusten estrictamente a lo dispuesto en los pliegos no deben ser admitidas a la licitación. Tal es el caso de la presentada por la entidad recurrente pues según su propio reconocimiento dejó de acompañar las muestras correspondientes a los lotes 108, 150, 151, 152, 160 y 212 de la licitación con lo que claramente contradujo lo dispuesto en el Pliego De Cláusulas Administrativas Particulares cuya cláusula 12.6 indica, tal como ya hemos señalado, que “en todos los casos las muestras formarán parte de la proposición” y por su parte el apartado 14.3 del cuadro de características, igualmente mencionado, exige la presentación de muestras en todos y cada uno de los lotes mencionados.

Lo anterior debe llevarnos, en principio, a la conclusión de que la oferta de la recurrente en los lotes referidos no se ajustaba a los requisitos del pliego y en su consecuencia resulta correcta su exclusión.

Séptimo. Queda, sin embargo, por resolver la cuestión de si las razones aducidas por IZASA HOSPITAL S.L. pueden considerarse como un obstáculo legal insalvable a la exclusión acordada.

Tales razones se refieren, en primer lugar, a la falta de un trámite de subsanación por parte del órgano de contratación. A juicio de la recurrente éste fue excesivamente rigorista y formal en la interpretación de los pliegos al no admitir la posibilidad de subsanar la falta de presentación de las muestras indicadas.

Tal alegación, no obstante, no puede prosperar. La subsanación de defectos y aún de omisiones a que se refieren los artículos 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, son de aplicación exclusiva a las documentaciones acreditativas de los requisitos de aptitud y solvencia del licitador, pero en ningún caso a los defectos, insuficiencias u omisiones que puedan afectar a las proposiciones en sí mismas consideradas. Respecto de ellas caben aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador

afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En tal sentido nos hemos pronunciado repetidas veces, por todas la resolución 147/2012 de 12 de julio de 2012, dictada en el recurso 128 del mismo año, en la que, dejábamos claro que la posibilidad de corrección contemplada en los artículos de que anteriormente hemos hecho mención se refiere a la documentación recogida por el artículo 146 del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público. Asimismo señalábamos que aunque la admitiéramos con respecto de la documentación que integra la oferta habríamos de limitarla a sólo los casos de errores materiales, sin extenderla a las omisiones fundamentales que constituyen, como en el caso presente, la falta de presentación de las muestras que forman parte misma de la proposición. Añadiendo que: *“En este mismo sentido cabe citar la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial que se presentó en el marco de unos litigios entre la Agencia eslovaca de contratación pública y varias empresas excluidas de una licitación del servicio de cobro de peajes. Dicha sentencia, cuyo objeto es la interpretación de una serie de artículos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, señala, entre otras cuestiones, que “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”. La citada sentencia admite que el artículo 2 de la Directiva no se opone 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”. Y en otro apartado señala que los candidatos afectados no pueden quejarse de que el órgano de contratación no tenga obligación de pedirles aclaración sobre su proposición “la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”.*

Criterio que, aplicado al caso presente, se traduce en la afirmación de que la falta de presentación de las muestras cuyo examen debe servir de base al órgano de contratación para pronunciarse sobre algo tan fundamental como el cumplimiento de las especificaciones técnicas del pliego, no puede considerarse como un error subsanable y sí como el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la presentación de la proposición, al que están sujetos de igual manera todos los candidatos.

De ello se desprende, además, que no puede acogerse tampoco la argumentación referida a las diferentes vicisitudes sufridas por la recurrente en la presentación de las muestras cuestionadas por tratarse de una cuestión de su estricta responsabilidad el disponer lo necesario para que la presentación se hiciera dentro de plazo.

Octavo. Plantea asimismo la recurrente que el propio órgano de contratación pudo subsanar la omisión analizando las muestras correspondientes a los lotes 159, 161, 178 y 185 que ella misma había presentado. Sobre este particular el Tribunal solamente puede indicar que tales muestras son identificadas en el pliego de forma diferente a las correspondientes a los lotes de que fue excluida, lo cual por sí solo nos debe llevar a entender que se trata de productos no idénticos. De no ser así y pretender como pretende la estimación de su recurso en base a esta alegación debió ser ella quien asumiera la carga de probar que tales muestras eran idénticas o, al menos, podían servir de base para comprobar las características técnicas de las no aportadas. Sin embargo, no lo ha hecho por lo que el Tribunal no puede sino desestimar también este fundamento de su pretensión.

Noveno. La última cuestión sobre la que debe pronunciarse este Tribunal es la referida a la alegación formulada por la recurrente en el sentido de que en el mismo procedimiento de adjudicación se requiriera a dos licitadores para subsanar la falta de presentación de muestras en dos lotes distintos de los que constituyen el objeto del presente recurso. Ante todo, la propia recurrente reconoce en su escrito de interposición que la subsanación solicitada en los casos mencionados se refería a la necesidad de aportar una segunda muestra, pues el pliego solicitaba la aportación de dos y los afectados sólo habían aportado una.

No compete a este Tribunal dilucidar si tal requerimiento debió hacerse o no ni si, en tal caso, debió excluirse también a los dos licitadores afectados, pues es cuestión distinta de la que es objeto del presente recurso ni parece que sea ésta la intención de la recurrente al referirse a ella. Evidentemente, la intención de la recurrente al mencionar tal circunstancia no es otra más que poner de manifiesto el trato discriminatorio que se le ha dispensado respecto de otros licitadores.

Sobre ello, el Tribunal debe manifestar que el pretendido trato discriminatorio no puede ser base para un pronunciamiento favorable a la admisión de las pretensiones de la recurrente pues no es posible fundar en él un criterio que sería contrario a la Ley. Este Tribunal ha repudiado sistemáticamente el trato discriminatorio, por ejemplo, en aquellos casos en que los criterios de valoración basados en juicios de valor no se aplican de igual forma a todos los licitadores, pero no puede hacer otro tanto cuando de admitirse tal argumentación al licitador que los invoca se conculcaría la correcta interpretación del precepto legal. La cuestión no es si se debe admitir a la recurrente por el hecho de haber admitido a otros licitadores en condiciones similares, aunque no idénticas, sino si desde el punto de vista legal la solicitud de subsanación de la recurrente era o no admisible. Sentado en los anteriores apartados que el rechazo de la misma llevado a cabo por el órgano de contratación se ajusta a Derecho, no podemos sino desestimar igualmente esta alegación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto D. C. C. P., en representación de IZASA HOSPITAL, S.L., contra la resolución adoptada por la Mesa de Contratación del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), de fecha 10 de enero de 2013 por la que se acordaba su exclusión del procedimiento de licitación relativo al Acuerdo Marco para el “Suministro de catéteres de diagnóstico e intervencionismo. Lotes 108, 150, 151, 152, 160 y 212”, que se confirma en todos sus extremos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.