



Recurso nº 881/2024

Resolución nº 1041/2024

Sección 2ª

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

En Madrid, a 5 de septiembre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.A.R.A., en representación de AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del lote 3 del procedimiento relativo a la *“Contratación del suministro de equipos de electromedicina para los centros asistenciales de FRATERNIDAD-MUPRESA y el HOSPITAL FRATERNIDAD-MUPRESA HABANA”*, con expediente PIC2024_30941, convocado por la Gerencia de Fraternidad Muprespa - Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 275, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 20 de febrero de 2024, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) los pliegos del procedimiento *“Contratación del suministro de equipos de electromedicina para los centros asistenciales de FRATERNIDAD-MUPRESA y el HOSPITAL FRATERNIDAD-MUPRESA HABANA”*, convocado por la Gerencia de Fraternidad Muprespa, dividida en tres lotes (LOTE Nº 1- Elementos de diagnóstico y reanimación; LOTE Nº 2- Monitorización y LOTE Nº3- Esterilización), con un valor estimado del contrato de 390.600 euros.

Segundo. Con fecha 27 de marzo de 2024, se publicó en el Tablón de Anuncios del expediente, ubicado en la Plataforma de Contratación del Estado, fichero zip conteniendo toda la documentación de las ofertas técnicas de los licitadores que presentaron oferta al LOTE Nº 3- Esterilización.



Con fecha 2 de abril de 2024, se publicó en la PCSP acta de la Mesa de contratación 27 de marzo de 2024, en la que figura el listado de los licitadores cuya oferta ha sido admitida.

En concreto al LOTE Nº 3—Esterilización-, los licitadores admitidos son los siguientes: AGENOR MANTENIMIENTOS S.A (en lo sucesivo, AGENOR); LABORATORIOS HERBITAS, S.L; MAPE ASESORES, S.A; NACIL MEDICA 4 GROUP S.L; SUMINISTROS GENERALES SANITARIOS, S.L y VIALTA, S.L.

Tercero. Con fecha 18 de abril de 2024, AGENOR recibió requerimiento por parte del órgano de contratación de Gerencia de FRATERNIDAD MUPRESA (en adelante MUPRESA) para justificar su oferta económica al LOTE Nº 3 ya que se encontraba en baja anormal.

En acta de la Mesa de contratación de fecha 6 de mayo de 2024, se admite la viabilidad de la oferta económica realizada por AGENOR al LOTE Nº3, considerándola justificada. En ese mismo acta, además, se recogen las puntuaciones técnicas y económicas otorgadas a los licitadores en función de los criterios cuantificables automáticamente (únicos criterios de adjudicación del contrato) proponiendo la adjudicación del LOTE Nº 3 a NACIL MEDICA 4 GROUP S.L, por haber obtenido, a juicio de la Mesa de contratación la mayor puntuación en ese lote, quedando AGENOR en tercer lugar en la clasificación.

Cuarto. En fecha 8 de mayo de 2024, MUPRESA recibe por parte de dos licitadores comunicaciones, poniendo de manifiesto que, el informe de valoración se habría confeccionado incorrectamente. Tras ello, se emite acta de fecha 3 de junio de 2024, que acompaña como anexo informe técnico rectificativo del informe de Evaluación Técnica y Criterios cuantificables automáticamente emitido con fecha 3 de mayo de 2024.

En la reunión de 11 de junio de 2024, la Mesa de contratación rectifica, documentándolo mediante acta las puntuaciones del LOTE Nº 3, proponiendo esta vez como adjudicatario a LABORATORIOS HERBITAS, S.L, por obtener la mayor puntuación, quedando clasificado en segundo lugar la oferta de AGENOR.



Quinto. En fecha 28 de junio de 2024, AGENOR interpone recurso especial en materia de contratación contra dicha resolución de adjudicación alegando, en síntesis, que los 10 puntos otorgados para el criterio *“retirada de los elementos sustituidos”* a LABORATORIOS HERBITAS se han obtenido sin que la misma hubiese presentado copia del contrato con un gestor o transportista autorizado para retirar dichos elementos o compromiso de suscribirlo antes de la formalización del contrato, tal como exigía el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP).

Sexto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP) y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales. En él solicita la desestimación del recurso interpuesto manifestando que el recurso interpuesto obvia el contenido del Acta de fecha 3 de junio de 2024, que evidencia que se requirió a la adjudicataria para que acreditase el cumplimiento de lo exigido en el PCAP habiendo ésta procedido en consecuencia como así consta en la carpeta 12 del expediente remitido.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 5 de julio de 2024, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, no habiéndose presentado éstas.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 11 de julio de 2024 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.



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 47.1 LCSP.

Segundo. Estamos en presencia de un contrato de suministro cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, que encaja, por tanto, en el artículo 44.1 a) como susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Por otra parte, se impugna el acuerdo de adjudicación del contrato, acto susceptible de recurso al amparo del artículo 44.2 c) LCSP.

Tercero. Asimismo, se interpone por persona legitimada. Dispone al efecto el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Hasta tanto que el licitador ha concurrido a la licitación y ha sido clasificado en segundo lugar, cabe reconocerle legitimación para la interposición del presente recurso, pues una eventual estimación del recurso le concedería claras opciones de alzarse con la adjudicación del contrato al ser el segundo clasificado.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1 d) LCSP.

Quinto. Tras el análisis de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen del fondo del asunto, en el que la controversia se reduce a determinar si la oferta presentada por el propuesto adjudicatario incurre o no en las infracciones denunciadas por el recurrente.

Para ello debemos partir por recordar que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación, tal y como señala el artículo 139 LCSP, que dispone en su primer apartado:



“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

El carácter vinculante de los mismos ha sido además reiterado por este Tribunal en numerosas ocasiones y, entre otras, en nuestra resolución 693/2023 de 30 de mayo,

*“Hemos de partir del carácter preceptivo de unos pliegos que gozan de la eficacia de *lex contractus* y que, además, no han sido recurridos en tiempo y forma por las licitadoras afectadas, por lo que gozan además de las notas propias de la firmeza administrativa. Recordemos el valor vinculante de los Pliegos, auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para la Administración convocante sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, con especial intensidad en las empresas licitadoras concurrentes”.*

En la misma línea, dijimos en la en la resolución 287/2022:

“Si lo que la fundación impugnante pretende principalmente a través de este recurso es plantear una impugnación indirecta de los pliegos, debe recordarse la reiterada doctrina sentada por este Tribunal respecto de la imposibilidad de atacar los pliegos de forma indirecta con ocasión del recurso contra el acto de adjudicación cuando en su momento no se impugnaron los mismos en el momento oportuno. Así dijimos, entre otras, en la Resolución nº 294/2019, de 25 de marzo, que:

*“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieran firmeza. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 y otras resoluciones de este Tribunal: 178/2013, 17/2013, 45/2013 y más recientemente la Resolución 613/2018 en la que se afirma que «esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la*



conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo ,especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía». Este criterio se mantiene en la resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace «inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”».”

Esta doctrina ha venido a ser confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 398, de 22 de marzo de 2021, (...)."

Vayamos por tanto al tenor de los pliegos cuya literalidad la recurrente considera infringida.

En concreto, el recurrente considera que el órgano de contratación ha confundido el ANEXO 12 de los pliegos con lo declarado en el ANEXO 3, esto es, manifiesta que MUPRESA ha confundido “la retirada de los elementos sustituidos” con “la retirada de los residuos generados”.

En relación con dicha retirada de los elementos sustituidos, efectivamente el PCAP, en su cláusula 11, establece como criterios de adjudicación automáticos la retirada de elementos sustituidos, valorándose dicho criterio como sigue:



“✓ Retirada de los elementos sustituidos: (máximo 10 puntos) (el subrayado es nuestro)

Se otorgará la máxima puntuación a aquel licitador que ofrezca, sin coste adicional para FRATERNIDAD-MUPRESA, la retirada de los elementos sustituidos y su correcta gestión de acuerdo con la normativa medioambiental vigente, y 0 puntos al licitador que no oferte la misma o no aporte copia del contrato con un gestor y transportista autorizado o compromiso de formalización de un contrato con un gestor y transportista autorizado, en caso de resultar adjudicatario.

La puntuación final de la propuesta resultará de la suma de todas las puntuaciones obtenidas en los distintos criterios de adjudicación”.

Por otra parte, la cláusula 18.2, que se refiera al “sobre 2: Documentación Técnica y Criterios cuantificables automáticamente”, también aborda la retirada de los elementos sustituidos:

“Respecto a la retirada de los elementos sustituidos, en caso de que en el momento de presentación de la oferta el licitador no disponga del contrato con un gestor y transportista autorizado pero desee ofertarlo, deberá presentar un compromiso de formalización de un contrato con un gestor y transportista autorizado, de que dispondrá del mismo con anterioridad a la formalización del contrato y de que acreditará su formalización de conformidad con lo indicado en el apartado 20 ‘Documentación a aportar por el adjudicatario’ del presente Anexo.”

Esto es, uno de los criterios integrantes de la oferta y merecedor de 10 puntos es, efectivamente, la retirada de dichos elementos, fijándose la forma en que se ha de acreditar el cumplimiento de dicho criterio.

Y lo controvertido es que, a juicio de la recurrente, los 10 puntos otorgados para el criterio “retirada de los elementos sustituidos” a LABORATORIOS HERBITAS se han obtenido sin que la misma hubiese presentado copia del contrato con un gestor o transportista autorizado para retirar los residuos y, en consecuencia, no pueden otorgársele dichos 10 puntos, sin los cuales deviene adjudicataria.

Cuestión distinta y que no se configura como criterio de adjudicación es la “*retirada de los residuos generados*”, a la que se dedica también la cláusula 18.2, pero para disponer que en el sobre nº 2, se aporte una declaración responsable relativa a dicha retirada que se ajustará a lo dispuesto en el Anexo 12 del PCAP, en el que los licitadores cumplimentarán, en su caso, una declaración en la que se deberá hacer constar lo siguiente:

“(..) *DECLARA*

Que la empresa licitadora como cualquier empresa que sea necesario contratar para la correcta prestación del suministro asumirá, sin coste adicional para FRATERNIDAD-MUPRESA, la retirada de los residuos que se generen en los centros como consecuencia del suministro de equipamiento, transporte, entrega, montaje e instalación que deben ser realizadas por el adjudicatario inmediatamente después de su generación de acuerdo a la normativa medioambiental vigente”.

También se aborda la retirada de los residuos en la cláusula 21 “*Condiciones de ejecución y cumplimiento del contrato*”, en la que se contemplan tanto la retirada de los residuos generados como la retirada de los elementos sustituidos de la siguiente forma:

“*Retirada de residuos*”

El adjudicatario se compromete a la retirada de los residuos que se generen en los centros como consecuencia de las operaciones incluidas en el objeto del contrato, es decir, transporte, entrega, montaje e instalación de cualquier elemento incluido en el mismo.

Igualmente, y conforme a lo indicado en el apartado ‘Criterios de adjudicación del contrato’ del presente Pliego, en caso de que el adjudicatario hubiese ofertado la retirada de los elementos sustituidos, realizará la misma en todos aquellos casos en que se indique en el pedido.

Todas las retiradas de residuos deberán realizarse inmediatamente después de su generación y siempre de acuerdo con la normativa medioambiental vigente”.



Quinto. Centrados los términos del debate hay que convenir que la cláusula 11 del PCAP es muy clara en sus términos y otorga 0 puntos en el criterio de adjudicación controvertido si el licitador no oferta la retirada de los elementos sustituidos y su correcta gestión de acuerdo con la normativa medioambiental vigente o no aporta copia del contrato con un gestor y transportista autorizado o compromiso de formalización de un contrato con un gestor y transportista autorizado, en caso de resultar adjudicatario.

Si acudimos al anexo 3, del PCAP que es el que hay que cumplimentar sobre la oferta económica y otros criterios cuantificables económicamente, también es muy transparente al referirse al criterio de *“retirada de los elementos sustituidos”*, en los que dispone marcar con un SI o un NO la opción elegida por el licitador y hace una llamada a pie de página con el siguiente texto:

“Nota: En caso que se oferte a este criterio, el licitador deberá adjuntar con esta declaración la documentación que se indica en el apartado ‘CRITERIOS DE EVALUACIÓN’ subapartado ‘OTROS CRITERIOS CUANTIFICABLES AUTOMÁTICAMENTE’ del Anexo ‘Ficha Particular de la Contratación’ del presente Pliego”.

En este sentido, como apunta la recurrente y se constata en el expediente remitido, la adjudicataria LABORATORIOS HERBITAS, S.L., aunque expresó un SI en el anexo 3, en el apartado relativo a la *“retirada de los elementos sustituidos”*, sin embargo, no aportó inicialmente con su oferta ninguna documentación de las dos opciones que permitía la cláusula 11 y fue, a raíz de que la mesa de contratación le requiriera de subsanación sobre este punto, cuando aportó la documentación correspondiente que fue aceptada por la mesa de contratación. Así se ratifica en el informe del órgano de contratación sobre el recurso, que recoge el texto del requerimiento de subsanación dirigido a la adjudicataria:

“Si bien oferta en el anexo 3-oferta económica y otros criterios cuantificables automáticamente, sin coste adicional para FRATERNIDAD-MUPRESA, la retirada de los elementos sustituidos y su correcta gestión de acuerdo con la normativa medioambiental vigente, sin embargo, no aporta la documentación que se indica en el apartado 11 ‘criterios de adjudicación del contrato’, de la Ficha Particular del Pliego de

Condiciones Particulares que rige la contratación, por tal motivo, debe aportar copia del contrato con un gestor o transportista autorizado o compromiso de formalización de un contrato con gestor y transportista autorizado, en caso de resultar adjudicatario”.

Y a continuación aclara el órgano en su informe que *“Una vez que las aclaraciones fueron aportadas en tiempo y forma, la documentación fue tomada en cuenta a la hora de realizar la valoración”* y concluye que:

“La recurrente argumenta que los 10 puntos otorgados para el criterio ‘retirada de los elementos sustituidos’ a LABORATORIOS HERBITAS se han obtenido sin que la misma hubiese presentado copia del contrato con un gestor o transportista autorizado para retirar los residuos. Dicho documento era, ciertamente, necesario para obtener puntuación en relación con el criterio ‘Retirada de los elementos sustituidos’ en caso de ofertarse, de conformidad con el apartado 11 ‘CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN’ del Anexo 1 Ficha Particular del Pliego de Condiciones Particulares. Sin embargo, tal y como se reflejó en el informe rectificado con la valoración de las ofertas definitiva, el contrato con un gestor y transportista autorizado fue presentado tras la solicitud de aclaración de FRATERNIDAD-MURESPA, contrato que puede comprobarse en el expediente remitido (Véase carpeta 12 del expediente). Recordamos que dicha aclaración no supuso la modificación de su oferta, sino que se realizó para comprobar que efectivamente el criterio en cuestión había sido ofertado correctamente.

En consecuencia, entiende FRATERNIDAD-MUPRESTA que la adjudicación del Lote 3 a LABORATORIOS HERBITAS se ha acordado correctamente”.

En definitiva, resulta indubitado que la adjudicataria no presentó en el sobre nº 2 de su oferta la documentación exigida en el PCAP para la valoración del criterio de adjudicación relativo a la *“retirada de los elementos sustituidos”* y se aportó después a requerimiento del órgano de contratación que lo consideró como un defecto subsanable.

Frente a esta tesis, la recurrente se acoge estrictamente al cumplimiento de lo dispuesto en el PCAP, como ley del contrato, para este criterio de adjudicación y, en este sentido, manifiesta que dado que LABORATORIOS HERBITAS, S.L., no aportó en su momento



(dentro del sobre nº 2), la documentación requerida en el pliego, debió ser valorada con 0 puntos y no con 10, como así se hizo.

Y llegados a este punto, debemos darle la razón a la recurrente por los razonamientos que a continuación exponremos.

En la resolución 447/2022, de 7 de abril de 2022, en un supuesto similar al que ahora se presenta dijimos:

“Así las cosas, entiende este Tribunal que la labor del órgano y de la Mesa de contratación no es suplir omisiones negligentes en las ofertas presentadas, que deben en todo caso, ajustarse a lo señalado en el Pliego dado su carácter preceptivo y vinculante para ambas partes.

En el presente caso, no se está ante un error insignificante o que afecte a un requisito formal, sino ante un error material, que afecta a un elemento esencial de la oferta.

Sobre la posibilidad de subsanación de las ofertas se ha pronunciado este Tribunal reiteradamente. Cabe reproducir, por todas, la Resolución nº 1343/2019, de 25 de noviembre, en la que, con cita de otras, se razona:

“A este respecto, podemos traer a colación nuestra Resolución nº 821/2018, en la que razonábamos como sigue: “Tal conclusión, por lo demás, es conforme con la reiterada doctrina de este Tribunal acerca de la viabilidad de formular aclaración de la oferta ya presentada solo en los casos en que pueda advertirse un error en la misma que afecte a aspectos puramente formales o a errores de carácter material o aritmético, sin abrir la posibilidad de una modificación sustancial de la proposición. En este sentido, en nuestra Resolución nº 137/2017 indicábamos, con cita de la Resolución 164/2011, que la jurisprudencia ha admitido en ocasiones la subsanación de defectos en la oferta económica, pero que “no debe perderse de vista que esta exige que, en todo caso, tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Ello es lógico, pues de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de modo sustancial después de



haber sido presentadas. Tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los arts. 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Con mayor detalle, en nuestras Resoluciones nº 362/2016 y 1097/2015 señalábamos que “entiende este Tribunal que siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, “debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos” (Resoluciones 64/2012, 35/2014, o 876/2014, entre otras). Lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada”.

Es constante la doctrina de este Tribunal que establece, partiendo de los principios de la contratación del sector público, fundados en la igualdad y no discriminación entre las empresas concurrentes (artículos 1 y 132 de la LCSP) acotaciones en torno a las eventuales aclaraciones sobre las ofertas técnicas y/o económicas, a diferencia de lo que ocurre con las aclaraciones o subsanaciones previstas en la LCSP para la documentación general o administrativa.

No hay que olvidar que la subsanación o aclaración se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido, y no a una nueva oportunidad para hacerlo, sin que sea obligatorio para el órgano de contratación el otorgamiento de dicha posibilidad.

A este respecto, tal y como ya tuvo ocasión de razonar este Tribunal en su Resolución nº 371/2021, de 9 de abril:

“(…)



Y sobre la subsanabilidad de los defectos advertidos son numerosas las resoluciones de este Tribunal, pudiendo citarse Resolución 1133/2019, clara al respecto en los siguientes términos:

“Como ya es doctrina de este Tribunal debe concederse al licitador la posibilidad de subsanación, y sólo a la vista de la falta de presentación de la documentación requerida o si ésta no acredita el cumplimiento de los requisitos en el momento exigido, puede excluirse al licitador. Esto es: «Sólo cuando de la documentación presentada, ya en el sobre cerrado ya tras el requerimiento de subsanación, resulte que los requisitos de capacidad y solvencia no existían a la finalización del plazo de presentación de las proposiciones (artículo 146.5 del TRLCSP), cabe excluir al licitador.» (Resolución 497/2017, de 8 de junio, recurso número 360/2017).

Así, conforme al artículo 82 del Reglamento General de Contratación, son subsanables los defectos u omisiones en la documentación presentada por los licitadores, apreciados por la Mesa al calificar la documentación administrativa -la documentación a que se refiere el artículo 140 de la LCSP-, pues se trata, en aras de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración, no seguir un rígido formalismo para la acreditación de los requisitos previos a la proposición. La subsanación de la documentación presentada supone corregir el error apreciado, por falta suficiente de acreditación con el documento aportado del requisito que pretender probar (la personalidad, la representación, la solvencia, etc.), y lo que no cabe es la subsanación del efectivo cumplimiento del requisito, como tampoco se permite la subsanación de la proposición propiamente dicha.

En efecto, no cabe olvidar aquí que este mismo Tribunal ha cambiado el criterio más riguroso que mantenía respecto a la subsanabilidad de defectos, errores u omisiones, cometidos en la cumplimentación del requerimiento, en algunos supuestos, por ejemplo, en cuanto a la aportación de documentación del licitador propuesto como adjudicatario en el plazo conferido en el artículo 151.2 TRLCSP –ahora artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público-, (resolución 747/2018, de 31 de julio; 1009/2018, de 30 de noviembre), incluso considerando subsanable la presentación incompleta de la garantía definitiva; o como admitió en la resolución que acabamos de exponer, de aplicación



analógica del artículo 81 de RGLCAP para admitir subsanar la documentación referida a un documento que debía aportarse con el sobre que contenía la oferta económica al ser un requisito vinculado a la solvencia técnica «con independencia de la ubicación en la que se hubiera exigido la acreditación documental»; incluso reconocíamos en la resolución 61/2013, la tendencia generalizada que marcan tanto la jurisprudencia como los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado -y que el TACRC dice compartir- que se dirige hacia la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación administrativa”.

Conforme a dicha doctrina, debe desestimarse tal pretensión, compartiendo el criterio del órgano de contratación puesto que lo que se pretende por la recurrente no constituiría una subsanación sino una modificación de la oferta prohibida por el ordenamiento.

En efecto, no se trata de la subsanación de un defecto u omisión advertido en algún documento presentado, sino que constituiría una subsanación “del efectivo cumplimiento del requisito” o una “subsanación de la proposición propiamente dicha”.

(...)

Así lo ha declarado este Tribunal de forma expresa afirmando (Resolución nº 747/2017, de 5 de septiembre) que: “(...) no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010)”.

(...)

Así las cosas, el defecto en la proposición del recurrente afecta de forma esencial a la oferta, no siendo posible su subsanación, señalando que actuar de modo contrario, significaría permitir introducir por parte de los licitadores ofertas con referencias no acreditadas que afectarían a la puntuación obtenida del resto de los licitadores, lo que, en definitiva, significaría una vía de alteración de la puntuación obtenida en la licitación del resto de los licitadores, alterando y socavando su derecho a la igualdad de trato,

reconocida por la Sentencia del Tribunal General de la UE de 1 de febrero de 2018, asunto T-477/15, en la que se afirma que: “(...) el principio de igualdad de trato implica, en particular, que los criterios de adjudicación deben formularse en los documentos contractuales o en el anuncio de licitación para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma manera y que, durante una evaluación de las ofertas, estos criterios deben aplicarse de manera objetiva y uniforme para todos los licitadores”.

En suma, cabe concluir que el pliego no ofrece dudas sobre la obligatoriedad de la aportación de la documentación expuesta en el Anexo II al mismo, sin que su falta de aportación pueda ser considerada como un defecto subsanable por afectar directamente a un elemento esencial de la oferta”.

Como hemos dicho recientemente en la resolución 861/2024, de 11 de julio de 2024, es clásica en nuestra jurisprudencia tradicional diferenciar entre la subsanación y la aclaración de la oferta.

También dijimos en la citada resolución que subsanar defectos apreciados en la oferta o en su documentación o aclarar dudas en el contenido de esta, se permiten muy limitadamente (firma de la oferta, error aritmético, material o de hecho manifiesto, indubitado y ostensible). Téngase en cuenta que el principio de inmodificabilidad de la oferta junto con el de igualdad y no discriminación han de ser aplicados con el mayor rigor, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) y de nuestro Tribunal Supremo.

Un tercer supuesto es el complemento de oferta. En él encuadramos aquellos supuestos en los que el licitador no aporta la documentación claramente exigida por los pliegos. Este supuesto de hecho es el que ahora se plantea.

La posición de este Tribunal al respecto ha sido tradicionalmente muy rigurosa, partiendo de la base de que el principio en materia de contratación concernido es el de igualdad y no discriminación, no el de concurrencia.



Para ello, hemos tenido en cuenta las sentencias de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10) y de 7 de septiembre de 2021 (asunto C-927/19) ambas del TJUE. Esta última señala que:

“...como se desprende de reiterada jurisprudencia relativa a la interpretación de las Directivas 2004/18/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios ((DO 2004, L-134, p.114), basada en particular en el principio de igualdad de trato y que procede aplicar por analogía en el contexto de dicho artículo 56, apartado 3, una petición de aclaraciones presentada a un operador económico en virtud de esa disposición no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación, ya que el poder adjudicador debe cumplir estrictamente los criterios que él mismo ha establecido...”.

Este criterio es el mantenido también por el Tribunal General de la Unión Europea en sentencias de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08) y de 14 de junio de 2023 (asunto T-376/21).

A la vista de dichas sentencias, hemos rechazado el complemento de oferta, esto es, la posibilidad de aportar constante licitación la documentación claramente requerida por los pliegos para valorar un criterio de adjudicación, cuando esta no se ha aportado con la oferta.

Cuestión distinta es que, aportada la documentación, en ella se aprecien errores o dudas. En ese caso, la subsanación o aclaración de la documentación presentada tiene una clara diferencia con el complemento de oferta. En este, la documentación no se presenta con la oferta, en aquellos, la documentación se presenta, pero con defectos, y es sobre estos, dependiendo de su naturaleza y entidad, sobre cuya subsanación o aclaración es preciso pronunciarse, siempre con el límite insoslayable de la inmodificabilidad de la oferta.

Así, es postura de este Tribunal rechazar con carácter general la posibilidad de aportar la documentación relativa a la oferta y necesaria para su puntuación, con posterioridad a la



fecha de fin de plazo de presentación de ofertas, cuando esta es claramente exigida en los pliegos.

El principio de igualdad y no discriminación nos conducen a ello, pues sostener lo contrario, conduciría a considerar irrelevante el plazo dado a todos los licitadores para la presentación de ofertas.

Cumplir con el plazo exige a los licitadores preparar una oferta y documentarla. No se trata solo de indicar un precio, se trata de presentar una oferta, que pueda resultar adjudicataria y que además sea viable, valorando para ello el mercado y su evolución, todo ello y además la situación de la empresa licitadora. En ese momento, de máxima competición, las empresas agotan los plazos y el error en la presentación en plazo, aunque sea por un margen mínimo, se sanciona con la exclusión.

Siendo ello así, resultaría contradictorio, admitir la aportación de la documentación relativa a la oferta y claramente exigida por los pliegos para su puntuación con posterioridad al plazo, pues, llevado al extremo, se estaría incentivando la falta de diligencia en los licitadores, que podrían limitarse a presentar la oferta, difiriendo a un momento posterior aportar la documentación preceptiva y exigida para la puntuación.

Todo lo anteriormente expuesto conduce, por tanto, a la estimación del recurso, pues el órgano de contratación ha dado la posibilidad a la ahora adjudicataria de aportar un complemento de la oferta, a través de la indebida vía de la subsanación, permitiendo así la incorporación de una documentación no presentada en el momento requerido en el PCAP, documentación que, además, ha sido valorada y con ello se ha determinado la adjudicación del contrato a la empresa LABORATORIOS HERBITAS, S.L., al haberle otorgado 10 puntos y no los 0 puntos con los que castigaba el PCAP la falta de presentación de la documentación requerida.

En consecuencia, se anula el acuerdo de adjudicación impugnado y se dispone, asimismo, la retroacción de las actuaciones a fin de que se proceda a valorar nuevamente las proposiciones tanto de LABORATORIOS HERBITAL, S.L., como del resto de los licitadores en el criterio de adjudicación de valoración automática relativo a la



“retirada de los elementos sustituidos”, de acuerdo con las directrices que para la valoración de dicho criterio se han expresado en la presente resolución.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.A.R.A., en representación de AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del lote 3 del procedimiento relativo a la *“Contratación del suministro de equipos de electromedicina para los centros asistenciales de FRATERNIDAD-MUPRESA y el HOSPITAL FRATERNIDAD-MUPRESA HABANA”*, con expediente PIC2024_30941, convocado por la Gerencia de Fraternidad Muprespa - Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 275, acordando la anulación del acuerdo impugnado y disponiendo, asimismo, la retroacción del procedimiento de contratación en los términos expresados al final del Fundamento Jurídico quinto de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES