



Recurso nº 868/2021 C.A. de Illes Balears 51/2021

Resolución nº 1216/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 16 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. P. A. A. D. , en nombre y representación de la empresa BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A., contra su exclusión de los lotes 17, 18, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 80, 81, 181 y 197 de la licitación convocada por el Servicio de Salud de Illes Balears para contratar el *“Acuerdo marco para la adquisición de introductores, vainas, guías y dilatadores para los centros hospitalarios del Servei de Salut de las Islas Baleares”*, expediente SS CC AM 495/20; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio de Salud de Illes Balears convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) en fecha 10 de enero de 2021, y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) en fecha 13 de enero de 2021, licitación para la adjudicación del contrato de suministros arriba referido, dividido en 199 lotes con un valor estimado, IVA excluido, de 4.374.768,80 euros, finalizando el plazo para la presentación de ofertas el 12 de febrero de 2021. A la licitación concurren un total de 26 licitadores, entre ellos la aquí recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en 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).

Tercero. En fecha 20 de mayo de 2021 fue dictado el Acuerdo de la Mesa de Contratación, por el que se dispone la exclusión de la empresa BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A.,



del procedimiento para la contratación que nos ocupa respecto de los lotes 17, 18, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 80, 81, 181 y 197.

Cuarto. Estando disconforme con el Acuerdo de exclusión, que se notificó el 1 de junio de 2021, se presentó por la aquí recurrente contra él, de acuerdo con el artículo 50 LCSP, en fecha 7 de junio de 2021, ante este Tribunal, por vía electrónica, escrito de interposición del recurso en el que se aducía en esencia la improcedente exclusión de la oferta de BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A., en cuanto que siendo el motivo por el que la Mesa de Contratación procede a proponer la exclusión de la oferta de tal entidad es *“por no indicar la referencia que se ofrece en la oferta económica y por tanto, imposible su valoración técnica”*, lo cierto es que si estaban listadas las referencias ofertadas.

Siendo que lo que la recurrente hizo, siempre según el recurso, fue ofrecer en unos lotes el mismo producto en diferentes medidas y en otros ofertar variantes al producto base, para lo que especificó en el apartado *“referencia”* de los lotes en cuestión *“VER ANEXO”* y era en ese ANEXO donde se especificaba y diferenciaba la OFERTA BASE y las VARIANTES, por lo que no ha lugar a la exclusión de esta casa comercial por el motivo esgrimido ya que quedaba claro cuál era la referencia del producto ofertado; y es que la presentación de variantes no fue capricho de la recurrente pues la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del expediente de referencia contempla la posibilidad de ofertar variantes.

Añadía a continuación un extracto de la oferta presentada al lote 27, la cual, decía, serviría de ejemplo para entender que el organismo ha sido excesivamente formalista al excluir las ofertas referenciadas; diciendo que de ese modo se configuró la oferta para todos aquellos lotes en los que se ofertó variante y que ha resultado ser el motivo de exclusión de las ofertas presentadas por la recurrente. Asimismo, se adjuntaba como documento número 3 copia íntegra del Sobre 2 que conforma la oferta de la recurrente.

Continuaba la recurrente que el órgano de contratación podría haber solicitado una aclaración de la oferta y documentación ya presentada, posibilidad que resulta de la Resolución nº 1046/2019, de fecha 23 de septiembre de 2019 de este Tribunal.



Y aún afirmaba que la oferta presentada por BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A., puede resultar la única opción para el órgano de contratación o la económicamente más competitiva, teniendo grandes posibilidades de convertirse en la adjudicataria de los lotes de los que ha sido excluida en el procedimiento de referencia por lo que, al excluirla, se estaría privando a la Administración de la posibilidad de contar con la que potencialmente pudiera ser la única o la mejor oferta en relación calidad precio.

Quinto. En fecha 14 de junio de 2021 el órgano de contratación emitió el informe previsto en el artículo 56 de la LCSP, oponiéndose a la estimación del recurso sobre la base de que respecto a los 35, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 80, 81, 181 y 197 la recurrente incumple los requerimientos del Pliego al indicar en su oferta exclusivamente el precio unitario, sin indicar expresamente qué referencias oferta a ese precio unitario. En su defecto propone “*ver anexo*”.

Añadía, que para entender la variabilidad y dificultad de dar por bueno un anexo a un catálogo tan amplio de lotes/referencias, el órgano ha realizado una revisión técnica de tres lotes concretos a modo de ejemplo. Y así indica, en relación con el lote 18 que se presenta una relación de 13 referencias, de los cuales hay referencias que no disponen de punta recta, sino en “J”, se solicita soporte moderado y presentan soporte máximo.

En cuanto al lote 43 (correspondiente a GUÍA ACERO INOXIDABLE RECUBIERTA PTFE PUNTA RECTA HIFROFÍLICA 3,5G 0,014”X300CM), dice que debía tener punta distal no hidrofílica, y ninguna de las referencias que aparecen en catálogo corresponden con el peso solicitado. Y respecto del lote 80 (correspondiente a GUÍA ACERO INOXIDABLE RECUBIERTA PTFE PUNTA EN DOBLE CURVA PEQUEÑA ALTO SOPORTE 0,035”X275CM), afirma el órgano de contratación que se solicita que disponga de doble curva pequeña y presenta de todo tipo de doble curva.

Concluía que no puede la recurrente delegar su obligación de preparar de forma diligente su oferta en el órgano de contratación, presentando un catálogo anexo, sin molestarse en extraer del mismo aquellas referencias que sí dan cumplimiento a los requisitos mínimos exigidos en el pliego y pretender que sea la Administración quien revise si todos los materiales en él contenido, cumplen o no los criterios exigidos en los pliegos.



Así como que no existe obligación por parte del órgano de contratación de solicitar su subsanación y/o pedir aclaración, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta salvo que nos hallemos ante errores puramente formales y de fácil remedio o, como hemos indicado más arriba, en caso de flagrantes errores aritméticos, materiales o de hecho, que salten a la vista y que no supongan la modificación de la oferta, evidenciándose la voluntad real del licitador.

Sexto. La Secretaría del Tribunal en fecha 15 de junio de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 17 de junio de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender los lotes 17, 18, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 80, 81, 181 y 197 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, en cuya tramitación se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos -esto es, lo prescrito por LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)-, es de la competencia de este Tribunal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 de la LCSP, así como en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. Se impugna el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 20 de mayo de 2021, por el que se dispone la exclusión de la aquí recurrente del procedimiento para la



contratación del *“Acuerdo marco para la adquisición de introductores, vainas, guías y dilatadores para los centros hospitalarios del Servei de Salut de las Islas Baleares”*, expediente SS CC AM 495/20, respecto de los lotes 17, 18, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 80, 81, 181 y 197. Nos encontramos ante un acto de trámite cualificado, por ende, recurrible en sede del medio impugnatorio dirigido contra el mismo.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 48 de la LCSP. Y ello por cuanto que recurre su propia exclusión, de no haber concurrido la cual sería, como da cuenta el informe del órgano de contratación, adjudicataria de los lotes en relación con los cuales ha sido excluida.

Cuarto. Respecto a si el presente recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días previsto al efecto en el artículo 50 de la LCSP, la respuesta ha de ser afirmativa, habida cuenta de las fechas reseñadas de notificación del acto recurrido y de interposición del recurso.

Quinto. Respecto del fondo del asunto, se combate en primer lugar, por la recurrente, la premisa de que el órgano de contratación parte, consistente en que no ha indicado las referencias que se ofrece en la oferta económica y, por tanto, imposible su valoración técnica, afirmando que sí que se han indicado tales referencias mediante remisión al Anexo, en el que las mismas se contenían.

Ahora bien, el órgano de contratación, al que en esa apreciación le ampara la discrecionalidad técnica, que conduce a la confirmación de la resolución recurrida, afirma en el informe al recurso que en el mentado anexo de la recurrente se contienen referencias, algunas de las cuales corresponden por sus características técnicas, a productos objeto de licitación y otras no, de lo que pone varios ejemplos. Y hay que coincidir con él en que no puede la recurrente delegar su obligación de preparar de forma diligente su oferta en el órgano de contratación, presentando un catálogo anexo, sin molestarse en extraer del mismo aquellas referencias que sí dan cumplimiento a los requisitos mínimos exigidos en el pliego y pretender que sea la Administración quien revise si todos los materiales en él contenido, cumplen o no los criterios exigidos en los pliegos.



En cualquier caso, sobre lo que no alega la recurrente es que se funda la exclusión específicamente, respecto del lote 76, en que dispone de punta en “J” y se solicita punta curva. En el lote 78, se solicita que sea tipo Rosen y no lo es. En el lote 79, se solicita punta en “J modificada” y la presentada es en “J”.

Por tanto, hay motivo adicional en relación con esos lotes, para confirmar el Acuerdo recurrido.

Sexto. Falta por analizar la alegación de que procedía requerimiento de subsanación y al respecto debe precisarse aquí que el régimen general de subsanabilidad de los defectos, errores u omisiones documentales o de datos en la documentación administrativa a incluir en el sobre de requisitos previos en los procedimientos de adjudicación de contratos del sector público, no es aplicable directamente y sin más respecto de las omisiones, defectos o errores documentales en las proposiciones u ofertas, sea la técnica, sea la económica, respecto de los documentos a aportar para acreditar aspectos valorables de las ofertas presentadas. A este respecto, el criterio general es la inadmisibilidad de aportaciones documentales extemporáneas. Cuestión distinta es la corrección o aclaración de errores materiales o documentales, u omisiones de datos en documentos aportados acreditativos de lo ofertado, que, en principio, y siempre con carácter singular caso por caso, según las circunstancias concurrentes, pueden admitirse, más que la subsanación, la aclaración de datos, errores, omisiones o defectos en los documentos a aportar y aportados.

En este punto, procede recordar la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de subsanar las ofertas. A tal efecto, citamos la Resolución nº 999/2019, de 6 de septiembre de 2019, a cuyo tenor:

“Como dijimos en nuestra Resolución 217/2016, - citada en la nº 898/2016- nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas.

En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia



del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 –Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva.

Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-).

Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004- y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-).

A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004- y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-).



Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-).

Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T195/08).

En el caso que nos ocupa, el defecto se aprecia en la oferta económica por lo que el margen de subsanabilidad es muy estrecho. Aplicando la jurisprudencia expuesta, que niega la posibilidad de subsanar la oferta para incluir un anexo resumen de sus características, debemos considerar la omisión del catálogo de productos como un defecto insubsanable, cuya aportación posterior al acto de apertura supondría una vulneración de los principios de igualdad entre licitadores y



secreto de las proposiciones. En este sentido, el Tribunal Supremo es tajante al señalar en la Sentencia de 12 abril 2012 lo siguiente:

2º) El anexo V sobre la oferta técnica, en el contexto del procedimiento contractual, tiene una inequívoca e indiscutible relevancia, siendo necesario que conste su aportación en el acto de apertura del correspondiente sobre, sin que resulte admisible una subsanación de la falta de su aportación, que en realidad podría beneficiar indebidamente a quien no habiendo cumplido tan elemental requisito dispusiera al efecto de una nueva oportunidad, con posterioridad a la forma establecida en el pliego de condiciones, con todo lo que ello representa en un procedimiento como el de contratación administrativa.

3º) Aunque un hipotético supuesto de falta de firma de un soporte en papel podría llegar a entrar en una viabilidad estrictamente subsanatoria, no originadora de consecuencias inaceptablemente beneficiosas o perjudiciales para los diversos afectados, resultaría mucho más discutible una subsanación relativa a la formal presentación prevista en el pliego. Y la insuficiente acreditación de la efectiva presentación siquiera en tal soporte informático, impide la apreciación de la concurrencia de motivos justificativos para considerar que la resolución administrativa de exclusión de la parte actora fuera contraria a Derecho”.

Por tanto, hay que admitir la posibilidad, contrariamente a lo afirmado por el órgano de contratación, de requerimiento, en ciertos casos, de corrección de errores materiales, aritméticos o de hecho en las ofertas, y de aclaraciones de defectos y omisiones de datos en los documentos aportados con las ofertas para acreditar aspectos evaluables mediante los criterios de adjudicación, con tal de que esas correcciones y aclaraciones no supongan en realidad una modificación de la oferta misma.

Séptimo. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, puesto que se han incluido referencias de productos que cumplen con las prescripciones técnicas de los artículos objeto de licitación, junto con otras que no, pese a no dársele a la aquí recurrente, por parte del órgano de contratación, hay que concluir que estaríamos, de requerírsele para la subsanación, ante correcciones y aclaraciones que podrían suponer en realidad dar una oportunidad de modificación de la oferta misma.



De ahí que no proceda acceder a la pretensión de la recurrente de que debió recibir dicho requerimiento de subsanación y la falta del mismo no vicia el Acuerdo recurrido.

Ello conduce, por consiguiente, a la desestimación del presente recurso y consiguiente confirmación del acto recurrido.

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 por D. P. A. A. D. , en nombre y representación de la empresa BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA, S.A., contra su exclusión de los lotes 17, 18, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 80, 81, 181 y 197 de la licitación convocada por el Servicio de Salud de Illes Balears para contratar el *“Acuerdo para la adquisición de introductores, vainas, guías y dilatadores para los centros hospitalarios del Servei de Salut de las Islas Baleares”*, expediente SS CC AM 495/20.

Segundo. Levantar la suspensión de los lotes 17, 18, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 80, 81, 181 y 197 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 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 del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.