



Recurso nº 1104/2021

Resolución nº 1361/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 7 de octubre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.L.G.M., en nombre y representación de GABEL DISTRIBUCIONES MÉDICAS, S.L., contra el acuerdo de adjudicación, en lo relativo a los lotes 6 y 7, del contrato de *“suministro de aloinjertos para los hospitales de ASEPEYO”*, con expediente CP00086/2019, convocado por ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 4 de enero de 2021 se publica en la plataforma de contratación del sector público (PLACE) el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de referencia. En el DOUE resultó también publicado con número 2021/S 001-000293, siendo la fecha envío el 30 de diciembre de 2020

El valor estimado del contrato de acuerdo con su publicación, es de 2.406.991,65 €, IVA excluido.

Segundo. En el Anexo V (anexo de la oferta económica y demás criterios sometidos a fórmula) junto con la oferta económica, la licitadora ofertó un plazo de entrega del material ofrecido, criterio de valoración del contrato, tanto para el lote 6 como para el lote 7, de 48 horas (no existiendo ninguna duda u oscuridad en la proposición de la empresa recurrente susceptible de aclaración) frente al plazo de 24 horas ofertado por la adjudicataria. Este hecho no resulta controvertido, pues el recurso parte del reconocimiento del error en la oferta económica presentada.



En concreto figura integrado dicho dato en su oferta económica —algunas licitadoras de otros lotes lo hicieron constar en documento separado—, de acuerdo con el modelo de Anexo V, del modo siguiente:

<i>Tiempo ofertado</i>	
<i>Tiempo de entrega inferior a 96 horas</i>	<i>48 horas</i>

Tercero. En fecha 6 de julio de 2021 se notificó, a la empresa GABEL DISTRIBUCIONES MÉDICAS, S.L., el acuerdo de adjudicación de la licitación

Cuarto. El día 13 de julio de 2021, el recurrente interpone ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación para su tramitación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. El 19 de julio se solicitó al representante de la recurrente la subsanación del recurso por falta de acreditación de la representación, constando realizada tal subsanación

Quinto. Con fecha de 15 de julio el órgano de contratación remitió expediente administrativo y se emitió el informe

Sexto. El 29 de julio de 2021, la Secretaría del Tribunal 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 que ninguno lo haya hecho.

Séptimo. En misma fecha, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, adoptó acuerdo para mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (en adelante 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, de darse los demás requisitos de procedibilidad, es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP.

Segundo. Se recurre la adjudicación del procedimiento de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es de 2.406.991,65 €.

El artículo 44.1.a) de la LCSP, establece.

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros...

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

c) Los acuerdos de adjudicación”.

En consecuencia, se trata de un acto recurrible.

Tercero. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que el recurrente lo interpuso no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la notificación del acto recurrido.

Cuarto. El recurrente está legitimado para recurrir, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. Establece dicho precepto que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.*



De modo general, en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso el recurso se interpone por el licitador que quedó en siguiente lugar en la valoración de méritos, lo que justifica la existencia del citado interés.

Quinto. El recurso se funda en un único motivo, esto es, que en la oferta del recurrente se puso por error como tiempo de espera, criterio de valoración concurrente con el precio, el valor de 48 horas, cuando pudo poner uno inferior a las 24 horas del adjudicatario —cuyo precio ofertado era superior—.

Como quiera que no concurren en el presente caso juicios de valor, basta con resaltar de entrada el carácter de los pliegos como *lex contractus* y la forma en que los mismos deben ser interpretados. Como señala el órgano de contratación y este Tribunal ha señalado de forma reiterada, es necesario, como reflejo de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos que establece el art. 1 de la LCSP, que los órganos de contratación y los licitadores se sujeten a las previsiones de los Pliegos que rigen la contratación, que se configuran como una verdadera *lex contractus* tanto para todos ellos.



Para resolver la alegación de referencia debemos recordar, pues el recurso no parece tenerlo en consideración, la doctrina resumida, entre otras, en nuestra Resolución 1069/2019 en la que ya se indica que

«En efecto, es en este momento en el que debe recordarse, como hicimos en nuestras Resoluciones 217/2016, 898/2016 y 808/2018, que 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 T-195/08-)).

En el presente caso, afirmar a posteriori, hechos los análisis de todos los concurrentes, que donde ofreció un valor el recurrente podría haber ofrecido otro distinto, supone, sin



duda alguna, la realización de una nueva oferta, conocida la de los demás, que excede cualquier posibilidad de subsanación de la misma, constituyendo la presentación de nueva oferta, prohibida según la doctrina y jurisprudencia mencionada, cuestión que no puede calificarse como mera aclaración o corrección de error material manifiesto. En consecuencia, entendemos que no cabe ahora alterar la valoración en su día realizada por el órgano de contratación, que desde luego no tenía por qué pedir la subsanación en absoluto de la documentación en cuestión, pues se ajustaba plenamente al modelo de formalización de ofertas y no presentaba ambigüedad alguna. Lo que lleva inexorablemente a la desestimación del presente recurso.

Sexto. De lo señalado hasta el momento cabe concluir que el único motivo del recurso, según hemos considerado en el Fundamento anterior, carece en absoluto de entidad. La pretensión última del recurrente, según se deduce del tenor del recurso, es que, dado que su oferta económica es menor que la del adjudicatario, se le permita modificar el plazo de entrega inicialmente ofrecido, de forma que sea él el adjudicatario del contrato.

El art. 58.2 de la LCSP señala,

«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público.

Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública».

Sobre la apreciación de la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial nos hemos pronunciado, por todas, en la Resolución nº 343/2017, de 21 de abril, en la que dijimos:



«(...) hemos de recordar, en línea con lo señalado en nuestras Resoluciones 505/2013, 728/2015 y 898/2016, que la concurrencia de mala fe o temeridad requiere un análisis de las circunstancias del caso concreto, aunque, con carácter general, hemos venido declarándola cuando la impugnación carecía de un mínimo fundamento (cfr.: Resoluciones 536/2014, 414/2015, 321/2015, 553/2015, 949/2016, 165/2017, entre muchas otras) o, si se prefiere, los motivos esgrimidos eran de escasa consistencia (cfr.: Resoluciones 593/2013, 191/2014, 284/2014, 290/2014 y 426/2014, entre otras). Ello es coherente con el criterio expresado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2015 (Roj SAN 910/2015), que considera que la finalidad de la multa prevista en el artículo 47.5 TRLCSP es la de asegurar la seriedad del recurso».

La endeblez del único motivo de recurso formulado, que según hemos señalado, carece del más mínimo fundamento, permite afirmar la temeridad de aquel. Procede, por lo tanto, la imposición de una multa al recurrente, que, habida cuenta de que ni por el órgano de contratación ni por la adjudicataria se han cuantificado los daños que la interposición del recurso les ha podido irrogar, y siguiendo nuestra doctrina expresada, entre otras, en la Resolución 91/2017, de 27 de enero, se fija en la cuantía mínima establecida por la LCSP.

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. J.L.G.M., en nombre y representación de GABEL DISTRIBUCIONES MÉDICAS, S.L., contra el acuerdo de adjudicación, en lo relativo a los lotes 6 y 7, del contrato de “*suministro de aloinjertos para los hospitales de ASEPEYO*”, con expediente CP00086/2019, convocado por ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151.

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



Tercero. Imponer al recurrente, al amparo de lo dispuesto por el artículo 58.2 de la LCSP una multa de 1000 (mil) euros, habida cuenta de la temeridad del recurso formulado, según se aprecia en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente Resolución.

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 al de 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.