



Recurso nº 239/2012-C.A. Extremadura 19/2012

Resolución nº 246/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.C.B. en representación de Comercial Extremeña Hospitalaria, S.A., contra la resolución de la Secretaría General del Servicio Extremeño de Salud de 24 de agosto de 2012, por la que se adjudicó el contrato de suministro de “Guantes de uso sanitario para el Servicio Extremeño de Salud” (Expte. CS/99/1112011059/12/PA), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Secretaría General del Servicio Extremeño de Salud convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE el día 19 de abril de 2012, en el BOE del día 19 de mayo de 2012 y en el DOE de 23 de mayo de 2012, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro de guantes de uso sanitario para el Servicio Extremeño de Salud, cuyo valor estimado es de 1.590.612,78 €. El referido contrato de suministro se dividió, para su adjudicación, en 7 lotes, finalizando el plazo de presentación de ofertas el día 4 de junio de 2012.

Segundo. En la Mesa de contratación celebrada el 23 de julio de 2012 se procedió a la apertura del sobre nº 3, excluyéndose del procedimiento a Comercial Extremeña Hospitalaria S.A. respecto del lote nº 2, con base en un incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Tercero. Mediante resolución del Secretario General del Servicio Extremeño de Salud de 24 de agosto de 2012 se acordó la adjudicación del lote nº 2 del contrato de referencia, con valor estimado de 208.974,07 €, a favor de la empresa Covidien Spain, S.L. Dicha

resolución fue notificada a los licitadores y, en concreto, a la entidad recurrente, el 11 de septiembre de 2012.

Cuarto. Con fecha de 14 de septiembre de 2012 Comercial Extremeña Hospitalaria interpuso ante la Secretaría General del Servicio Extremeño de Salud recurso especial contra la resolución de 24 de agosto de 2012.

Quinto. El día 23 de octubre de 2012 la Secretaría General del Servicio Extremeño de Salud remitió a este Tribunal el recurso interpuesto, acompañado del informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Sexto. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 24 de octubre de 2012, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Séptimo. Interpuesto el recurso, con fecha de 29 de octubre de 2012 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación respecto del lote nº 2 del referido contrato de suministro, con carácter cautelar, y conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Extremadura de 16 de julio de 2012, publicado en el BOE de 9 de agosto de 2012.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la entidad recurrente concurre a la licitación y ha sido excluida de la misma. En consecuencia, es titular de un interés legítimo (la eventual adjudicación del contrato) que se ve afectado por la resolución objeto de recurso. Concorre en la recurrente, en consecuencia, la legitimación exigida por el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El contrato objeto de recurso es un contrato de suministro cuya cuantía es superior a 200.000 €, por lo que tiene la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada conforme al artículo 15 del TRLCSP. En consecuencia, el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El acto objeto de recurso es la resolución de 24 de agosto de 2012 por la que, previa exclusión de la empresa recurrente por acuerdo de la Mesa de contratación de 23 de julio de 2012, se adjudicó el lote nº 2 del contrato a la empresa Covidien Spain, S.L. Es, por tanto, un acto susceptible de recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la impugnación del recurrente se centra en su indebida exclusión del procedimiento de licitación, ha de examinarse si el hecho de que el mismo no haya recurrido directamente el acto de exclusión acordado por la Mesa de Contratación el 23 de julio de 2012 (acto susceptible de recurso autónomo, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.b) TRLCSP) implica, de algún modo, la existencia de un acto firme y consentido que impida la posterior impugnación de la resolución de adjudicación.

A este respecto, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en resoluciones anteriores, por todas la 274/2011 de 16 de noviembre de 2011, recurso 240/2011, en la que se afirma que:

“Respecto de los actos de exclusión acordados por la mesa de contratación, el artículo 310.2.b) de la LCSP -art. 40.2.b) TRLCSP- incluye expresamente entre los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación “los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.

Por su parte el artículo 314.2.b) de la LCSP -art. 44.2.b) TRLCSP-, al regular el plazo de interposición del recurso especial establece que “Cuando el recurso se interponga con actos de trámite -entre los que se incluye la exclusión del procedimiento- adoptados en el procedimiento de adjudicación (...) el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

De acuerdo con lo anterior el cómputo del plazo para la interposición del recurso especial se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que el licitador haya tenido conocimiento de su exclusión. Por tanto, para este supuesto concreto, la LCSP prevé, pero no impone, expresamente la posibilidad de una notificación individual al licitador excluido del procedimiento que le permita tener conocimiento de su exclusión.

Si embargo, el artículo 135.4 de la LCSP -art. 151.4 TRLCSP- admite también la notificación de la exclusión con el acuerdo de adjudicación al señalar que “La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310 -art. 40 TRLCSP-, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos: (...) b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.”

Por tanto, a diferencia del supuesto anterior, el artículo 135.4 de la LCSP -art. 151.4 TRLCSP- impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos.

En consecuencia, la LCSP permite dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado, que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, y el recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 314.2 de la LCSP -art. 44.2 TRLCSP-. Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de manera que en el supuesto que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, éste podrá impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación, supuesto éste aplicable al expediente ahora impugnado”.

Del examen de expediente de contratación se desprende que el acto de exclusión de los licitadores acordado por la Mesa de contratación el 23 de julio de 2012 no fue

formalmente notificado a los interesados. En consecuencia, al no existir constancia de que el recurrente tuviera conocimiento de su exclusión hasta la notificación de la resolución de 24 de agosto de 2012, ha de admitirse que el interesado interponga recurso especial contra la referida resolución de adjudicación para impugnar su exclusión (no notificada de forma autónoma) de la licitación.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2 del TRLCSP, esto es, en el plazo de quince días hábiles desde la remisión de la notificación de la resolución de adjudicación.

Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. Entrando en el fondo de la cuestión, la recurrente impugna la resolución de adjudicación del lote nº 2 del contrato de suministro de guantes de uso sanitario para el Servicio Extremeño de Salud de 24 de agosto de 2012, por haberse efectuado dicha adjudicación sin tomar en consideración la oferta de la recurrente, previamente excluida de la licitación por acuerdo de la Mesa de Contratación de 23 de julio de 2012.

La exclusión de la recurrente se fundamenta en la resolución notificada en los siguientes términos: *“Por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas. En concreto, no se puede comprobar si cumple las características mínimas exigidas, no indica AQL, no indica que esté exento de tiuranos y mercaptobenzotiazoles, no aporta acreditación documental de las características técnicas y químicas del guante, incluyendo el contenido en proteínas extraíbles del látex”.*

Considera la entidad recurrente que la anterior motivación sólo puede ser producto de un error, bien en el examen de la documentación técnica acompañada con la oferta, bien en la comprensión de la referida documentación, pues sostiene que todos los incumplimientos que se denuncian aparecen acreditados en la Ficha Técnica y Características del Producto presentados (ordinales 4 y 5 de la relación de documentos acompañados en el Sobre nº 3).

Por su parte, el órgano de contratación, en el informe que acompaña al presente recurso especial, señala que del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y del Pliego de

Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se desprende que el suministro se estructuraba en siete lotes adjudicables en función de criterios de valoración automática (evaluación de la oferta económica e incremento de cantidades a suministrar a coste cero para la Administración), por lo que el informe técnico (emitido el 18 de julio de 2012) previo a la aplicación de los citados criterios, tuvo que verificar, exclusivamente, que las empresas admitidas a la licitación cumplieran los requerimientos mínimos exigidos en los pliegos. Y señala que la exclusión de la recurrente fue acordada por la Mesa de contratación en función de los argumentos esgrimidos en el informe técnico antes citado, argumentos que hizo suyos el órgano de contratación, en su resolución de adjudicación de 24 de agosto de 2012.

Planteada la cuestión en los términos que anteceden, procede examinar si la exclusión de la licitación de la empresa recurrente resulta o no ajustada a Derecho, circunstancia de la que depende la adecuación a Derecho de la resolución de adjudicación objeto de recurso en lo que se refiere al lote nº 2 del contrato de suministro, sin que, en consecuencia, los pronunciamientos de este Tribunal afecten al acto de adjudicación en lo que al resto de los lotes se refiere.

Sexto. El órgano de contratación justifica la exclusión de la recurrente en el criterio recogido en el informe técnico previamente emitido para verificar la adecuación de las ofertas a los requerimientos técnicos exigidos en los Pliegos.

El PPT incluye en su Anexo I, “Características técnicas del suministro”, una serie de requisitos exigibles a cada uno de los lotes en los que se divide el contrato. Por lo que se refiere al lote nº 2, el apartado A) del PPT enumera hasta veinte requisitos técnicos, entre los que se incluye el que el producto ofertado se encuentre *“exento de tiuranos y mercaptobenzotiazoles”, “nivel AQL (calidad) inferior o igual a 1,5”, y “acreditación documental de las características técnicas y químicas del guante, incluyendo el contenido en proteínas extraíbles del latex”,* añadiendo, en un último subapartado, que *“no se valora sin ficha técnica del fabricante y traducida al español”.*

Este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones (por todas, Resoluciones 33/2012 de 26 de enero de 2012 y 80/2012, de 30 de marzo de 2012) sobre la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en la valoración de criterios

eminentemente técnicos. Efectivamente, *“como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”*.

Pues bien, considera el Tribunal que, en el presente caso, concurren aspectos formales en la valoración técnica en la que se fundamentó la exclusión de la recurrente que, por aplicación de la doctrina invocada, son susceptibles de fiscalización por este Tribunal. Y ello por cuanto que el informe técnico se fundamenta en la falta de acreditación por la recurrente del cumplimiento de una serie de requerimientos técnicos exigidos en los Pliegos, cuestión formal que puede verificarse mediante el examen de la documentación técnica en su día aportada por la recurrente.

Examinado el expediente de contratación remitido por el órgano de contratación, se constata que el apartado 3.7 de la Ficha Técnica de Producto aportada en su día por el recurrente sí menciona el contenido de proteínas del producto (*“máximo 50 microgramos por guantes”*), pero no figuran en dicho expediente ninguno de los cuatro certificados sobre contenido de proteína extraíble que se adjuntan al recurso especial. Tampoco figuran los documentos 2, 3 y 4 cuya copia acompaña el recurrente a su recurso, y que asegura haber incluido en su día en el Sobre nº 3 de la licitación, relativo a la “Proposición económica y documentación técnica”. En concreto, los folios 177 a 206 del expediente de contratación remitido (documento nº 7), comprensivos de la “Oferta económica y propuesta técnica. Sobre 3 presentado por el adjudicatario”, no contienen ni el certificado de calidad y Anexo V de la Directiva 93/42/EEC, ni los certificados, en español e inglés, acreditativos de que el producto ofertado por la recurrente esté exento

de tiuranos y mercaptobenzotiazoles (documentos 2, 3 y 4 de los que acompañan al recurso especial), y que el recurrente asegura haber incluido en el Sobre nº 3.

Este Tribunal ha de atenerse, en su enjuiciamiento, a los documentos incluidos en el expediente remitido por el órgano de contratación, de cuya autenticidad e integridad responde éste. El expediente remitido cuenta con un sistema de numeración electrónico que asigna a los documentos que lo integran un número correlativo, circunstancia que, unida a la presentación por el órgano de contratación de un índice en el que se especifican los folios que comprenden cada uno de los documentos remitidos, permite desechar, en principio, la existencia de pérdidas o extravíos de documentos. Cabe añadir que el documento nº 18 de los que integran el expediente remitido incluye una declaración del Subdirector de Gestión Económica y Contratación Administrativa del Servicio Extremeño de Salud, de 18 de octubre de 2012, en la que se indica expresamente que *“toda la documentación relacionada anteriormente (en un índice) es fiel copia del original incluido en el expediente de referencia”*, asumiendo el declarante con dicha manifestación la plena garantía de autenticidad e integridad de la documentación remitida a este Tribunal.

En suma, la eficacia de la potestad certificante se une, en el presente caso, a la presunción de validez que, con carácter general, se atribuye a la actuación administrativa, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de destruir dicha presunción mediante prueba en contrario.

Séptimo. Pues bien, considera este Tribunal que el recurrente no aporta elementos de prueba que permitan acreditar las manifestaciones en las que fundamenta su recurso. Y ello no sólo porque el índice de la documentación incluida por la recurrente en su sobre nº 3 no contiene ninguna mención expresa y aislada de los documentos que asegura haber adjuntado -como sería lógico, al acreditarse por medio de los mismos requisitos técnicos esenciales que no recogidos en la Ficha Técnica de Producto-, sino porque difícilmente podría haber incluido el recurrente en el sobre nº 3 los documentos 3 y 4 que adjunta al presente recurso especial (declaración en inglés y en español relativa a la ausencia de tiuranos y mercaptobenzotiazoles en el producto ofertado), habida cuenta de que dicha declaración aparece fechada el 31 de julio de 2012, y que el plazo para la

presentación de proposiciones concluía, según se desprende del expediente y de los anuncios de licitación, el 4 de junio de 2012.

Octavo. A la vista de las circunstancias expuestas, considera este Tribunal que la exclusión de la licitación de la recurrente resultó ajustada a Derecho, por no haber acreditado documentalmente que el producto ofertado para el lote nº 2 del contrato de suministro que se considera, cumplía los requerimientos técnicos exigidos en el PPT, sin que dicha falta de acreditación pueda suplirse *a posteriori*, pues no se trata de que la recurrente acredite que reúne ahora los requisitos técnicos exigidos en la licitación, sino de demostrar que dichos requisitos concurrían en el momento en que presentó su oferta. Como ya indicó este Tribunal en la Resolución 89/2012 de 11 de abril de 2012, *“no procede admitir en este momento subsanación alguna de la oferta técnica de la recurrente, y mucho menos aceptar (por vía de subsanación) una nueva proposición”*, pues ello *“sería contrario al artículo 145 del TRLCSP, a las prescripciones de los artículos 80 y 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP que deben regir en toda licitación pública.”*

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.M.C.B. en representación de Comercial Extremeña Hospitalaria, S.A. contra la resolución del Servicio Extremeño de Salud de fecha 24 de agosto de 2012, por la que se adjudicó el contrato de suministro de guantes de uso sanitario para el Servicio Extremeño de Salud, por apreciarse que la exclusión de la recurrente de dicha licitación fue ajustada a Derecho, al no haber acreditado el cumplimiento de todos los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas aplicable al contrato.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar, a la vista de las circunstancias señaladas en el fundamento jurídico séptimo, la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso, por lo que se impone a Comercial Extremeña Hospitalaria, S.A. una multa de 1.000 €.

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 la Comunidad Autónoma de Extremadura, 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.