



Recurso nº 103/2013 C. A. Extremadura 004/2013

Resolución nº 095/2013

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

En Madrid, a 6 de marzo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. ^a M.H.E.M. en representación de LABOLISER S.A., contra la resolución de 30 de enero de 2013 de la mesa de contratación del suministro de apósitos al Servicio Extremeño de Salud, por la que se excluye a la citada empresa del procedimiento abierto de adjudicación, por no haber presentado en plazo las muestras de apósitos exigida por los pliegos, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El plazo límite de presentación de ofertas en el procedimiento de adjudicación finalizaba el 11 de enero de 2013, a las 14:00 horas.

Segundo. En la segunda sesión celebrada por la mesa de contratación para la apertura de la documentación general, celebrada el día 25 de enero de 2013, se advierte por la mesa error en la petición previa de subsanación que se había dirigido a la empresa recurrente, señalándose en el acta que no se había pedido a LABOLISER S.A. (en adelante LABOLISER) la presentación del albarán de entrega de las muestras, que debería haber presentado en el Sobre 1, concediéndose un plazo de 3 días hábiles para que la empresa aportara el albarán sellado con la fecha de entrega.

Tercero. LABOLISER presenta, dentro del plazo de subsanación, el albarán sellado con fecha 14 de enero de 2013, acompañado de la copia de un correo electrónico firmado por Nuria Pano (operativa de la empresa de mensajería NACEX) dirigido a la administración de LABOLISER, en el que se indicaba que el envío al departamento de Recursos Humanos del Hospital Universitario Infanta Cristina (Badajoz) no se pudo entregar hasta el 14 de enero, porque al presentarse el mensajero en Av. Elba s/n (lugar indicado en los pliegos) le indicaron que la entrega tenía que efectuarse en el Área de Salud de Avda de Huelva nº 8 y son zonas que hacen distintos mensajeros.



Cuarto. Con fecha 30 de enero de 2013 la mesa de contratación acuerda excluir del procedimiento de adjudicación a LABOLISER por no haber presentado en plazo las muestras de apósitos.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 20 de febrero de 2013, este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

Sexto. Con fecha 20 de febrero de 2013 el Subdirector de Gestión Económica y Contratación Administrativa de la Consejería de Salud y Política Social de Extremadura emite informe sobre este recurso especial.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha 25 de febrero de 2013, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura de fecha 16 de julio de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 9 de agosto de 2012.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, según el artículo 42 del TRLCSP, al haber concurrido la empresa recurrente a la licitación y haber sido excluida por la mesa de contratación.

Tercero. El acto impugnado es la resolución de exclusión del licitador del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de impugnación según el art. 40 del TRLCSP.

Cuarto. En la interposición del recurso se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.



Quinto. La empresa recurrente alega la falta de conformidad a derecho de la exclusión acordada por la mesa de contratación, destacando que en una primera reunión de la mesa de contratación para el examen de la documentación general se requirió a LABOLISER, S.A., junto con otras empresas para que presentara determinada documentación (entre la que no se requería el albarán de entrega de las muestras), dando a ello su debido cumplimiento. Señala la recurrente que tras este trámite de subsanación, se le vuelve a requerir (con fecha 25 de enero) para que presente el albarán de entrega de las muestras. LABOLISER en el plazo concedido para ello aporta el albarán de entrega (sellado con registro administrativo con fecha 14 de enero). Entiende la recurrente que la exclusión acordada por la mesa no es ajustada a derecho, por cuanto la presentación que se produjo el día 14 de enero en lugar del día 11 (fecha límite para la presentación de proposiciones) no fue imputable a LABOLISER, sino al propio Servicio Extremeño de Salud. Hace notar la recurrente que según los pliegos de cláusulas administrativas particulares las muestras debían ser presentadas en el Registro del Hospital Universitario Infanta Cristina, pero que finalmente fueron presentadas en la Gerencia del Área de Salud de Badajoz. Explica que en el momento de entregarse las muestras el viernes 11 de enero de 2013 en el Registro General del Hospital Universitario Infanta Cristina (lugar previsto en los pliegos), el propio personal administrativo, que desarrolla las funciones en el registro, advirtió al mensajero de Nacex (empresa a la que se encargó la entrega) de la necesidad de entregar tales muestras en la Gerencia del Área de Salud de Badajoz. Señala el recurrente que dicho cambio no había sido previamente comunicado a las empresas licitadoras. Acompaña como documento nº 6 de su recurso el albarán, que acredita que el encargo del envío a NACEX se realizó en fecha 10 de enero de 2013, constando en el mismo como lugar de entrega el Hospital Infanta Cristina. Y como documento nº 7 aporta la empresa recurrente un escrito de NACEX, en cuya antefirma figura una dirección de correo electrónico de la citada empresa (018.operativa@nacex.es) en el que se indica que el mensajero se presentó en Av. Elba s/n (dirección del Hospital Infanta Cristina), dirección que les constaba para efectuar la entrega y la persona que le atendió le informó que dicha documentación se debía presentar en el Área de Salud ubicada en Av. de Huelva nº 8. Se explica en este documento que debido a esta modificación por parte del Hospital, la documentación no pudo depositarse el mismo día 11 de enero, tal y como la empresa de mensajería tenía previsto, sino que se postergó hasta el 14 de enero.



Considera LABOLISER que hay un claro actuar improcedente de la Administración que no dio publicidad ni comunicó el cambio del lugar de entrega de las muestras, conculcándose el principio de la buena fe y confianza legítima que debe presidir las relaciones entre la Administración y los licitadores.

Sexto. En el informe emitido a efectos del recurso por la Consejería de Salud y Política Social (Subdirector de Gestión Económica y Contratación Administrativa), de fecha 20 de febrero de 2013, se indica que la mesa acordó (en una segunda sesión sobre documentación general) conceder un plazo de 3 días hábiles para aportar el albarán de entrega de las muestras no presentado con la documentación correspondiente en el sobre 1. Dicha petición de subsanación se admite que erróneamente no se había realizado en la primera petición de subsanación. Se indica en el informe que el albarán tiene que haber sido emitido según se especifica en el apartado I del cuadro resumen. Y a continuación se señala que la empresa, dentro del plazo de subsanación, aportó el albarán con fecha de registro de entrada en la Gerencia del Área de Salud de Badajoz de fecha 14 de enero de 2013. Concluye el informe que el albarán se presentó fuera de plazo y en lugar erróneo según apartado I del Cuadro Resumen.

El informe se refiere, sin hacer ninguna valoración al respecto, a la alegación de la empresa recurrente sobre la presentación en plazo en el lugar previsto y las indicaciones dadas por el personal del registro para que se presentara la documentación en otra área de salud. No contiene el informe mención a la documentación que en su momento, en el segundo trámite de subsanación concedido, se envió por LABOLISER, en concreto, el correo de Dña Nuria Pano (de la empresa Nacex) a LABOLISER informando de que el envío no se pudo entregar porque al mensajero le indicaron al presentarse en el lugar previsto, que la entrega tenía que efectuarse en otra Área de Salud. Tampoco se refiere el informe de la Subdirección de Gestión Económica y Contratación Administrativo al documento nº 7 aportado por el recurrente ya en este recurso, un escrito de NACEX en el que se reitera que la no presentación en plazo se debió a la circunstancia ya expresada (errónea indicación del personal de registro)

Séptimo. Examinado el pliego de cláusulas administrativas particulares, en concreto el cuadro resumen, se comprueba que en el apartado I, sobre las muestras, se indica que *“para la evaluación técnica de los artículos deberán presentarse cinco muestras para cada*



una de las referencias que componen los lotes a que se presente. Y se indica que el plazo de entrega de las muestras será el mismo que el establecido para la entrega de la documentación debiendo encontrarse físicamente en el registro en la fecha y hora de finalización del plazo de presentación de ofertas. Por último se indica que las muestras presentadas deberán coincidir perfectamente con la descripción que en la Oferta Técnica haya efectuado la empresa licitadora”

Realizando una consideración aislada de la exigencia del pliego y de la documentación administrativa obrante en el expediente habría que concluir que las muestras se presentaron fuera de plazo (y en lugar distinto al previsto en los pliegos), tal y como acordó la mesa de contratación. Así resulta de la certificación emitida por las encargadas de certificados del Registro General de la Gerencia del Área de Salud de Badajoz. En dicha certificación, emitida el 16 de enero de 2013, se hace constar que LABOLISER presentó las muestras el 14 de enero de 2013, a las 10:30. Por lo tanto, fuera de plazo.

Ahora bien, debe hacerse notar que la primera reunión de la mesa de contratación para la apertura del sobre de documentación general se produjo el día 18 de enero de 2013, por lo tanto, después de que se emitiera la certificación del registro en la que constaba la presentación fuera de plazo. Resulta del acta de dicha sesión que a LABOLISER se le requirió únicamente la presentación de los certificados acreditativos de suministros realizados y el compromiso de la empresa de dedicación de una persona responsable a los efectos de controlar la ejecución del contrato. Ninguna mención se hace ni a las muestras ni al albarán de entrega de las muestras.

Es en la segunda sesión de la mesa de contratación, celebrada el 25 de enero, cuando se advierte el error de no haber solicitado la presentación del albarán de entrega de las muestras, dándose un plazo de 3 días para la subsanación de este defecto. Es entonces cuando la empresa remite el albarán, en el que consta el sello de registro del día 14, pero también se adjunta el correo de NACEX en el que se da explicación al motivo del retraso (indicación del personal de registro de que se presentara en un área de salud distinta).

La tercera reunión de la mesa de contratación se celebra el día 30 de enero de 2013, y en el acta se indica que “se ha estudiado la documentación requerida en la anterior sesión a LABOLISER, respecto a la entrega de las muestras en el Hospital Infanta Cristina”. A continuación se indica sin más que la empresa LABOLISER queda excluida del



procedimiento de adjudicación por no haber presentado en plazo las muestras de apósitos. Ninguna valoración se hace sobre los hechos alegados por la empresa de la errónea indicación del personal del registro: no se comentan.

Este Tribunal debe apreciar sin embargo los principios de prueba aportados por la empresa recurrente, que no han sido discutidos ni puestos en duda por el órgano de contratación: el correo de NACEX dirigido a LABOLISER explicando la causa del retraso (correo que se aportó en trámite de subsanación de documentación) y también el contenido del albarán, en el que consta que el encargo se realizó a NACEX el día 10 de enero (por lo tanto, antes del 11, plazo máximo para presentación de sobres y muestras). Y es de notar que en el albarán consta la dirección exigida en los pliegos: el Hospital Universitario Infanta Cristina (Avda de Elvas S/N). No se indicaba en el albarán el Registro General de la Gerencia del Área de Salud de Badajoz.

Todo ello lleva a este Tribunal a presumir la veracidad de la circunstancia alegada por la empresa recurrente: la errónea indicación dada por el personal de registro del Hospital Infanta Cristina. Debe hacerse notar que la Administración recurrida en su informe no pone en duda estos hechos, ni tampoco resulta del acta de la tercera mesa de contratación valoración ni puesta en duda de los hechos alegados. La consideración conjunta de las circunstancias expresadas permiten a este Tribunal presumir la certeza de los hechos, según lo establecido en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. Como ha explicado reiteradamente el Tribunal Supremo (por todas, SSTS 30-12-1996, 8-4-1997) *“la utilización (de las presunciones) se supedita a que no haya pruebas directas del hecho cuestionado, y nunca puede entenderse en el sentido de que haya necesariamente que probar los hechos por pruebas directas. Cuando el Juez no encuentra pruebas directas de un hecho, puede y debe acudir a este medio probatorio, sometido, como se sabe, a la necesidad de que entre el hecho demostrado y el que se trate de demostrar exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, lo que no es otra cosa que las reglas de la lógica o recta razón, la conexión o congruencia entre ambos hechos, de modo que el conocimiento de uno nos lleve como consecuencia obligada al conocimiento del otro”*.



En el caso que nos ocupa, la fecha de encargo a NACEX dentro del plazo de presentación de las muestras, la indicación en el encargo del lugar acertado de entrega, y la presentación de las muestras final en el Registro General de la Gerencia de Salud, lugar que no tenía por qué ser conocido por NACEX, nos llevan a presumir la veracidad del hecho alegado por la recurrente: que fue el propio personal del registro del Hospital Infanta Cristina el que indicó erróneamente al mensajero que la entrega se debía hacer en el Registro General. Amén de que este hecho nunca ha sido negado ni puesto en duda por el órgano recurrido.

Octavo. Debe además hacerse notar que la finalidad de exigencia en los pliegos de la presentación del albarán de entrega de las muestras y que las muestras se entregaran obligatoriamente en el Hospital Infanta Cristina no podía ser otra que el aseguramiento de que podría comprobarse la existencia de las mismas con prontitud por la mesa de contratación. Y como sabemos, ningún requerimiento de subsanación se ha efectuado sobre las propias muestras, ni en la primera, ni en la segunda mesa de contratación de apertura de documentación general. Lo que acredita que se ha cumplido la finalidad que se perseguía con la exigencia de presentación del albarán: que las muestras han sido efectivamente presentadas, y que existían con anterioridad a la finalización del plazo máximo de presentación de proposiciones, pues así se deduce del albarán de entrega a la empresa de mensajería (fecha 10 de enero, que no ha sido cuestionada por el órgano recurrido).

Por ello la presentación tardía que se ha producido de las muestras no puede sino considerarse como defecto subsanable, que ha quedado subsanado precisamente por el conocimiento de las muestras por la mesa de contratación. A este respecto debe recordarse el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, que reiteradamente ha recordado, que a pesar de la imposibilidad de establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, la posibilidad de subsanación debe apreciarse sin infringir el principio de concurrencia. Así, en su informe 27/04, de 7 de junio de 2004, la JCCA señala que en numerosos informes ha venido sosteniendo que, sin poder establecer de modo exhaustivo todos los defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Se refiere a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que ha sentado la doctrina de que la preclusión de aportaciones documentales tiende a evitar sorpresas para los demás concursantes, o estrategias poco limpias, añadiéndose que el principio de concurrencia prohíbe limitar la concurrencia de licitadores a pretexto de una interpretación



literalista que conduzca a una conclusión absurda por ser contraria al sistema legal que rige la contratación administrativa.

Y en su informe 18/10, de 24 de noviembre, con referencia a numerosos informes previos en el mismo sentido (entre ellos 48/02, 47/09) indica la JCCA que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación. Ha de considerarse que reúnen el carácter de subsanable los defectos que se refieren a la acreditación, del requisito de que se trate, pero no de su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en la que expire el plazo de presentación de proposiciones. Esto es, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado, *no se puede subsanar lo que en el momento a considerar no existe de manera indudable*.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no puede afirmarse que las muestras indudablemente no existieran en el tiempo límite de presentación de proposiciones, puesto que el albarán de entrega indica que se entregaron a la empresa de mensajería el día anterior a la finalización del plazo. Y como hemos dicho, no se ha ofrecido razón alguna por el órgano de contratación para dudar de los hechos alegados por el recurrente (la indebida no aceptación de las muestras en el lugar de entrega y remisión a otro registro distinto).

Esta interpretación, como explica la JCCA en su informe 18/10 está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, esta interpretación ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato y el principio de libre concurrencia.

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. ^a M.H.E.M., en representación de LABOLISER S.A. contra la resolución de 30 de enero de 2013 de la mesa de contratación del procedimiento abierto de contratación del suministro de apósitos para el Servicio



Extremeño de Salud, por la que excluyó a la recurrente por no haber presentado en plazo las muestras de apósitos exigidas por el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo en consecuencia ser admitida dicha empresa al procedimiento de adjudicación, por las razones indicadas en los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP y acordar la retroacción del mismo para que se efectúe, en acto público, la apertura del sobre de documentación técnica de LABOLISER S.A.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 de 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