



Recurso nº 621/2017 C.A. Región de Murcia 77/2017

Resolución nº 747/2017

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

En Madrid, a 05 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.R.R. en representación de LOGIMED, S.L, UNIPERSONAL. contra su exclusión del procedimiento “*Suministro para la adquisición de material desechable para Radiología. Expte. CS/9999/1100720924/16/ACPA*”, convocado por el Servicio Murciano de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Murciano de Salud, convocó mediante anuncio publicado en el DOUE de fecha 29 de marzo de 2017, en el Perfil del Contratante en fecha 30 de marzo de 2017 y en el BOE el 4 de abril de 2017, licitación por procedimiento abierto para la contratación del suministro para la adquisición de material desechable para radiología intervencionista con destino a los centros sanitarios del Servicio Murciano de Salud; el valor estimado del contrato para el conjunto de los 51 lotes en los que se divide se cifra en 4.562.280,00 euros.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). El contrato de suministro, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. Tras los trámites oportunos, en fecha 18 de mayo de 2017 tiene lugar el acto público de apertura de la documentación acreditativa de los criterios cuantificables por



juicios de valor (Sobre B). Tal y como se recoge en el acta, la Mesa de Contratación constata que la mercantil LOGIMED S.L.U. incluye en el Sobre B relativo a la oferta técnica, un soporte digital (pendrive), sin contener ningún tipo de información o dato que pueda permitir la elaboración del informe técnico sobre su oferta, y una vez comprobado en otro ordenador, por si el defecto era del soporte digital remitido por dicha firma o era del propio ordenador utilizado en esa apertura se comprueba que es de la empresa, por lo que acuerda su exclusión del procedimiento de licitación, exclusión que les es notificada en fecha 30 de mayo de 2017.

Cuarto. Frente al acuerdo de exclusión, la mercantil recurrente interpone recurso especial en materia de contratación, mediante escrito con fecha de entrada ante el órgano de contratación en fecha 21 de junio de 2017, previo anuncio de fecha 7 de junio de 2017.

La recurrente afirma que no quedó acreditado en el momento de la apertura de los Sobres B el hecho que motiva la exclusión, que el pendrive que debía contener la oferta técnica no contuviera ningún tipo de dato o información, manifestando que “una cosa es que no pudiera verse contenido del soporte digital (bien por algún problema de configuración, de formato o de propio equipo informático) y otra que no tuviera contenido, cuestión ésta con la que, abiertamente estamos en desacuerdo. Considera que en todo caso, estamos ante un error subsanable y, sin embargo no se le concedió plazo para subsanación por lo que solicita que se anule el acuerdo de exclusión.

El órgano de contratación en su informe preceptivo de fecha 26 de junio de 2017, después de transcribir el apartado 15.1.2 del Cuadro de Características del PCAP y que impone la presentación de la documentación del Sobre B en formato digital, no siendo necesaria la presentación en formato papel, afirma que “(...) *en el momento de visionado en acto público del contenido del sobre B que debía presentarse en soporte digital (USB, DVD, etc) y que supuestamente contenía la oferta técnica de LOGIMED, se comprueba no ya que no se puedan abrir archivos o leer los mismos, sino que el contenido está vacío, esto es, que en el pen drive no había nada. Esta situación, que no es la primera vez que ocurre (un caso similar fue resuelto por el TACRC en su resolución nº 532/2016, de 8 de julio), no supuso la exclusión automática de la oferta sino que tras diversos intentos y siempre a la vista de los asistentes al público, la Mesa acuerda intentar acceder a su contenido en otro equipo*



informático ya que la asistencia de nuestro personal técnico para llegar a la misma conclusión: en el pen drive no hay archivo alguno, estaba vacío.(...)”

Quinto. Por parte de la Secretaría de este Tribunal se ha conferido 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, habiendo evacuado este trámite la mercantil BOSTON SCIENTIFIC IBÉRICA S.A.

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 del TRLCSP y en el Convenio suscrito con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, publicado en el BOE del 21 de noviembre de 2012.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de uno de los licitadores.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2. a) del citado texto legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado el 30 de mayo de 2017- notificación del acuerdo de exclusión-, y la de presentación del recurso, el 21 de junio de 2017.

Sobre el plazo de interposición del recurso y su admisibilidad, el órgano de contratación afirma tener dudas ya si bien el recurso se presentó en el registro del órgano de contratación el 21 de junio de 2017, siendo el 9 de junio día inhábil en toda la Región de Murcia por ser fiesta oficial de la Comunidad Autónoma y por tanto, se consideraría presentado dentro de plazo, no era día inhábil en Madrid, sede del órgano competente para su resolución.

En relación con esta cuestión, debemos partir de lo dispuesto en el artículo 44 del TRLCSP: *“1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del*



procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

(...) 3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”

A efectos del cómputo del plazo de quince días hábiles de que dispone el interesado para la interposición del recurso especial, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 30.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y que establece: “*Cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso.*”

De acuerdo con lo anterior, por aplicación del precepto anteriormente transcrito, debe entenderse el 8 de junio como día inhábil, aun cuando no lo fuera en la sede del órgano competente para resolver y, en consecuencia, este Tribunal considera que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal establecido al efecto.

Cuarto. El contrato al que se refiere la impugnación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) del TRLCSP. El recurso se interpone frente al acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de la recurrente de 18 de mayo de 2016, siendo por tanto, susceptible de impugnación, al amparo del artículo 40.2 b) del TRLCSP.

Quinto. Como hemos adelantado, el acto objeto del presente recurso acordó excluir a la mercantil recurrente por haber incluido en el Sobre B relativo a la oferta técnica, un soporte digital (pendrive), sin contener ningún tipo de información o dato que pueda permitir la elaboración del informe técnico sobre su oferta, y una vez comprobado en otro ordenador,



por si el defecto era del soporte digital remitido por dicha firma o era del propio ordenador utilizado en esa apertura se comprueba que es de la empresa.

La mercantil recurrente manifiesta que no quedó acreditado en el momento de la apertura de los Sobres B que el pendrive que debía contener la oferta técnica no contuviera ningún tipo de dato o información, y que ninguno de los extremos que motivan la exclusión pudieron comprobarse en el momento, ni por tercero, ni por experto informático que pudiera dar una explicación al fallido, no siendo lógico presentarse a una licitación con un soporte informático vacío. Considera que es un error subsanable y que el órgano de contratación no le concedió plazo para la subsanación.

El órgano de contratación por su parte tras manifestar, en contra de lo afirmado por la mercantil recurrente, que en el momento de visionado en acto público del contenido del Sobre B que debía presentarse en soporte digital, se comprueba que el contenido está vacío, y que tras diversos intentos y siempre a la vista de los asistentes al acto público, la Mesa acuerda intentar acceder a su contenido en otro equipo informático con la asistencia del personal técnico, llegando a la misma conclusión, que el pen drive estaba vacío, señala que la presentación de un soporte informático que no contiene información alguna equivale a la no presentación de la oferta técnica, por lo que no estamos ante un error subsanable de acuerdo con la doctrina sentada por este Tribunal. Asimismo, afirma que la subsanación no es procedente por aplicación del principio de secreto de las ofertas consagrado en el artículo 145 del TRLCSP ya que *“(...) de haberse requerido a la recurrente el que completara, subsanara o aportara su oferta técnica una vez efectuado el trámite de apertura de acto público del resto de ofertas de los demás licitadores (licitadores que, como se ha expuesto, pudieron comprobar in situ la ausencia de contenido del pen drive), ello hubiera supuesto un quebrantamiento grave de ese principio fundamental, en la medida de que la ahora recurrente ya tendría conocimiento de los lotes a los que concurre cada licitador y de las características básicas de los productos ofertados mientras que estos últimos por el contrario, desconocerían el contenido de la oferta técnica de la recurrente (...)”*.

Por otra parte y, en relación con la documentación presentada en papel, no requerida por el PCAP, señala que comprobado el contenido del sobre B se constata que la mercantil recurrente *“solo había incorporado en papel lo que eran los Apéndices II y II bis que son*



meras fichas identificativas de los productos sin más información, por lo que tampoco es posible efectuar una valoración de los productos ofertados a partir de esos someros datos. Lógicamente estamos de acuerdo con la recurrente en que no existen motivos para entender que una empresa voluntariamente presente una oferta en este tipo de soporte sin nada dentro, pero el error humano siempre está presente y en este caso es una cuestión achacable a la misma y no al equipo informático (portátil) con el que se trabajó, primero porque las aperturas de los pen drives fue en público proyectándose sobre una pantalla su contenido sin que para el resto de empresas se produjeran incidencias de esta naturaleza; segundo porque se intentó acceder al contenido del pen drive en varios ordenadores diferentes y con la asistencia de nuestro personal informático (tal y como consta en el acta de apertura del Sobre B de fecha 18 de mayo de 2017) y, finalmente, porque lo que se deduce no era que no se pudieran abrir los archivos que había dentro, sino que directamente no había nada allí”.

Sexto. Debemos comenzar recordando la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones recogidas en los Pliegos, que constituyen “*lex contractus*” que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes, sin más excepciones que los casos en los que aquéllos estén incurso en causas de nulidad de pleno derecho (artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes TRLCSP).

Es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, Resolución nº 175/2011) que la participación en licitaciones públicas comporta la asunción de una serie de cargas formales que, además de ir orientada a que la adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores, conforme a los principios de no discriminación y transparencia consagrados en la normativa contractual.

Descendiendo al caso que nos ocupa, tal y como prescribe el apartado 15.1.2 del Cuadro de Características del PCAP: “(.....) *Esta documentación del sobre B se presentara en formato digital, (CD, pendrive...etc), no siendo necesaria, por tanto, la presentación en formato papel)*”.



En el supuesto analizado quedó constatado en acto público, con presencia de la mercantil recurrente, que el pen drive aportado en el Sobre B relativo a la oferta técnica se encontraba vacío, hecho que se pudo comprobar en otro equipo informático con asistencia de personal técnico del órgano de contratación.

Ante este hecho, la mercantil recurrente considera que el órgano de contratación debió otorgar plazo de subsanación.

Pues bien, en primer lugar no es posible considerar que nos encontramos ante un error en la documentación, sino que la presentación de la oferta técnica en soporte informático que no contiene información equivale a la no presentación de la oferta cuya consecuencia es la exclusión del licitador.

Por otra parte, y aun cuando se pudiera considerar que existe un error en la oferta técnica, dicho error no es subsanable. Este Tribunal ha dictado numerosas Resoluciones (por todas, 136/2011, 164/2011, 219/2011, 244/2011, 151/2012, 156/2012, 242/2012, 82/2013) que, salvo en supuestos en que se hubiera cometido un flagrante error material en que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada, presentada la oferta no cabe posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.

Sobre la posibilidad de subsanación de la oferta técnica, este Tribunal viene admitiendo la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica, cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada, citando a estos efectos, la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta”*.

De acuerdo con lo anterior, resulta posible solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría



representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación.

Pues bien, trasladando esta doctrina al presente caso se concluye que no resulta procedente la subsanación; la presentación del pen drive vacío equivale a la falta de presentación de la oferta, existiendo una previsión expresa en el PCAP- al que se deben someter todos los licitadores- para que la oferta técnica se presente en soporte digital, de modo que el órgano de contratación debía proceder a la exclusión de este licitador. Que ello se debiese a un error involuntario del licitador no obsta a la evidencia de que no presentó la oferta, lo que tiene indudables consecuencias no solo en cuanto a las obligaciones que asume el contratante, sino en cuanto a la posibilidad de que el órgano competente no pudiera realizar la valoración técnica. En aplicación de la doctrina citada, una vez abiertas las demás ofertas, no resultaba procedente que el licitador variase el objeto de su oferta, debiendo pechar con las consecuencias de su falta de diligencia.

En definitiva, no siendo procedente la subsanación, ha sido correcta la exclusión por lo que procede la desestimación del recurso.

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. A.R.R. en representación de LOGIMED, S.L, UNIPERSONAL. contra su exclusión del procedimiento “*Suministro para la adquisición de material desechable para Radiología. Expte. CS/9999/1100720924/16/ACPA*”, convocado por el Servicio Murciano de Salud.

Segundo. 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 Región de Murcia, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.