

RECURSO 170/2023
RESOLUCIÓN 18/2024

Resolución 18/2024, de 8 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Harmonium Healthcare, S.L., frente a acuerdo de la mesa de contratación, por el que se excluye su oferta a los lotes 27, 28, 31 y 32 en el procedimiento de adjudicación para la celebración de un acuerdo marco con varios adjudicatarios para el suministro de dispositivos de punción (catéteres, agujas, agujas con jeringa y lancetas) con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud, expediente 2020013737.

I
ANTECEDENTES

Primero.- Por resolución de 26 de mayo de 2023, del director económico, presupuestario y financiero de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, se aprueba el expediente, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT), y se dispone la apertura del procedimiento de adjudicación, por procedimiento abierto, para la celebración de un acuerdo marco con varios adjudicatarios para el suministro de dispositivos de punción (catéteres, agujas, agujas con jeringa y lancetas) con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud.

El acuerdo marco tiene un valor estimado de 27.845.378,00 euros.

Tras la apertura de las ofertas, el 9 de noviembre el Servicio de Compras Sanitarias emite informe sobre el cumplimiento por las ofertas de los requisitos mínimos exigidos en el PPT.

El 22 de noviembre la mesa de contratación asume el citado informe y acuerda la exclusión de varias ofertas respecto de lotes que no cumplen los requisitos mínimos del PPT; entre ellas, las ofertas de Harmonium Healthcare, S.L., a los lotes 27, 28, 31 y 32. La exclusión se notifica a la empresa el 28 de noviembre.

Segundo.- El 13 de diciembre D. yyy, en nombre y representación de Harmonium Heathcare, S.L., presenta en el registro de este Tribunal un recurso especial en materia de contratación frente a la exclusión de sus ofertas.

Tercero.- Se han recibido en este Tribunal el expediente y dos informes del órgano de contratación (del Servicio de Compras Sanitarias y del Servicio de Contratación, de 20 y 26 de diciembre de 2023, respectivamente) en los que se solicita la desestimación del recurso.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia al resto de licitadores (escrito remitido el 27 de diciembre), no se han presentado alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La recurrente está legitimada para interponer el recurso especial y está acreditada su representación, conforme al artículo 48 de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto contra la exclusión en un procedimiento de adjudicación para la celebración de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44, apartados 1.b) y 2.b) de la LCSP, que considera actos de trámite cualificados los actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de ofertas.

El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

3º.- En cuanto al fondo del asunto, la resolución del recurso exige examinar si la oferta presentada por la recurrente cumple los requisitos y prescripciones mínimas exigidas en el PPT.

Por lo que se refiere a la valoración técnica de las ofertas presentadas por los licitadores y su enjuiciamiento y control por los tribunales, es preciso recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado de manera reiterada que la Administración goza de discrecionalidad técnica en la ponderación de criterios evaluables en función de juicios de valor; por lo que, al tratarse de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Resulta manifiesto que este Tribunal carece de la suficiente formación para entrar en consideraciones estrictamente técnicas. Ello no obsta para que pueda analizar tal valoración, pero tal examen debe quedar circunscrito a sus aspectos formales, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en error material.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 señala que la "discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando éstos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara que "la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción iuris tantum sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano

calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.

Todo ello en el bien entendido de que, como refiere la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (rec. 2504/2015), “la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”.

La doctrina de la discrecionalidad técnica se ha acogido plenamente por los tribunales administrativos de recursos contractuales. Como señalan, por todas, las resoluciones 137/2019, de 17 de septiembre, y 164/2019, de 30 de octubre, de este Tribunal, “Ello supone que, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos, sin perjuicio de que puedan ser objeto de análisis cuestiones como las antes apuntadas (aspectos formales de la valoración - como las normas de competencia o de procedimiento, por ejemplo-; que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios; o que se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla). Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Por lo expuesto, la función de este Tribunal se limita a determinar si la valoración de las ofertas realizada por el órgano de contratación es arbitraria, discriminatoria, ambigua y errónea, como afirma la recurrente.

A mayor abundamiento, la solución del recurso exige determinar si la exclusión acordada se ajusta al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y normativa de desarrollo, y en especial, en este caso, al PPT que, junto con el PCAP, constituyen la ley de contrato, tal como viene afirmando reiteradamente nuestra jurisprudencia.

El artículo 124 de la LCSP establece que “El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y

definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley (...).”.

Por su parte, el artículo 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), relativo al “Contenido del pliego de prescripciones técnicas particulares”, dispone en el apartado 1 que “El pliego de prescripciones técnicas particulares contendrá, al menos, los siguientes extremos: (...) a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato (...).”.

Según se ha expuesto, los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación.

La vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos, así lo indica *in fine* el mismo artículo 124 de la LCSP, de acuerdo con el cual los PPT “solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho, o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”. Por lo tanto, la Administración debe efectuar la valoración de los productos ofertados por los licitadores conforme a los criterios recogidos en aquellos. Respecto de los licitadores, la vinculación determina que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos. En este sentido, el artículo 139.1 de la LCSP dispone que “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”. Por tanto, las especificaciones técnicas incluidas en el PPT deben ser cumplidas por las ofertas. El citado pliego, como parte de la documentación contractual, constituye la ley del contrato y la presentación de la oferta refleja su aceptación incondicionada.

En consecuencia, la falta de cumplimiento claro de alguna de las exigencias establecidas en los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, debe aparejar la exclusión del licitador porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las

condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta, y, además, de no acordarse, se generaría una situación de desigualdad contraria a los principios de transparencia e igualdad de trato inspiradores de la normativa nacional y comunitaria en materia de contratación pública.

Como señala la resolución 147/2020, de 15 de octubre, de este Tribunal, "el incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así, no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado". A su vez refiere que "en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al PPT; y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero admiten una interpretación favorable a su cumplimiento, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión".

4º.- En este supuesto, la mesa de contratación ha acordado la exclusión de las ofertas de la recurrente a los lotes 27, 28, 31 y 32 por incumplir las requisitos y prescripciones técnicas mínimas establecidos en el PPT. Por razones sistemáticas, se procede al análisis, primero, del lote 27 y, después y de forma conjunta, de los lotes 28, 31 y 32.

A) Lote 27 (aguja para pluma, bolígrafo y jeringa precargada de insulina, con dispositivo de seguridad).

La mesa de contratación, que asume el contenido del informe técnico sobre las ofertas, excluye la oferta de la recurrente al lote 27 por la siguiente motivación:

"Las muestras presentadas, referencias HAR304S y HAR305S, no se corresponden con las referencias ofertadas en la documentación técnica (en el Anexo I constan las referencias: HARE304S y HARE305S, y en el Anexo II y Anexo 3 constan: HARAE305S y HARAE304S).

»El envase múltiple de la muestra presentada, referencia HAR304S, no está etiquetada con arreglo al Reglamento (UE) 2017/745 (no consta: identificación del producto, marcado CE, método de esterilización, y producto de un solo uso)”.

Frente a ello, la recurrente alega lo siguiente:

“a) Que las muestras presentadas, referencias HAR304S y HAR305S, sí se corresponden con las referencias ofertadas en la documentación técnica.

»Se obvia por la Administración recurrida la aplicación al caso del Reglamento UE 2017/745 de Productos Sanitarios (MDR), de 5 de abril de 2017, que es un conjunto de regulaciones que rigen la producción y distribución de productos sanitarios en Europa. El cumplimiento de esta nueva normativa es obligatorio para todas las empresas de productos sanitarios que quieran vender sus productos en el mercado europeo.

»El Reglamento UE de Productos Sanitarios se publicó oficialmente el 5 de mayo de 2017 y entró en vigor el 25 de mayo de 2017. Las empresas de productos sanitarios tuvieron un tiempo de transición de tres años hasta el 26 de mayo de 2020 para cumplir con los requisitos de este reglamento. Esta norma presenta un conjunto de nuevos estándares y requisitos que deben cumplir los productos; etiqueta de producto actualizada; nuevos diseños de producto e información técnica detallada. En este sentido, puede que el producto tenga un `UDI´ (durante algunos periodos de transición el producto no tiene necesariamente un `UDI´, pero aun así es un producto sanitario, véase la declaración «Unique Device Identification – UDI»).

»Según la Guía de Codificación y Etiquetado del sector salud (doc. número 4), cada artículo debe ser identificado de forma única y no ambigua, y es responsabilidad de cada empresa, elaborar un catálogo de productos o censo de referencias comerciales donde se detallan todas las características y atributos de una determinada jerarquía de producto. Es por esta razón que `Harmonium´ decidió cambiar las referencias internas de sus productos sanitarios adecuándolas a dicha normativa vigente, así;

»* A las letras HAR (`Harmonium´) y S (Seguridad), se añadiría la letra A para el caso de agujas y la L para el supuesto de lancetas, junto con los siguientes códigos de letras; Unidad de Consumo U, Contenedor de unidades de consumo E, Contenedor de estuches C y Contenedor de cajas P.

»Por los motivos expuestos, sólo cabe concluir que las muestras presentadas, referencias HAR304S y HAR305S, sí se corresponden con las referencias ofertadas en la documentación técnica (en el Anexo I constan las referencias: HARE304S y HARE305S, y en el Anexo II y Anexo 3 constan: HARAE305S y HARAE304S). Este es un proceso que tiene un período de adaptación y hay productos dentro del catálogo con referencias antiguas, y otras ya adaptadas a la nueva normativa, siendo pues ésta la explicación de los códigos de letras añadidos a la misma referencia numérica.

»b) El envase múltiple de la muestra presentada, referencia HAR304S, si está etiquetado con arreglo al Reglamento (UE) 2017/745 (consta: identificación del producto, marcado CE, método de esterilización, y producto de un solo uso).

»- Según se indica en dicho [PPT], hay que presentar todos los tamaños disponibles. La referencia HAR305S, SI cumple de una forma correcta en su diseño con la identificación del producto, marcado CE, método de esterilización y producto de un solo uso, tal y como se acredita con la foto de la muestra entregada (doc. 4.1 y 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6), y en los Anexos obligatorios (doc. 4.7 y 4.8).

»- La otra referencia HAR304S, se envió en anónimo, lo que no prohíbe el pliego, pero perfectamente identificada; con su descripción, número de expediente, y adjuntado en la documentación técnica el diseño con el que iría, el cual comprende todo lo que requerido (doc. 4.9)”.

De lo expuesto, la recurrente alega que la controversia radicaría no en las características de los productos ofertados y su adecuación al PPT, sino en las referencias de los productos que, por los motivos que aduce la recurrente, no coinciden entre sí. Es decir, parecería tratarse de una cuestión formal más que material.

A este respecto, conviene recordar que el principio antiformalista que preside la contratación del sector público permite al órgano de contratación solicitar aclaraciones a la oferta presentada, siempre que la misma incurra en defectos materiales o formales que puedan ser subsanados, sin que ello resulte en modificaciones de aquella.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, para el que los principios de igualdad de trato y la obligación

de transparencia se oponen a que una oferta pueda ser modificada después de su presentación: "(...) el artículo 2 de la Directiva 2004/18 -cuyos principios se recogen en la actualidad en el artículo 18 de la Directiva 2014/24- no se opone a que 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" (STJUE de 10 de octubre de 2013 C-336/12 "Manova"- § 32, STJUE de 11 de mayo de 2017 -C131/16- "Archus y Gama" §29, STJUE de 28 de febrero de 2018 -C523/16 y C-536/16- "Centostazioni-Duemme" §50).

Esta facultad del órgano de contratación se somete, sin embargo, a varios requisitos, que, en síntesis, son los siguientes:

- Que la petición de aclaración de una oferta no se formule hasta que la entidad adjudicadora haya tomado conocimiento de la totalidad de las ofertas, y se dirija de manera equivalente a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación.

- Que la petición de aclaración se refiera a todos los puntos de la oferta que requieran una aclaración.

- Que la petición no tenga como efecto que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta.

- Que en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone la entidad adjudicataria para solicitar a los licitadores aclaraciones sobre sus ofertas, debe actuar tratando a todos igualmente o con lealtad, de modo que no pueda concluirse que una petición de aclaraciones (o la ausencia de la misma) benefició o perjudicó indebidamente a uno o varios licitadores.

Esta cuestión se analizó en la resolución 32/2018, de 4 de mayo, de este Tribunal, en la que se recoge la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y de los tribunales de recursos contractuales, doctrina que, por su interés, se reproduce a continuación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 48/02, de 28 de febrero de 2003, con cita de otros anteriores, señaló que, "sin ser posible realizar una lista exhaustiva de defectos subsanables y no subsanables", el artículo 81 del RGLCAP permite "considerar insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos".

Y en su informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, mantiene que "el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable". Y añade que "Esta interpretación 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, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia".

Sobre la posibilidad de subsanar las ofertas, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en diversas resoluciones (por todas, resoluciones 217/2016, de 1 de abril, 898/2016, de 4 de noviembre, 908/2017, de 5 de octubre, 8/2018, de 9 de enero, 155/2018, de 16 de febrero, 266/2018, de 16 de marzo; y en términos semejantes, resoluciones 661/2017 de 21 de julio, 42/2018, de 19 de enero, o 113/2018, de 9 de febrero) ha señalado 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 (...), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del [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 [que] 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 (...).

»Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación 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 (...), la representación del que suscribió la oferta (...) 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 (...). 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 (...).

»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 (...) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (...), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (...).

»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)».

Por su parte, en las resoluciones 1203/2017, de 22 de diciembre, y 166/2018, de 23 de febrero, el TACRC ha señalado que `` no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la [oferta técnica], debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta´ (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012

(asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es 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 en los artículos 1 y 139 del [TRLCSF] ´ (Resolución 94/2013). En definitiva, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, `debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos´ (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras). Así, `una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador, ni del candidato´ toda vez que, `en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato ´. 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 (...) 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 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”.

Similar criterio mantiene también el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (por todas, resolución 164/2017, de 5 de septiembre).

Asimismo, como se ha apuntado anteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone

a 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". Y concluye que "(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaración benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron".

Y en la misma línea, cabe citar la sentencia de 25 de mayo de 2015 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha considerado factible la subsanación de la documentación presentada para acreditar un criterio de adjudicación, siempre que se trate de una acreditación documental que no suponga alteración de su oferta ni, por tanto, quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre concurrencia.

La doctrina y jurisprudencia expuestas constituyen, por tanto, los parámetros jurídicos sobre los que este Tribunal ha de enjuiciar la actuación recurrida.

El informe al recurso emitido por el Servicio de Compras Sanitarias afirma que "Aunque no existe obligación por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación o aclaración de la oferta técnica, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta, el Servicio de Compras Sanitarias encargado de la revisión de la documentación y de determinar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el PPT, valoró pedir aclaraciones al licitador a este respecto, pero examinada la documentación y las muestras presentadas por el licitador se observaron los siguientes incumplimientos:

»- En primer lugar, se deduce que la oferta está conformada por dos referencias: HAR304S y HAR305S ya que se han presentado muestras de ambas referencias. Respecto a la referencia HAR304S no se presenta ficha técnica y, como ya se ha dicho, en la página 11 del PCAP se indica claramente que se deberá presentar Catálogo y/o Ficha Técnica de los productos en castellano, o en su defecto con traducción del contenido, que describa las características de cada uno de los artículos presentados.

»- En segundo lugar, el licitador, pudiendo haber presentado muestra de una única medida según su elección, ha decidido presentar muestras de dos referencias, por lo que según la página 42 del PCAP se deberían haber presentado, si es envase individual, al menos 6 muestras en su envase unitario estéril y si es envase múltiple, al menos 1 envase tal y como se administrará en los Centros, por cada una de las referencias. La empresa ha presentado correctamente las muestras de la referencia HAR305S, pero respecto a la referencia HAR304S, ni el etiquetado del envase individual (que viene en inglés) ni el del envase múltiple cumple con lo establecido en el Reglamento (UE) 2017/745 según el cual en el etiquetado de las muestras debe constar: identificación del producto, marcado CE, nombre y dirección del fabricante, método de esterilización, fecha de caducidad, número de lote y producto de un solo uso. En el etiquetado del envase de la muestra HAR304S en cuestión, no se encuentra la identificación del producto, el marcado CE, el método de esterilización, ni la indicación de que es un producto de un solo uso. Los productos sanitarios deben ir acompañados de la información necesaria para su utilización con plena seguridad, esta información está constituida por las indicaciones que figuran en la etiqueta, por lo que no podría admitirse un envase anónimo (sin identificación) como alega la empresa. Por su parte, "Harmonium" alega que el diseño del envase múltiple se ha adjuntado en la ficha técnica, sin embargo, no hay ficha técnica de la referencia HAR304S entre la documentación presentada, únicamente hay ficha técnica de la referencia HAR305S en la que sí que figura el diseño del envase múltiple de esa referencia, pero no de la referencia HAR304S.

»Tras el examen de la oferta de la empresa "Harmonium" para el lote 27, este Servicio de Compras determinó que la referencia HAR304S no cumplía con lo establecido en los pliegos que rigen el expediente 153/2023 pues no se ha incluido ficha técnica ni se han presentado las muestras correctamente etiquetadas. Como ya se ha dicho, los licitadores deberán realizar una oferta (en singular), siendo esta oferta el conjunto de las referencias o productos que se presenten en cada lote, debiendo cumplir todos ellos las características técnicas exigidas en los pliegos y no pudiendo aceptar únicamente las referencias que si cumplen y excluir la que no cumple.

»Quedando claro, por tanto, el no cumplimiento de requisitos técnicos, se decidió no pedir aclaración sobre la discordancia de referencias ofertadas por el licitador, dejando constancia en su informe de ofertas técnicas, de la falta de diligencia de la empresa "Harmonium" en la redacción de su oferta".

Este Tribunal, a la vista de las consideraciones técnicas realizadas en el informe citado, y de la ausencia de los requisitos indicados, comparte el criterio del órgano de contratación y considera que la exclusión no se debió solo a la falta de concordancia de las referencias de los productos (en cuyo caso, el órgano de contratación podría haber solicitado al licitador aclaración de la oferta, con los límites indicados anteriormente), sino también, y sobre todo, al incumplimiento de otros requisitos mínimos exigidos por el PPT a los productos ofertados (falta de aportación de la ficha técnica y deficiencias y omisiones en el etiquetado) cuya subsanación, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia antes expuesta, no es posible.

Por ello, este motivo del recurso debe desestimarse.

B) Lotes 28, 31 y 32.

Menor controversia suscita, sin embargo, a juicio de este Tribunal, la exclusión de la oferta de la recurrente a los lotes 28, 31 y 32.

La mesa de contratación acordó excluir dichas ofertas por los siguientes motivos:

- En el lote 28 (lanceta de punción capilar, con dispositivo automático de seguridad) la exclusión se fundamenta en que "Las muestras presentadas, referencias HARL23S y HARL28S, no se corresponden con las referencias ofertadas en la documentación técnica, la lanceta de punción capilar incumple la condición `Profundidad de penetración de 1,5 a 2,5 mm´ (tienen una profundidad de penetración de 1,4 mm)".

Al respecto, resulta del expediente que el recurrente ha ofertado al lote 28 tres referencias o productos en el anexo III: HARLE23GM, HARLE28GM y HARLE30GM; y, conforme señala el Servicio de Compras Sanitarias en su informe, los dos últimos productos (que miden 1,4 mm) no cumplen con la profundidad de penetración exigida en el PPT (de 1,5 a 2,5 mm).

- La exclusión al lote 31 (aguja con punta de 3 biseles para pluma, bolígrafo y jeringa precargada de insulina, para uso de paciente) se motiva en que "En la documentación de la oferta técnica y muestras presentadas, la referencia HAR3108, incumple la condición "Aguja de acero inoxidable de grado médico de 4 a 6 mm de longitud" (mide 8 mm de longitud)".

Resulta del expediente que la recurrente ha presentado al lote 31 cinco productos, con las referencias HAR3104, HAR3105, HAR3106, HAR3108 y HAR3204; y, conforme señala el informe del Servicio de Compras Sanitarias, el producto con referencia HAR3108 (mide 8 mm de longitud) no cumple con el rango de medidas exigido en el PPT (4-6 mm).

- Finalmente, la exclusión de la oferta al lote 32 (aguja con punta de más de 3 biseles para pluma, bolígrafo y jeringa precargada de insulina, para uso de paciente) se justifica en que "En la documentación de la oferta técnica y muestras presentadas, la referencia HAR31G8S, incumple la condición 'Aguja de acero inoxidable de grado médico de 4 a 6 mm de longitud' (mide 8 mm de longitud)".

Consta que la recurrente ha presentado al lote 32 cuatro productos, con las referencias HAR31G5S, HAR31G6S, HAR31G8S y HAR32G4S; y, conforme señala el informe del Servicio de Compras Sanitarias, el producto con referencia HAR31G8S (mide 8 mm de longitud) no cumple con el rango de medidas exigido en el PPT (4-6 mm).

El apartado 3 del PPT establece de forma expresa que "En aquellos lotes en los que se establezca un rango de medidas de un producto (lotes 6 a 8, 10, 11, 14, 21 a 23 y 27 a 32) se podrán ofertar diversas referencias del mismo modelo (diferenciándose en tamaño, longitud o calibre), siempre que estén dentro del rango solicitado, en este caso deberán presentarlas en la misma oferta". Por lo que cabe concluir que el incumplimiento por alguno de los productos ofertados, incluidos en la misma oferta, supone el incumplimiento de la oferta al lote indicado.

Por ello, teniendo en cuenta el criterio técnico expuesto en los informes del órgano de contratación, este Tribunal considera acreditado que la oferta de la recurrente incumple lo exigido en el PPT y, por tanto, resulta ajustada a derecho su exclusión del proceso de licitación.

Finalmente, al contrario de lo que afirma la recurrente, no se aprecia que exista una valoración arbitraria, ambigua, caprichosa, sino que se delimita en los citados informes, de manera motivada y exhaustiva, el incumplimiento del PPT que presentaban las ofertas de la recurrente.

Conviene reiterar que, conforme a la doctrina de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, este Tribunal no puede corregir criterios estrictamente técnicos aplicando criterios jurídicos.

Como se ha expuesto, frente a los juicios subjetivos y parciales de la recurrente sin carga probatoria que acredite el pretendido carácter arbitrario de la valoración de su oferta técnica, ha de prevalecer la presunción de acierto, certeza y razonabilidad del informe técnico del órgano de contratación, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos administrativos que la realizan (presunción que no ha sido destruida mediante prueba en contrario), informe en el que no se aprecian indicios de errores materiales o de falta de motivación.

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Harmonium Healthcare, S.L., frente a acuerdo de la mesa de contratación, por el que se le excluye de los lotes 27, 28, 31 y 32 en el procedimiento de adjudicación para la celebración de un acuerdo marco con varios adjudicatarios para el suministro de dispositivos de punción (catéteres, agujas, agujas con jeringa y lancetas) con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud, expediente 2020013737.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).