

**Recurso 98/2014.
Resolución 5/2015.**

Resolución 5/2015, de 21 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Johnson & Johnson, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 27 de noviembre, por el que se la excluye del acuerdo marco con varios adjudicatarios para el suministro de suturas mecánicas con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Castilla y León.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Mediante Resolución del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de 1 de julio de 2014, se acuerda iniciar el procedimiento de contratación del suministro de suturas mecánicas con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Castilla y León. El valor estimado del contrato es de 11.359.136,40 euros.

Obran en el expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que rigen la contratación.

Segundo.- El 27 de noviembre de 2014 la Mesa de contratación acuerda la exclusión de Johnson & Johnson, S.A. del referido procedimiento, lo que se notifica a la empresa el 5 de diciembre.

La exclusión está motivada en que su oferta pone condiciones en el plazo de entrega, al excluir viernes y vísperas de festivos, lo que vulnera lo establecido en los pliegos.

Tercero- El 5 de diciembre de 2014 Dña. yyyy, en nombre y representación de Johnson & Johnson, S.A., anuncia su intención de interponer recurso especial en materia de contratación contra dicha exclusión.

Cuarto.- El 23 de diciembre de 2014 tiene entrada en el Registro General del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León el recurso especial en materia de contratación.

La empresa recurrente considera que se ha realizado una interpretación restrictiva y contraria a la concurrencia de su proposición y que en su caso debió solicitarse su subsanación; que su oferta cumple con las funcionalidades y objetivos técnicos buscados en el procedimiento de contratación; y que la reducción del plazo de entrega debería ser un criterio susceptible de valoración, pero no una prescripción técnica.

Adjunta al recurso especial copias de la documentación acreditativa de la representación de la recurrente, del acuerdo de exclusión y del anuncio de interposición del recurso presentado ante el órgano de contratación.

Quinto.- El 26 de diciembre se admite a trámite el recurso especial interpuesto, con el número de referencia 98/2014, y se requiere al órgano de contratación para que remita el expediente acompañado del correspondiente informe.

Sexto.- El 2 de enero de 2015 tiene entrada en este Tribunal el expediente acompañado del informe del Servicio de Contratación de la mencionada Gerencia Regional

Séptimo.- El 8 de enero de 2015 se da traslado del recurso a los restantes licitadores, a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho, sin que ninguno de ellos haya hecho uso de este trámite.

Octavo.- Por Acuerdo del Tribunal 1/2015, de 15 de enero, se deniega la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada en el recurso.

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 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, ya que el recurrente concurrió a la licitación. El artículo 42 del TRLCSP atribuye la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación "a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso". Consta acreditada igualmente la representación con la que la empresa actúa.

Se trata de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada conforme al artículo 15 del TRLCSP, incluido por tanto en el ámbito objetivo del recurso especial, de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El acto recurrido es de los de trámite previstos en el artículo 40.2.b) del TRLCSP, que expresamente considera "actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores".

La presentación del recurso se produjo dentro del plazo de 15 días hábiles desde que el licitador tuvo conocimiento de la posible infracción, establecido en el artículo 44.2.b) del TRLCSP. El acuerdo de exclusión fue notificado por correo electrónico el 5 de diciembre y el recurso se presentó ante este Tribunal el día 23 del mismo mes.

3º.- El régimen jurídico aplicable al contrato en cuestión, a tenor de lo dispuesto en el PCAP y de la fecha de su licitación, está constituido principalmente por el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

4º.- La cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso consiste en determinar si es conforme a derecho la exclusión del licitador, si el órgano de contratación debió solicitar una aclaración sobre la oferta presentada y si el plazo de entrega se debería considerar un criterio de valoración.

A) En cuanto a la primera alegación realizada, hay que señalar que el apartado 18.2.2 del cuadro de características del PCAP dispone que "Los suministros ordinarios se efectuarán con la periodicidad y horario que se establezca en cada centro.

»Los pedidos ordinarios deberán ser suministrados en un plazo máximo de 15 días y los urgentes de 48 horas, a contar desde la recepción del pedido mediante fax, teléfono o e-mail".

En desarrollo de la referida previsión, el apartado 5 del PPT concreta que los productos deberán ser suministrados en "aquellos pedidos calificados por los Centros peticionarios de ordinarios, dentro de un plazo máximo de 15 días, y los urgentes, 48 horas desde la recepción del pedido".

En la oferta realizada por la empresa recurrente se indica que, para los pedidos urgentes, se "garantiza la entrega del producto objeto de este concurso en el Hospital destinatario del mismo en un plazo de 48 horas desde el momento de recepción del pedido, exceptuando viernes y vísperas de festivo."

Alega la recurrente que "La declaración presentada por Johnson & Johnson, S.A puede ser considerada incierta o indeterminada, pero de su literalidad no cabe desprender que la empresa no pueda cumplir con los plazos de entrega consignados en los pliegos".

Este Tribunal considera que la declaración de la empresa no es indeterminada, al contrario, especifica claramente los días en los que no va a realizar entregas, por lo que habrá pedidos que no cumplirá en plazo. Por ello, la Mesa de contratación estimó acertadamente que la oferta condiciona los plazos de entrega exigidos por los pliegos para los pedidos urgentes y que ello supone la vulneración de los pliegos.

En este sentido procede recordar que el artículo 115.2 del TRLCSP dispone que "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. (...)."

En consonancia con ello, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de

cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

Por lo tanto, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades. En consecuencia, al no haberse cumplido de forma estricta con las indicaciones formales sobre la extensión de la documentación a presentar en las plicas, no procede la estimación de la pretensión deducida.

B) En cuanto a si debió solicitarse una aclaración de la oferta presentada antes de acordar la exclusión de la recurrente, indica que el artículo 84 del RGLCAP dispone que “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

A la vista de lo establecido en el RGLCAP, cabe concluir que la posibilidad por parte de los licitadores de subsanar errores en la documentación se refiere exclusivamente a los que se produzcan en la denominada documentación general o administrativa, relacionada en el artículo 146 del TRLCSP, destinada a acreditar las condiciones de capacidad y solvencia de los licitadores.

Así se deduce en concreto del artículo 81 del RGLCAP, según el cual “Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

Tal precepto está referido exclusivamente a la documentación del citado artículo 146 del TRLCSP, puesto que a él debe entenderse hecha en la actualidad la referencia que en el apartado 1 del mismo artículo 81 del RGLCAP se hace al artículo 79.2 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Se trata, por tanto, de una potestad otorgada al órgano de contratación (que generalmente actúa a través de la Mesa de contratación) para requerir la subsanación de los errores u omisiones que se aprecien en la documentación, pero no la que se contenga en los sobres relativos a la oferta técnica o económica propiamente dicha.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, indica que “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, 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. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos”

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009, AntwerpseBouwwerken NV, Asunto T-195/08, siempre con el límite de que por esta vía no se introduzcan modificaciones en las ofertas, considera contrario al principio de buena administración rechazar una oferta ambigua o que presente errores manifiestos sin solicitar antes aclaraciones al licitador, ello siempre que se respete el principio de igualdad de trato y no se modifiquen los términos de la oferta.

Por su parte, el artículo 115.2 del TRLCSP establece que “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás

menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo". En consonancia con ello, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna".

Por todo ello, este Tribunal considera que el artículo 84 está referido a errores en la proposición que no alteren su sentido y es evidente que en este supuesto no se produce un simple error de carácter formal, sino que la aceptación o no de condiciones en el plazo de los suministros urgentes supone una alteración del sentido de la oferta, no siendo una competencia de la Mesa de contratación el interpretar las ofertas realizadas para decidir qué partes de las mismas son correctas.

No cabe duda de que, presentada la oferta, no es posible su modificación, sin que exista obligación del órgano de contratación de solicitar su subsanación, de lo que se deduce que el licitador debe soportar las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de aquélla.

C) Por último, la empresa recurrente alega que el plazo debía considerarse un criterio de valoración, por lo que si la oferta lo superaba debía puntuarse con cero puntos, pero nunca excluirse. No obstante el criterio de valoración contenido en los pliegos es la reducción del plazo de entrega, por lo que la empresa recurrente puede, como de hecho hizo, no ofertar una mejora del tiempo de suministro, pero lo que no puede es imponer condiciones que contravengan el plazo máximo establecido en los pliegos.

En virtud de lo expuesto, al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León,

III ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Johnson & Johnson, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 27 de noviembre por la que se la excluye del acuerdo marco con varios adjudicatarios para el suministro de suturas mecánicas con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Castilla y León.

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

De conformidad con los artículos 49 TRLCSP 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 de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).