



RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA.

RESOLUCIÓN Nº 49/2018, de 5 de diciembre.

Recurso especial en materia de contratación registrado con nº RC 187/2018, interpuesto por la representación de la mercantil PALEX MEDICAL, S.A. (en lo sucesivo PALEX), contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 3 de octubre de 2018 por el que se la excluye de la licitación del Lote 10 del *"Suministro de aparatos y dispositivos de alta tecnología de uso médico-asistencial con destino a centros sanitarios de atención especializada del Servicio Extremeño de Salud"*, expediente nº CS/99/1118045088/18/PA.

Ha sido ponente D.^a Florencia Cuervo Torres, acordándose la resolución por unanimidad, y resultando los siguientes,

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

1.- Registro el 25 de octubre de 2018 del recurso especial en materia de contratación, en los términos referidos en el encabezamiento.

2.- Envío del recurso al órgano de contratación y requerimiento del informe correspondiente y demás documentación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y también según las exigencias del art. 72 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura y de la Comisión Jurídica de Extremadura aprobado por Decreto 99/2009 de 8 de mayo, en su modificación por Decreto 3/2016 de 12 de enero.

Se reitera la petición al órgano de contratación, el día 31 de octubre de 2018.

3.- Del expediente de licitación, remitido por el órgano de contratación el 9 de noviembre de 2018, son de interés los documentos que a continuación se detallan:

- Pliego de prescripciones técnicas (PPT), pliego de cláusulas administrativas particulares (PACP) con su cuadro resumen.

- Resolución de aprobación de expediente de licitación del Director General de Planificación Económica, de 3 de agosto de 2018, por el sistema de procedimiento abierto.

- Publicación de la licitación en el Perfil del Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 21 de agosto de 2018.

- Acta de la Mesa de contratación de 24 de septiembre relativa, entre otras cuestiones, a la apertura de los documentación administrativa, que en relación al lote 10, objeto de este recurso consigna: "*Tras la revisión de la documentación aportada por los licitadores la Mesa concluye lo siguiente:*

(...)Palex presenta un anexo III sin cumplimentar en su parte VI ACREDITACION DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS EXIGIDAS POR EL ORGANO ADJUDICADOR.

Por lo que deberá presentar dicho Anexo III debidamente cumplimentado y firmado electrónicamente.

La Mesa de contratación acuerda conceder a las empresas que no han presentado la documentación correctamente un plazo de subsanación de los defectos encontrados de tres días naturales desde el envío de la notificación realizada desde la Plataforma de Contratación del Sector Público."

- Actas de las Mesas de contratación correspondientes a las sesiones de los días 3, 5 y 10 de octubre de 2018, respectivamente.

En el acta de la sesión del 3 de octubre, la Mesa acuerda la aprobación del acta de la sesión del 24/ 09 más arriba mencionada. Y en lo que concierne al lote 10, consigna:

"A continuación realizadas las comprobaciones de la documentación presentada en la Plataforma de Contratación del Sector Estado sobre la documentación que han presentado las empresas en subsanación de los defectos encontrados en la presentación de los sobres-archivo nº 1 del expediente referenciado cuyo resultado es el siguiente:

PALEX MEDICAL SA

RESULTADO: EXCLUIDA

Motivo: En la parte VI del Anexo III presentado, la empresa declara el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación laboral, si bien manifiesta tener una plantilla de 198 trabajadores y 2 personas con discapacidad, no cumpliéndose con el porcentaje (2%) exigido por la normativa aplicable.

(...)Se procede a dar conocimiento a los miembros de la Mesa de Contratación de unos correos electrónicos que han presentado las empresas PALEX MEDICAL S.A Y PHILIPSS IBERICA S.A.U en relación a su exclusión de los lotes 10 y 2 respectivamente. La Mesa de Contratación estudiados sendos correos se mantiene en su decisión de la sesión anterior de

proponer al órgano de contratación la exclusión de ambas empresas de los lotes mencionados por los motivos entonces expuestos”.

En el acta de la sesión de 10 de octubre, se acuerda elevar al Órgano de contratación la propuesta de adjudicación de los distintos lotes, y entre ellos el del lote 10 relativo al recurso que analizamos, que resulta adjudicado a la empresa CARL ZEISS MEDITEC IBERICA, S.A.U. por importe de 141.570,00 € (IVA incluido).

4.- Informe del órgano de contratación de 9 de noviembre de 2018, sobre el recurso interpuesto por PALEX MEDICAL, S.A., que manifiesta: *“Que el Servicio Extremeño de Salud se reafirma en el argumento y acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación en su sesión celebrada el día 3 de octubre de 2018 (Acta mesa días 3, 5 y 10 de octubre de 2019), en relación con la oferta de la empresa Palex Medical, S.A. que resultó descartada y las razones por las que se ha desestimado su candidatura”.*

5.- Admisión definitiva del recurso especial por acuerdo de la Presidencia de esta Comisión Jurídica de noviembre de 2018.

6.- Adopción de la medida cautelar (MC 14/2018) de suspensión solicitada por el recurrente, por Acuerdo del Pleno de la Comisión Jurídica de Extremadura de 15 de noviembre.

7.- No se han realizado diligencias probatorias y se ha concluido la fase de instrucción del procedimiento con la documentación obrante en el expediente. La ponente eleva propuesta de resolución incluida en el orden del día de la sesión plenaria de 5 diciembre 2018 que se aprueba por unanimidad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero.- El régimen jurídico aplicable tanto al conocimiento del fondo del asunto como al recurso especial es el previsto en la LCSP, toda vez que la licitación se inicia con la publicación el 21 de agosto de 2018, en el Perfil del Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Segundo.- La Comisión Jurídica de Extremadura resulta competente para conocer los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 a) de la disposición adicional primera de la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura, y en el artículo 52.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura y de la Comisión Jurídica de Extremadura aprobado por Decreto 99/2009, en su

modificación por Decreto 3/2016, de 12 de enero, y con lo regulado en el artículo 46.1 de la LCSP.

Tercero.- En lo que concierne al examen de los requisitos de procedibilidad, el recurso especial en materia de contratación se interpone en una licitación de un suministro *de aparatos y dispositivos de alta tecnología de uso médico-asistencial* cuyo valor estimado es de 4.357.000,00 €, por tanto susceptible de recurso especial en materia de contratación según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 44 de la LCSP que establece:

" Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros".

Por otra parte, el acto concreto que se recurre es el acuerdo de la Mesa de contratación de 3 de octubre, de exclusión de la recurrente, contemplado en el apartado b) del citado artículo 44.2 que dispone que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación *"los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149"*.

Cuarto.- En lo que respecta a la legitimación no existe duda de su procedencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, toda vez que la recurrente es una empresa licitadora que resulta excluida de la licitación y queda afectada ante la imposibilidad de continuar en el procedimiento.

La representación de la compareciente también queda acreditada en el procedimiento del recurso.

Finalmente, la interposición del recurso se ha producido en el registro de la Comisión Jurídica de Extremadura, dentro del plazo legal del artículo 50.1.c) de la LCSP.

Quinto.- A la vista de las alegaciones contenidas en el recurso procede determinar si la actuación de la Mesa de contratación resulta ajustada a derecho.

Con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, nos remitimos a lo consignado en las actas de las sesiones de la Mesa de contratación en concreto, la del 29 de septiembre, en la que se realiza el examen de la documentación administrativa, y la correspondiente a la sesión de 3 de octubre, en

la que se adopta la exclusión de PALEX, en los términos transcritos en los antecedentes de hecho.

PALEX solicita en su recurso: *"se anule el acuerdo de exclusión de Palex; se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiendo a Palex continuar en el procedimiento"*

Y justifica tales peticiones en diferentes argumentaciones para concluir su alegato en los siguientes términos: *"entiende esta parte que el error cometido al rellenar la parte IV del Anexo III no es suficiente para acordar la exclusión de nuestra empresa, pues de haber solicitado la mesa una aclaración o incluso la documentación correspondiente que acreditara el cumplimiento del requisito controvertido, se habría podido comprobar fácilmente que PALEX a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas cumplía todos los requisitos exigidos en los pliegos, incluidos los relativos a su capacidad de obrar y en concreto al cumplimiento de la normativa aplicable en materia de fomento de contratación de trabajadores discapacitados"*.

De su extenso recurso, podemos referir los siguientes argumentos en los que pretende hacer valer su petición:

"Sin embargo, la mesa, en una interpretación, a nuestro entender, - y dicho sea con el máximo respeto y en estrictos términos de defensa- excesivamente formalista, consideró que el error de transcripción cometido al rellenar el Anexo III ya no podía ser objeto de subsanación, cuando en realidad no se trata de subsanar la documentación presentada, sino la declaración responsable, que por error daba una información no conforme con la realidad. Y es que en efecto, Palex cumple con las medidas alternativas correspondientes, extremo que se puede demostrar documentalmente con certificados emitidos por las entidades competentes oficiales.

Por tanto, la causa que ha motivado la exclusión de PALEX se refiere a un defecto formal al cumplimentar una declaración responsable, que según el propio pliego sustituye la documentación a incluir en el Sobre-Archivo I a la que se refiere la letra N de la cláusula 4.2 del Pliego que en su página 11 refiere expresamente que "En caso de ser propuesto como adjudicatario se deberá acreditar ante el órgano de contratación la posesión y validez de los documentos exigidos en las letras A, B, D de la cláusula 4.2 a los que la declaración responsable sustituye, siempre referidos a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones. (...) El mismo efecto tendrá en el caso de que se emplee para los requisitos de las letras N (salvo de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas previstas, que habrá de presentarse una copia auténtica de la declaración de excepcionalidad y una declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas) como se puede apreciar en el siguiente extracto".

(...) Reconocido así el error cometido por esta parte al cumplimentar la Parte VI del Anexo III, y que consiste sencillamente en haber seleccionado la opción a) y no la b), cuando lo correcto habría sido seleccionar las dos opciones, debe el Tribunal al que ahora nos dirigimos, determinar si dicho error es de suficiente identidad como para justificar la exclusión de nuestra empresa de la licitación, o si por el contrario se trata de un aspecto subsanable, o más bien debemos decir susceptible de aclaración".

Y cita diversos pronunciamientos del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en apoyo de su petición expresa de: *"que procede la subsanación del defecto padecido, que califica de involuntario y que considera no reviste mayor relevancia en esta fase del procedimiento, siendo en un momento posterior del procedimiento de adjudicación, con ocasión de la apertura del tercer sobre, cuando debiera observarse el mismo."*

Por su parte, el órgano de contratación en el informe al recurso manifiesta que reitera lo advertido en el acta de la sesión de la mesa de 3 de octubre: *"A continuación realizadas las comprobaciones de la documentación presentada en la Plataforma de Contratación del Sector Estado sobre la documentación que han presentado las empresas en subsanación de los defectos encontrados en la presentación de los sobres-archivo nº 1 del expediente referenciado cuyo resultado es el siguiente:*

PALEX MEDICAL SA

RESULTADO: EXCLUIDA

Motivo: En la parte VI del Anexo III presentado, la empresa declara el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación laboral, si bien manifiesta tener una plantilla de 198 trabajadores y 2 personas con discapacidad, no cumpliéndose con el porcentaje (2%) exigido por la normativa aplicable".

Sexto.-Vistas las posiciones de ambas partes, procede el análisis del fondo del recurso centrado en dilucidar si la actuación de la Mesa de contratación al excluir a la PALEX del procedimiento de licitación se debe estimar adecuada en cumplimiento de las exigencias legales y del propio PCAP.

En este punto, como es ya conocido, procede subrayar el valor vinculante de los pliegos, auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, y, particularmente, para las empresas licitadoras.

En lo que respecta a la normativa aplicable, hemos de mencionar el artículo 139 de la LCSP conforme al cual la presentación de las proposiciones por los licitadores implica la aceptación incondicional de los pliegos a los que debe ajustar sus proposiciones; el artículo 140 relativo a la *"Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos"* y el artículo 141 sobre la *"Declaración responsable y otra documentación"*, que en su apartado 2, establece: *"En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.*

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija."

Así también el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, que dispone *"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"*.

Por su parte, el PCAP en el apartado 4.1.N de la cláusula cuarta, relativo a la documentación a incluir en el sobre 1, solicita expresamente:

"N.· Acreditación del cumplimiento del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

En aquellos supuestos en que sea obligatorio que los licitadores deban cumplir con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1 /2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes, deberán aportar una declaración responsable de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma (utilizándose para ello la declaración establecida en el Anexo III de este pliego) o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia auténtica de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medida tal efecto aplicadas." (El destacado es nuestro).

Pues bien, como ya se ha expuesto PALEX, en el momento de presentar su oferta, no cumplimentó el anexo III en los términos consignados en el PCAP, al no aparecer rellena su parte VI sobre *"ACREDITACION DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS EXIGIDAS POR EL ORGANO ADJUDICADOR"*, que entre otras, incluye la relativa a la exigencia del cumplimiento del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; en su caso, el cumplimiento de medidas alternativas; o, finalmente, la circunstancia de no estar obligado a dicho cumplimiento. Posteriormente al ser requerida para su subsanación por la Mesa de contratación, que le concedió el plazo legal de subsanación, aportó el anexo III, consignando en su apartado VI la opción a) referida al cumplimiento de las obligaciones de la mencionada legislación laboral; sin embargo, de los datos que la propia recurrente incorpora a dicho anexo (*tener una plantilla de 198 trabajadores y 2 personas con discapacidad*) resulta, en contra de lo afirmado, el incumplimiento de la citada normativa, pues no se alcanzaría el porcentaje del 2% exigido, lo que motivó su exclusión, como queda perfectamente reflejado en el Acta de la sesión de la Mesa de contratación de 3 de octubre de 2018.

Con ocasión del recurso la recurrente refiere varios argumentos en su defensa, desde alusión a un mero error de transcripción hasta la falta de consignación de otro apartado más al señalado, en solicitud de una subsanación ulterior del error que reconoce haber cometido o inclusive de una aclaración.

En definitiva, PALEX pretende disponer de un nuevo plazo subsanación obviando considerar que efectivamente la Mesa de contratación ya le había concedido el plazo de subsanación legal pertinente, por lo que su petición es en todo punto contraria a Derecho, porque implicaría una subsanación de otra subsanación, con clara infracción del principio de igualdad de trato así como de los preceptos aludidos y de la referida cláusula del PCAP.

En relación con lo expuesto, conviene señalar la doctrina reiterada de órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación, que sobre las causas de exclusión, sostiene que su apreciación debe realizarse con carácter restrictivo facilitando el principio de concurrencia y el principio antiformalista, pero sin que de forma alguna se obvien las exigencias de su aportación en atención a los requerimientos según los plazos legales; valgan como ejemplo de múltiples pronunciamientos en esta línea las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núms. 128/2011 de 27 de enero, 184/2011 de 13 de julio y 288/2014 de 4 de abril.

Por otra parte, y en base a su pertinencia para el presente caso, traemos a colación, el pronunciamiento en un supuesto similar del Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía, en la Resolución 33/2017 de 15 de febrero, que argumenta con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en que se sustenta: *"(...) Si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública -Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina (Recurso 265/2003)-, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP) y provocar inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación."*

En segundo término, referir que tampoco corresponde la petición de aclaración sobre el requisito concernido, puesto que a pesar de todos los razonamientos y argumentaciones que expone, es incuestionable que se ha producido una clara falta de diligencia en la cumplimentación del documento que debió aportar en el momento procedimental correspondiente, tanto en la presentación inicial como en la posterior en plazo de subsanación, por lo que la recurrente debe soportar las consecuencias de su proceder; siendo en todo caso la actuación de la Mesa de contratación acorde a Derecho.

Por todo lo expuesto, la Comisión Jurídica de Extremadura

RESUELVE:

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación registrado con nº RC 187/2018, interpuesto por la representación de la mercantil PALEX MEDICAL, S.A., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 3 de octubre de 2018 por el que se la excluye del lote 10 de la licitación del *"Suministro de aparatos y dispositivos de alta tecnología de uso médico-asistencial con destino a centros sanitarios de atención especializada del Servicio Extremeño de Salud"*, expediente nº CS/99/1118045088/18/PA.

Segundo.- Declarar que no se aprecia 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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación adoptada por el Acuerdo MC 14/2018, de 15 de noviembre.

Cuarto.- Notificar esta resolución a todos los interesados en el procedimiento, significando que es definitiva en la vía administrativa y contra la misma solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia 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.