

COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

RESOLUCIÓN Nº42/2019, de 30 de mayo.

Recurso especial en materia de contratación registrado con el número RC 88/2019, interpuesto por D. Francisco en representación de Laboratorios Indas S.A.U., frente a su exclusión de la licitación de los lotes 1, 2, 3, 4 y 6 del expediente CS/99/1118063279/18/PA, de contratación del suministro de absorbentes de incontinencia urinaria y empapadores para usuarios del Servicio Extremeño de Salud (SES) en centros sanitarios, residencias y centros sociosanitarios.

Ha sido ponente D. José Luis Martín Peyró, con el siguiente resultado:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

1.- Con fecha 30 de abril de 2019 se recibe en esta Comisión Jurídica de Extremadura, al amparo de la normativa de contratos públicos, recurso especial en materia de contratación en los términos anteriormente reseñados, presentado en la oficina de Correos un día antes.

2.- Con la misma fecha de recepción del recurso, se da traslado del mismo al órgano de contratación con solicitud de copia del expediente, informe sobre el recurso, y demás documentación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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, tras la redacción dada por Decreto 3/2016, de 12 de enero, y en el apartado 2 del artículo 56 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).

3.- Es de interés para la resolución del recurso lo siguiente:

- Decisión adoptada por el órgano de contratación el 19 de diciembre de 2018, aprobando el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el pliego de prescripciones técnicas (PPT), el gasto y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación del mismo.

- PCAP y PPT.

- Anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y en el DOUE con fecha 1 de febrero de 2019, siendo objeto

asimismo de publicación la rectificación el primero el 8 de febrero siguiente y del segundo el día 11 del mismo mes, tras dictarse con fecha 4 de febrero de 2019 por la Dirección General de Planificación Económica del SES, resolución de rectificación de errores materiales.

- Acta de la sesión de la Mesa de contratación de fecha 27 de marzo de 2019, que tiene por objeto proceder a la apertura del sobre 1 y documentación administrativa. En dicha sesión la Mesa determina la exclusión de la recurrente porque *"Presenta proposición parcial mediante Huella Electrónica, sin proceder a los trámites establecidos en la Disposición Adicional Decimosexta, letra H de la LCSP 9/2017 para completar su oferta"*.

- Informe del órgano de contratación, fechado el 18 de mayo de 2019, respecto del recurso interpuesto.

4.- Advertida la ausencia de la documentación acreditativa de la representación del compareciente, con fecha 8 de mayo de 2019 se acuerda por la Presidencia de este órgano la admisión provisional del recurso interpuesto, requiriendo subsanación de la citada documentación que es recibida con fecha 13 y 14 de mayo siguientes.

5.- Mediante acuerdo de la Presidencia de fecha 16 de mayo de 2019, se procede a admitir definitivamente el recurso contractual, dando traslado de dicha admisión a las partes interesadas confiriéndoles el oportuno plazo de alegaciones, no habiéndose presentado alegación alguna.

6.- El 16 de mayo de 2019, el Pleno de la Comisión Jurídica de Extremadura acuerda la suspensión de los procedimientos de licitación (Acuerdo MC 16/2019) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LCSP, de forma que será la resolución de este recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

7.- No habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias probatorias, se concluyó la fase de instrucción del procedimiento con la documentación obrante en el expediente, elevándose propuesta de resolución que incluida en el orden del día de la sesión plenaria reflejada en el encabezamiento, es aprobada por unanimidad de los miembros presentes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero.- El recurso se interpone, como ya señalábamos, frente a la exclusión de la licitación de los lotes 1, 2, 3, 4 y 6 de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es de 15 258 688,27 €.

En este sentido el artículo 44 de la LCSP, en su apartado 2.b) establece entre las actuaciones que podrán ser objeto de recurso, *"Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el*

procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en 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”.

Previamente el apartado 1 de este artículo 44 señala que: *“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”.

En consecuencia, el recurso interpuesto tiene la consideración de recurso especial en materia de contratación de conformidad con el citado artículo 44 de la LCSP, tanto por razón de la materia como por el valor estimado del contrato.

El recurso se presenta dentro del plazo de 15 días hábiles que prescribe el artículo 50.1 de la LCSP, y por quien ostenta la debida representación.

Segundo.- La competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación corresponde a la Comisión Jurídica de Extremadura, a tenor de 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 desarrollo de la misma, por 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, de 8 de mayo.

Tercero.- En cuanto a la legitimación activa para la interposición del recurso, la misma es evidente al haberse visto privada de su participación en la licitación y le viene conferida por aplicación del artículo 48 de la LCSP que establece *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.*

Cuarto.- Analizadas las cuestiones formales relativas a la admisibilidad del recurso y entrando en el fondo del asunto, Laboratorios Indas S.A.U., en síntesis, considera que fue indebidamente excluida de la licitación, habida cuenta de que antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones presentó su oferta a través de la PLACSP, aportando capturas de pantalla que así lo acreditarían, y ello sin perjuicio de que *<<en principio debido a un fallo técnico de conexión por exceso de tamaño de los documentos presentados, y a pesar de la evidencia en la propia plataforma sobre su correcta presentación, la oferta generó una "Huella Digital" que, a juicio del órgano de contratación, no debe ser considerada como una presentación válida>>.*

Argumenta asimismo en apoyo de su pretensión el hecho de que no existe obligación de completar la oferta tras la presentación de la "huella digital" al no haber sido establecido así por el órgano de contratación en los pliegos que rigen la licitación, pese a que la disposición adicional decimosexta de la LCSP lo permitía. Por lo que no existiendo en el presente caso un sistema de presentación de ofertas que se divida en dos fases: una primera fase en la que se presente la huella electrónica, seguida de una segunda fase en que se complete la oferta propiamente dicha en un plazo de 24 horas, la realización de la primera da lugar a la presentación de la oferta dentro de plazo, no pudiendo favorecer la oscuridad generada a quien la originó, es decir al órgano de contratación.

Al margen de lo anterior manifiesta que, para el caso de que la Comisión Jurídica *"interpretase que la oferta sí debiera haber sido presentada en dos fases, por ser de obligatoria aplicación lo dispuesto en el apartado H de la Disposición Adicional decimosexta LCSP (quod non), esta parte solicita subsidiariamente que se acuerde permitir subsanar dicha deficiencia en la oferta de mi mandante y presentar la segunda oferta"*, ya que se trataría de un error meramente formal perfectamente subsanable *"puesto que la oferta se presentó correctamente dentro del plazo establecido por el órgano de contratación para ello. Únicamente hubiera faltado un requisito formal adicional (cuya aplicabilidad a este supuesto aquí se niega): la segunda presentación de la oferta en un plazo de 24 horas" y "que además en modo alguno modificaría la oferta inicialmente presentada"*.

Tras aportar en apoyo de sus pretensiones resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y diversa jurisprudencia, concluye solicitando:

- "(i) Se anule la Comunicación de exclusión.*
- (ii) Tenga por correctamente presentada la oferta de Laboratorios Indas, S.A.U., y acuerde su participación en la licitación de referencia.*
- (iii) Subsidiariamente, que permita a Laboratorios Indas, S.A.U. subsanar el mero defecto formal en la presentación de la oferta, mediante una nueva remisión de la oferta ya presentada en el plazo que se acuerde"*.

Por su parte el órgano de contratación de forma resumida, tras señalar el contenido del PCAP en los apartados relativos a la forma de presentación de las proposiciones, entiende perfectamente aplicable la LCSP en todo aquello no dispuesto en aquel, por lo que habiendo quedado constatado que la recurrente únicamente acreditaría la denominada huella electrónica, sin dar cumplimiento a la exigencia prevista en la disposición adicional decimosexta de la citada LCSP y sin tener en cuenta las indicaciones que a este respecto se establecen en la *"Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas"* que la PLACSP pone a disposición de los licitadores, y al haber quedado demostrada la no presentación de la oferta dentro del plazo, considera justificada la exclusión de la recurrente al entender que no se llevó a cabo, en el plazo máximo de 24 horas previsto en la citada normativa, la remisión de la oferta propiamente dicha al órgano de contratación.

Quinto.- Así las cosas, procede determinar si la decisión de inadmisión de la oferta de la recurrente acordada por la Mesa de contratación fue ajustada a Derecho, para lo cual hay que comenzar indicando, que el artículo 139.1 de la LCSP establece 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 (...)"*.

En relación a lo anterior hay que señalar la obligación de presentación de las proposiciones a través de la PLACSP prevista en el PCAP que rige la licitación, que consigna en su cláusula 4 que *"De conformidad con las disposiciones adicionales decimoquinta, decimosexta y decimoséptima de la LCSP 9/17, se establece como obligatorio la presentación de las ofertas exclusivamente por medios electrónicos, de documentos y, las comunicaciones y notificaciones entre licitador y órgano de contratación a través del módulo de licitación electrónica de la Plataforma de Contratación del Sector Público."*

Para poder licitar electrónicamente el licitador deberá registrarse previamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público y posteriormente, una vez agregada la licitación al apartado de sus licitaciones podrá descargarse la herramienta de preparación y presentación de ofertas.

Ante cualquier duda que el licitador pueda tener, respecto a los requerimientos técnicos que debe reunir su equipo informático para participar en el procedimiento de contratación, la forma de acceder a la asistencia de soporte técnico adecuado, formatos de archivo, características de las certificaciones digitales que puede emplear o, cualquiera otra cuestión o incidencia que le pueda surgir en la preparación y presentación de ofertas telemáticas, puede obtener información en: <https://contrataciondelestado.es>, en el apartado "Información", o ponerse en contacto con el servicio de asistencia a los licitadores de la Plataforma de Contratación del Sector Público, con la debida antelación a través del correo: licitacionE@minhafp.es."

Al mismo tiempo, el propio apartado 1 de la citada cláusula 4 establece que *"Las proposiciones, junto con la documentación preceptiva se presentarán de forma electrónica, a través de la PLACSP, dentro del plazo fijado en el anuncio de licitación"*.

Tampoco hay que olvidar, que la cláusula 2 del PCAP viene a indicar que *"Para todo lo no previsto en él se aplicarán los preceptos contenidos en la LCSP 9/17, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP (en adelante RPLCSP); y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública (en adelante RGLCAP), en cuanto no se oponga a lo establecido en la LCSP 9/17. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo y en su defecto, las normas de derecho privado"*.

Por último se quiere hacer constar, como también señala el órgano de contratación, que el apartado 4.7 de la *Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas*, la cual se encuentra a disposición de los

licitadores en la propia PLACSP, especifica claramente que *"En ocasiones pueden surgir problemas durante el envío de la oferta de modo que no llegue a completarse dicho envío, por ejemplo, porque la velocidad de subida de su canal de transmisión no sea suficiente para remitir un volumen determinado de documentos. Si esto sucede se obtiene un justificante de presentación de la huella electrónica (figura 89) o resumen correspondiente a la oferta y se dispondrá de un plazo de 24 horas para remitir la oferta completa al órgano de asistencia.*

(...)

Aunque se haya alcanzado la fecha de fin del plazo de presentación de ofertas para la licitación aún es posible completar el envío de la oferta siempre que nos encontremos dentro del plazo de 24 horas desde que se remitió la huella electrónica.

Transcurrido el plazo de 24 horas desde que se presentó la huella sin que se haya remitido la oferta completa, o en el caso de que se realice una nueva oferta (si esto es posible), se considerará que la oferta correspondiente a la huella electrónica anterior ha sido retirada".

Dado que la presentación de la oferta por parte de la recurrente dio lugar a que se "emitiera" la denomina según ella "huella digital", que dicho sea de paso no aporta junto con el recurso, y debiendo por tanto entenderse que se trata de la huella electrónica, también lo es que la disposición adicional decimosexta de la LCSP, perfectamente aplicable al presente caso, establece la obligación de que se proceda a continuación a la remisión de la oferta en el plazo de 24 horas, señalándose textualmente en el apartado h de la citada disposición que *"En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada.* Cuestión ésta también contemplada en la guía de servicios citada en el párrafo anterior,

Se entiende por huella electrónica de la oferta el conjunto de datos cuyo proceso de generación garantiza que se relacionan de manera inequívoca con el contenido de la oferta propiamente dicha, y que permiten detectar posibles alteraciones del contenido de esta garantizando su integridad. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, deberán cumplir con lo establecido a tal efecto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, surtiendo los efectos establecidos en la misma".

No habiéndose procedido por tanto a la remisión de la oferta en el plazo de 24 horas, no puede separarse el órgano de contratación de las condiciones por él definidas en la redacción de los pliegos y en la normativa que le fuera de aplicación respecto a cualquiera de los licitadores, por cuanto ello implicaría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los mismos, tal y como ya señaló el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), que afirma en su apartado 78 que *"Por otro lado, si la EUIPO*

(entidad contratante) no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)".

Como indicó el TACRC en su Resolución nº 560/2018, de 8 de junio, "Es evidente que el principio de igualdad y no discriminación impone el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores, de modo que, por principio, una oferta presentada fuera de plazo ha de ser inadmitida por la Administración, a menos que el interesado acredite de forma indubitada que la extemporaneidad de la presentación respondió a causas que no le son en modo alguno imputables a él, sino a la propia Administración que redactó los pliegos. El PCAP aplicable a la licitación del Acuerdo Marco al que se refiere este recurso impone la presentación de las proposiciones en forma electrónica y a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, por lo que incumbe a la Administración garantizar que dicha herramienta permitía, sin problemas técnicos de ningún tipo, la presentación de proposiciones a lo largo de todo el plazo fijado al efecto, desde el primer al último día de dicho plazo".

Dicho esto, ha quedado puesto de manifiesto que por el órgano de contratación en los pliegos se estableció, tanto la obligación del licitador de que la proposición junto con la documentación preceptiva se presentará de forma electrónica, como la necesidad de llevar a cabo una serie de trámites para poder presentar la oferta a través de la PLACSP.

Hay que tener en cuenta además, que la presentación por medios electrónicos requiere adaptarse a ese medio, contar con medios personales y materiales apropiados, y efectuar las actuaciones necesarias con el tiempo necesario y suficiente para ello, con el fin de su correcta realización y en previsión de la necesidad de hacer uso, en caso necesario y con la suficiente antelación, del servicio de asistencia técnica puesto a disposición de los licitadores.

Por consiguiente, no puede prosperar la pretensión de la licitadora de considerar que su oferta fue presentada dentro del plazo, ya que ha quedado evidenciado que no se produjo la remisión de la oferta en las 24 horas siguientes.

Restaría por analizar la pretensión de la recurrente de que le sea permitida la subsanación de la documentación mediante la posibilidad de presentar ahora la citada oferta, debiendo desestimarse esta pretensión subsidiaria de la recurrente ya que, en caso de acceder a lo solicitado y permitir ahora la presentación de la oferta, se estarían conculcando los citados principios de igualdad y no discriminación que,

como hemos expuesto haciéndonos eco de lo dicho por el TACRC *"imponen el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores"*, ya que sería lo mismo que conceder dos plazos diferentes, uno para la Laboratorios Indas S.A.U. y otro conforme al PCAP, sin que pueda justificarse tal diferencia de trato sobre la base de causas ajenas principalmente a la propia conducta de quien ahora reclama.

Por todo lo anterior esta Comisión Jurídica de Extremadura, actuando como órgano encargado de resolver los recursos especiales en materia de contratación,

RESUELVE:

Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Laboratorios Indas S.A.U., frente a su exclusión de la licitación de los lotes 1, 2, 3, 4 y 6 del expediente CS/99/1118063279/18/PA, de contratación del suministro de absorbentes de incontinencia urinaria y empapadores para usuarios del Servicio Extremeño de Salud (SES) en centros sanitarios, residencias y centros sociosanitarios.

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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada por el Pleno de la Comisión Jurídica de Extremadura en sesión celebrada el 16 de mayo de 2019 (MC 16/2019).

Cuarto.- Notificar esta resolución a todos los interesados en el procedimiento, significando que es definitiva en 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.