Recurso nº 1449/2019 C.A. Illes Balears 106/2019
Resolución nº 63/2020

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 16 de enero de 2020

VISTO el recurso interpuesto por Dña. M. y D. C. V. C., en condición de representantes de la mercantil PROTESIS HOSPITALARIAS S.A. (PROHOSA o "la recurrente") en lo sucesivo contra el acuerdo de la Conselleria Salut i Consum de la Comunidad Autónoma de Illes Balears de 23 de octubre de 2019, que excluye a la mercantil del lote 16 del "*contrato SSCC CA 114/19 (KCASU 2019/22993) para la adquisición de endograpadoras y grapadoras quirúrgicas, trocares de laparoscopia, aplicadores de clips vasculares y otro material fungible asociado para los centros dependientes del Servei de Salut*", en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En 14 de marzo de 2019 se publicó en DOUE anuncio de la licitación que nos ocupa. El lote 16 tiene por objeto el suministro de trocares laparoscópicos (sublotes 16.1 a 16.5), y cánulas laparoscópicas (sublotes 16.6 y 16.7).

El valor estimado del contrato es de 16.828.034,74 €. Los criterios de adjudicación son evaluables mediante fórmula, con una ponderación del 55%, y subjetivos, evaluables mediante juicio de valor, con ponderación del 45%.

En cuanto a la forma de presentación de las ofertas se detalla que se exigen «muestras». En la página 52 del PCAP se establece expresamente que:«*"Los licitadores deberán enviar una muestra de cada uno de los lotes y sublotes ofertados. En el supuesto de que las empresas licitadoras no presenten las muestras solicitadas, la oferta presentada no podrá*

ser valorada y, por tanto, se propondrá la exclusión al no poderse comprobar el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el anexo A».

El plazo para la presentación de ofertas finalizaba, según el anuncio, el 16 de abril de 2019.

Segundo. Seguido el procedimiento para la adjudicación, la recurrente presenta su oferta a los lotes 16, 19, 20, 21 y 22.

En fecha 6 de agosto de 2019 se celebra sesión de la mesa de contratación para la apertura de sobres y comprobación de las muestras, constatándose que la presentación para el lote 16 es incompleta, pues no se presentan para el lote 16.1, proponiéndose la exclusión.

Ello da lugar, en fecha 23 de octubre de 2019 al «acuerdo de la mesa» de exclusión de PROHOSA S.A. de la licitación del lote 16. Este acuerdo fue notificado a la interesada en 24 de octubre de 2019.

Tercero. En fecha 14 de noviembre de 2019 PROHOSA presenta recurso ante el órgano de contratación, que tiene entrada en este Tribunal en el día siguiente, solicitando la anulación de la resolución impugnada, alegando que presentó todas las muestras, y que en un procedimiento diferente del mismo órgano de contratación, con nº expediente SSCC PA78/19 KCASU 22898/2019, se admitio a la empresa MEDCOR que no había presentado la totalidad de las muestras (se pedían 3 unidades, y había presentado 1 unidad). Alega, en consecuencia, un trato discriminatorio.

Se acompaña una «relación de muestras que se presentan», firmada por la parte en fecha 12 de julio de 2019.

Cuarto. El órgano de contratación remite informe solicitando la desestimación del recurso, por haber excluido correctamente a la recurrente, de conformidad con lo previsto en el PCAP.

Quinto. En 22 de noviembre de 2019 se da traslado a los competidores de la presentación del recurso para la presentación de alegaciones sin que, al momento presente, conste tal presentación.

Sexto. No se han adoptado medidas cautelares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo establecido en el art. 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en lo sucesivo). Igualmente, la competencia deriva de lo dispuesto en el Convenio suscrito 10 de diciembre de 2012, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Islas Baleares (BOE 19 diciembre de 2012).

Segundo. Es objeto del presente recurso el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 23 de octubre de 2019, que excluye a la recurrente de la licitación del lote 16 del contrato SSCC CA 114/19 (KCASU 2019/22993), suministro de endograpadoras quirúrgicas, trocares de laparoscopia, aplicadores de clips vasculares y otro material fungible asociado para los centros dependientes del Servei de Salut. Resulta necesario, para abordar la impugnabilidad del acuerdo, la remisión al art. 44.2 LCSP, que establece que: «*2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:*

(…)

b) 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».

Es así que, aún cuando el acto no emana del órgano de contratación, sino de la mesa, se admite expresamente la recurribilidad del mismo.

Tercero. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el art.50 LCSP dispone: «*El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: (…) c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».*

Así las cosas, notificado el acuerdo al recurrente en fecha 24 de octubre de 2019, e interpuesto el 14 de noviembre de 2019, el mismo se ha presentado dentro del plazo previsto.

Cuarto. En cuanto a la impugnabilidad del acuerdo de exclusión, la misma se reconoce expresamente por el art. 44.2 LCSP, así que no procede mayor análisis.

Quinto. Superados los óbices anteriores, la cuestión que se plantea en el presente caso es si resulta conforme a Derecho un acto de la mesa que excluye a un licitador por no haber presentado las muestras requeridas. Anticipamos el criterio de este Tribunal de que así es.

En primer lugar, el Tribunal no puede tener por cierto que aunque en la relación de muestras que se dicen enviadas figurase la correspondiente al sublote 16.1, ésta se remtiera efectivamente al órgano de contratación. Sobre esta cuestión, ante la falta de una prueba consistente, debemos tener por cierta la manifestación del órgano de contratación de que no se remitió dicha muestra.

Esta omisión determina, conforme al apartado del PCAP transcrito en los antecedentes de hecho de esta Resolución, que proceda la exclusión del licitador. Como hemos manifestado en numerosas resoluciones, los pliegos que rigen la contratación son "*lex contractus",* por lo que hay que estar a lo que determinan sus cláusulas (salvo que incurran en un supuesto de nulidad de pleno derecho, que no es el caso).

El artículo 139 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, 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».

El hecho de que la infracción no sea subsanable abona la conformidad a Derecho del acuerdo impugnado. Antes al contrario, si se hubiera permitido su subsanación y, como pretende el recurrente, valorado su oferta, se habría producido, en efecto, una quiebra al principio de igualdad de trato.

En segundo lugar, no podemos atender a la presunta discriminación alegada por la recurrente. Es así que el «término de comparación» que se ofrece es el de otra licitadora que presentó sólo 1 y no 3 de las muestras requeridas, y, pese a ello, fue admitida a la licitación. Sin prejuzgar la conformidad a Derecho del actuar del órgano de contratación en tal caso, hemos de señalar que el supuesto no es igual y, por tanto, no puede invocarse una vulneración del principio de igualdad. En el caso que nos ocupa, la licitadora no presentó muestra alguna para el sublote 16.1. Ello, amén de una infracción a la ley del contrato, tal y como se plasma en el PCAP y se extracta en el anuncio, en los términos reproducidos, priva completamente al órgano de contratación de la posibilidad de valorar la oferta, máxime cuando, como es el caso, concurren criterios subjetivos.

Por otra parte, aún admitiendo que el proceder fuera diverso en el caso que nos ocupa y el traído a colación, la diferencia puede quedar amparada tanto en la posibilidad de valoración de la oferta mencionada en aquél, como en la discrecionalidad del órgano de asistencia.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar recurso interpuesto por Dña. M. y D. C. V. C., en condición de representantes de la mercantil PROTESIS HOSPITALARIAS S.A. contra el acuerdo de la

Conselleria Salut i Consum de la Comunidad Autónoma de Illes Balears de 23 de octubre de 2019, que excluye a la mercantil del lote 16 del "*contrato SSCC CA 114/19 (KCASU 2019/22993) para la adquisición de endograpadoras y grapadoras quirúrgicas, trocares de laparoscopia, aplicadores de clips vasculares y otro material fungible asociado para los centros dependientes del Servei de Salut*".

Segundo. No hacer apreciación de mala fe o temeridad, a efectos de la imposición de sanción alguna, de conformidad con el art. 58 LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en el plazo 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.