



Recurso nº 1089/2022 C.A. Región de Murcia 118/2022

Resolución nº 1106/2022

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 21 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. E. P. M., en representación de NOVOHERMALEV, S.L., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para contratar el *“Suministro de tests antigénicos con toma de muestra nasal para la detección de SARS-COVID 2”*, expediente CS/9999/1101042123/22/PNSP; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Gerencia del Servicio Murciano de Salud ha tramitado el procedimiento para la contratación del *“Suministro de tests antigénicos con toma de muestra nasal para la detección de SARS-COVID 2”*, expediente CS/9999/1101042123/22/PNSP, mediante procedimiento negociado sin publicidad.

Segundo. El escrito de recurso se presentó el día 29 de julio de 2022 ante el órgano de contratación. La recurrente impugna en su recurso la resolución de adjudicación del contrato, en la cual se acuerda igualmente su exclusión de la licitación, por motivo de *“incluir su oferta económica dentro del apartado habilitado para introducir la oferta técnica”*.

La recurrente admite expresamente haber cometido dicho error, al haber sido introducida la oferta económica en el apartado reservado a la oferta técnica. No obstante, entiende la recurrente que la Mesa de contratación tenía la obligación pedir aclaración al licitador. Pues se trataría de un *“error vencible, que es fácilmente aclarable y subsanable y que no cambia en absoluto la oferta realizada por el licitador ni cerciora ninguno de los derechos del resto de licitadores”*.



Alude al artículo 141.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), que permite la subsanación de los defectos subsanables. Igualmente, alude al artículo 176 de la LCSP, que prevé que *“la mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria”*. Y afirma que no nos encontramos en ninguno de los supuestos previstos para rechazar una oferta en el artículo 84 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 (en adelante, RGLCAP).

Alude igualmente al principio antiformalista y hace comparación con las comunicaciones electrónicas en el ámbito judicial.

Por ello, solicita la estimación del recurso y la anulación de su exclusión, retrotrayéndose las actuaciones y valorándose su oferta.

Tercero. El órgano de contratación emitió informe con fecha de 11 de agosto de 2022.

En dicho informe se opone a las alegaciones de la recurrente, alegando en primer lugar la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo. Explica que el plazo de interposición del recurso especial no es el general de quince días hábiles del artículo 50.1 d) LCSP, sino el del artículo 58.1 a) del Real Decreto-ley 36/2020, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, al tratarse de un contrato financiado con dichos fondos europeos (tal y como se indica en el punto 21.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares –en adelante, PCAP-). Si bien reconoce que se indicó erróneamente el de quince días hábiles del artículo 50.1 d) de la LCSP en la resolución de adjudicación. No obstante, lo cual, defiende la inadmisión del recurso, al haberse superado ese plazo de diez días naturales desde la publicación de la resolución el día 18 de julio de 2022 al día 29 de julio de 2022 en el que se interpuso el recurso.

Por lo que se refiere al fondo del asunto, el órgano de contratación alude a lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP, relativo a que la presentación de las ofertas supone la



aceptación incondicionada por parte de los licitadores del contenido de los pliegos. Relacionándolo en este caso con la cláusula 10 del PCAP que establecía el contenido de cada uno de los sobres.

A continuación, se refiere el órgano de contratación a la doctrina de este Tribunal recaída en supuestos similares. De la que se desprende la inadmisión de las ofertas que hayan introducido erróneamente en el sobre relativo a los criterios dependientes de juicio de valor la información correspondiente a los criterios sujetos a valoración automática.

Lo que supone, según el órgano de contratación:

“(...) que el personal técnico encargado de realizar su valoración dispusiera de una información previa que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la LCSP y ello supondría también la infracción del principio de secreto de las proposiciones”.

Expone igualmente el órgano de contratación que no procedía realizar ninguna aclaración pues no se trataba propiamente de aclarar ninguna información contenida en la oferta, ni se trataba de un defecto subsanable.

Por todo ello, el órgano de contratación solicita la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso.

Cuarto. En fecha 5 de agosto de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 8 de agosto de 2022 se presentan alegaciones por la entidad ABBOTT RAPID DIAGNOSTICS HEALTHCARE, S.L.

Alega dicha empresa en primer lugar la falta de legitimación activa de la recurrente. Por cuanto que cuando el acuerdo de exclusión de un licitador es firme en vía administrativa el licitador en cuestión ya no dispone de legitimación activa para cuestionar la adecuación a



derecho de la decisión que adjudique el contrato. Expone que la recurrente fue excluida de la licitación por el Acta de la Mesa de apertura del “Sobre C” de 17 de mayo de 2022. Y que no interpuso ningún recurso contra dicha acta, por lo que su exclusión devino firme en vía administrativa, es decir, definitiva, perdiendo así toda legitimación activa para impugnar el acto de adjudicación. Por ello solicita la inadmisión del recurso.

En segundo lugar, defiende que la inclusión de la oferta económica dentro de la oferta técnica es motivo de exclusión automática, por vulnerar la independencia e imparcialidad de la Mesa que debía valorarla, infringiendo el principio de igualdad entre licitadores. Cita igualmente el artículo 139 de la LCSP, por el que la presentación de la oferta supone la aceptación incondicionada de los pliegos. Y cita la cláusula 10 del PCAP que indica el contenido de cada uno de los sobres.

Alude también al artículo 157.2 de la LCSP, que establece la separación en sobres distintos de los criterios automáticos y de los criterios de juicio de valor. Y cita jurisprudencia y doctrina de este Tribunal respecto de las consecuencias de incluir información sobre la oferta económica en el sobre destinado a los criterios dependientes de juicio de valor.

Por ello, solicita subsidiariamente la desestimación del recurso.

Quinto. Por Acuerdo de la Sección 1ª del Tribunal, de fecha 12 de agosto de 2022, se declara que *prima facie* no se aprecia causa de inadmisibilidad del recurso, sin perjuicio de lo que se acuerde en la resolución de éste y se mantiene la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

Asimismo, este recurso se ha tramitado en este Tribunal con carácter urgente y con preferencia absoluta, por venir así impuesto por el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020 tras la reforma operada por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia, acto recurrible.

El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

De acuerdo con el artículo 44.2 c) de la LCSP, los acuerdos de adjudicación son susceptibles de recurso especial, así como los de *“admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas”*, según el artículo 44.2 b) de la LCSP. Se trata, además, de un contrato de suministros cuyo valor estimado supera los 100.000,00 euros, comprendidos en el artículo 44.1 a) de la LCSP.

Segundo. Legitimación.

En cuanto a la alegación de falta de legitimación activa que efectúa la empresa adjudicataria, hay que señalar que no consta que al licitador afectado se le notificase su exclusión hasta el momento en que se le notificó la resolución de adjudicación del contrato. Motivo por el cual debe admitirse su legitimación, si bien el recurso no se dirige propiamente contra la adjudicación del contrato sino contra la exclusión del procedimiento de la recurrente, adoptada formalmente en la resolución de adjudicación, por lo que ha de entenderse legitimado para recurrir tal acto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, en cuanto afecta a sus derechos e intereses legítimos.

Tercero. Plazo.

Como señala el órgano de contratación, el plazo legalmente correcto para la interposición del recurso era el de diez días naturales del artículo 58.1 a) del Real Decreto-ley 36/2020, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, al tratarse de un recurso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato financiado con



dichos fondos europeos (tal y como se indica en el punto 21.2 del PCAP). La notificación tuvo lugar el día 18 de julio de 2022 y el recurso se presentó el día 29 de julio de 2022, por lo que se presentó fuera del plazo legal de diez días naturales. Ahora bien, la notificación del acto señalaba erróneamente como plazo de recurso el de 15 días hábiles. En dicho contexto, debemos traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal en casos similares de indicación incorrecta respecto del recurso procedente. Así, en la Resolución nº 66/2020, acudiendo a la Resolución nº 229/2014, dijimos:

“Dicho lo anterior, es de notar que las fechas que quedaron apuntadas en el anterior fundamento jurídico segundo son pacíficas al coincidir en ellas todas las partes, que no muestran discrepancia sobre el particular, de tal modo que el recurso especial ante el TACRC se presentó de forma extemporánea. Cuestión distinta es qué efectos ha de tener la errónea indicación del recurso que fue observada por la parte actora, y a este respecto podemos anticipar que el seguimiento de dicha instrucción errónea no puede perjudicar a la interesada, por lo que la inadmisión del recurso decidida por el TACRC no resulta conforme a Derecho. La parte interesada no está obligada a respetar el pie de recurso que se le ofrece en la notificación de la resolución de que se trate. Si no lo hace será responsable de su actuación, pero si cumple con lo indicado en la notificación no puede verse perjudicada en sus intereses, y ello cuente o no con asistencia letrada, según la doctrina legal que hemos reseñado más arriba y damos por reproducida en aras a la brevedad y para evitar inútiles repeticiones”. (el subrayado es nuestro)

En apoyo de esta solución cabe citar igualmente la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la Sentencia 112/2019, de 3 de octubre, sobre las notificaciones incompletas o defectuosas en lo que al pie de recurso se refiere. Así, el alto Tribunal tiene declarado que la Administración tiene la obligación de notificar de forma adecuada, de manera tal que, si incumple con esta obligación o la cumple de manera incorrecta, no puede resultar beneficiaria de dicho defecto.

Por lo tanto, a pesar de haberse interpuesto el recurso fuera del plazo legalmente aplicable, el recurso debe ser admitido.



Cuarto. En cuanto al fondo del asunto, el presente recurso no presenta ninguna duda: la exclusión de la oferta de la recurrente fue plenamente conforme a Derecho. Era además la única solución posible, al haber sido introducida la oferta económica en el sobre relativo a los criterios dependientes de juicio de valor.

En este sentido podemos mencionar la Resolución de este Tribunal nº 1112/2019, de 7 de octubre:

“Al respecto, en nuestra Resolución nº 691/2017, con cita de la Resolución 890/2014, de 5 de diciembre, resumimos nuestra doctrina. Así, y como entonces señalábamos, hemos de partir de que el suministro de información por parte de un contratista en la licitación, sea ya por su inclusión en un sobre improcedente, sea ya por la evacuación de cualquier otro trámite del procedimiento, que anticipe el conocimiento de la información incluida bien en el sobre correspondiente a la oferta relativa a los criterios dependientes de un juicio de valor, bien al que contiene dicha oferta, en lo atinente a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula, vulnera expresamente los preceptos del TRLCSP y los principios que rigen la contratación administrativa (...)”.

Igualmente, en la Resolución nº 196/2021, de 26 de febrero dijimos:

«Así, al haber incluido la licitadora en el sobre 2 (relativo a la criterios cuantificables mediante juicio de valor) información relativa a las mejoras en la prestación del servicio (que debería constar en el sobre 3) su admisión incurriría en una infracción del artículo 139 de la LCSP en un doble sentido: en primer lugar, al no respetar la forma de presentación de las proposiciones que exige el pliego en las cláusulas 9, 10,12 y en los anexos, y, en segundo lugar, al anticipar información a la mesa de contratación y vulnerar el principio del secreto de las proposiciones hasta su apertura. En este sentido, nuestra Resolución 771/2016, de 30 de septiembre, es suficientemente ilustrativa al indicar: “Pues bien, este Tribunal ha abordado en diversas ocasiones la problemática objeto de este recurso. Así, en la Resolución 417/2016, de 15 de julio, ha afirmado que “Sexto. A.-Como es sabido, este Tribunal ha venido declarando que la inclusión de información sobre la oferta económica o



sobre los criterios de adjudicación evaluables de manera automática o mediante fórmulas en los sobres destinados a recoger la documentación administrativa o los criterios dependientes de un juicio de valor puede constituir causa de exclusión del licitador que así actúa (cfr.: Resoluciones 67/2012, 62/2013, 688/2014, 890/2014, 661/2015 y 8/2016 entre otras). Ello es así porque, con tal proceder, se infringe el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública (cfr.: artículos 145.2 y 160 TRLCSP) y hace imposible la aplicación de la regla fundamental en nuestro Ordenamiento (...) que impone que la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor se haga antes que la de los objetivos, a fin de salvaguardar la imparcialidad de aquella tarea. Precisamente por ser ésta la razón de ser de tan drástica medida, ésta no puede acordarse de manera automática, prescindiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 –Rj SAN 5035/2012-), y, así, hemos venido negando su pertinencia en los casos en los que no se haya comprometido la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos por ser la información suministrada a destiempo intrascendente (cfr.: Resolución 89/2015), además de en los supuestos – obvios– en los que los interesados se han limitado a cumplir lo exigido en los Pliegos (cfr.: Resolución 1108/2015) o éstos, por su ambigüedad, han propiciado la indebida revelación de la oferta (cfr.: Resolución 254/2012)”.»(el subrayado es nuestro)

En este caso, el error no obedece a la ambigüedad de los pliegos ni a lo indicado en ellos, que eran claros al establecer el contenido de cada sobre en la cláusula 10 del PCAP. Tampoco es intrascendente la información desvelada de forma equivocada en el sobre de los juicios de valor, pues supuso desvelar la oferta económica que debía introducirse en el “Sobre C”.

Por lo expuesto, este Tribunal debe desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. E. P. M., en representación de NOVOHERMALEV, S.L., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para contratar el *“Suministro de tests antigénicos con toma de muestra nasal para la detección de SARS-COVID 2”*, expediente CS/9999/1101042123/22/PNSP.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 multa prevista en el artículo 58 de la 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 la Región de Murcia, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.