

Recurso 133/2020

Resolución 369/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 6 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ESFOREM FORMACIÓN EMERGENCIAS, S.L.U.** contra la resolución, de 19 de mayo de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de 339 desfibriladores semiautomáticos externos y equipos asociados para los Municipios y ELAS de la provincia de Sevilla, dentro de los Programas Municipales Específicos de dotación de desfibriladores en instalaciones deportivas y culturales, perteneciente al Plan Provincial de Inversiones Financieramente Sostenibles 2019 en el marco del PLAN SUPERA VII” (Expte. 2019/001058-PCA), tramitado por la Diputación Provincial de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de enero de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. El mencionado anuncio fue publicado el día 14 de enero de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europa n.º 2020/S 009-015762.



El valor estimado del contrato asciende a 420.247,93 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por 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 por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 8 de junio de 2020, la entidad ESFOREM FORMACIÓN EMERGENCIAS, S.L.U. (en adelante ESFOREM) presentó en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de 19 de mayo de 2020 por la que el órgano de contratación adjudica el contrato a la entidad ANEK-S3, S.L. (en adelante ANEK), y excluye, entre otras, la oferta de la ahora recurrente.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 9 de junio de 2020, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso, y se le solicitó el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida se recibió en el Registro de este Tribunal el 24 de junio de 2020, salvo el listado de licitadores que se remitió el 24 de julio de 2020

QUINTO. Con fecha 25 de agosto de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, sin que conste que se haya presentado ninguna en el plazo conferido.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por la Diputación Provincial de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución de los recursos especiales interpuestos, del convenio, a tales efectos, formalizado el 26 de septiembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Sevilla, al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente ESFOREM para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

Al respecto, procede indicar que aun cuando el recurso se dirige sustantivamente contra la exclusión de la oferta de la recurrente, pues únicamente combate dicha circunstancia, el acto formalmente impugnado es la resolución de adjudicación y a ésta debemos atenernos para examinar los restantes requisitos de admisión del recurso.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”

La disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”*

En el presente supuesto, aun computando desde el 19 de mayo de 2020, fecha de la resolución de adjudicación, y de la publicación de esta en el perfil de contratante, el recurso presentado el 8 de junio de 2020 en el registro electrónico de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

En la resolución de 19 de mayo de 2020 recurrida, el órgano de contratación acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente en los siguientes términos: *“Rechazar las proposiciones presentadas por las empresas ESFOREM FORMACIÓN DE EMERGENCIAS, SLU, CARTOSA HYGIENIC SOLUTIONS, SL, y ELEVEN DECEN EVENTS, SL por no aportar en las proposiciones las características técnicas de los equipos a suministrar, de acuerdo con lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas, no pudiendo ser objeto de evaluación técnica y verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos.”*

La recurrente interpone el presente recurso contra dicha resolución, solicitando la anulación del acto impugnado y como medio de prueba *“Que se cite a esta parte a un acto público para la verificación del cumplimiento por esta parte de los requisitos técnicos exigidos por el PPT, a menos que el Tribunal no lo considere*



necesario por considerar que debió darse plazo para aportar la documentación con el detalle de todos los requisitos técnicos descritos en el PPT.", aportando, al mismo tiempo, "certificado del fabricante con indicación del cumplimiento de los mismos en el momento de presentación de las ofertas".

En resumen, la recurrente alega en su defensa:

- Que la recurrente ha cumplimentado toda la documentación requerida expresamente por el PCAP.
- Que en dicha documentación no aparecía recogida de forma expresa la contenida en la prescripción 2 PPT en cuanto a la mención a los requisitos técnicos aludidos.
- Que, en cualquier caso, no queda claro de forma precisa cuál es su momento de acreditación.
- Que es razonable entender que un licitador hubiera entendido que se exigiría tal acreditación una vez aceptada la propuesta de adjudicación del contrato o en la ejecución del mismo, de conformidad con la naturaleza del contenido de la prescripción, al haberse realizado declaración responsable sobre tales extremos y aceptado los pliegos (lo que conlleva una presunción a favor de los licitadores del cumplimiento de los mismos).
- Que, en cualquier caso, y de conformidad con el principio antiformalista sentado por nuestra Jurisprudencia y doctrina de aplicación, al ser fácilmente subsanable y disponerse de tales requerimiento en el momento de la presentación de la oferta, se debió dar plazo para subsanar con la apertura de la documentación.".

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone al mismo y en consecuencia solicita que se desestime el recurso especial interpuesto por ESFOREM.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia que se circunscribe a determinar si debe formar parte del contenido de la oferta la especificación de las características técnicas de los equipos a suministrar y, de otro lado, si la ausencia de tal especificación en la documentación presentada por los licitadores es o no susceptible de aportación posterior, previa solicitud de aclaración y/o subsanación por parte del órgano de contratación.

Al respecto, se ha de partir de las previsiones que contienen los pliegos a cerca de la inclusión en las ofertas de las licitadoras de la información sobre las características técnicas de los equipos a suministrar:

Así, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) recoge en el apartado 8 del anexo I que "La presentación de proposiciones incluirá dos sobres-archivos electrónicos:



SOBRE-ARCHIVO ELECTRÓNICO A. Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos .

- Documento Europeo Único de Contratación (ANEXO II "DEUC"),.

- Autorización a la Diputación de Sevilla para que recabe la información tributaria a la AEAT así como la información sobre el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social. (ANEXO V).

Asimismo cuando proceda:

- Declaración de la relación de empresas pertenecientes al mismo grupo. Las personas o entidades licitadoras deberán incorporar declaración concerniente a las empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, con indicación de las que se presentan a licitación. En caso de no pertenecer a ningún grupo, deberá aportar declaración en tal sentido. (ANEXO V).

- Empresas extranjeras . Las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, incluirán una declaración de sometimiento a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponderle. Dicha manifestación se formulará conforme al Anexo VI.

La falta de presentación del DEUC conforme al modelo oficial (Anexo II) supondrá la exclusión del licitador.

SOBRE-ARCHIVO ELECTRÓNICO C. Documentación relativa a los criterios cuya valoración se realiza de forma automática.

- La proposición económica y la documentación relativa a los criterios cualitativos cuantificables mediante la aplicación de fórmulas conforme al Anexo III Específico descargable del Perfil de Contratante."

Por otra parte, a lo largo del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) se recogen las siguientes indicaciones en relación con el contenido de las ofertas de las licitadoras:

- En el apartado 2.3 sobre las características técnicas de las cabinas que "Los licitadores deberán garantizar mediante certificados de homologación, certificados de fabricantes y/o autocertificados, la total seguridad del equipamiento en relación con las personas y el material que contienen, asumiendo su total responsabilidad en caso de existir incidencias, usos anómalos o accidentes."

(...)

"De manera específica, deberán aportar de forma detallada todas las características técnicas y funcionales de las cabinas, así como sus requerimientos de instalación."



“Los ofertantes indicarán, al menos, las características solicitadas tanto para los DESA como para las cabinas EN EL ORDEN SOLICITADO. Podrán incluir cuanta información estimen oportuno para detallar las características de sus equipos y accesorios.”.

- En el apartado 3 relativo a la normativa aplicable que *“En lo que se refiere a la normativa técnica aplicable, se deberán cumplir las normas EN y UNE-EN vigentes en el momento del concurso relativas a equipos electro-médicos y la normativa autonómica que le sea de aplicación. En especial en lo referente al marcado de tipo CE. A dichos efectos, los licitadores deben aportar una declaración responsable de que los elementos ofertados cumplen con dichas normas de diseño, uso y calidad.”.*

- En el apartado 12, como consideraciones finales que *“Los licitadores deberán adjuntar un documento oficial firmado y sellado del fabricante del modelo de desfibrilador ofertado donde declare que certifica al licitador como distribuidor para el citado concurso con el fin de asegurar el suministro de fungibles durante un periodo mínimo de 7 años, al menos para los equipos que se adquieren con este expediente.”.*

Pues bien, de la redacción de ambos pliegos en relación al contenido de las ofertas, se infiere que el órgano de contratación debió ser más preciso, pues no hay una concordancia entre la documentación e información que exige el PCAP y la que exige el PPT, ni en el PCAP se prevé en cual de los sobres a presentar por las licitadoras deben éstas incluir lo exigido en el PPT.

Sin embargo, los pliegos pudieron ser recurridos en el plazo establecido para ello, sin que conste recurso alguno contra los mismos, por lo que siendo ya actos firmes y consentidos, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar a lo dispuesto en lo mismos

Por otra parte, el hecho de que el PCAP no establezca ninguna previsión sobre la inclusión en las ofertas de los extremos contenidos del PPT, antes relacionados, no resta fuerza obligatoria a los mismos que, además, no resultan contradictorios con el del PCAP, sino que vendrían a complementarlo.

Al respecto, es un dato admitido por las partes que la recurrente no ha especificado en su proposición los extremos mencionados en los citados apartados del PPT, siendo también incuestionable que dichos extremos no se mencionan en el PCAP ni al regular la oferta económica y su fórmula de valoración como criterio de adjudicación, ni al describir el contenido de la oferta técnica y el resto de criterios evaluables.



Ciertamente la oferta de la recurrente solo tuvo en consideración lo dispuesto en el PCAP, cuando los términos del PPT son claros en cuanto a su exigencia.

No obstante, de una lectura integradora de los pliegos se desprende que es voluntad del órgano de contratación conocer si el producto ofertado reúne las características técnicas exigidas, si cumple las normas de diseño, uso y calidad, e incluso asegurarse de que la licitadora es distribuidora del fabricante cuyo producto está ofertando. Es decir, quiere conocer los detalles de los equipos que se le van a suministrar, y que son el objeto del contrato, para tener la garantía de que cumplen los requisitos mínimos exigidos.

Además, como requisitos mínimos, las características técnicas de los equipos a suministrar debieron incluirse en la oferta presentada por la recurrente, para poder verificar su cumplimiento, sin que pueda entenderse, como pretende la recurrente que *“se exigirá tal acreditación una vez aceptada la propuesta de adjudicación del contrato o en la ejecución del mismo”*, pues en el pliego se dice expresamente que se aportarán por los ofertantes o licitadores, no por la adjudicataria, y además, sería contrario a la finalidad que preside la licitación que se acredite el cumplimiento del PPT al final del procedimiento por la licitadora cuya oferta ha sido ya seleccionada como la económicamente más ventajosa. La secuencia procedimental lógica debe ser al contrario, como así se establece en la LCSP: primero la acreditación del cumplimiento del PPT y después, en su caso, la propuesta de adjudicación.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el PCAP, una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente hubiera incluido dicha información en el único sobre posible, en el sobre C junto a la documentación relativa a los criterios cuya valoración se realiza de forma automática, pues las licitadoras sólo debían presentar dos sobres, siendo el otro el correspondiente a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. Es así como formuló su oferta la adjudicataria.

Incluso, ante la imprecisión de los pliegos, que ha provocado la exclusión de tres de las licitadoras, la recurrente pudo, al menos, plantear una consulta al órgano de contratación antes de presentar su oferta, pero una vez presentada y aceptados los pliegos, se ha de estar y cumplir lo dispuesto en los mismos.



Por todo ello, entiende este Tribunal que la oferta de la recurrente ha incumplido el PPT *“ por no aportar en las proposiciones las características técnicas de los equipos a suministrar, de acuerdo con lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas, no pudiendo ser objeto de evaluación técnica y verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos”*, como recoge la resolución de adjudicación recurrida.

SÉPTIMO. Otra cuestión es si ello conlleva la exclusión de la recurrente, o como ésta plantea en su escrito de recurso, pudo ser objeto de subsanación. Pues bien, este Tribunal considera que los términos de la proposición de la recurrente se hallaban incompletos al no identificar los equipos ofertados y al faltar la especificaciones requeridas en los mencionados apartados del PPT, por lo que no se trata de aclarar concepto oscuro alguno, sino de completar la proposición con ciertos datos que no se mencionan.

Esta posibilidad de subsanación no es viable jurídicamente y ello aun cuando el dato aportado en ese momento posterior no vaya a repercutir en la valoración de las ofertas. Si se admitiera tal proceder, una vez que ya se conocen las proposiciones de las restantes licitadoras, se estaría permitiendo a la interesada, en fase de subsanación, determinar libremente los modelos de desfibriladores y cabinas que tuviera por conveniente, los cuales podrían o no coincidir con los que hubiese ofertado en el momento de elaborar su oferta que es cuando cualquier licitadora ha de efectuar el estudio de costes del contrato sopesando todas las posibilidades a su alcance. En definitiva, se desconoce si la oferta de la recurrente hubiese sido diferente en el momento de la subsanación a la que hubiese presentado al tiempo de presentación de su oferta.

Por este mismo motivo, no procede acceder a lo solicitado por la recurrente como prueba: *“Que se cite a esta parte a un acto público para la verificación del cumplimiento por esta parte de los requisitos técnicos exigidos por el PPT, a menos que el Tribunal no lo considere necesario por considerar que debió darse plazo para aportar la documentación con el detalle de todos los requisitos técnicos descritos en el PPT”*, pues ésta debió acreditar el cumplimiento de los mismos en el momento de presentación de su oferta.

En este punto, es pertinente referirnos, en primer lugar, al artículo 139 de la LCSP que dispone *“1. 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, (...)”*.



Como señalamos en nuestra reciente Resolución 118/2020, de 21 de mayo, reiterando doctrina muy consolidada en este Tribunal y en el resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, “(...) cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso el contenido de la oferta previsto en la cláusula 9.1 y en el anexo II del PCAP-, 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 las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

En este sentido, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando 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) (...)».

Si la entidad licitadora no cumplimenta adecuadamente en su oferta las exigencias derivadas de los pliegos, en este caso no aportar el contenido del archivo (sobre) 1 ni parte del 2 (sobre), ello determinará la exclusión de su proposición del procedimiento (v.g. Resoluciones 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, y 13/2017, de 27 de enero, entre otras muchas).

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya el PCAP un acto firme y consentido al no constar impugnación del mismo en los extremos particulares analizados, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido, siendo procedente la exclusión de la proposición(...)”.



Lo anterior nos lleva a concluir que la adjudicataria ha incumplido el PPT, no mencionando en su proposición los equipos concretos ofertados ni sus características técnicas, exigidas en el mismo. Procede, pues, la desestimación del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ESFOREM FORMACIÓN EMERGENCIAS, S.L.U.** contra la resolución, de 19 de mayo de 2020, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “Suministro de 339 desfibriladores semiautomáticos externos y equipos asociados para los Municipios y ELAS de la provincia de Sevilla, dentro de los Programas Municipales Específicos de dotación de desfibriladores en instalaciones deportivas y culturales, perteneciente al Plan Provincial de Inversiones Financieramente Sostenibles 2019 en el marco del PLAN SUPERA VII” (Expte. 2019/001058-PCA), tramitado por la Diputación Provincial de Sevilla.

SEGUNDO. . Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

