

Recurso 147/2021

Resolución 422/2021

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

Sevilla, 28 de octubre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERCK LIFE SCIENCE, S.L.U.** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de Equipamiento Científico; LOTE 1: Equipo de Cromatografía Líquida y LOTE 2: Equipo de Purificación de Aguas” (Expte.20/33266), en relación al lote 2, promovido por la Universidad de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de marzo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 111.393 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En sesión de 21 de marzo de 2021, la mesa de contratación adopta el acuerdo de exclusión, en cuanto al lote 2, de la entidad MERCK LIFE SCIENCE, S.L.U. (en adelante, MERCK).



SEGUNDO. Con fecha 6 de abril de 2021, fue presentado en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MERCK contra el citado acuerdo de exclusión de 21 de marzo de 2021. Entre otros extremos, la recurrente solicita la suspensión del procedimiento.

Asimismo, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano y el órgano de contratación argumentó su petición de no suspensión del procedimiento.

Con fecha 22 de abril de 2021, este Tribunal denegó la petición de medida cautelar de suspensión.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad METROHM HISPANIA, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

La competencia para resolver resulta 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.

El acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato promovido por la Universidad de Sevilla. La competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto se ha venido residenciando en el convenio formalizado el 14 de enero de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Sevilla, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

No obstante, el convenio citado es anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo régimen jurídico de los convenios administrativos definiendo como tales *“los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”*.



Pues bien, la Disposición Adicional octava de dicha Ley estableció el régimen de adaptación de los convenios vigentes a su entrada en vigor -que se produjo el 2 de octubre de 2016- previendo en su apartado 1 lo siguiente:

“Todos los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración Pública o cualquiera de sus organismos o entidades vinculados o dependientes deberán adaptarse a lo aquí previsto en el plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

No obstante, esta adaptación será automática, en lo que se refiere al plazo de vigencia del convenio, por aplicación directa de las reglas previstas en el artículo 49.h).1.º para los convenios que no tuvieran determinado un plazo de vigencia o, existiendo, tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido en el momento de la entrada en vigor de esta Ley. En estos casos el plazo de vigencia del convenio será de cuatro años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley”.

En el supuesto examinado, el convenio antes mencionado suscrito con la Universidad de Sevilla tenía un año de duración, previéndose en el mismo la prórroga anual cuando, llegado el momento de su extinción, no hubiera sido denunciado por ninguna de las partes. En este contexto, por aplicación del segundo párrafo del apartado 1 de la disposición adicional citada, la adaptación del convenio en lo relativo a su plazo de vigencia operó automáticamente, pasando el plazo máximo legal de duración del mismo a contar desde el 2 de octubre de 2016.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, en concreto el acuerdo de exclusión, de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acta de 25 de marzo de 2021, en la que se recogía el acuerdo de exclusión, fue publicada en el perfil de contratante y notificada a través de dicho medio el mismo día 25 de marzo de 2021. Así, el recurso presentado con fecha 6 de abril de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.



QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

La mesa de contratación, en su sesión celebrada el día 25 de marzo de 2021, procede a la apertura de los sobres número 2, relativos a la documentación técnica. Como resultado del análisis de la citada documentación, observa que la presentada para el lote 2 por la entidad MERCK no es correcta, pues sólo consta en el sobre 2 un documento que transcribe los criterios del anexo III del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) pero no presenta la oferta. Por lo que, se acuerda la exclusión de esta entidad, respecto al lote 2.

Disconforme con la decisión de exclusión adoptada por la mesa, MERCK presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna el referido acto, solicitando en su escrito a este Tribunal lo siguiente: “-(...) se *paralice el procedimiento como medida provisional conforme al artículo 49 de la Ley de Contratos del Sector Público*;

- *se anule el acuerdo de exclusión de MERCK*;

- *se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiendo a MERCK continuar en el procedimiento.*”

En particular, centra su alegato en que la decisión adoptada por la mesa resulta desproporcionada, pues sostiene que “*la inadvertencia cometida por MERCK no es más que un error humano, fácilmente subsanable.*”

Por lo tanto, la controversia radica en discernir si la ausencia de la oferta técnica en el sobre número 2 es un error subsanable o si, por el contrario, no resulta posible su rectificación quedando justificada la decisión de exclusión adoptada por la mesa de contratación.

1. Alegaciones de la recurrente

La recurrente combate la decisión de exclusión argumentando lo siguiente:

“Queremos poner de manifiesto, que una vez recibida la mencionada exclusión de nuestra empresa. MERCK examinó su oferta, percibiendo que se ha producido un error humano achacable a esta parte en la documentación presentada, concerniente al sobre 2 del lote 2 “Equipo de purificación de aguas”, toda vez que en el precitado sobre, nuestra empresa presentó únicamente en la plataforma el documento “índice” sin haber presentado junto al mismo, la oferta técnica, como bien indica el órgano de contratación.



(...)

Ante la precitada actuación de la exclusión, MERCK reconoce haber cometido un error en la presentación de su oferta, no obstante, asumido el fallo, es preciso poner de manifiesto todo ello en estrictos términos de defensa, que la decisión tomada por la Mesa de contratación, es a todas luces desproporcionada.

(...)

Si bien es cierto, que la oferta técnica no sólo existía, sino, que la misma estaba firmada con fecha anterior al límite de presentación de oferta. Lo que demuestra y prueba el error cometido por esta parte. (Documento nº4). De no existir la oferta técnica, no tendría sentido el índice presentado, en cual adelanta el contenido de la misma y el orden en el que aparecen los requisitos explicados. (Documento nº5).

(...)

Tras el documento adjunto, no entendemos justificada la actuación del órgano de contratación, ya que la inadvertencia y el error eran claros en este contexto, y con el índice pudo percibir como hemos indicado en el presente escrito no solo el error humano cometido, ya que, al hacer alusión a un documento, resulta más que evidente tanto el desliz como la existencia del documento en sí. Como hemos apuntado, la inadvertencia cometida por MERCK no es más que un error humano, fácilmente subsanable. (...)

Consideramos, por tanto, ha quedado patente la tendencia de los Tribunales a la concesión de este trámite de alegaciones, siempre y cuando, y así sucede en este caso, no se modifique la oferta, respetando por tanto el principio de igualdad entre licitadores. Premisa cumplida en el mencionado expediente, toda vez que de ninguna manera se estaría vulnerando el precitado principio, ya que el producto y la información del mismo, ya existía en el momento de presentación de oferta, que, por un error humano achacable a esta parte, no se presentó de forma correcta el momento preciso.

(...)

Queremos exponer al tribunal una vez más, la incorrecta y desmesurada actuación del órgano de contratación, toda vez que, si vieron cierta incongruencia en nuestra oferta deberían haber solicitado aclaración/subsanación de la misma. Como se desprende de todo lo actuado, MERCK cumple con los requisitos y necesidades requeridas en los Pliegos, y un simple error de transcripción no puede suponer nuestra exclusión.”

La recurrente se apoya, además de lo expuesto, en diversas sentencias y resoluciones de distintos tribunales para fundamentar su argumentación y combatir el referido acuerdo de exclusión en base a los principios de proporcionalidad, concurrencia o antiformalismo.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe, con fecha 10 de abril de 2021, en el que rebate la posición de la recurrente y, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:



“De toda la documentación requerida, el licitador tan sólo aporta la relación de documentos, pero ninguno de los mismos.

Ante la ausencia de oferta, la Mesa de Contratación de la Universidad de Sevilla procedió de manera correcta al excluirla de la licitación, sin que proceda trámite alguno de subsanación, puesto que no se trata de un defecto subsanable en la oferta presentada, sino que se trata de ausencia de oferta. Otorgar un trámite de subsanación y por ello un plazo adicional para presentar dicha oferta, supone quebrantar el principio de igualdad entre licitadores. Tampoco es admisible por las mismas razones, que con ocasión del recurso se aporte la oferta.

(...)

En este supuesto no puede hablarse en modo alguno de oferta subsanable, sino que se trata de ausencia de oferta, pues una relación numerada de documentos, único contenido del archivo (hecho no discutido por el recurrente) no puede en modo alguno considerarse oferta susceptible de ser evaluada y que tan sólo necesite de aclaraciones, como llega a exponer el recurrente.

El hecho de que el licitador hubiera confeccionado y firmado la documentación con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, en nada contradice cuanto aquí se ha expuesto, pues una oferta que no ha salido de la esfera jurídica de quien la elabora, ningún efecto puede tener sobre a quien pretende dirigirse, y menos en una licitación pública donde tanto la Administración, como los licitadores se encuentran sometidos a los requisitos establecidos para la misma.

Lo cierto es, como reconoce el recurrente, que por un error humano sólo imputable al licitador, omitió incluir en el archivo N° 2 la documentación relativa a su oferta evaluable mediante juicio de valor. La Mesa de contratación, ante la ausencia de la oferta técnica de la recurrente, no tuvo más opción que la exclusión y la adopción del acuerdo de exclusión fue ajustado a Derecho sin que el mismo pueda ser tachado de desproporcionado ni de injustificado.”

También el órgano de contratación se apoya en varias resoluciones de este Tribunal para argumentar su decisión de exclusión.

3. Alegaciones de otras personas interesadas.

Por su parte, la entidad METROHM HISPANIA, S.L. en su escrito de alegaciones manifiesta lo siguiente:

“La oferta técnica, junto con el resto de la documentación exigida en el sobre/archivo 2 y con la documentación exigida en sobres/archivos 1 y 3, se debía haber presentado antes del día 19 de marzo de 2021 a las 18,00 horas, como se indica en el anuncio de licitación del expediente numero 20/33266, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Publico el día 4 de marzo de 2021 a las 10:59 horas.



Por todo lo expuesto y dado que la empresa Merck Life Science no presentó el documento Oferta técnica en fecha y forma; METROHM HISPANIA, solicita AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES que tenga por presentado este escrito con sus correspondientes alegaciones, y en su virtud, acuerde, de conformidad con las mismas, dicte resolución por la que se desestime el recurso especial en materia de contratación presentado por la empresa MERCK LIFE SCIENCE.”.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede analizar el contenido del PCAP, en concreto su cláusula 9, referida a la presentación de las proposiciones, indica: *“SOBRE/ARCHIVO 2: Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor. En este sobre/archivo se incluirá la documentación que se indica en el Anexo II.”.*

Asimismo, el anexo II -documentación licitadores- dispone lo siguiente:

“Las proposiciones, junto con la documentación preceptiva se presentarán, dentro del plazo señalado en el anuncio, en la forma establecida en este Anexo, exclusivamente de forma electrónica a través de la Herramienta de Preparación y Presentación de ofertas que la Plataforma de Contratación del Sector Público pone a disposición de candidatos y licitadores para tal fin.

(...)

Los licitadores presentarán tres archivos

- Archivo 1: documentación acreditativa de los requisitos previos

- Archivo 2: documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor

- Archivo 3: documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas.

(...)

ARCHIVO Nº 2 RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR

Documentación a incluir:

- Una relación de los documentos que se incluyen en el archivo, firmada por el proponente.

1. Descripción de los bienes ofertados (en el mismo orden en el que figuran en el pliego de prescripciones técnicas), haciendo referencia, al menos, a la descripción de las características técnicas, estéticas y funcionales, así como la marca, el modelo e incluyendo catálogo específico del material si lo hubiera.

2. Características del mantenimiento (sin mencionar coste), con indicación al menos de la empresa que proporcionaría el mantenimiento y tiempo medio de respuesta.

3. Mejoras que ofrezcan los licitadores en sus proposiciones tanto en los elementos como en las condiciones descritas en el pliego de prescripciones técnicas.



AVISO: En ningún caso, en este Archivo 2, se reflejará la oferta económica del licitador o referencia a los criterios cuantificables del Archivo 3, siendo estos extremos causa de exclusión del procedimiento.”

Pues bien, como punto de partida, ha de indicarse que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su día el contenido de los mismos, necesariamente han de estar ahora a lo establecido en ellos, en particular en lo referido a la presentación de las ofertas y el contenido del sobre número 2.

Igualmente, se ha de indicar que los pliegos que rigen la contratación también vinculan al órgano de contratación, tal como lo hemos sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio, de tal manera que, 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 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.

De acuerdo con lo expuesto, conforme al PCAP la oferta técnica debía introducirse en el sobre número 2, por lo que, la mesa de contratación, analizado el contenido del mismo y comprobado que no existe la oferta técnica actúa correctamente cuando acuerda la exclusión de la hoy recurrente. Pues, 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.

En este sentido se manifiesta este Tribunal , entre otras, en su Resolución 119/2020, de 21 de mayo, -mencionada por el órgano de contratación en su informe al recurso- según la cual:

“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 presentada por la entidad LIBROMARES, pues la misma ha incumplido, conforme a la documentación contenida en su oferta, la obligación relativa a incluir en su proposición la documentación exigida por el PCAP. En este sentido, la discusión no se centra en subsanar unos documentos defectuosos, sino en la ausencia de los mismos que, además, resultan ser documentos –toda la proposición, salvo el modelo C de oferta económica- esenciales en el procedimiento de licitación. Y ello, para salvaguardar los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de abril de 2012 que dispone en lo que aquí interesa que «No cabe, pues, aceptar que un determinado licitador, ante una omisión solo a él imputable, pudiera hacer su oferta con posterioridad mediante la técnica de la subsanación, cuando ya se conocían las restantes ofertas, lo que ciertamente desvirtuaría, en general, los principios informadores de la contratación administrativa, como los de transparencia, objetividad e igualdad; y, en particular, el verdadero significado del procedimiento de adjudicación, con vulneración del principio de buena fe de bienes jurídicos a proteger en el apuntado ámbito normativo de la contratación de las Administraciones Públicas».

En definitiva, debe soportar la entidad LIBROMARES las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de su proposición.”

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERCK LIFE SCIENCE, S.L.U.** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de Equipamiento Científico; LOTE 1: Equipo de Cromatografía Líquida y LOTE 2: Equipo de Purificación de Aguas” (Expte.20/33266), en relación al lote 2, promovido por la Universidad de Sevilla.

SEGUNDO. 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.

NOTIFÍQUESE 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.

