

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**  
**RESOLUCIÓN 532/2016**

**Recurso nº 460/2016 C.A. Región de Murcia 40/2016**

**Resolución nº 532/2016**

En Madrid, a 8 de julio de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.ª M. F. T., actuando en nombre y representación de B BRAUN MEDICAL S.A., contra acuerdo de exclusión del Expediente de contratación núm. CS/9999/1100672958/16/ACPA, convocado para contratar el “Suministro de materiales y accesorios para infusión por gravedad para el Servicio Murciano de Salud”.

**I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Convocada la licitación para contratar el Suministro de Materiales y Accesorios para Infusión por Gravedad con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud, presentaron ofertas 24 entidades, entre otras, la recurrente.

**Segundo.** El día 17 de mayo de 2016, por la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud, se procedió a la apertura en acto público de los sobres B de las ofertas, en los que debía incluirse la documentación acreditativa de los criterios cuantificables por juicios de valor.

En el acta de la sesión se hace constar “que la firma B. BRAUN MEDICAL, S.A. ha incluido, en su Sobre B, un soporte digital (CD), sin contener ningún tipo de información o dato que pueda permitir la elaboración del informe técnico sobre su oferta” y que “La Junta de Contratación acuerda posponer su admisión hasta comprobar en otro ordenador si el defecto es del soporte digital remitido por dicha firma o es del propio ordenador utilizado en esta apertura”.

**Tercero.** En el acta de la sesión de la Junta de Contratación de 26 de mayo de 2016 se hace constar que “Por acuerdo de la Junta de Contratación, en el acto público celebrado el pasado 17 de Mayo de 2016, en el que se procedió a la apertura del Sobre 8, "Criterios Cuantificables por juicios de Valor", en el expte. CS/9999/1100672958/16/ACPA convocado para contratar el "Suministro de Materiales de Infusión por Gravedad", se propuso la exclusión de la firma B. BRAUN MEDICAL, S.A. como consecuencia de haber incluido en su Sobre B un soporte digital (CD), sin contener ningún tipo de información o dato que pudiera permitir la elaboración del informe técnico sobre su oferta. Esta exclusión se sometió a la condición de que se comprobara en otro ordenador si el defecto era del soporte digital remitido por dicha firma o era del propio ordenador utilizado en esa apertura pública. Realizadas las comprobaciones en otros tres equipos informáticos diferentes, el soporte digital de la firma citada no contiene ningún tipo de información. Por esta razón, la Junta de Contratación acuerda la exclusión de la oferta presentada por la firma B. BRAUN MEDICAL, S.A.”

**Cuarto.** En escrito de 17 de mayo de 2016, dirigido a la Mesa de contratación y registrado de entrada en el Servicio Murciano de Salud el 19 siguiente, la recurrente, invocando el punto decimoquinto del Pliego de Prescripciones Técnicas y la resolución nº 810/2014 de este Tribunal, manifiesta lo siguiente: “En la apertura realizada hoy 17 de Mayo del sobre B "Criterios cuantificables por juicio de valor " del Expediente CS/9999/1100672958/16/ACPA para el suministro de materiales y accesorios para infusión por gravedad con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio, nos informa nuestro representante comercial que no ha sido posible leer públicamente la documentación técnica de nuestra empresa contenida en el CD (...) Lamentamos si el CD adjunto contiene algún error que imposibilitan su lectura (...) Por lo que por medio de la presente solicitamos poder subsanar este, error informático, aportando de nuevo la misma documentación en formato electrónico.”

**Quinto.** Por acuerdo de 30 de mayo de 2016 de la Jefa del Servicio de Obras y Contratación de la Consejería de Sanidad de la Región de Murcia, “De conformidad con lo acordado por la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud en su reunión celebrada el 26 de Mayo de 2016, y a efectos de lo regulado en el art.22.1.b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público”, se notifica a la recurrente que “su exclusión del expte. CS/9999 / 1100672958/16/ACPA, convocado para contratar el "Suministro de Materiales y Accesorios para Infusión por Gravedad", por haber remitido en el Sobre B, “Criterios Cuantificables por Juicios de Valor”, un soporte digital (CD), no habiendo incluido en ellas ningún tipo de información o dato que permitiera elaborar el informe técnico de su oferta.”

Disconforme la licitadora con su exclusión y tras anunciarlo a la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud, interpone contra la misma el presente recurso.

**Sexto.** Recibido el escrito de impugnación en el Tribunal, se comunicó al órgano de contratación para que emitiera el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), trámite que cumplimentó emitiendo el correspondiente informe, de fecha 14 de junio de 2016, en el que se sustenta la legalidad de la exclusión.

**Séptimo.** El 14 de junio de 2016 la Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación al resto de licitadores para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, presentando las suyas oponiéndose al recurso la entidad FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.

**Octavo.** Por resolución de 9 de junio de 2016 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió la concesión de la medida provisional solicitada por la recurrente consistente en la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 y 3 del TRLCSP, en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales publicado en el BOE el día 21 de noviembre de 2012.

**Segundo.** La sociedad aquí recurrente, como licitador excluido cuyos intereses se ven afectados por el acuerdo recurrido, ostenta legitimación para interponer el recurso (art. 42 del TRLCSP).

**Tercero.** De acuerdo con el art. 40.2, b) del TRLCSP, el acto de la Mesa de Contratación por el que se acuerda la exclusión de un licitador es acto susceptible del recurso especial.

**Cuarto.** El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 44.2 TRLCSP.

**Quinto.** Mantiene la recurrente en sustancia que “haber remitido en el sobre B, «Criterios Cuantificables por Juicios de Valor» un soporte digital (CD), no habiendo incluido en el mismo ningún tipo de información o dato que permitiera elaborar el informe técnico de su oferta” es un defecto subsanable de acuerdo con los pliegos que regulan el expediente y con la normativa aplicable, también porque se refiere a la acreditación de requisitos y éstos eran cumplidos por la recurrente en el momento de finalizar el plazo de presentación de las ofertas. Sostiene que no permitir la subsanación del que califica como error formal es contrario a los principios de igualdad y no discriminación, de libre concurrencia de los licitadores y al principio de proporcionalidad que deben regir en todo procedimiento de contratación pública, de modo que, ante la constatación del error, el órgano de contratación debería haber tomado una medida menos gravosa que la exclusión del licitador.

**Sexto.** El órgano de contratación señala en su preceptivo informe que en el CD aportado en el sobre B por la recurrente no había información alguna y que considerar tal defecto subsanable hubiera sido contrario al artículo 145 TRLCSP, al principio de igualdad y al secreto de las ofertas y la subsanación habría excedido la pura aclaración de la oferta para dar lugar a la presentación de una nueva oferta.

Entiende, citando la Resolución de este Tribunal nº 151/2013, de 18 de abril, que en este caso había una omisión total y absoluta de la oferta técnica, debido posiblemente a un error involuntario, lo que no obsta a la evidencia de que no hay oferta como tal, lo que tiene indudables consecuencias no solo en cuanto a las obligaciones que asume el contratante, sino en cuanto a la posibilidad de que el órgano competente hiciera la valoración técnica de dicha oferta deficitaria, debiendo pechar con las consecuencias de su falta de diligencia.

**Séptimo.** De acuerdo con la cláusula 12.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el sobre B, que se denominará “Criterios cuantificables por juicios de valor”, se incluirá la documentación técnica de la oferta establecida en el apartado 15.1.2 del Cuadro de Características, en el que se prevé la presentación en formato digital (CD, pen drive...etc), dando concretas instrucciones sobre el orden de la información, el

contenido de los directorios, el formato, la denominación de los archivos, etc. Se añade además expresamente que “El no cumplimiento de estas normas podrá ser objeto de la no valoración de las mismas, exigiéndose su corrección a fin de evitar su exclusión en el expediente.”

Según resulta de las actas de la Mesa de contratación y refleja la resolución recurrida, el CD que debía contener la oferta técnica no contenía información alguna, lo que la propia recurrente no cuestiona. Entiende no obstante que tal defecto debió considerarse subsanable, ofreciéndole la posibilidad de corrección, que a su juicio contemplan los Pliegos en los términos literalmente transcritos en el párrafo anterior.

Y, ciertamente, la expresión de los pliegos resulta equívoca, pues permite también la interpretación exactamente contraria, según la cual se advertiría de que de no ser correcta la oferta técnica quedaría excluida. En cualquier caso, la naturaleza insubsanable de la omisión de la información de la oferta técnica deriva ante todo de la valoración del defecto y de los propios principios de la contratación, antes que de las expresiones del Cuadro de características del pliego.

Como recuerdan las Resoluciones de este Tribunal nº 402/2016, de 20 de mayo (recurso 334/2016) y 23/2016, de 1 de abril, frente al régimen de subsanación de defectos u omisiones advertidos en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, no se admite la posibilidad de subsanar la proposición presentada por los licitadores cuando falta en la misma algún dato o existe alguno de dudosa interpretación, sino únicamente de aclarar errores materiales manifiestos de que pueda adolecer, siempre que dicha aclaración pueda realizarse sin entrañar una modificación de los términos de la oferta. Este Tribunal ha de comenzar recordando que, efectivamente, nuestro Ordenamiento ha mostrado una actitud diferente a la hora de admitir la subsanación de errores u omisiones padecidos en la documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 –Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del RGLCAP sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-). Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en ese momento de la licitación. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004-y 21

de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004 y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-). Sin embargo, el mismo Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006 ). Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12-y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, muestra una actitud más reservada cuando los defectos atañen a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08-).

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, establece lo siguiente: “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.” Debe analizarse, por tanto, el carácter esencial o no de la parte de la oferta técnica que no fue correctamente aportada por la empresa adjudicataria en el Sobre B. El Tribunal ha conocido recursos en los que se plantea la misma problemática. En la Resolución 295/2015, indicó que “para

que sea admisible la subsanación es necesario que de la oferta presentada sea posible deducir claramente cuál era la voluntad de la licitadora, siendo el defecto un mero error de cuenta o de carácter puramente formal, pero no será admisible cuando el defecto sea material de suerte que la subsanación suponga una alteración de la oferta inicial, lo que ocurrirá en particular en aquellos casos en que de la documentación incluida en el sobre no sea posible deducir claramente cuál era la voluntad del licitador.” Incluso se ha admitido, en alguna ocasión, la aclaración de la oferta económica (Resoluciones 399/2015 y 400/2015, donde se señaló la retroacción de las actuaciones para poder ofrecer una aclaración de la oferta económica por parte de un licitador, sin que pudiera ser excluido el mismo).

La resolución 85/2012 de este Tribunal añade que: "si bien la posibilidad de subsanación de las proposiciones no tiene consagración expresa en la normativa contractual, es posible por analogía lo dispuesto en el artículo 84 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. Pues bien, si se admite la subsanación de defectos no sustanciales en la proposición en cuanto a su formulación económica, ninguna razón hay para negar esa misma posibilidad a los aspectos técnicos de la misma."

Este Tribunal en varias resoluciones ha aclarado que no puede admitirse una modificación de la oferta posterior a la presentación de la misma, por incumplirse así los principios de igualdad de trato e inalterabilidad de las ofertas. Así, en la Resolución 876/2014 (recurso 875/14, en su FD 8), decíamos que pese a que “el Tribunal viene admitiendo (Resoluciones 437/2013, de 10 de octubre, 449/2014, de 13 de junio, o 763/2014, de 15 de octubre, entre otras) que el órgano de contratación solicite excepcionalmente aclaraciones sobre la oferta” ello es siempre con el límite de la inmodificabilidad de la oferta técnica o económica ya presentada”. Y añadíamos: “Este Tribunal se ha ocupado en numerosas resoluciones sobre el particular; ante todo, se ha de recordar que, como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr.: Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar “aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de

Contratos del Sector Público' (Resolución 94/2013).” En definitiva, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, “pues dicha actuación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad, igualmente aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, “debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos” (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, o 35/2014, de 17 de enero, entre otras).” Esta doctrina ha sido recordada en la Resolución nº 398/2015, de 30 de abril dictada en el recurso nº 299/2015.

**Octavo.** Es claro que la presentación de un soporte informático que no contiene información alguna equivale a la no presentación de oferta técnica, por más que sus soportes materiales sí estén presentes, de modo que la subsanación del error desbordaría con mucho la aclaración o la corrección de un defecto puramente formal de una oferta presentada, comportando en realidad la presentación de una nueva oferta, la primera en realidad, fuera de los plazos y condiciones establecidas en los pliegos.

La subsanación de lo que no es más que la omisión misma de la oferta técnica sería por ello contraria a los principios de igualdad de trato e inalterabilidad de las ofertas, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta.

El Tribunal, siguiendo en este punto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 38/07, de 29 de octubre de 2007), ha señalado (Resolución 205/2011, de 7 de septiembre) que “la contratación administrativa se rige, entre otros, por el principio de igualdad de trato de todos los licitadores (artículo 1 de la LCSP). Lo cual hace necesario el establecimiento de un procedimiento formalista que debe ser respetado en todos sus trámites. Ello supone la exigencia del cumplimiento exacto de los términos y plazos previstos en la Ley, la presentación de las documentaciones con observancia estricta de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos.” El principio de igualdad de trato justifica el mandato contenido en el artículo 145.2 del TRLCSP, con arreglo al cual “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”. Y, con la finalidad de garantizar este secreto, el artículo 80.1 del RGLCAP, dispone que “la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa”. Como se indicó en la Resolución 205/2011, el secreto que afecta a las proposiciones de los licitadores, “además de poder ser verificable cuando tenga lugar el acto público de apertura de las ofertas, alcanza no sólo a otros licitadores en el procedimiento sino incluso a los propios gestores del expediente de contratación, incluidos los



miembros de las mesas de contratación a quien corresponde valorar las ofertas, y cuyo conocimiento no podrá ser anterior al momento de su apertura en el correspondiente acto público.”

Como viene señalando este Tribunal (Resolución 858/2015, de 25 de septiembre de 2015, entre otras), de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas y tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

En el caso considerado, la subsanación entrañaría, no ya la modificación de la oferta, sino incluso la presentación extemporánea e irregular de la oferta omitida, por lo que con mayor razón debe ser descartada, debiendo ratificarse la exclusión acordada por el órgano de contratación.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso por estos motivos, en la medida en que el error cometido, imputable a la empresa recurrente, no admite subsanación.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. <sup>a</sup> M. F. T., actuando en nombre y representación de B BRAUN MEDICAL S.A., contra acuerdo de exclusión del Expediente de contratación núm. CS/9999/1100672958/16/ACPA, convocado para contratar el “Suministro de materiales y accesorios para infusión por gravedad para el Servicio Murciano de Salud”, confirmándolo por su conformidad a Derecho.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con el artículo 47.4 TRLCSP.

**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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en 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 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.