

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES  
DE LA JUNTA DE ANDALUCIA**

**RESOLUCIÓN 4/2016**

**Recurso 251/2015**

**Resolución 4/2016**

Sevilla, 14 enero de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INIBSA HOSPITAL, S. L. U. contra la resolución, de 27 de octubre de 2015, de la Directora Gerente del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de medicamentos con destino a los centros integrados en la Plataforma Logística Sanitaria de Córdoba” respecto al lote 47, (Expte. 69/2015. PA 4/2015), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 17 de abril de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de 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. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 30 de abril de 2015 en el Boletín Oficial del Estado.

El valor estimado del contrato asciende a 7.955.396,84 euros y entre las empresas que participaron en la licitación se encontraba la recurrente.

**SEGUNDO.** La presenta licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y 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.

**TERCERO.** Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 27 de octubre de 2015 fue dictada resolución de adjudicación del contrato; en concreto, el lote 47 resultó adjudicado a la entidad BAXTER, S.L.

La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 30 de octubre de 2015 y remitida a la entidad INIBSA HOSPITAL, S.L.U. el 3 de noviembre de 2015.

**CUARTO.** El 11 de noviembre de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad INIBSA HOSPITAL, S.L.U. (INIBSA, en adelante) contra la resolución de adjudicación del contrato, respecto al lote 47.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 12 de noviembre de 2015, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, un informe sobre el recurso y el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificaciones con este Tribunal.

La documentación requerida tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el pasado 23 de noviembre de 2015.

**QUINTO.** Ante la solicitud de levantamiento de la suspensión formulada por el órgano de contratación y tras el oportuno trámite de alegaciones a la recurrente sobre tal petición, este Tribunal dictó Resolución, el 1 de diciembre de 2015, acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento.

**SEXTO.** El 1 de diciembre de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad BAXTER, S.L.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** El acto impugnado es la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración

Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo previsto en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que “El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”

En el supuesto examinado, la resolución impugnada fue publicada en el perfil de contratante el 30 de octubre de 2015 y remitida a la recurrente el 3 de noviembre de 2015, por lo que el recurso presentado el 11 de noviembre de 2015 en el Registro de este Tribunal se interpuso dentro del plazo legal expresado.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. El recurso se circunscribe a la adjudicación del lote 47 del contrato, donde la puntuación global alcanzada por la oferta de la recurrente asciende a 91 puntos frente a los 93 puntos obtenidos por la oferta adjudicataria.

En concreto, INIBSA impugna la puntuación de su oferta en el criterio de adjudicación de evaluación automática denominado <<Servicio de pedidos urgentes en 24 horas>> ponderado con 3 ó 0 puntos, en función de que el licitador aporte <<compromiso de entrega para pedidos urgentes en un máximo de 24 h>> (3 puntos) o no aporte el citado compromiso, en cuyo caso la puntuación en el criterio será de 0 puntos.

INIBSA alega que en la declaración aportada a la licitación hacía contar “que el plazo de entrega urgente en el que se realizará la entrega del material a suministrar será de 24 horas, salvo incidencias”, recibiendo cero puntos en el criterio en cuestión.

A juicio de la recurrente, tal puntuación adolece de error manifiesto ya que el pliego solicitaba un compromiso de entrega para pedidos urgentes en un máximo de 24 horas y en ningún momento se refiere a que el plazo de entrega tuviera que ser inferior a 24 horas, razón por la que su declaración, al no superar el límite máximo de 24 horas, debió recibir 3 puntos.

Para fundamentar su pretensión, la recurrente alude a la doctrina antiformalista del Tribunal Supremo sobre la improcedencia de inadmitir proposiciones por simples defectos formales fácilmente subsanables y, además, sostiene que la mesa debió solicitarle aclaración respecto a la amplitud del compromiso. Sobre tal posibilidad de aclaración de ofertas cita la Resolución 216/2015, de 10 de junio, de este Tribunal.

De otro lado, respecto a la introducción del término <<salvo incidencias>> en su declaración sobre el plazo de entrega, INIBSA esgrime que la mesa de contratación debió solicitarle aclaraciones si consideraba que aquella expresión limitaba la amplitud del compromiso. Asimismo, alega que el término <<incidencia>> se refiere a sucesos que escapan del ámbito de control de la empresa y que son imprevisibles como las situaciones de catástrofes naturales.

El informe al recurso procedente del órgano de contratación señala que la recurrente presenta una oferta condicionada al introducir en su compromiso de entrega el término <<salvo incidencias>>, lo que supone la inclusión de una condición no pedida en los pliegos y absolutamente genérica que vacía de contenido la prestación del servicio de pedidos urgentes.

A juicio del órgano de contratación, la recurrente está pretendiendo justificar con tal expresión cualquier retraso en la entrega debido a acontecimientos que hagan que el tiempo de respuesta sea mayor al estipulado. Por tanto, de aceptarse tal condición, el incumplimiento del compromiso por la recurrente no supondría un incumplimiento contractual que pudiera llevar aparejado la imposición de una penalidad, mientras que sí lo supondría para otra empresa que hubiera presentado su declaración sin condición alguna.

Finalmente, el órgano de contratación aduce que la recurrente trata de confundir el concepto de <<incidencia>> con el de <<fuerza mayor>> que sí permitiría amparar un retraso en la entrega urgente del medicamento. En tal sentido, señala que la incidencia es un concepto amplísimo que ampara cualquier acontecimiento sobrevenido durante el curso del contrato, mientras que el concepto de fuerza mayor hace referencia a un acontecimiento de carácter irresistible, imprevisible e inevitable que puede provocar desde el mero retraso en la ejecución del contrato hasta la imposibilidad de cumplimiento del mismo.

Por último, BAXTER, S.L. efectúa alegaciones al recurso señalando que el motivo por el que la oferta de INIBSA recibió 0 puntos en el criterio discutido fue por incluir una excepción o condición al plazo máximo de 24 horas en la entrega de pedidos urgentes y no porque el compromiso de entrega no fuera inferior a 24 horas como pretende argumentar la recurrente. Asimismo, aduce que la inclusión de la coletilla <<salvo incidencias>> supone un cambio en el compromiso de entrega que no puede ser objeto de aclaración, como pretende la recurrente, toda vez que la redacción del compromiso es completamente clara y cualquier subsanación conllevaría la modificación de los términos de la oferta.

**SEXO.** Expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar la cuestión debatida, que se circunscribe a determinar si la oferta de la recurrente al lote 47 del contrato debió o no recibir 3 puntos en el criterio de evaluación automática denominado <<Servicio de pedidos urgentes en 24 horas>>, cuya redacción, según anexo al cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es la siguiente:

“- Si aporta compromiso de entrega para pedidos urgentes en un máximo de 24 horas = 3 puntos.

- Si no lo aporta = 0 puntos.”

Pues bien, la declaración presentada por INIBSA en la licitación rezaba así: “(...) el plazo de entrega urgente en el que se realizará la entrega del material a suministrar será de 24 horas, salvo incidencias” y ante tal declaración, la oferta de la recurrente recibió 0 puntos en el criterio en cuestión, al considerar el órgano de contratación que “no aporta compromiso de entrega inferior a 24 horas.”

A juicio de la recurrente, tal puntuación adolece de error manifiesto pues el PCAP solicitaba un compromiso de entrega para pedidos urgentes en un máximo de 24 horas y en ningún momento se refiere a que el plazo de entrega tuviera que ser inferior a 24 horas, razón por la que su declaración, al no superar el límite máximo de 24 horas, debió recibir 3 puntos.

Ciertamente la expresión “no aporta compromiso de entrega inferior a 24 horas” que utiliza el órgano de contratación para otorgar 0 puntos a la oferta de INIBSA no es muy afortunada, pues el compromiso de entrega se había aportado y además, conforme al PCAP, la entrega no tenía que ser necesariamente inferior a 24 horas sino que debía ser como máximo de 24 horas, por lo que en principio una declaración de entrega del material en el plazo de 24 horas -que es lo que hace la recurrente- estaría subsumida en el compromiso al que el pliego otorgaba 3 puntos.

Ahora bien, pese a la desafortunada expresión del órgano de contratación, lo cierto es que el compromiso de entrega de pedidos urgentes formulado por INIBSA no se ajusta a los términos requeridos en el PCAP, toda vez que su cumplimiento se condiciona a que no concurran incidencias, lo que de hecho ha supuesto que el órgano de contratación no haya tomado en consideración el compromiso y por ende, no lo haya valorado. Además, tal extremo, es decir, que el compromiso de entrega no se ajusta a la literalidad del criterio definido en el pliego es algo que conoce perfectamente la recurrente, pues dedica gran parte de los argumentos de su recurso a justificar que la expresión <<salvo incidencias>> de su declaración no supone un límite a tal compromiso pues solo se refiere a sucesos que escapan del ámbito de control de la empresa y que son imprevisibles.

Así pues, lo que procede examinar ahora es si el hecho de que la recurrente condicione el compromiso de entrega urgente en un plazo de 24 horas a que no concurran incidencias, supone o no alteración de los términos en que tal compromiso se recoge y valora en el PCAP.

Ya hemos visto que los términos del pliego son taxativos y su dicción literal no recoge ningún tipo de salvedad o condición al compromiso de entrega, de modo que se otorgarán 3 puntos a las ofertas que contengan lisa y llanamente “el compromiso de entrega para pedidos urgentes en un máximo de 24 horas”.

A la vista de lo anterior, resulta claro que INIBSA no efectuó su compromiso de entrega en aquellos términos y que su oferta contenía una reserva o salvedad que no es baladí, pues subordina el cumplimiento del plazo urgente de entrega a la no concurrencia de incidencias, expresión esta que es de una amplitud manifiesta y deja al albur del licitador su posterior concreción durante la fase de ejecución del contrato, lo que en modo alguno puede admitirse.

Al respecto, el artículo 145.1 del TRLCSP es claro y rotundo cuando establece que “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”

Con base en lo expuesto debe considerarse acertada la decisión de la mesa de contratación de no valorar la oferta de INIBSA en el criterio de adjudicación examinado, sin que el citado órgano viniese tampoco obligado a solicitarle aclaración -como argumenta la recurrente- por cuanto los términos de su compromiso eran ya claros y contenían una reserva insoslayable. Es más, por vía de aclaración, el licitador podría haber modificado los términos de su oferta inicial reinterpremando su declaración en los términos en que lo hace ahora en vía de recurso.

La posición aquí expuesta es compartida por el resto de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. En tal sentido, citamos la Resolución 339/2015, de 17 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales donde se señala que “(...) Es doctrina sobradamente conocida la relativa a la necesidad de que las ofertas de los licitadores respeten los requisitos exigidos por los pliegos rectores de la contratación, tanto el de condiciones particulares como el de prescripciones técnicas. Sobre esta cuestión, así como sobre la procedencia de excluir al licitador cuya oferta no cumple tales requisitos, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal (por todas, Resolución nº 19/2013), recordando que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna”

Asimismo, la citada resolución del Tribunal Administrativo Central argumenta que, en el supuesto analizado, tampoco podía haberse solicitado aclaración o subsanación al licitador sobre su oferta. En tal sentido, declara lo siguiente:

“(...) Por último, tampoco cabe aceptar que a la vista de los defectos de la oferta el órgano de contratación hubiera debido requerir su subsanación, pues ello a lo que hubiera podido llevar es a una modificación de los términos de la oferta, algo asimismo inadmisibles, según reiterada doctrina de este Tribunal (Resolución nº 817/2014, de 31 de octubre, y Resolución nº 688/2014 de 23 de septiembre, entre muchas otras), conforme a

la cual el principio de inalterabilidad de las ofertas impide que los órganos de contratación puedan conceder términos o plazos de subsanación de las mismas, solo siendo admisible la presentación de aclaraciones que no supongan modificación de la oferta inicial.”

Por último, la recurrente pretende restringir en su escrito de impugnación el significado del término incidencia -utilizado en su oferta- equiparándolo al de fuerza mayor, para de este modo minimizar los efectos o consecuencias de la salvedad o reserva que introduce en su compromiso de entrega, y ello por cuanto en los supuestos de fuerza mayor sí opera, en todo caso, la exoneración del cumplimiento de la obligación, conforme al artículo 1105 del Código Civil “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos fueran inevitables”.

No obstante, tampoco puede prosperar esta alegación por las siguientes razones:

1. El término <<incidencia>> no es un concepto jurídico y por propia definición su acepción o significado es mucho más amplio que el de fuerza mayor, que sí es un concepto jurídico de gran raigambre en nuestro ordenamiento jurídico y jurisprudencia. Así, mientras que la incidencia es, según el Diccionario de la Real Academia Española, todo acontecimiento que sobreviene en el curso de un asunto o negocio y tiene con él alguna conexión, la fuerza mayor es un concepto acotado por la jurisprudencia que solo se refiere a aquellos hechos que, aun previsibles, son, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado (STSS de 23 de mayo de 1986 y 19 de abril de 1997, entre otras). Por tanto, el concepto incidencia, por propia definición, engloba más sucesos que el de fuerza mayor.

2. Si la intención de la recurrente al formular su oferta fue equiparar ambos conceptos (incidencia y fuerza mayor), no tendría que haber hecho tal reserva o salvedad pues -como hemos indicado- en los casos de fuerza mayor existe una exoneración legal de cumplimiento de la obligación. No obstante, si pese a ello, INIBSA quería hacer hincapié en tal exoneración de responsabilidad en los casos de fuerza mayor, debió utilizar este término en su estricta acepción, en lugar del más amplio de incidencias que comprende cualquier acontecimiento que impida el puntual cumplimiento en plazo.

Así pues, con base en todas consideraciones realizadas procede desestimar el recurso interpuesto.

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 INIBSA HOSPITAL, S.L.U. contra la resolución, de 27 de octubre de 2015, de la Directora Gerente del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de medicamentos con destino a los centros integrados en la Plataforma Logística Sanitaria de Córdoba” respecto al lote 47, (Expte. 69/2015. PA 4/2015).

**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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación respecto al lote 47, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 1 de diciembre de 2015.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.