



Recurso nº 82/2018 C.A. Castilla-La Mancha 6/2018

Resolución nº 205/2018

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

En Madrid a 2 de marzo de 2018.

VISTOS el recurso interpuesto por D. J. M. F. R. , en representación de la mercantil BIOTRONIK Spain, contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación, en lo atinente los lotes nº 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 35 y 36, del "*Acuerdo Marco para el suministro de Marcapasos, Desfibriladores, Electroodos y Holters*", Expediente: 6102T017SUM00004-AM, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación que nos ocupa fue publicada inicialmente en el DOU de 2-8-2017, BOE de 12-8-2017, y DOCastilla-La Mancha de 8-8-2017, con un valor estimado total de 49.323.286 euros, dividido en 40 lotes.

Lotes 1 a 15, marcapasos. Lotes 16 a 25, desfibriladores. Lotes 26 a 37, electrodos. Lotes 38 a 40, holters.

Segundo. El PCAP señala:

En su cláusula 16.5: "*En el caso de que se exija, en el apartado 23 del Anexo I, la entrega de muestras, éstas se presentarán tal y como vayan a suministrarse al SESCAM, perfectamente identificadas con el nombre de la empresa licitadora, el número de lote a que correspondan, y en la cantidad que se fije en el referido apartado 23 del Anexo 1.,*



donde también quedará especificado el sobre (2 ó 3) donde deben presentarse las muestras.”

Y en tal Anexo:

“23. MUESTRAS

23.1 Procede entregar muestras: (Marcado SI)

231. Lugar de entrega: ... Deberán entregarse en plazo y forma al igual que el resto de documentación. Las muestras forman parte del sobre 2.

23.3. Número de producto: Una muestra de demostración, sin ser preciso sea implantable, por cada uno de los lotes a los que se licite. Las muestras no serán devueltas después de su valoración.

23.4. Número de embalaje interno y externo del producto: Se identificara con el número de lote, código SESCOAM, proveedor y referencia

23.5. Valoración Técnica por Laboratorio externo: (Marcado NO)

...”

El apartado 22.1 del Anexo 1, siguiendo con la documentación que deben aportar los licitadores en el sobre 2 (criterios sujetos a juicio de valor):

“Deberán incluir en el sobre 2 la siguiente documentación:

- 1. Deberán cumplimentar el ANEXO 2 que se establece en el Pliego de Prescripciones Técnicas. DATOS IDENTIFICATIVOS DE LA EMPRESA.*
- 2. Deberán cumplimentar el ANEXO 3, que establece el Pliego de Prescripciones Técnicas, FICHA LOGÍSTICA PRODUCTOS, y presentarla en soporte impreso y soporte informático, en Excel 2010.*



3. *Fotocopia del Certificado CE en cumplimiento de la Directiva 90/385/CEE sobre Productos sanitarios implantables activos y sus anexos, así como copia del DOCUMENTO DE ANOTACIÓN EN EL REGISTRO de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por cada uno de los productos ofertados.*

4. *ANEXO 5 del presente Pliego. Este Anexo debe presentarse en soporte impreso y soporte informático, en Excel 2010.*

5. *ANEXO 6 del presente Pliego.*

6. *Anexo III del presente Pliego.*

Todo ello en CASTELLANO.

Cualquiera de los documentos solicitados, en caso de omisión o datos ilegibles, dicha oferta no será considerada".

Y, por otra parte, el apartado 5.2 del Anexo 1, establece que "La adjudicación de los electrodos, irá condicionada a la adjudicación de los marcapasos y desfibriladores por garantías técnicas. Aunque obtengan las mejores puntuaciones en los lotes 26 al 37 ambos incluidos, solo podrán considerarse adjudicatarios exclusivamente quienes lo sean en los lotes 1 al 25, ambos incluidos. En consecuencia la adjudicación de los lotes 26 al 37 quedará condicionada a la adjudicación de los lotes 1 al 25. Esta adjudicación condicionada es por motivos técnicos, debido a que cada marcapasos y/o desfibrilador debe utilizar el electrodo del mismo adjudicatario."

Por último, debe destacarse que, conforme a la cl. 16.2 del PCAP, el sobre dos contendría la "Documentación acreditativa del cumplimiento de los criterios sujetos a evaluación previa, mediante un juicio de valor", el sobre tres –cl. 16.3- la "Documentación acreditativa del cumplimiento de los criterios evaluables mediante la aplicación de reglas o fórmulas", y el sobre cuatro (cl. 16.7), la oferta económica.

Tercero. La empresa Biotronik Spain S.A. presentó oferta a los siguientes lotes:



Nº 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 40.

Tras los trámites oportunos, el informe técnico del Comité Técnico de valoración señaló respecto de la oferta del recurrente (citado en el acuerdo de exclusión) que:

“...falta la copia del certificado CE (documento que resultaba exigible presentar junto con la oferta) en el lote 26, sin referencia en Puesta en el mercado, sólo genérico. En el lote 29, Oferta Base, no aporta la referencia DF-1 SD 60/16:413999 y no aparece la referencia en Puesta en el mercado, sólo genérico; en este mismo lote (29), Variante 1, no corresponde el certificado CE aportado con las referencias DF-1 SD 65/16:414058// DF-1 SD 65/18: 414059// DF-1 SD 75/18:414060.

En lo que a la presentación, obligatoria, de muestras (una por lote) se refiere, el citado informe indica que la empresa Biotronik:

Aporta 1 muestra para dos lotes 26 y 27. Revisada la muestra se comprueba que está tachada la referencia del artículo, lo cual impide conocer a qué lote exacto se debe atribuir la muestra y, por tanto, al lote exacto al que licita la empresa, por lo que se produce un incumplimiento del apartado 16.5 del PCAP y el apartado 23.1 del ANEXO I del PCAP. Todo ello acentuado por la imposibilidad de presentar nueva muestra o aportar otra muestra distinta con posterioridad que supondría una modificación de la oferta, quebrantando el principio de igualdad entre los licitadores. Aporta 2 muestras para tres lotes (29,31 y 36). Revisadas las muestras se comprueba que están tachadas las referencias de los artículos, lo cual impide conocer a qué lote exacto se debe atribuir cada muestra y, por tanto, al lote exacto al que licita la empresa, por lo que se produce un incumplimiento del apartado 16.5 del PCAP y el apartado 23.1 del ANEXO I del PCAP. Todo ello acentuado por la imposibilidad de presentar nueva muestra o aportar otra muestra distinta con posterioridad que supondría una modificación de la oferta, quebrantando el principio de igualdad entre los licitadores.

No aporta muestra para el lote 30. Todo ello acentuado por la imposibilidad de presentar nueva muestra o aportar otra muestra distinta con posterioridad que supondría una modificación de la oferta, quebrantando el principio de igualdad entre los licitadores.



Aporta 1 muestra para tres lotes (32, 33 y 34). En el lote 32 dice que aporta 2 muestras y en los otros lotes que una. Revisada la muestra se comprueba que está tachada la referencia del artículo, lo cual impide conocer a qué lote exacto se debe atribuir cada muestra y, por tanto, al lote exacto al que licita la empresa, por lo que se produce un incumplimiento del apartado 16.5 del PCAP y el apartado 23.1 del ANEXO I del PCAP. Todo ello acentuado por la imposibilidad de presentar nueva muestra o aportar otra muestra distinta con posterioridad que supondría una modificación de la oferta, quebrantando el principio de igualdad entre los licitadores.

Lote 35. Aporta muestra; no obstante, no corresponden las referencias aportadas en el anexo 3 con las referenciadas en el certificado CE aportado.”

Por lo que tal comité propuso su exclusión.

En base a tal informe, a las cláusulas ya citadas del pliego, y a la doctrina sobre vinculación de los licitadores al pliego, se dicta acuerdo de exclusión que concluye que *“La aportación de la documentación citada y de las muestras es elemento exigido por los pliegos para poder valorar los elementos suministrados y no se aportaron (o no se hicieron conforme a lo dispuesto en el pliego) en la oferta a los lotes 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36. Esta circunstancia implica que dichas ofertas resulten contrarias al pliego. Su no aportación priva a las citadas ofertas de imposibilidad de ser valoradas conforme a una valoración técnica (la constitutiva de los criterios sujetos a juicio de valor, incorporados en el sobre 2 de la licitación), por lo que procede necesariamente la exclusión de las mismas del presente procedimiento de licitación.”*

Y acuerda excluirla de los precitados lotes, además de aquellos referidos a electrodos, por aplicación del ap. 5.2 del Anexo 1, en los siguientes términos. *“PRIMERO.- Excluir del procedimiento de licitación del "Acuerdo Marco para el suministro de Marcapasos, Desfibriladores, Electrodo y Holters" a la empresa licitadora BIOTRONIK SPAIN, S.A., en lo atinente a los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36, por haber incumplido sus ofertas el apartado 5.2 del Anexo 1 (lotes nº 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19,*



20, 21, 23, 24) y los apartados 22.1 y 23 del Anexo 1 (lotes nº 4 26, 27, 29,30,31,32, 33, 34, 35 y 36).”

Tal acuerdo, de fecha 19-12-2017, fue notificado a la licitadora el 11-1-2018.

Cuarto. Contra dicha exclusión se interpone el presente recurso el 26-1-2018 , en que se alega infracción de *“los artículos 1 principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa), del RDL 3/2011 Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público TRLCSP, en relación con el art 1288 del Código Civil (prohibición de perjudicar a quien no ha sido causante de la confusión contractual), del artículo 81.2 del Reglamento general de La ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 22 27.1 del Real Decreto 817/2009 y -por su indebida interpretación de los Pliegos PCAP cláusula 16.5 - anexo 1 puntos 22.1 22.3 23 y 5.2 – de los artículos 145 y 160 del TRLCSP-, y el art 35 (motivación) de la ley 39/2015; y de su debida interpretación conforme los precedentes de Juntas Consultivas y Tribunales de Contratación”, por lo siguiente:*

-Se afirma que en el Acta del Comité técnico de 28/11 /17, consta que *“Es por ello que por acuerdo unánime del comité técnico, ante la imposibilidad de comprobar alguna de las características técnicas mínimas indicadas en el pliego de prescripciones técnicas, en el sobre 2, por todo lo indicado, realizarlo con la documentación aportada en el sobre 3.”;* y, sin embargo, no se procedió así, lo que resulta arbitrario, pues, si se hubiera procedido como acordó el Comité , se hubieran arrojado datos técnicos que hubieran permitido la comprobación total de la existencia o no de causas de exclusión de tal carácter.

-Que se permitió realizar aclaraciones a otro licitador, pues en algunos anexos de su oferta los productos aparecían como REPLY SR o REPLAY SR, lo que es contrario al principio de no discriminación, pues no se otorgó igual posibilidad a la actora, *“para la aclaración de las muestras presentadas por esta parte (incluida la asignación a lote) -y demás circunstancias observadas-previamente a la decisión de excluir, cuando con ello hubiera sido posible una concreción que, sin alterar lo presentado, hubiera evitado*



aquella exclusión.” Tal aclaración hubiera consistido en determinar “a cual lote concreto de cada muestra de los indicados en la pegatina correspondía la muestra presentada”.

-Que, en todo caso, y respecto de las muestras presentadas:

1. De los electrodos/cables/sondas (lotes 26 a 36), habría un evidente error en la afirmación de que no podrían relacionarse con lotes concretos de la licitación, como muestran dos informes técnicos independientes y uno propio que acompaña al efecto, según los cuales, y con el detalle que allí se expone, (resumidamente) de la simple inspección visual de la muestra se puede determinar a qué lote corresponde, además de haberse incurrido en el error de confundir el número de referencia con el número de serie, único que figura en la muestra y tachado para que no se pueda implantar al tratarse de una muestra, cuando *“Lógicamente un número de serie no puede identificar a un producto. “*

2. De los lotes 29, 31 y 36, que la diferencia también se aprecia visualmente, y que, igualmente, la numeración que se tachó en la muestra no se corresponde con la referencia del producto sino con el número de serie.

3. Los lotes 32, 33 y 34, ídem (siempre con el detalle correspondiente a cada uno de los mismos).

-Respecto de la exclusión de los lotes 26 y 29 por entender en la ausencia de certificado CE (Lote 26), sin referencia de puesta en el mercado no correspondencia de certificado CE con determinadas muestras, (Lote 29), según informe pericial *“En cuanto al mercado CE hemos comprobado que para lote 26 (SOLIA T) se ha aportado el documento correspondiente pues figura en el mismo que el aportado al lote 27 (SOLIA S) ya que ambos productos figuran en el mismo certificado CE, debidamente desglosados. También se confirma que el documento de puesta en el mercado aportado para el lote 26 recoge las circunstancias específicas del SOLIA T que permiten acreditar que ese producto ofertado cuenta con tal requisito (apartados descripción breve y etiquetado e instrucciones de uso).”*



Como consecuencia suplica la nulidad de la exclusión y que “se retrotraiga (sic) el procedimiento, ordenando la continuación en la licitación de esta compañía respecto de los lotes de electrodos nº 26, 27, 29, 5 31, 32, 33, 34, 35 y 36, o al menos de los lotes de electrodos 27, 29 y 33 señalados en el presente para las muestras aportadas. Y consecuentemente se anule el acuerdo de exclusión de lotes de marcapasos y desfibriladores, lotes nº 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, por ser aptos para ellos los lotes de electrodos indicados.

3. O, alternativamente, al apartado 2 se retrotraiga el procedimiento al momento anterior a la valoración del sobre 2 a fin de que por la Mesa de contratación, auxiliada por su Comité técnico se lleven a cabo las comprobaciones y, en lo que sea necesario, aclaraciones precisas respecto de lo expresado en las muestras -y su asignación a lotes concretos-y documentación técnica de las proposiciones de esta parte...”

Y pide como prueba, además de la aportación de los precitados informes, “Que el Tribunal reclame de la Administración autora del acto recurrido, SESCOAM, para que remita informe complementario del Comité técnico de valoración de la mesa de contratación del proceso de licitación de referencia, para que los miembros del indicado comité se pronuncien sobre las siguientes cuestiones:

2.1.- Si respecto de las muestras presentadas por BIOTRONIK, y mediante el examen visual de sus sistemas de fijación, bobinas y polos, podrían asignarse cada una de tales muestras a cada uno de los lotes específicos indicados en el acuerdo de marco, de entre los lotes señalados en las etiquetas adhesivas de cada una de las bolsas transparentes que contienen las muestras.

2.2.- Si en el sobre 3 de dicho proceso de licitación figura documentación técnica (fichas y hojas de datos) que ayudarían en la labor de asignación referida en el punto anterior.”

-El órgano de contratación, en su informe, destaca que no hay arbitrariedad en el informe técnico de 221 páginas “donde se detalla con precisión cada una de las muestras presentadas por las empresas participantes en la licitación así como la valoración de las mismas, por lo que existe la debida motivación del mismo, al amparo de la discrecionalidad técnica de los miembros de este Comité de Valoración”.



También señala que no hay discriminación, pues no se puede comparar la aclaración señalada con una subsanación que consistiría en presentar nuevas muestras, equivalente a una nueva oferta, lo que sí afectaría al principio de igualdad entre licitadores.

Respecto de los errores valorativos, señala que se incumplió el 23.4 del Anexo al PCAP y que *“no se puede acreditar que la muestra que valora en el recurso se corresponda con la presentada a la licitación puesto que las muestras presentadas en el procedimiento carecían —por haberse tachado- de cualquier trazabilidad de modo que no era posible conocer qué muestra se valora y el lote o lotes a los que debe atribuirse la muestra. Como se puede apreciar en el informe técnico, mediante fotografías en las páginas 31 y 32, las muestras contienen referencias tachadas por lo que el informe técnico no puede acreditar qué producto sanitario es objeto de valoración, ya que en caso de aceptar tal muestra como correcta, se arriesgaría a que la empresa pudiera suministrar otros productos distintos de los ofertados lo que supone un incumplimiento del pliego y, además, en este tipo de productos, un riesgo para la seguridad vital de los pacientes al tratarse de productos de cardiología.”*

Y añade *“Por otro lado, la empresa recurrente no desvirtúa ninguna consideración sobre el resto de causas que motivaron la exclusión de Biotronik en los lotes indicados sobre electrodos, es decir, no presenta certificado CE, no correspondencia de certificado CE aportado con determinadas referencias, ausencia de muestras o presentación de una misma muestra para distintos lotes.”*

Por último, indica que, para el lote 35: *“Aporta muestra; no obstante, no corresponden las referencias aportadas en el anexo 3 con las referenciadas en el certificado CE aportado, cuestión que se entiende consentida por la empresa puesto que, salvo error de este órgano de contratación, no se impugna en el recurso especial presentado por Biotronik, por lo que no existe alegaciones contra esta exclusión.”*

-Ha presentado alegaciones el licitador ABBOTT MEDICAL ESPAÑA, abundando en que no se presentaron las muestras o documentación acorde al pliego.

A estos son de aplicación los siguientes



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41 del TRLCSP, 22 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 Convenio firmado con la CVA de Castilla-La Mancha, de 2 de noviembre de 2012.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, según el cual *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.”*

Tercero. También debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce, extremo que no admite duda alguna, atendido lo dispuesto en el artículo 40.2 del TRLCSP.

Quinto. En cuanto al fondo, debemos comenzar por despejar las dudas en torno a si se ha producido alguna irregularidad por no haber esperado el Comité técnico a la apertura del sobre 3 para proceder al informe técnico sobre los criterios sujetos a juicio de valor y las muestras, en atención a lo que hizo constar dicho Comité técnico el 28 de noviembre.

Pues bien, no le cabe duda a este Tribunal que se ha omitido esperar a tal apertura, porque lo contrario hubiera constituido una vulneración de la normativa al efecto.



Así, el art. 26 del Reglamento aprobado por RD 817/2009 señala en su art. 26: *“Presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor.*

La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.

Artículo 27. Apertura de los sobres

1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público...

2. En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado.

...”

Y artículo “30. *“Práctica de la valoración....*

2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.”

Por tanto, y como ha señalado por demás nuestra doctrina constante, no podía ni debía abrirse el sobre tres, referido, como consta en los antecedentes, a la *“Documentación acreditativa del cumplimiento de los criterios evaluables mediante la aplicación de reglas o fórmulas”*; antes de que se valorasen los criterios sujetos a juicio de valor.

Por tanto, no se incurrió en irregularidad alguna por no “esperar” a la apertura del sobre tres, ni procede practicar prueba alguna consistente en preguntar al Comité *“Si en el sobre 3 de dicho proceso de licitación figura documentación técnica (fichas y hojas de*



datos) que ayudarían en la labor de asignación referida en el punto anterior.”, puesto que dicha “ayuda” no es posible.

Sexto. Entrando ya en la cuestión atinente a las muestras presentadas, no puede negarse que la oferta del recurrente incumplió la obligación que le imponía el PCAP de presentarlas , respecto de los lotes 26, 27, 29, 30, 31 ,32, 33, 34 y 36, *“perfectamente identificadas con ... el número de lote a que correspondan,...”* (cl. 16.5) , y conforme la Cl. 23.3. del Anexo 1, presentando *“Una muestra de demostración, sin ser preciso sea implantable, por cada uno de los lotes a los que se licite. “*, en que constase (cl 23.4.) *“Número de embalaje interno y externo del producto: Se identificara con el número de lote, código SESCOAM, proveedor y referencia.”*

Y ello, por cuanto en definitiva el recurrente no niega la realidad de los defectos incurridos, sino que trata de desvirtuar su trascendencia: así, recordemos que ha aportado una sola muestra para dos lotes 26 y 27, con la referencia del artículo tachada; aporta dos muestras para tres lotes (29,31 y 36) con las referencias de los artículos tachadas; no aporta muestra para el lote 30; y aporta una muestra para tres lotes (32, 33 y 34), también con la referencia tachada.

Por tanto, en los lotes 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34 , 36, no aporta una muestra por cada lote, ni indica a qué lote pertenecen las muestras presentadas, ni identifica las muestras con referencia o serie.

La necesidad de que las muestras se presenten en las condiciones establecidas por el pliego ha sido reiterada por este Tribunal, así en nuestra Resolución 1166/2017, la 802/2017, o la 804/2016 so pena de exclusión del licitador. Decíamos en la 802/2017 que *“No podemos dejar de señalar que, constituye doctrina sentada por este Tribunal que los Pliegos constituyen la ley del contrato, en primer lugar como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a*



dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.

Por otro lado, según decíamos en la Resolución 763/2014, recogida en la Resolución 962/2015 de 19 de octubre, el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna.”

Recordemos que ya desde nuestra Resolución 49/2017, hemos señalado que el carácter vinculante de los pliegos sólo puede cuestionarse si se alega una causa de nulidad de pleno Derecho (que no es el caso) y además se diera el supuesto de que un “licitador razonablemente informado y normalmente diligente” “no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión”; de lo cual tampoco aparecen indicios en nuestro caso.

Y hemos afirmado la insubsanabilidad del defecto referido a la falta de presentación de muestras, pues en este caso hubiera supuesto la nueva aportación de muestras, incorporando las omitidas, señalando a qué lote correspondía cada una, e identificándolas debidamente, lo que supondría una nueva oferta con quebranto de la igualdad entre licitadores: En la Resolución 1089/2016 recordamos que “*Por otro lado, sobre la hipotética posibilidad de acordar la subsanación de la falta de aportación de muestras, no se considera sea procedente. En este sentido, este Tribunal, entre otras, en la Resolución 158/2013, citada por la también antedicha, ha señalado:*



“En cuanto a la doctrina de aplicación a la subsanación de errores, ya señalamos, entre otras en nuestra Resolución 297/2012, que "En este sentido como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera:

Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.

En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA).

Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.”



Añadíamos que “Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, (...)”

Ahora bien, deben ponderarse, como se indica en la Resolución 104/2012, los principios apuntados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”.

Resulta por tanto, a juicio de este Tribunal, que no sería procedente la subsanación de la falta de presentación de muestras dado que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones. Nos encontraríamos por tanto ante un defecto insubsanable.”

Añadamos que no es óbice que . respecto de otro licitador, se haya permitido una mera aclaración puntual que no supuso la necesidad de presentar nuevas muestras o alterarlas en ningún caso, por lo que no apreciamos quiebra del principio de igualdad.



Al ser necesario presentar las muestras en las condiciones y requisitos que determina el pliego, resulta inane que se trate de demostrar mediante informes técnicos que las muestras eran identificables, pues ello no oculta que se presentaron sin cumplir las especificaciones que regían para todos los licitadores, por lo que interpretarlo del modo “flexible” que se pretende constituiría un privilegio en beneficio del recurrente. Por ello, no procede dirigir pregunta alguna al Comité técnico en tal sentido, como se pide por el recurrente.

Tampoco puede prosperar el pretendido error consistente en aseverar que lo borrado era el número de serie, que no sería identificativo, pues –además de que subsistiría el incumplimiento causante de exclusión consistente en no haberse presentado muestras para todos estos lotes, identificando para qué lote era cada una- la realidad, como hemos transcrito, es que el pliego exigía una identificación que permitiera la trazabilidad del producto, y el recurrente no ha podido justificar que sus muestras la contuvieran.

- Por lo que, en estos extremos, su impugnación no puede prosperar.

Séptimo. Entraremos ahora en los defectos en los certificados CE, que atañen a los lotes:

- 26 y 29 : según el órgano de contratación, falta la copia del certificado CE en el lote 26, sin referencia a Puesta en el mercado, sólo genérico; en el lote 29, Oferta Base, no aporta la referencia DF-1 SD 60/16:413999 y no aparece la referencia en Puesta en el mercado, sólo genérico; en este mismo lote (29), Variante 1, no corresponde el certificado CE aportado con las referencias DF-1 SD 65/16:414058// DF-1 SD 65/18: 414059// DF-1 SD 75/18:414060.

- Respecto del lote 35, en que –según el órgano de contratación- aporta muestra, pero obstante, no corresponden las referencias aportadas en el anexo 3 con las referenciadas en el certificado CE aportado.

En este punto, queda en todo caso excluida su oferta del lote 26 y del 29 por el defecto en la presentación de muestras, ya estudiado en el Fundamento precedente, que nos excusa de entrar en esta cuestión.



Y, en lo que se refiere a los defectos en los certificados referentes al lote 35, ninguna alegación se hace en relación con esta cuestión, pues, como hemos visto en los antecedentes, el recurso solo se refiere (en el punto referido al certificado CE) al lote 26; no pudiendo suplir este Tribunal la carga impugnatoria que recae sobre el recurrente.

Octavo. En cuanto a la vinculación entre la exclusión en unos lotes y otros, el apartado 5.2 del Anexo 1, establece –como hemos transcrito- que *"La adjudicación de los electrodos, irá condicionada a la adjudicación de los marcapasos y desfibriladores por garantías técnicas. Aunque obtengan las mejores puntuaciones en los lotes 26 al 37 ambos incluidos, solo podrán considerarse adjudicatarios exclusivamente quienes lo sean en los lotes 1 al 25, ambos incluidos. En consecuencia la adjudicación de los lotes 26 al 37 quedará condicionada a la adjudicación de los lotes 1 al 25. Esta adjudicación condicionada es por motivos técnicos, debido a que cada marcapasos y/o desfibrilador debe utilizar el electrodo del mismo adjudicatario."*

Por lo que, no habiendo sido impugnada dicha cláusula, ni haciéndose alegación alguna en este recurso referida a su interpretación, han de confirmarse las exclusiones vinculadas que han sido acordadas a las anteriores (lotes 1,2,3,4,5,7,8,9,10,11,12,13,14,16,18,19,20,21,23,y 24).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso 82/2018 interpuesto por D. J. M. F. R. , en representación de la mercantil BIOTRONIK Spain, contra el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco para el suministro de Marcapasos, Desfibriladores, Electroodos y Holters a la empresa licitadora, en lo atinente los lotes nº 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 35 y 36, del *"Acuerdo Marco para el suministro de Marcapasos, Desfibriladores, Electroodos y Holters"*. Expediente: 6102T017SUM00004-AM, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM).



Segundo. Declarar que no se aprecia mala fe ni temeridad en la interposición del recurso, por la que no procede imponer sanción alguna.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.