RE 138/2018

Acuerdo 26/2019, de 28 de febrero de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "SYNLAB PATHOLOGY, S.L.U." frente a su exclusión del procedimiento denominado «Servicio para la realización de procedimientos diagnósticos (muestras de anatomía patológica)», promovido por la Gerencia del Sector de Calatayud del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha de 10 de septiembre de 2018 se resolvió, por la Gerencia del Sector de Calatayud del Servicio Aragonés de Aragón, aprobar el expediente relativo al «Servicio para la realización de procedimientos diagnósticos (muestras de anatomía patológica)», así como los Pliegos que habían de regir la licitación.

Segundo.- El contrato objeto de recurso fue calificado como un contrato de servicios, con código CPV 81500000-3, no estando sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 204.333 euros IVA excluido. El expediente de contratación ha seguido la tramitación ordinaria, mediante el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, tal y como se contempla en los artículos 131, 156 y siguientes de 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).

Tercero.- El 13 de septiembre de 2018, como consta en el expediente administrativo, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público

el anuncio de licitación junto con los correspondientes Pliegos. En el anuncio se indicaba que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 1 de octubre de 2018 a las 14:00 horas. El 24 de septiembre de 2018 se insertó, en el Perfil del Contratante, una modificación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), sin ampliar el plazo de presentación de ofertas.

Cuarto.- Agotado el plazo de presentación de proposiciones, concurren al procedimiento en tiempo y forma las siguientes empresas licitadoras: "CERBA INTERNACIONAL, S.A.", "LABORATORIOS MARTINEZ-PEÑUELA", y "LABCO PHATHOLOGY, S.L.U." (actualmente, tras un cambio de denominación social, "SYNLAB PATHOLOGY, S.L.U.").

Quinto.- Durante la tramitación del correspondiente procedimiento, la Mesa de contratación celebró cuatro sesiones los días 3, 10 y 17 de octubre y 8 de noviembre de 2018, según las actas levantadas al efecto.

Abiertos y valorados los Sobres "Tres", la Mesa de contratación acordó excluir la oferta de "SYNLAB PATHOLOGY, S.L.U." al no ajustarse su oferta económica al modelo establecido en el PCAP. Con fecha 23 de octubre de 2018 la citada mercantil recibió la correspondiente notificación.

Sexto.- El día 13 de noviembre de 2018 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por don. A.S.C., en nombre y representación de "SYNLAB PATHOLOGY, S.L.U.", frente al acuerdo de exclusión del procedimiento referenciado.

Dicho recurso aduce, en síntesis, lo siguiente:

- Que la exclusión de "SYNLAB PATHOLOGY, S.L.U." no es ajustada a Derecho y vulnera los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación.

- Que a pesar de que la Mesa de contratación excluyó su oferta alegando que no se correspondía con el modelo establecido en el PCAP, la forma en que se presentó no impedía extraer los datos necesarios para la asignación de los puntos relativos a los criterios de evaluación posterior.
- Considera, además, que el defecto que presentaba la oferta era solo un error material sin trascendencia suficiente como para excluir la oferta y no impedía su comprensión global.

Por todo lo argüido, interesa que se estime el recurso y se declare la nulidad de la exclusión, retrotrayendo las actuaciones al momento de la valoración del Sobre número “Tres”.

Séptimo.- Una vez recibido el recurso, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón constató en el mismo varios defectos relativos a la acreditación de don A.S.C. y en la de sus propios representados. En consecuencia, el 14 de noviembre de 2018, el Tribunal solicitó al recurrente la subsanación de estas deficiencias, otorgando un plazo de tres días hábiles para atender el requerimiento. El 19 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el Registro del Tribunal la documentación solicitada para la subsanación.

Octavo.- El 14 de noviembre de 2018, el Tribunal solicitó al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP. El 20 de noviembre de 2018 el órgano de contratación remitió, al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la documentación solicitada a través de correo electrónico.

Noveno.- El 21 de noviembre de 2018 se dio trasladado del recurso al resto de interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. El 28 de noviembre de 2018 se recibieron alegaciones por parte de la empresa “CERBA INTERNACIONAL, S.A.”.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "SYNLAB PATHOLOGY, S.L.U." para interponer recurso especial así como su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1.a) de la LCSP, al tratarse de un licitador admitido a la licitación de referencia, ostentando por tanto un evidente interés legítimo en que prospere el recurso.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la exclusión de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 60.000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) de la LCSP y 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA).

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Resuelta la admisibilidad del recurso y descendiendo ya al fondo del asunto, la recurrente defiende que su oferta se ajusta a lo requerido por los pliegos, sin perjuicio de reconocer que en la misma se advierte un error material que califica de «*fácilmente identificable*», de tal forma que considera que solicitando aclaración de la oferta quedarían claros los términos de la misma y, por ello, solicita que se deje sin efecto su exclusión acordada por la Mesa de contratación en la sesión celebrada el día de 17 de octubre de 2018, así como que se retrotraigan las actuaciones a la calificación de los Sobres "Tres" y se proceda por la Mesa de contratación a solicitarle aclaración sobre su oferta, en los términos que establece el artículo 9 de la LMMCSPA.

Para fundar sus argumentos expone la recurrente que la discordancia surgió en el momento en el que el órgano de contratación modificó la redacción del Anexo IX del PCAP, para refundir dos partidas (Biopsias pequeñas 1 cristal y Biopsias cirugía de rutina 1 o 2 cristales) en una sola (Biopsia pequeña 1 ó 2 cristales).

Estas partidas, en principio, aparecían reflejadas de forma independiente, con descripciones distintas y diferentes cantidades, aunque asociadas al mismo código SERPA (400008088) y con el precio unitario máximo de licitación de 14 euros en cada una de ellas. Tras la modificación del PCAP, se agregaron las unidades de las dos partidas en la nueva manteniéndose el mismo código SERPA y el mismo precio unitario.

Manifiesta la recurrente que su oferta había sido configurada tomando como referencia las previsiones iniciales del Anexo IX del PCAP e insiste en que para interpretar su oferta conforme a la modificación del Anexo IX del PCAP, bastaría con sumar las dos partidas (las de Biopsias pequeñas 1 cristal y las de las biopsias de cirugía de rutina), dado que las cantidades de la nueva partida surgen de la agregación de las que ya aparecían desglosadas y que el precio unitario no ha variado con la modificación.

La recurrente basa su razonamiento, de un lado, en la cláusula 2.2.5.3 del PCAP, junto con lo dispuesto en el artículo 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 (en adelante, RGLCAP). Dicha cláusula establece:

«*SOBRE Nº TRES: TÍTULO: OFERTA ECONÓMICA Y PROPUESTA SUJETA A EVALUACIÓN POSTERIOR*

En este sobre, se deberá incluir la OFERTA ECONÓMICA y el resto de documentos relativos a la propuesta ofertada por el licitador y que estén considerados de evaluación posterior por ser susceptible de evaluación

automática por aplicación de fórmulas, de conformidad con lo indicado en el Anexo XII.

La OFERTA ECONÓMICA será formulada conforme al modelo que se adjunta como Anexo VIII de este pliego, formando parte inseparable del mismo. Las ofertas de los contratantes deberán indicar, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.

Cada licitador no podrá presentar más de una proposición. Tampoco podrá suscribir una proposición en unión temporal con otras empresas si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una UTE. La contravención de este principio dará lugar a la exclusión de todas las presentadas.

La proposición económica se presentará en caracteres claros y no se aceptarán aquéllas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer, claramente, lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta».

Por su parte, el artículo 84 del RGLCAP prevé «*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*».

Por lo que concluye que se evidencia que su oferta adolece de un error material irrelevante y que no queda justificada, por tanto, la exclusión acordada, pues considera que se atenta contra el principio de proporcionalidad así como el de concurrencia.

Sostiene, como ya se ha expuesto anteriormente, que el error trae causa de la modificación operada por el órgano de contratación sobre el PCAP, con la

agregación de las dos partidas citadas, señalando la recurrente que dicha modificación no fue considerada sustancial por el citado órgano –cuestión que lejos de combatir, comparte– y fue lo que determinó que no se llevara a cabo la apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas.

Por ello entiende que, dado que la modificación del pliego se consideró no sustancial, corresponde esa misma calificación a su oferta puesto que considera que el error cometido no afecta a la posibilidad de valorar la oferta en igualdad de condiciones con las del resto de licitadores.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que efectivamente, se advirtió que el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y el PCAP se contradecían entre sí al referirse a las partidas señaladas por la parte recurrente y, por ello, se publicó el día 24 de septiembre de 2018 una modificación del PCAP que armonizara las dos redacciones y corrigiera la discrepancia advertida. Señala que no se amplió el plazo de presentación de ofertas al considerar que la modificación no tenía la suficiente trascendencia como para aplicar el artículo 136.2 de la LCSP. Por lo demás, el órgano de contratación en su informe se reafirma en su actuación y considera correcta la decisión de excluir la oferta de “SYNLAB PATHOLOGY, S.L.U.”.

La alegante, “CERBA INTERNACIONAL, S.A.”, a su vez, también se opone al recurso señalando en primer lugar, que al no impugnar “SYNLAB PATHOLOGY, S.L.U.” los pliegos, estos devinieron consentidos, quedando vinculados por ellos, incluida su modificación ulterior. Corolario de ello, su oferta económica debería haberse ajustado a la nueva redacción del Anexo IX del PCAP y, al no proceder de esa manera, su exclusión es ajustada a Derecho.

TERCERO.- En primer lugar procede señalar que los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, se hallan

vinculados por el principio de congruencia, como se desprende del actual artículo 57.2 de la LCSP y como este propio Tribunal administrativo ha puesto de manifiesto con anterioridad en los Acuerdos 51/2013, de 13 de septiembre, 61/2013, de 28 de octubre, 10/2014, de 18 de febrero, 15/2014, de 17 de marzo, o 28/2014, de 12 de mayo. En palabras del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 6 de marzo de 2013: recurso número 1091/2010) el deber de congruencia implica la necesaria correlación respecto a las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* y la *causa petendi*, y el fallo de la sentencia. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo se refiere al ámbito judicial, caben trasladar sus razonamientos, *mutatis mutandi*, al ámbito propio de los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación. En consecuencia, el margen del que dispone este Tribunal administrativo está constreñido por lo efectivamente solicitado en el recurso, no pudiendo entrar en cuestiones no invocadas por la recurrente.

En ese sentido, debe subrayarse la conformidad expresada por la recurrente en relación con la decisión del órgano de contratación de considerar como no significativa la modificación que realizó sobre el PCAP, cuando en realidad y a la vista de lo expuesto, entiende este Tribunal administrativo que la modificación realizada sí que era significativa. No obstante, al no atribuírsele tal calificación ello determinó que no fuera necesario ampliar el plazo inicial de presentación de ofertas.

Por tanto, en cumplimiento del principio de congruencia, este Tribunal ha de atenerse al planteamiento asumido por la recurrente, común al órgano de contratación, y analizar a la luz del mismo las pretensiones esgrimidas desde el recurso.

La resolución del recurso requiere examinar si la actuación de la Mesa de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, al PCAP que –junto con el

Pliego de Prescripciones Técnicas–, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

La cláusula 2.2.6 del PCAP, titulada `efectos de la presentación de proposiciones´, establece:
«*La presentación de proposiciones supone por parte del empresario la aceptación incondicional de las cláusulas de este Pliego y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la Administración*».

En este punto, este Tribunal entiende conveniente recordar la doctrina ya establecida desde sus Acuerdos 1 y 4/2011, de 28 de marzo y 14 de abril, respectivamente. Por una parte, que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera; así como que el artículo 122.2 de la LCSP, en relación con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, establece que «*en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán… los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato… y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo*».

Como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación. Y vinculan en sus propios términos (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009 – número de recurso 5947/2007-) de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP cuando señala: «*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna…*».

Tal y como viene siendo doctrina de este Tribunal (por todos, el Acuerdo 30/2013, de 24 de junio) cuando los Pliegos son aceptados y consentidos, sin salvedad o reserva alguna, no es posible, cuestionar la validez jurídica de las actuaciones que derivan de su estricta aplicación, pues se produciría un quebranto del principio del «*non venire contra factum propium*».

En el presente caso, el Anexo IX del PCAP, una vez modificado, presentaba una única partida:

Cog. SERPA	Descripción	Cantidad en Unidades	Precio unitario máximo de licitación (IVA excluido)
	MUESTRAS PROCESADAS:		
40008088	BIOPSIA PEQUEÑA (1ó 2 CRISTALES)	1884	14.-

No obstante, como se viene señalando en el presente Acuerdo, la oferta de la recurrente presentaba el desglose de dos partidas diferentes y no coincidentes con la del Anexo IX del PCAP:

Descripción	Precio unitario máximo de licitación (IVA excluido)	Precio unitario ofertado (IVA excluido)	Importe IVA	Importe total Ofertado
BIOPSIA PEQUEÑA 1 CRISTAL A (pequeña 1 cristal)	14,00 €	10,00 €	Exento	10.000,00 €
BIOPSIA CIRUGÍA DE RUTINA. B (cirugía de rutina 1 ó 2 cristal)	14,00 €	12,00 €	Exento	10.608,00 €

La recurrente, que presentó la oferta antes de la modificación del PCAP, sin embargo, tal y como se ha señalado anteriormente, asume en el recurso el PCAP incluida su alteración ulterior, pese a que presenta un modelo de oferta, en concreto, en lo referente a los precios unitarios, que no coincide con el modelo de oferta, establecido en el Anexo IX relativo a los precios unitarios, pues como se viene señalando a la largo del presente Acuerdo la recurrente siguió al modelo que inicialmente venía recogido en el PCAP.

Los precios unitarios a que se refiere el mencionado Anexo IX traen causa de la cláusula 2.1.3 del PCAP, dedicada al presupuesto de licitación, que establece: «*Si el sistema de determinación del precio del contrato indicado en*

el apartado D del Cuadro-Resumen es el de precios unitarios, los precios máximos unitarios de licitación, IVA excluido, serán los establecidos en el Anexo IX».

Y de ahí que el órgano de contratación, en su informe al presente recurso, respecto de la oferta realizada por la recurrente señale:

«*El importe global de las mismas* (se refiere a las muestras de anatomía patológica) *asciende a 20.608 €, pero si realizamos la operación (del total del producto, 1884 pruebas) con el precio ofertado inferior: 10€, el resultado nos dará un importe de 18.840 €. Y si por el contrario utilizamos el precio superior: 12 €, el resultado nos dará un importe de 22.608 €.*

En ambos casos el importe total ofertado varía considerablemente respecto del presentado en la licitación:

Importe del resto de partidas ..... 37.336.- €
Importe de la partida con precio de 10 € ..... 18.840.-€

*TOTAL LICITACIÓN ..... **56.176.-€***

Importe del resto de partidas ..... 37.336.- €
Importe de la partida con precio de 12 € ..... 22.608.- €

*TOTAL LICITACIÓN ..... **59.944.- €***

*El importe de licitación total que presenta la empresa en el modelo de oferta económica Anexo VIII es de **57.944.-€***

Por todo ello, y tras la comprobación de los precios unitarios y no del importe global, los miembros de la Mesa de Contratación en la reunión de fecha 17 de octubre de 2018 y ante la imposibilidad de valorar la oferta presentada por la comercial LABCO PATHOLOGY, S.L.U., propone la exclusión en el procedimiento».

A la vista de lo expuesto, este Tribunal administrativo debe concluir que el modelo de oferta establecido conjuntamente en los Anexos VIII y XI del PCAP

establecen la forma de presentación de las ofertas y, en contra de lo sostenido por la recurrente, no basta la agregación de las dos partidas para conocer su oferta, en la medida en que otorga un precio unitario diferente para cada una, cuando el modelo contempla un único precio, pues así venía recogido en el Anexo IX del PCAP una vez enmendado. Por ello, ante esta disparidad de precios ofertados por la recurrente, resulta imposible determinar cuál sería el precio unitario ofertado para la partida surgida tras la modificación del PCAP, si es el correspondiente al de las biopsias pequeñas 1 cristal o el de las biopsias cirugía de rutina, por lo que la actuación de la Mesa de Contratación al excluir su oferta se entiende conforme a Derecho, pues como ya se afirma en nuestro Acuerdo 52/2012, de 28 de noviembre, así como en el Acuerdo 111/2016, de 11 de noviembre y en el Acuerdo 65/2018, de 26 de julio, uno de los aspectos en que la necesidad de adaptación de las proposiciones al contenido de los pliegos es más evidente, es el relativo a la oferta económica, que está sujeta a dos requisitos: uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación; y otro formal, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales. Las proposiciones que no respeten estos requisitos, deberán ser rechazadas en resolución motivada, tal y como dispone el artículo 84 del RGLCAP anteriormente citado.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación la Resolución 393/2017, de 28 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que, en un caso similar, consideró que tampoco era posible realizar una valoración del precio con los datos disponibles en la oferta.

Y por tanto, a la vista de lo expuesto, es claro que no procede realizar el trámite de aclaración que solicita la recurrente puesto que dicha aclaración supondría necesariamente una alteración de los términos de la oferta, en contra del principio de igualdad de trato (que es la piedra angular sobre la que descansan las Directivas relativas a los procedimientos se adjudicación de contratos públicos –Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-470/99: *Universale-Bau AG y otros*–), ya que la

recurrente se vería obligada a descartar uno de los dos precios unitarios presentados en relación con las partidas relativas a las biopsias pequeñas 1 cristal y a las de las biopsias de cirugía de rutina, por lo que de conformidad con la doctrina sentada por este Tribunal administrativo ya desde el Acuerdo 32/2011, de 22 de diciembre, mantenida por todos en el Acuerdo 62/2018, de 20 de julio, sobre las aclaraciones a los licitadores, su alcance y límites, tomando como base los requisitos que se contienen en el artículo 9º de la LMMCSPA, se entiende que en el presente supuesto no concurren los requisitos a que se refiere el citado precepto legal, teniendo además que señalar que no se pueden acoger los argumentos esgrimidos por la recurrente en cuanto a los Acuerdos que invoca de este Tribunal administrativo (Acuerdo 43/2018, de 18 de junio y Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre), para fundar sus pretensiones, pues además de no coincidir plenamente los supuestos de hecho, en ambos casos, se rechazaron las pretensiones de las recurrentes siendo desestimados los recursos con imposición de multa a éstas.

A la vista de lo expuesto procede desestimar el recurso.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar, el recurso especial presentado en nombre y representación de “SYNLAB PATHOLOGY, S.L.U.” frente a su exclusión del procedimiento denominado «Servicio para la realización de procedimientos diagnósticos (muestras de anatomía patológica)», promovido por la Gerencia del Sector de Calatayud del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

El presente Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de dicha norma jurisdiccional, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP.