Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

**RE 46/2023**

**Acuerdo 53/2023, de 8 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "REDDY PHARMA IBERIA, S.A.", frente a su exclusión de la licitación del contrato denominado «Suministro de fingolimod 0,5mg cápsulas, para el servicio de farmacia del Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza y del Hospital de la Defensa de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario de Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.**

Ponente: Esperanza Ríos Marín

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**- Con fecha 20 de febrero de 2023 se envió, para su publicación, al Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), el anuncio previo de licitación relativo al procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) el día 22 de febrero siguiente. Según figura en los citados anuncios, la fecha límite de presentación de ofertas era el día 24 de marzo de 2023.

Se trata de un contrato de suministro, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 322 952,40 euros, IVA excluido.

**Segundo.-** La Mesa de contratación, reunida el día 13 de abril de 2023 y a la vista del informe técnico de valoración del Sobre "B Propuesta sujeta a evaluación previa", acordó, por lo que a este acuerdo interesa, la exclusión –

entre otras- de la mercantil “REDDY PHARMA IBERIA, S.A.U.”, ahora recurrente.

Según figura en el acta levantada al efecto, el motivo de la exclusión se debió al incumplimiento en la oferta de la recurrente del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y así respecto a su oferta figura en la mencionada acta lo siguiente: *«No valorable por faltar documentación obligatoria a aportar por el licitador (no exigencia de pedido mínimo), punto 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas.»*

La exclusión fue notificada a la citada mercantil a través de la PCSP, el día 18 de abril de 2023 y el informe del que trae causa la misma, el día 28 de abril siguiente.

**Tercero.-** El día 4 de mayo de 2023, se recibió en este Tribunal administrativo escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón por don A.A.V., en nombre y representación de la mercantil “REDDY PHARMA IBERIA, S.A.U.”, en el que manifiesta su disconformidad frente al acuerdo de exclusión citado en el Antecedente anterior.

La recurrente, aun reconociendo su error al no incluir el documento requerido en el sobre correspondiente, considera que la exclusión es desproporcionada, excesivamente formalista y que era un defecto subsanable, por lo que la Mesa de contratación debió llevar a cabo el oportuno trámite de subsanación.

Por lo expuesto, solicita la anulación de su exclusión y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la misma.

**Cuarto.-** El día 5 de mayo de 2023 se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente completo, así como el informe al que alude el artículo 56.2 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).

El día 8 de mayo siguiente se recibió la documentación requerida. En su informe, el meritado órgano se ratifica en la corrección de la exclusión efectuada, interesando la desestimación del recurso.

**Quinto.-** El día 5 de mayo de 2023 este Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, remitió requerimiento de subsanación para aportación del documento que acreditara la personalidad de la recurrente así como la representación del firmante del escrito de recurso, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Dicho requerimiento fue atendido el día 8 de mayo siguiente.

**Sexto.-** El 10 de mayo de 2023 se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, 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. No se han recibido alegaciones.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PREVIO.-** El día 17 de abril de 2023, se publicó en el Boletín Oficial de Aragón, la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Quinta apartado 1 de la citada norma, la misma ha entrado en vigor con fecha

17 de mayo del ejercicio corriente, sin embargo debe tenerse en cuenta el régimen transitorio establecido en su Disposición Transitoria primera que establece lo siguiente:

*«Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación haya sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior en todas sus fases. En el caso de procedimientos con negociación sin publicidad, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»*

Así, dado que en el presente caso el anuncio de licitación fue publicado en la PCSP el día 22 de febrero de 2023, tal y como se ha señalado en el Antecedente de Hecho Primero del presente Acuerdo, resulta de aplicación la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante LMMCSPA).

En cuanto al presente recurso especial, se regirá también por la citada ley hasta su resolución, dado que el acto impugnado se dictó con anterioridad a la entrada en vigor señalada, de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en defecto de previsión expresa en aquélla.

**PRIMERO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de “REDDY PHARMA IBERIA S.A.U.” para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros,

por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la LMMCSPA, y se dirige contra el acto de exclusión de un licitador, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.b) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

**SEGUNDO.-** Resuelta la admisión del recurso, procede entrar sobre el fondo del mismo en el que se plantea una única cuestión, la de la disconformidad a Derecho de la exclusión de la licitación a la ahora recurrente, puesto que –a su juicio– el órgano de contratación debió requerirle para que subsanara la falta de aportación de la documentación que debía formar parte del Sobre "B" Propuesta sujeta a evaluación previa, en concreto, una declaración responsable expresa del licitador de no exigencia de cantidades/importes mínima/os de pedido y que venía exigida en el apartado 3 del PPT que rige el contrato. En refuerzo de su argumentación alude a distintas sentencias y resoluciones de varios órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación, incluido este Tribunal Administrativo.

En el escrito de recurso se expone lo siguiente:

*«De acuerdo con el acto impugnado, la exclusión de nuestra empresa de la presente licitación tiene, por fundamento el siguiente motivo:*

| POS. | Material | Descripcion del material | VIA ADMON | Cantidad APROX. 12 MESES | NUM. | LICITADOR | CODIGO NACIONAL | PRINCIPIO ACTIVO | DOSIS | PRESENTACIÓN | VÍA ADMON | CRITERIOS OBLIGAGORIOS PPT | Mues. | FACILIDAD SEPARACIÓN MANUAL | CODIGO QR O DATAMATRIX | ACONDICIAMIENTO. DIMENSIONES | ACONDICIONAMIENTO SECUNDARIO | Punt. Total | COMENTARIOS |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | H15987 | FINGOLIMOD 0,5 MG CAPS | ORAL | 29.903,00 | 100003128 | REDDY PHARMA IBERIA, S.A.U. | 730521.7 | Fingolimod | 0,5 mg | 28 Cápsulas | Oral | NO | SI | | | | | 0 | No valorable por faltar documentación obligatoria a aportar por el licitador (no exigencia de pedido mínimo), punto 3 del Pliego de Prescripcion Técnicas |

**No valorable por faltar Documentación obligatoria a aportar por el licitador (no exigencia de pedido mínimo), punto 3 del Pliego de Prescripción Técnicas.*

*Si bien es cierto, que el pliego exigía entre la documentación a presentar en el sobre 2: Declaración responsable expresa del licitador de no exigencia de cantidades /importes mínima/os de pedido.*

*REDDY, está en completo desacuerdo con la decisión tomada por la mesa de Contratación en cuanto a la exclusión de nuestra empresa, que, tal y como se argumentará a continuación, la omisión de documentación cometida, no genera una contradicción ni impide conocer el contenido de la oferta.*

*Efectivamente, tal y como manifiesta la mesa, REDDY reconoce la omisión del mismo en el sobre 2, toda vez que por error se facilitó tal declaración responsable en el sobre 3. Si bien, la actuación de la mesa resulta desorbitada, toda vez que la precitada omisión no afecta al contenido material de la oferta ni imposibilita valorar la misma, ya que el documento erróneamente aportado en el sobre 3 no contiene información valorable.*

*Asimismo, procede analizar entonces, si la omisión-error cometido por REDDY es suficiente para determinar su exclusión de la licitación como acordó el órgano de contratación. En esta materia, los órganos de recursos contractuales han ido elaborando una ya sólida doctrina sobre los supuestos en que cabe la exclusión de los licitadores por incumplir los requisitos técnicos exigidos en los*

*pliegos, en relación con lo cual han señalado que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento.*

*En este sentido, y como se recoge en la Resolución nº 1006/2015, reproducida en la Resolución nº 1059/2018, ambas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:*

*"A ello añadiremos que el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone 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, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al Pliego de Prescripciones Técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar.*

*Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado."*

*En este caso, resulta evidente que no nos encontramos ante un incumplimiento expreso, sino únicamente ante una omisión en el sobre 2. La ausencia de información, no sería suficiente motivo de exclusión, sino que se trataría de un defecto subsanable, toda vez que se puede acreditar el cumplimiento del requisito sin alterar el sentido de la proposición.*

*Tras la actuación poco acertada de la mesa de contratación, debemos atenernos al principio antiformalista, manifestando conforme a la doctrina de los Tribunales :"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, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012)." Así, es cierto que, como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su*

*vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 14 1/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclina cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando que "una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia"*

*Cabe traer a colación, asimismo, la reciente Resolución 132/2018, del Tribunal Administrativo al que nos dirigimos, que en relación con la doctrina antiformalista, dispone:*

*"El análisis de esta cuestión debe comenzar recordando la importancia de las formalidades a lo largo de un procedimiento de adjudicación contractual como garantía de la igualdad y equilibrio entre los licitadores. Ahora bien, una cosa es la exigencia del cumplimiento de las formas como medio para garantizar la igualdad y equilibrio entre las partes y otra imponer un criterio formalista que redunde en una erosión de la libertad de concurrencia. Es por ello que este Tribunal procura una interpretación antiformalista y pro actione sobre la base del art. 151 del TRLSCP y 81 del Reglamento de Contratos de la Administración Pública. Así, resolución 918/2017, de 11 de octubre, en la que dijimos: "En un contrato público deben ser cumplidas unas exigencias de forma, que todo licitador ha de respetar, para acreditar la validez de las ofertas presentadas, así como para asegurar la aplicación al caso del principio de igualdad entre todos los licitadores que concurran a un contrato. Pero estas exigencias formales no deben ser tan estrictas que constituyan barreras de acceso a las licitaciones, haciendo que la falta de subsanación de una deficiencia formal, limite un derecho de los licitadores". Aplicada esta doctrina*

*antiformalista al presente caso entendemos que no procede la exclusión de VITHAS al no haberse acreditado, cuando menos indiciariamente, su responsabilidad en las deficiencias formales."*

*Esta doctrina ha sido asimismo ratificada por la reciente Resolución nº 488/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 9 de Mayo de 2019, C. Valenciana, que apoyando todo lo expuesto en el presente escrito, califica como:*

*"(_) contrario al principio de buena fe la exclusión de las ofertas sin ejercitar, el órgano de contratación, esa facultad de solicitar aclaraciones cuando la oferta no es completa y las permite o exige y siempre, claro está, dejando aparte aquellos supuestos en los que la subsanación de la oferta por el licitador puede suponer una alteración sustantiva de la misma o, en otras palabras, cuando la subsanación puede suponer falsear la oferta inicialmente presentada o, lisa y llanamente, sustituir una oferta original por otra nueva una vez que ya son conocidas el conjunto de las ofertas presentadas por los demás licitadores, colocando así al que subsana en una clara posición de preferencia respecto de los demás concurrentes en el procedimiento. Quedan así claras las pautas de actuación en estos casos: los errores o deficiencias de las ofertas pueden y deben ser objeto de subsanación, sin que en ningún caso, esa subsanación suponga en cuanto al fondo una modificación sustantiva de la oferta inicialmente presentada."*

*Consideramos por tanto, ha quedado patente la tendencia de los Tribunales a la concesión de este trámite de alegaciones, siempre y cuando, y así sucede en este caso, no se modifique la oferta, respetando por tanto el principio de igualdad entre licitadores. Premisa cumplida en el mencionado expediente, y por ello renunciar a una empresa, que ofrece una oferta acorde a las necesidades que precisa la administración, siendo plenamente competitiva resulta a todas luces desproporcionado.*

*No obstante lo anterior y como no podría ser de otro modo, no podemos olvidarnos de citar la vulneración que supone la exclusión de REDDY, de otro de los principio que rigen la contratación pública además del principio de igualdad, toda vez que, como establece la Resolución 661/2017, 21 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:*

*"Sin embargo, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar la controversia suscitada, debiendo, asimismo, considerarse el principio de concurrencia (artículo 1 del TRLCSP) que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento, proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, "Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995."*

*En virtud de ello, se infiere el verdadero alcance del artículo 84 del RGLCAP, cuya impronta debe circunscribirse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe. Ésta ha sido la línea seguida de manera constante por este Tribunal, que, si con carácter general ha negado la posibilidad de subsanar o aclarar los*

*términos de las ofertas (Resoluciones 164/2011, 246/2011, 104/2012, 268/2012, 16/2013, 117/2013, 151/2013), ha rechazado la exclusión de aquéllas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada (Resoluciones 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012).”*

*Tras la doctrina expuesta, encontramos absolutamente desmedido el formalismo administrativo de la mesa de contratación, ya que de una simple omisión del requisito solicitado en el sobre 2, fácilmente subsanable o justificable , lo ha convertido en un obstáculo a la competencia.*

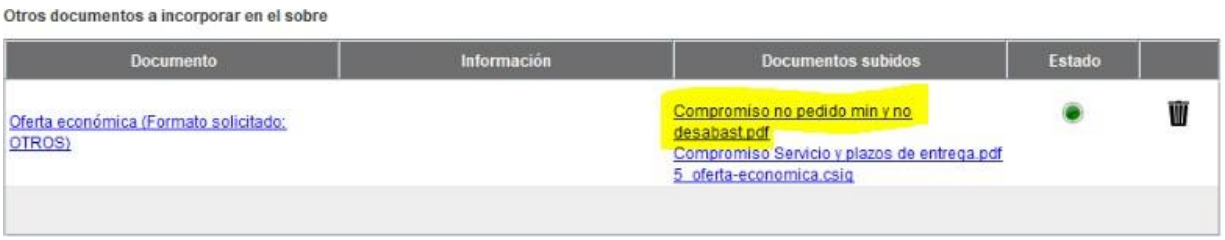
*Al hilo de lo anterior, el órgano de contratación una vez recibida la documentación, debería haberla clasificado y en caso de que la misma incurriera en algún defecto u omisión subsanable como el caso que nos ocupa, debió notificar dicha circunstancia a la empresa y asimismo otorgar el plazo de subsanación correspondiente, tal y como refleja la LCSP en sus artículos 141.2 y 176:*

*141.2 “En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior. Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.”*

*176.1“Las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. La mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.”*

*A mayor abundamiento, en aplicación de la disposición final cuarta de la LCSP que establece la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, que aprueba la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas, (LPACAP), sería aplicable el artículo 73.2, el cual reconoce la posibilidad de subsanación de la documentación presentada en cualquier procedimiento administrativo, otorgándose para ello un plazo de diez días. Esta aplicación supletoria de la LPACAP al procedimiento de contratación es unánimemente admitida por la doctrina, valga por todos el Informe nº 4/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, de 28 de julio.*

*Por último, incidir, que la única omisión cometida por esta parte, no es un requisito sustantivo o condición necesaria para concurrir en el proceso, ya que el mismo se basa en el Suministro de fingolimod 0,5mg, por ello, la falta de la declaración responsable en el sobre 2 no afecta para que el órgano de contratación pueda valorar nuestra propuesta.*


Otros documentos a incorporar en el sobre

| Documento | Información | Documentos subidos | Estado | |
|---|---|---|---|---|
| Oferta económica (Formato solicitado: OTROS) | | Compromiso no pedido min y no desabast.pdf<br>Compromiso Servicio y plazos de entrega.pdf<br>5_oferta-economica.csig | | |

*Tras la imagen que precede podrá tanto el órgano de contratación como el Tribunal competente apreciar que REDDY sí tuvo en cuenta dicha declaración, pero por error se facilitó en el sobre 3.*

*Cabe añadir que si REDDY presentó su oferta y no recurrió los pliegos es porque estaba conforme con los requisitos solicitados, y eso implicaba la declaración objeto de discordia y el contenido de la misma.*

*Tras toda la doctrina y normativa expuesta que rige la contratación administrativa, la mesa de contratación no debe impedir que, con carácter precio a la exclusión de la empresa que ha errado en la presentación de un documento en cuestión, se le conceda un plazo para la subsanación de dicha falta. Por ello, y como ha quedado plasmado en el presente escrito, no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato, situación que dista de la realidad en la que nos encontramos.»*

En oposición al recurso, el órgano de contratación argumenta lo siguiente:

*Entrando en el fondo del asunto, hemos de indicar que el punto 3.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR EL LICITADOR SOBRE 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas indica que:*

*La documentación deberá presentarse ordenada y con índice temático. La documentación mínima a presentar por el licitador, es la siguiente:*

- *Autorización de comercialización y Autorización de inclusión en la Financiación Pública, objeto de contratación, del medicamento por parte del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad- AEMPS. Su no presentación será motivo de exclusión.*
- *Relación de los productos ofertados, con la descripción técnica de los mismos (anexos oferta técnica debidamente cumplimentada)*
- *Toda la información técnica que posibilite al órgano de contratación, la valoración de su oferta según los criterios de adjudicación que rigen esta contratación. Para ello, deberá figurar en la documentación aportada el número de criterio que figura en el Pliego de Cláusulas Administrativas al que corresponde la información facilitada.*
- *Declaración responsable expresa del licitador de no exigencia de*

*cantidades/ importes mínima/os de pedido.*

- *Declaración expresa responsable del licitador de cumplimiento de los plazos establecidos para el suministro del producto adjudicado, detallado en las condiciones de entrega.*
- *Declaración expresa responsable del licitador, que en caso de entrega de producto defectuoso, este será sustituido por otro en perfectas condiciones, sin que suponga el cambio coste alguno para el Centro contratador y que en el caso de que el producto caduque, antes de utilizarse en su totalidad, se reintegrará el 100% del valor de la compra del producto caducado.*

*No serán objeto de valoración aquellas ofertas que no cumplan el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el procedimiento.*

*La documentación que se debía de aportar por los licitadores consistía, textualmente en:*

*"Declaración responsable expresa del licitador de no exigencia de cantidades/ importes mínima/os de pedido"*

*En la documentación que el licitador REDDY incluyó en el Sobre B, no estaba dicha Declaración Responsable, y en consecuencia con lo establecido en dicho punto 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, la oferta no fue objeto de valoración:*

*"No serán objeto de valoración aquellas ofertas que no cumplan el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el procedimiento."*

*OCTAVO.- A juicio de este Órgano de Contratación y en contra de lo alegado por la recurrente, no se trata de una simple omisión subsanable, pues aunque fuera posible, no se puede subsanar algo que no existe. Lo subsanable es aquello que se tiene, pero no aparece claramente acreditado, de lo contrario se*

*estaría hablando de complementación, adición o mejora de la propuesta y la Declaración Responsable exigida en los pliegos no estaba incluida en la documentación del Sobre presentado. La posterior aportación de la Declaración Responsable podría considerarse una modificación de la oferta posterior a la finalización del plazo de presentación de proposiciones y a la apertura de la documentación técnica aportada por los restantes licitadores.*

*La recurrente tilda de excesivo formalismo el que ha llevado a la no admisión de la proposición por simples defectos formales, fácilmente subsanables, y lo considera contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. A este respecto, son numerosos los pronunciamientos de los Tribunales:*

*Resolución nº 1670/2021 Sección 1ª del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citando el artículo 139.2 de la LCSP*

*"Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación"*

*En la misma Resolución, citando el artículo 80.1 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 que establece:*

*"La documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurran y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa. En el interior de cada sobre se hará constar en hoja independiente su contenido, enunciado numéricamente. Uno*

*de los sobres contendrá los documentos a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley y el otro la proposición, ajustada al modelo que figure en el pliego de cláusulas administrativas particulares, conteniendo, en los concursos, todos los elementos que la integran, incluidos los aspectos técnicos de la misma. No obstante, cuando se haga uso de lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley, en el sentido de concretar la fase de valoración en que operarán los criterios de adjudicación, el sobre de la proposición económica contendrá exclusivamente ésta, y se presentarán, además, tantos sobres como fases de valoración se hayan establecido.*

*En aplicación de los referidos preceptos, es doctrina reiterada de este Tribunal que el carácter secreto del contenido de cada sobre se erige en salvaguarda del principio de igualdad entre los licitadores. Ya decíamos en la Resolución nº 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 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.*

*Este principio de igualdad de trato justifica el precepto del artículo 129.2 LCSP de conformidad con el cual "las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública". Precisamente para garantizar este secreto, el artículo 80.1 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 dispone que "la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados", que, de*

*conformidad con el artículo 83 del mismo Reglamento no podrá abrirse hasta el acto público previsto al efecto, en el que, entre otros trámites, deberá darse "ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados.*

*La normativa anterior persigue por tanto una doble garantía, por un lado, asegurar que la información contenida en las proposiciones no ha podido ser manipulada ni alterada en el periodo de tiempo transcurrido entre su presentación por el licitador y su apertura en acto público -si se trata de la oferta como es el caso del expediente en cuestión -, y por otro, que los asistentes al acto público de apertura de las ofertas puedan verificar que efectivamente se ha cumplido la garantía antes citada.*

*En consecuencia, si las proposiciones deben de ser secretas y lo que se trata de garantizar en todo caso es la igualdad entre los licitadores, es claro que la garantía de que aquellos concurren en igualdad de condiciones impone que el poder adjudicador, en este caso la Administración contratante, no sólo desconozca las propuestas hasta el acto formal de apertura de éstas -lo cual sólo es posible mediante la presentación de las proposiciones en sobres cerrados que acrediten que los mismos no han sido abiertos desde el momento de su presentación-, sino que además los asistentes al citado acto de apertura puedan verificar que se ha cumplido de forma efectiva el secreto exigido en la LCSP.*

*El incumplimiento de los preceptos antes citados supone la exclusión del licitador, en cuanto que es competencia del mismo presentar y documentar sus ofertas en los términos establecidos en la normativa contractual. (…)"»*

*Resolución 1/2012, de 13 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, fundamenta que,*

*"Conviene recordar al respecto que el artículo 1 del TRLCSP establece como uno de los fines de la regulación de la contratación del Sector Público el de garantizar que ésta se ajusta al principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En el mismo sentido el artículo 139 del TRLCSP, incardinado en el Capítulo I del Título I del Libro III de la Ley relativo a la "Adjudicación de los Contratos de las Administraciones Públicas", dispone que "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia".*

*Continua el Tribunal de Castilla y León que,*

*«El principio de igualdad de trato implica, concretamente que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de las condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, (en este sentido Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otro y 19 de junio de 2003, GAT)*

*En la misma Resolución, y en cuanto a lo que considera la Recurrente de "errores fácilmente subsanables", este Tribunal, en atención a las previsiones reglamentarias concluye que "la posibilidad de subsanar errores en la documentación se refiere exclusivamente a los que se produzcan en la denominada documentación general o administrativa relacionada en el artículo 146 del TRLCSP, destinada a acreditar las condiciones de capacidad y*

*solvencia de los licitadores. Así se deduce del artículo 81.2 del Reglamento la Ley de Contratos, según el cual "Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados (…)E igualmente del artículo 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.*

*Tales preceptos están referidos exclusivamente a la documentación del citado artículo 146 del TRLCSP, puesto que a él deben entenderse hechas en la actualidad la referencia que el 81.1 del RGLCAP hace al artículo 79.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000, y la alusión que el artículo 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, hace al artículo 103.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Se trata, por tanto, de una potestad otorgada al órgano de contratación, que actúa generalmente a través de la mesa de contratación, para requerir la subsanación de los errores u omisiones que se aprecien en dicha documentación, pero no en la que se contenga en los sobres relativos a la oferta técnica o económica propiamente dichas. Por ello, la cláusula 3.1.1.2 del PCAP, al referirse a la apertura de las proposiciones, dispone, en consonancia con la previsión del artículo 83.6 del RGLCAP, que "La Mesa de Contratación no se hará cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de omisiones o defectos materiales encontrados en la documentación administrativa general". 5ª.- Sin perjuicio de lo anterior y para el supuesto de que se entendiera que el artículo 81 del RGLCAP puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta, tal como ha hecho en algunas ocasiones la jurisprudencia, no debe olvidarse que ésta exige, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material, pues de no ser así se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas, lo que haría quebrar los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que recogen los artículos 1 y*

*139 del TRLCSP. »*

*NOVENO.- A mayor abundamiento, hemos de indicar que no existe obligación por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación o aclaraciones en la oferta, salvo que nos encontremos ante errores formales, aritméticos o materiales que "salten a la vista" y que evidencien la voluntad real del licitador. Un error en la presentación de la oferta ha de ser soportado por el licitador.*

*Así, son varias las resoluciones de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales que han tenido la oportunidad de sentar doctrina sobre esta cuestión. Entre otros, destacar también la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su resolución 29/2019, de 14 de marzo:*

*" (…). Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (…), la representación del que suscribió la oferta (…) 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 (…).*

*El Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, en sus Resoluciones 1203/2017, de 22 de diciembre, y 166/2018, de 23 de febrero, indica, a su vez que:*

*"no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la [oferta técnica], debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta´ (Resolución 016/2013)".*

*Por lo que antecede, entendemos que si ante un error en la presentación de una oferta se evidencia cuál era la intención real del licitador el órgano de contratación podrá rectificarlo o bien solicitar aclaración a su proponente. En otro caso, la oferta deberá de ser tenida en cuenta tal y como es presentada, al evidenciarse un error en su deber de diligencia en la redacción de la oferta, cuyas consecuencias han de ser soportadas por el licitador, dentro de la discrecionalidad de la Administración, por lo que, entendemos que no pueden prosperar las pretensiones de la recurrente.»*

Expuesta la controversia procede atender de un lado, a lo dispuesto de un lado en la cláusula 3 del PPT- recién transcrita con ocasión de la exposición del escrito de recurso- y de otro lado a lo establecido en el Anexo X del PCAP, que regula los criterios sujetos a evaluación previa respecto de la documentación que debe contener el Sobre “Dos”.

Dicho Anexo versa en los siguientes términos:

| Nº ORDEN | DESCRIPCION CRITERIO | | PONDERACION |
|---|---|---|---|
| 1 | **CALIDAD, EFICACION Y SEGURIDAD** | | |
| | **1. Aspectos técnicos diferenciales** | | |
| 1.1 | Facilidad para la separación manual de las dosis unitarias del blíster sin necesidad de usar elementos cortantes (Comprobación visual de que venga troquelado (S/N)) | - Blister troquelado máxima puntuación.<br>- Blister no troquelado se asignará un 0.<br>Si la muestra aportada es en frasco quedara excluido (requisitos obligatorios, cada unidad de dosificación deberá tener lote y caducidad) | **0-5 puntos** |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 1.2 | Código QR o DataMatrix SG1 en cada forma farmacéutica que permita la lectura automática de lote y caducidad con nuestro sistema informático para facilitar la trazabilidad en la preparación. | - Si contiene Código QR o DM SG1 en acondicionamiento primario se asignará la máxima puntuación<br>y se valorará con un 0, si cada forma farmacéutica no lo contiene. | **0-15 puntos** |
| 1.3 | Dimensiones del acondicionamiento secundario óptimas para ser recepcionado/dispensado por sistema automatizado de dispensación ROWA® (S/N). Declarar las dimensiones.<br><br>Las presentaciones con dimensiones de los envases adecuadas para Rowa son: Altura 1,5 cm hasta 14,5 cm Anchura 1,5 a 14,0 cm profundidad 3,5 a 23,0 cm | - En caso de no declaración expresa se asignarán 0 puntos en este criterio.<br><br>- Se asignará la máxima puntuación :<br>Altura 1,5 cm hasta 14,5 cm<br>Anchura 1,5 a 14,0 cm<br>profundidad 3,5 a 23,0 cm<br><br>y se valorará con un 0 si no lo contiene. | **0-10 puntos** |
| 1.4 | Acondicionamiento secundario con código QR o DataMatrix SG1 que permita la lectura automática con nuestro sistema informático de lote y caducidad. (S/N). | - Si contiene Código QR o DataMatrix SG1 en acondicionamiento secundario se asignará la máxima puntuación<br>- y se valorará con un 0 si no lo contiene. | **0-10 puntos** |

**DOCUMENTACIÓN A APORTAR:**
**Declaración del cumplimiento de los criterios objeto de valoración.**
Memoria consistente en la descripción del producto ofertado, en la que se describirán sus características técnicas.

**MUESTRAS: SI**

Deberán presentarse muestras en cantidad suficiente para permitir la evaluación del criterio de valoración, siendo imprescindible al menos 1 envase de muestra por cada una de las presentaciones ofertadas por el licitador. La no adecuación de la muestra al Pliego de Prescripciones Técnicas o no presentación, será en su caso motivo de exclusión, de la empresa licitadora en esa partida.

El plazo de entrega de muestras coincidirá en el plazo de presentación de ofertas y serán entregadas en el **Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Miguel Servet,** Paseo Isabel la Católica 1-3- 50009 Zaragoza), **a la atención de: Antonia Lope**z

**En el embalaje** deberá constar: **Número de expediente, concurso, proveedor.**

| | |
|---|---|
| **TOTAL CRITERIOS DE EVALUACION PREVIA** | **40 PUNTOS** |

SERÁN EXCLUIDOS TODOS AQUELLOS LICITADORES QUE INCLUYAN EN EL **SOBRE B** DATOS DE LA OFERTA SUJETA A EVALUACIÓN POSTERIOR ( SOBRE C)»

En la oferta de la recurrente figura lo siguiente:

*«ÍNDICE SOBRE B. Oferta cuya evaluación se requiere efectuar un juicio de valor.*

*1. Relación de productos ofertados: o Anexo de oferta técnica*

*2. Documentación sobre los criterios de adjudicación de juicio de valor: a. Lote 1: FINGOLIMOD 0,5 MG*

*1. Autorización de comercialización, precios, Ficha técnica y Transferencia de titularidad*

*2. Fotografías*

*3. Declaración de lotes*

*4. Anexo X Criterios subjetivos*

*5. Declaración Fotosensibilidad*

*6. Declaración libre de látex*

*7. Declaración información Acondicionamiento*

*8. Declaración Excipientes*

*3. Declaración responsable de la no exigencia de cantidades e importes mínimo de pedido.*

*4. Declaración responsable del cumplimiento de los plazos de entrega establecidos para el suministro del producto adjudicado, detallado en las condiciones de entrega.*

*5. Declaración responsable de substitución de producto defectuoso por otro en perfectas condiciones.»*

El debate en el caso que nos ocupa se centra en resolver si procedía llevar a cabo el trámite de subsanación, tal y como pretende la actora o si por el contrario, dicho trámite era improcedente y la exclusión de la recurrente fue conforme a Derecho, como defiende el órgano de contratación por incumplir la oferta de la actora las exigencias del PPT.

Sobre el tema de la aclaración de las ofertas este Tribunal ha puesto de manifiesto su doctrina, por todos en el Acuerdo1/2021, de 14 de febrero– y los que allí se citan- en los siguientes términos:

«*Pues bien, la resolución de la presente cuestión requiere comenzar sentando que respecto a las consecuencias de la omisión en la oferta de los licitadores de determinadas prescripciones técnicas este Tribunal administrativo comparte el criterio del resto de órganos de resolución de recursos contractuales y, en particular, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en su Resolución 781/2017, de 15 de septiembre, reiterando doctrina ya asentada, vino a señalar que "(...) no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de la prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta*

*es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión*".

*Por otro lado, si bien como señala el órgano de contratación, la LCSP en su artículo 141.2 –segundo inciso– así como la cláusula 9.1 del PCAP,-* en este caso es la cláusula 2.2.4 del PCAP - *prevén que se otorgue un plazo de corrección ante defectos subsanables en relación a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y no existe previsión específica para el resto de documentación de la licitación; sin embargo, la regla en nuestro ordenamiento jurídico es la subsanación de los defectos que se observen también en la oferta técnica y económica y en Aragón, principalmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la LMMCSPA, que dispone –en su apartado 1º– que* "*(ú)nicamente podrá requerirse información a los candidatos o los licitadores tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato". Y añade el apartado 2º de dicho precepto que* "*(e)n estos supuestos, la Mesa de contratación o el órgano de contratación podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta. En todo caso, deberá dejarse constancia documental de estas actuaciones*".

*Así es posible –de acuerdo con el artículo 9º de la LMMCSPA– no sólo la aclaración sino también la corrección de las ofertas, siempre y cuando concurran los cuatro requisitos que este Tribunal tuvo ocasión de reseñar en Acuerdos como el 112/2016, de 11 de noviembre*: "*necesidad de aclaración o corrección de manifiestos errores materiales en la redacción; respeto del principio de igualdad de trato; imposibilidad de modificar los términos de la oferta, y constancia documental de todas las actuaciones*".

*Resulta muy interesante para la resolución de la cuestión que nos ocupa la Resolución de la Comisión Jurídica de Extremadura nº 68/2019, de 5 de septiembre, por cuanto en ella se recopila de doctrina judicial y administrativa de los órganos administrativos de resolución de recursos contractuales al respecto de la misma, que además resuelve un caso con gran paralelismo al presente*:

"*Quinto.- La cuestión suscitada se centra en determinar si la falta de documentación podría haber sido objeto del trámite de subsanación. A estos efectos comenzamos señalando que el criterio que mantienen los órganos administrativos de recursos contractuales es que con relación a las ofertas técnicas solo es admisible solicitar aclaraciones que no supongan modificación de los términos en los que inicialmente se realizó, por tratarse de omisiones o defectos fácilmente subsanables y siempre en salvaguarda del principio de concurrencia que es uno de los que rigen en la contratación pública. En este sentido traemos a colación la reciente Resolución nº 64/2019, de 5 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: `(...) 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 disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08–)".*

*El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre de 2018, "Sobre la posibilidad de subsanación*

*de la oferta técnica, este Tribunal viene admitiendo la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica, cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada, citando a estos efectos, la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que `excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta´.*

*De acuerdo con lo anterior, resulta posible 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".*

*Por último, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en su Resolución nº 73/2018 de 7 de mayo, en relación a la subsanación de la oferta manifiesta que: "Expuestas las cláusulas del PCAP y entrando en el fondo del asunto, podría entenderse que la posibilidad de corrección contemplada en el artículo 81 del RGLCAP se refiere exclusivamente a la documentación del artículo 146 del TRLCSP. Ello no obstante, la jurisprudencia ha venido entendiendo que el precepto mencionado puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta, si bien en esos casos no debe perderse de vista que se exige que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material.*

(…)

*Este Tribunal entiende, por ello, que la posibilidad de subsanación de errores no sólo afecta a la documentación general; así la Mesa de Contratación, si considera que se ha producido un error o defecto en la presentación de las ofertas, debe dar plazo de subsanación o, en su caso, de aclaración. El límite a*

*la subsanación y aclaración en la documentación que integra una oferta es el de que no se modifique el contenido de la misma. Así, aunque en principio pueda pensarse que la posibilidad de subsanación de errores tan solo afecta a la documentación general de acuerdo con el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, articulo 82 del TRLCSP y articulo 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Publico, lo cierto es, como ha puesto de manifiesto la Resolución 297/2012, de 21 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y comparte este Tribunal, que `una interpretación literal 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 TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos´. Es decir, no solo es subsanable la documentación administrativa, sino también la documentación que se refiere a la propia oferta, proposición económica o documentación técnica; y que el límite a la subsanación y aclaración en la documentación que integra una oferta es el de que no se modifique el contenido de la misma. De manera que la Mesa de contratación, si considera que se ha producido un error o defecto en la presentación de las ofertas, debe dar plazo de subsanación o de aclaración".*

*En el caso analizado el informe técnico de valoración de la oferta presentada por INDAS, afirma que el licitador "no cumple no presenta el documento de conformidad ni el cumplimiento de la norma UNE-EN ISO 13485" cuando lo más coherente, en aplicación del principio de concurrencia, hubiera sido otorgar plazo de subsanación y, a posteriori, una vez aportada la*

*documentación omitida determinar si el licitador cumple o no las exigencias del pliego; se trataba solo de requerir la aportación de la documentación omitida, defecto formal de la oferta fácilmente subsanable que en ningún caso podría suponer la modificación de su contenido.*
*Expuesto lo que antecede, este órgano considera que la exclusión por omisión del certificado de conformidad (marcado CE) y del documento que certifique el cumplimiento de la normativa UNE-EN ISO 13485 es una decisión demasiado rigurosa y excesivamente formalista, pues se priva al licitador de la posibilidad de acreditar, sin alterar su oferta, que cumple las exigencias del pliego, siendo pues un defecto subsanable, para el que la Mesa de contratación en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 81 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, debe conceder plazo de subsanación, todo ello sin perjuicio de la necesidad de verificar que el cumplimento de estos requisitos debe de someterse al del plazo para la presentación de las ofertas*».

Pues bien, en el presente supuesto la recurrente, pese a referir en el índice de la oferta, la declaración objeto de controversia, finalmente no la había aportado en el Sobre “Dos”, tal y como se establecía en el PPT, y como la propia actora reconoce en su escrito de recurso, sin que entienda este Tribunal administrativo que dicha omisión, -al tratarse de una mera declaración, en concreto se requería *«Declaración responsable expresa del licitador de no exigencia de cantidades/importes mínima/os del pedido»* - se pueda subsumir en un incumplimiento del PPT determinante de la exclusión de la oferta, y a esta conclusión llega este Tribunal administrativo por cuanto el hecho de aportar la declaración, es a los solos efectos de indicar al órgano de contratación que la licitadora no va a exigir cantidades o importes mínimos a la hora de entregar el suministro demandado, cuando en la propia definición del contrato de suministro recogida en el artículo 16.3ª) de la LCSP se indica que *«En todo caso, se considerarán contrato de suministros los siguientes:*

a) *Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente»*

Es decir que corresponde al órgano de contratación por ley determinar las cantidades que se tienen que entregar para satisfacer las necesidades del contrato, sin que el contratista tenga otra opción que dar cumplimiento a las demandas de la Administración contratante, so pena de incumplir el contrato ya en ejecución.

Por tanto la falta de aportación de la declaración exigida en modo alguno puede equipararse a un incumplimiento del PPT, pues dicha declaración recoge sin más un aspecto – como se acaba de indicar- ya contemplado en la LCSP, por lo que viene a ser un formalismo carente de transcendencia.

Además en este caso tal y como figura en la transcripción del índice del Sobre "Dos" de la oferta de la recurrente venía expresamente contemplado «*3.Declaración responsable de la no exigencia de cantidades e importes mínimo de pedido.»,* de modo que la falta de aportación posteriormente de la citada declaración en el Sobre "Dos" en modo alguno puede determinar un incumplimiento del PPT y por ende la exclusión automática de la oferta, pues es manifiesta la voluntad de la licitadora de no incumplir el PPT al incluir en el índice la redacción literal del PPT, faltando por tanto las cuestiones formales inherentes a una declaración, esto es el nombre del representante de la mercantil y su firma.

Cuestión distinta hubiera acontecido si expresamente la licitadora en su oferta hubiera establecido cantidades mínimas a ofertar según su criterio, pues estaría poniendo objeciones al objeto del contrato, cuestión que no es admisible en tanto que como viene señalando el Tribunal Supremo los contratos administrativos son contratos de adhesión *ex* artículo 139.1 de la

LCSP y en ese caso, sí que procedería su exclusión, al manifestar reservas a la licitación, cuando tal y como se viene refiriendo no es el caso que nos ocupa.

*Y en estos términos apuntados se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 13421/2018, de 28 de diciembre que decía:*

*«Como ha señalado el Tribunal en otras ocasiones el cumplimiento de las prescripciones técnicas corresponde, efectivamente a la fase de ejecución del contrato. Sin embargo cuando una oferta no se ajusta al contenido de los pliegos de condiciones técnicas no debe esperarse al momento de la ejecución para imponer penalidades o resolver el contrato creando graves problemas en la gestión del contrato. Una oferta que directamente manifiesta que no se ajustará a lo dispuesto solo cabe ser excluida. No es que se presuma que va a incumplir, es que ya se pone de manifiesto el incumplimiento y no cabe una modificación de la oferta… Aunque en determinados casos en que la oferta es susceptible de aclaraciones no modificativas sería conveniente una solicitud al licitador a fin de concretar el contenido de su oferta, en el caso que nos ocupa la no indicación de un elemento accesorio expresamente indicado con énfasis en las condiciones técnicas solo puede deberse a un incumplimiento voluntario o a olvido, en este último caso y según las circunstancias sería posible solicitar una aclaración al licitador, pero dado que la oferta no se adecua a lo solicitado solo cabe concluir que, en este caso, la posible aclaración del licitador tendría carácter modificativo.»*

Por ello, acoger la tesis del órgano de contratación – en extremo rigurosa- supondría ir en contra del principio de concurrencia, todo ello de conformidad con la doctrina recién expuesta, y atendiendo además a las sentencias y resoluciones dictadas por los órganos encargados de resolver recursos especiales y que han sido invocadas por la actora en su escrito de recurso.

Así las cosas este Tribunal administrativo considera que en este caso la omisión de la declaración referida –al ser exigida en el PPT- se podía haber solventado llevando a cabo el trámite previsto en el artículo 9 de la LMMCSPA con base en meritado Acuerdo 1/2021, dado que se cumplen los requisitos exigidos en dicho precepto legal, según viene reseñando este Tribunal y que son: necesidad de aclaración o corrección de manifiestos errores materiales en la redacción; respeto del principio de igualdad de trato; imposibilidad de modificar los términos de la oferta, y constancia documental de todas las actuaciones.

Por tanto aquí conferir el mencionado trámite no menoscaba el principio de igualdad de trato de las licitadoras, en tanto que con la aportación de la declaración no se modifica la oferta presentada, al ser como se acaba de señalar, una declaración que no hace sino reiterar lo que establece ya la LCSP, y que ni siquiera la mencionada declaración tiene reflejo en los criterios sujetos a evaluación previa recogidos en el Anexo X del PCAP, anteriormente transcritos. Es decir que su aportación no incide en nada en la contratación, salvo que el órgano de contratación ha entendido que procede que se incluya en el Sobre “Dos”, pero carente de consecuencias prácticas.

Y a esta conclusión se llega además en pro del principio antiformalista recogido por todos en el Acuerdo 3/2020, de 13 de enero con cita en el Acuerdo 95/2019, de 19 de julio que señala que: *«una cosa es la exigencia del cumplimiento de las formas como medio para garantizar la igualdad y equilibrio entre las partes y otra imponer un criterio formalista que redunde en una erosión de la libertad de concurrencia, siendo por ello que en el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista para lograr la mayor concurrencia posible».*

A mayor abundamiento cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de noviembre de 2018 (rec. nº 1/2016), en la que

refiere la Resolución del TACRC 186/2013, de 23 de mayo, y que manifiesta lo siguiente: «*A este respecto conviene recordar que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre de concurrencia. Ello, que aparece consagrado en nuestro TRLCSP de modo expreso en los artículos 1 y 139,* - actualmente artículos 1 y 132 de la LCSP- *tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo*».

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso analizado.

En el presente caso resulta del expediente remitido por el órgano de contratación, que la apertura de los Sobres “Tres” que contenían las ofertas que se iban a valorar de acuerdo con criterios sujetos a evaluación posterior, se llevó a cabo el día 13 de abril de 2023, esto es, incluso antes de la interposición del recurso especial en materia de contratación, lo que supone que el secreto de las ofertas ha quedado desvelado, lo que imposibilita la retroacción de las actuaciones al momento en que se debía de dar el trámite contemplado en el artículo 9 de la LMMCSPA, debiendo anularse la licitación.

Y así lo viene poniendo de manifiesto este Tribunal administrativo por todos en el Acuerdo 18/2017, de 24 de febrero y en el que se concluyó del siguiente modo:

*«Considera este Tribunal administrativo, que la consecuencia derivada de esta actuación, en la que se aprecia un quebrantamiento del deber esencial de secreto de las proposiciones económicas al conocerse la oferta económica de la adjudicataria, no puede implicar dejar subsistentes los trámites celebrados con anterioridad; sino la declaración de nulidad de todo el procedimiento de*

*adjudicación del contrato. El artículo 150.2 TRLCSP* – ahora artículo 146.2 de la LCSP- *establece la obligación de que la evaluación de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realice tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia. Esta valoración de las ofertas se desarrolla, en consecuencia, en dos fases; primero los criterios sujetos a juicio de valor y después los criterios evaluables de forma automática. Y ello responde a la necesidad de observar el principio de igualdad de trato entre los licitadores.*

*La situación de desigualdad entre los licitadores se produce cuando el órgano de contratación, en el momento de evaluar los criterios basados en juicio de valor, tiene conocimiento previo de la oferta de algún licitador respecto de los elementos evaluables mediante la aplicación de fórmulas.*

*Así lo ha establecido también el TACRC, y es constante su doctrina en el sentido de que el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, previo a la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de juicio de valor, puede afectar al resultado de la licitación, al crear una situación de desigualdad entre los licitadores.*

*Sirvan como ejemplo sus Resoluciones 146/2011, 266/2012, de 28 de noviembre, y 553/2014, de 18 de julio. En concreto, en la Resolución 266/2012, en un supuesto en el que la Mesa de contratación ya había procedido a abrir los sobres nº 3 de los licitadores que no resultaron excluidos en la fase anterior (la de valoración de la documentación del sobre n.º2), llega a la conclusión de que en esas condiciones no cabe otra alternativa que anular el procedimiento de licitación, debiendo convocar uno nuevo en el que todos los licitadores dispongan de igual trato en el examen y valoración de sus proposiciones. En esta Resolución se afirma de manera compartida por el TACPA, que «esto es así porque si se valorasen ahora las ofertas técnicas de criterios sujetos a*

*valoración mediante juicio de valor de la recurrente y del resto de empresas anteriormente excluidas, y se abriesen los sobres nº 3 de esos licitadores, la Comisión Asesora efectuaría la valoración de estas ofertas conociendo ya las proposiciones de evaluación automática formuladas por los otros licitadores que no fueron excluidos, incluso la puntuación obtenida por éstos en cada fase, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP*-actualmente en la LCSP-*».*

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 Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

## III. ACUERDO

**PRIMERO.-** Estimar el recurso especial interpuesto por "REDDY PHARMA IBERIA, S.A.", frente a su exclusión de la licitación del contrato denominado «Suministro de fingolimod 0,5mg cápsulas, para el servicio de farmacia del Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza y del Hospital de la Defensa de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario de Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud, lo que conlleva según se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo del presente Acuerdo, que se anule el procedimiento de licitación.

**SEGUNDO.-** El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

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

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, 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 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.