

Recurso nº 39/2018

Resolución nº 41/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 5 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por P. G. L. actuando en nombre y representación de PFIZER GEP S.L.U contra el acuerdo de exclusión de su oferta del lote 7 de la contratación de suministro sucesivo de medicamentos parenterales, código MI-SER1-18-019, del Servicio Gallego de Salud, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Servicio Gallego de Salud convocó la licitación de la contratación de suministro sucesivo de medicamentos parenterales, código MI-SER1-18-019, con un valor estimado total, declarado en el anuncio del DOUE, de 21.020.442,78 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el Perfil del contratante, en la Plataforma de contratos públicos de Galicia, en el DOUE el 2.03.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- La Mesa de contratación, en la reunión del día 4.05.2018 acuerda excluir la oferta de PFIZER GEP S.L.U (PFIZER, en adelante) al lote 7 por:

“No presentar muestras.

El apartado 12.2 de las hojas de especificaciones (carátula) establece que “La no presentación de las muestras será causa de exclusión del procedimiento”

Tal acuerdo fue notificado a la empresa el 23.05.2018.

Cuarto.- En fecha 13.06.2018 PFIZER interpuso recurso especial en materia de contratación contra tal acuerdo, a través sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 14.06.2018 se reclamó al Servicio Gallego de Salud el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 25.06.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el mismo 25.06.2018, recibándose los alegaciones de la empresa GES GENÉRICOS ESPAÑOLES LABORATORIO S.A.U.

Séptimo.- El 21.06.2018 el TACGal acordó la medida cautelar de suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente cumple con la legitimación del art. 48 LCSP, al ser su oferta la excluida de ese lote 7 de la licitación.

Cuarto.- En virtud de las fechas descritas, el recurso fue presentado en plazo.

Quinto.- Estamos ante un contrato de suministro de valor estimado de 21.020.442,78 euros, por lo que el recurso es admisible al amparo de los apartados 1.a) y 2.b) del artículo 44 LCSP.

Sexto.- El recurso de PFIZER expresa que dado que, circunstancialmente no pudo presentar muestras, alegó esta circunstancia y acompañó un conjunto fotográfico del producto.

Su tesis, entonces, es que el acuerdo de exclusión es contrario a derecho por cuanto se prescindió del otorgamiento a PFIZER de un plazo de enmienda para la presentación de las muestras.

Séptimo.- El informe del órgano de contratación destaca que la exigencia de las muestras era explícita en los pliegos y que, a mayores, esa aportación es necesaria para el buen fin de la licitación.

Octavo.- GES GENÉRICOS ESPAÑOLES LABORATORIO S.A.U. alude a que las condiciones de los pliegos eran muy claras sobre la exigencia de la presentación de muestras, y que no es aceptable la explicación de la recurrente para no hacerlo.

Noveno.- El apartado 12 de las hojas de especificaciones (carátula), sobre la entrega de muestras, recogía:

“Procede entregar muestras: si”

“La no presentación de las muestras será causa de exclusión del procedimiento” (esto, en negrita).

También expresaba el dicho apartado 12 (y en el apartado 11.2):

“Para valorar el cumplimiento de las especificaciones técnicas se emplearán las muestras y documentación aportada por el licitador por el licitador en el sobre B. En caso de discrepancia prevalecerá la muestra”

Finalmente, también está en el Anexo II, sobre contenido del sobre B:

“La muestra se utilizará para la valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas del medicamento y de algunos de los criterios técnicos de valoración de la oferta. Su no aportación será causa de exclusión del procedimiento. Las muestras se podrán incluir en este sobre.”

Como recoge el informe del órgano de contratación, la presentación de la muestra no era sólo una mera formalidad, sino que son necesarias para valorar los criterios técnicos de la licitación.

Así, por ejemplo, ya se indica que para poder verificar si los códigos de identificación contienen información adicional de lote y caducidad se procede a realizar la lectura in situ de los dichos códigos a partir de las muestras aportadas por las

empresas. Para realizar dicha lectura se utiliza un lector óptico marca Opticon® (OPN-3002n), que hace imprescindible la aportación de muestras.

Reconocido que no se aportaron las muestras, constatado, y no negado, que esta era una exigencia clara y determinante en el pliego, sólo cabe analizar si el recurrente tenía un derecho a que se le pidiera enmendar esa circunstancia, que es lo que alega como línea de su recurso.

Como decíamos en la Resolución TACGal 31/2018:

“Partamos de que, como señala la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), es el licitador quien debe responsabilizarse de la corrección de su oferta: “la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos” y como señala la ya citada STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) al indicar que “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ser ya modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”. La Resolución 1203/2017 del TACRC añade, al respecto: “Respecto a la oferta técnica, hemos declarado...debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010).”

A mayores, ya en la Resolución TACGal 36/2018 explicábamos que en materia contractual sólo se recoge como regla general la subsanación de los defectos en la documentación administrativa (y sólo en lo tocante a la justificación de un requisito que ya se cumplió, artículo 81 RGLCAP), pero no la de la oferta técnica o de la económica. Por lo tanto, respecto de la oferta técnica y/o económica, no existe obligación ninguna por parte del órgano de contratación, o en su caso de la mesa de contratación, de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.

Como recoge la Sentencia TJUE de 11 de mayo de 2017, asunto C-131/16:

“el principio de igualdad de trato de los operadores económicos que se recoge en el artículo 10 de la Directiva 2004/17 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigiese el pliego de condiciones y que no hayan sido remitidos en el plazo fijado para presentar las ofertas....”

Efectivamente, también en la Resolución TACGal 31/2018 expresábamos que la solicitud de aclaraciones a las ofertas no es un deber impuesto al órgano de contratación o, en su caso, a la mesa de contratación, sino una posibilidad que tienen cuando entienden que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando entienden que se han de corregir errores materiales en la redacción de la oferta.

Pues bien, en el presente caso, se reconoce por la recurrente que no tenía las muestras en el período para la presentación de las ofertas, por lo que no hablamos ya de subsanar o aclarar la oferta, ni de errores materiales, sino directamente de la falta de presentación de lo que exigía el pliego de la contratación, con advertencia expresa, clara e imperativa de que la no presentación implicaba la exclusión.

Por último, a mayores de esa literalidad expresa descrita, en una licitación como esta las muestras son un elemento muy relevante, por lo que es una omisión que justifica la exclusión decretada. Como recoge el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 205/2018:

“La necesidad de que las muestras se presenten en las condiciones establecidas por el pliego ha sido reiterada por este Tribunal, así en nuestra Resolución 1166/2017, la 802/2017, o la 804/2016 so pena de exclusión del licitador.

...

Y hemos afirmado la insubsanabilidad del defecto referido a la falta de presentación de muestras, pues en este caso hubiera supuesto la nueva aportación de muestras, incorporando las omitidas, señalando a qué lote correspondía cada una, e identificándolas debidamente, lo que supondría una nueva oferta con quebranto de la igualdad entre licitadores.

...

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

Por todo el anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por PFIZER GEP S.L.U. contra el acuerdo de exclusión de su oferta del lote 7 de la contratación de suministro sucesivo de medicamentos parenterales, código MI-SER1-18-019.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, 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.