



Recurso nº 991/2020

Resolución nº 1281/2020

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

En Madrid, a 30 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. B. N. G., en representación de ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS ORTOPÉDICOS TOTALES, S.L., (ORTORPRONO) contra su exclusión del lote 3 de la licitación convocada por la Subdirección General de Gestión Económica y Patrimonial del Ministerio del Interior para contratar el *“Suministro de mascarillas y guantes, de uso individual, destinado a cubrir las necesidades del personal de la Secretaría de Estado de Seguridad (SES) y de los Órganos dependientes”*, expediente 00000020V24; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante la correspondiente Resolución del Secretario de Estado de Seguridad se acordó la iniciación de expediente y, con el informe de fiscalización previo, por resolución de la misma autoridad se autorizó el gasto correspondiente, aprobándose la publicación de Pliegos.

El expediente de contratación se ha tramitado de urgencia y por procedimiento abierto, y se estructura en tres lotes independientes, que son los siguientes:

- LOTE I. Suministro de mascarillas quirúrgicas Tipo I, de uso individual.
- LOTE II. Suministro de mascarillas de protección FFP2 o equivalentes, de uso individual.
- LOTE III. Suministro de guantes de nitrilo, de uso individual.

El plazo de ejecución del contrato se establecía en un máximo de 45 días desde el 1 de septiembre de 2020, o desde el día siguiente a la formalización del contrato, si fuera posterior, y siempre antes del 10 de diciembre de 2020.



El valor estimado del mismo asciende a un importe de 11.895.710,00 euros.

En cuanto al presupuesto base de licitación asciende a 14.393.809,10 euros, IVA incluido.

La distribución del presupuesto de licitación por lotes, IVA incluido, es la que se indica en el siguiente cuadro:

Lotes	Aplicación Presupuestaria	Importe
Lote I	16.02.132A.221.06	7.114.800,00 €
Lote II	16.02.132A.221.06	3.049.200,00 €
Lote III	16.02.132A.221.06	4.229.809,10 €
Total		14.393.809,10 €

Segundo. Los anuncios de licitación se publicaron en los siguientes medios:

- Plataforma de Contratación del Sector Público: fecha de publicación, el 19 de junio de 2020.
- Diario Oficial de la Unión Europea: fecha de envío, el 17 de junio de 2020, y de publicación el día 19 de junio siguiente.
- Boletín Oficial del Estado: fecha de publicación, el 24 de junio de 2020.

De acuerdo con ello, se estableció un plazo para la presentación de ofertas que finalizaba el 13 de julio de 2020 a las 19:00 horas.

Una vez finalizado el plazo definitivo de presentación de ofertas, las propuestas recibidas y admitidas a licitación al Lote III, según consta en las actas de la mesa de contratación de fechas 16 y 30 de julio de 2020, fueron las siguientes:

- G. MOTIRAM, S.L.
- GAMMA SOLUTIONS, S.L.
- KRAPE, S.A.
- ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS ORTOPÉDICOS TOTALES, S.L.
- ROYAL PROGRESS, S.L.



Tercero. La Mesa de Contratación, convocada en sucesivas reuniones para examinar la documentación aportada, efectuar la apertura electrónica de las proposiciones económicas, determinar si las proposiciones presentadas pudieran ser desproporcionadas o anormales, y formular la propuesta de adjudicación en los términos previstos en los artículos 139 y 140 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y el artículo 80 y siguientes 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), a la vista de la documentación presentada en virtud de los artículos 140 y 150 de la LCSP, adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo en la sesión celebrada el día 10 de septiembre de 2020:

«Excluir a la empresa SERVICIOS ORTOPÉDICOS TOTALES, S.L. (EN LO SUCESIVO ORTORPRONO), una vez revisada la documentación presentada en acto de subsanación de las deficiencias detectadas, tras acordar que dicha documentación no era correcta porque “Los documentos que acreditan los requisitos de solvencia técnica o profesional NO se ajustan a lo indicado en el apdo 7.2 del citado Cuadro: La documentación ahora aportada, certificados de buen ejecución (2019) si bien alcanzan la cifra exigida no cumple con el requisito del citado Cuadro respecto a que los suministros deben ser de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato.

INFORME DE VALORACION DE LA MUESTRA PRESENTADA concluye que la misma, NO CUMPLE al no subsanar las siguientes deficiencias:

Certifican artículos distintos a los presentados.

Características de embalaje no cumplen con el Pliego.

La muestra de la talla mediana es distinta, y difiere al menos en el color con las muestras presentadas de la talla pequeña y grande”.»



Cuarto. Con fecha 25 de septiembre de 2020 ORTORPRONO interpone recurso especial en materia de contratación contra su exclusión ante el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales.

Quinto. La Secretaría del Tribunal en fecha 1 de octubre de 2020 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto los artículos 44 y siguientes de la LCSP.

Segundo. Se trata de un acto objeto de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de suministros que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP. Igualmente, se trata de un acto recurrible al tratarse de un acto de la mesa de contratación que determina la exclusión de la recurrente con arreglo al artículo 44.2.b) de la LCSP.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. En el plano de la legitimación para la actuación en los procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas, la adecuada acreditación de la capacidad de obrar se erige como uno de los pilares fundamentales. Así, dentro del marco de mínimos en la contratación pública, el artículo 35.2 de la LCSP determina que:

“Los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

(...)

b) La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato”.



En consonancia, se dispone como causa de nulidad en el artículo 39.2 a) de la LCSP:

“La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71”.

De igual manera, se exige la acreditación documental de dicha representación al prefiar el artículo 84.1 de la LCSP que:

“La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acta fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate”.

La capacidad de obrar viene intrínsecamente unida a la capacidad de representación. Pasando a analizar el marco normativo concreto relativo al recurso especial en materia de contratación, que es objeto de la presente resolución, el artículo 51.1.a) de la LCSP se pronuncia así:

“En el escrito de interposición se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las mencionadas en el artículo 49, cuya adopción solicite, acompañándose también:

a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento”.

A la luz de la normativa expuesta, la correcta acreditación de la capacidad para representar a una persona jurídica resulta fundamental en el seno de la contratación pública. Así, son



múltiples las resoluciones de este Tribunal donde se determina la necesidad de acreditar que el firmante que actúa por cuanto de la mercantil goza de poder o autorización para actuar por cuenta de la misma. Así, la Resolución nº 567/2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se pronuncia así:

“La declaración de solvencia hecha por una tercera empresa ha de ser hecha por un responsable de la misma que tenga los suficientes poderes para ello. Así lo señala expresamente el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al señalar en el Anexo I, bajo la rúbrica Documentación a presentar, que “Si se actúa por medio de representante, deberá acreditarse su representación por cualquier medio válido en Derecho...”. Necesidad de apoderamiento que la recurrente no ha cumplido por cuanto que, para acreditar la solvencia por medios externos, se ha limitado a presentar un documento de fecha 10 de marzo de 2015, firmado por D. L. H., pero sin aportar los poderes de este supuesto representante. Defecto que le fue reprochado a la actora por el órgano de contratación hasta en dos ocasiones sin que en ninguno de los trámites concedidos MAGTEL corrigiera el mismo y ello pese a que en los dos requerimientos de subsanación expresamente se le indicó que, en caso de que dicha documentación no fuera enviada en el tiempo y forma establecidos, su oferta podría no ser tenida en cuenta. Por otro lado, y en cuanto al último escrito de fecha 6 de mayo de 2015 presentado por primera vez junto este recurso especial en materia de contratación, cabe señalar como, en primer término, el mismo no fue aportado al órgano de contratación durante cualquiera de los dos requerimientos de subsanación que le fueron conferidos al efecto. Por ello el mismo no podría en modo alguno determinar la invalidez del acuerdo de exclusión adoptado por RED.ES quien tuvo que decidir sobre la admisión de la licitación de la recurrente sobre la base de la documentación por ella aportada. Esto es, el documento simplemente registra una manifestación de voluntad de un representante de la empresa en relación con que otra persona sí puede emitir declaraciones responsables de cesión de medios hacia partners registrados, dado su cargo, pero tal declaración sigue sin probar que tal persona pueda obligar a la compañía a asumir este compromiso dado que falta el correspondiente apoderamiento que acredite tal voluntad, (...).”



El mismo criterio se expone en relación con la acreditación de dicho poder en relación con la legitimación para la interposición del recurso en la Resolución del TACRC nº 733/2018 que determina que:

“En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.”

En el presente caso la recurrente, licitadora en el procedimiento de adjudicación del que ha sido excluida, está legitimada para interponerlo conforme al artículo 48 de la LCSP.

Quinto. Sostiene la parte recurrente que su exclusión adolece de claros vicios de anulabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la Ley 39/2015, lo que tiene que conducir a la declaración de anulabilidad del acuerdo de exclusión con el objeto de dictar, previos los trámites que procedan, un nuevo acto de propuesta de adjudicación a favor de la misma.

Basa ORTORPRONO su pretensión en la indefensión sufrida por la indebida revisión de la documentación presentada para la subsanación de su oferta, en la exclusión de la oferta

presentada y la vulneración consiguiente del principio de concurrencia y en el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas, que no puede ser causa de exclusión del licitador.

En relación al cumplimiento del criterio de solvencia técnica o profesional, mantiene que certificó una relación con los principales suministros realizados de igual naturaleza que los que constituían el contrato, requiriéndose la subsanación y aportación de documentos y aportándose la misma. De este modo se alega que la exclusión de la mercantil contraviene el principio de concurrencia.

Por otra parte, y en relación con la muestra presentada, se había solicitado por parte de la Mesa la subsanación de la misma por no cumplir ciertos requisitos establecidos en los pliegos. La parte recurrente sostiene que irrefutablemente se subsanó la muestra presentada, pero, pese a ello, la Mesa de contratación acordó la exclusión de ORTORPRONO por considerar que no se subsanaron las deficiencias, por certificar artículos distintos a los presentados, características de embalaje que no cumplían con el pliego y porque la muestra de la talla mediana es distinta y difería al menos en el color con las muestras presentadas de talla pequeña y grande.

En este sentido, la parte recurrente trae a colación 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 que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento.

Continúa destacando que no se especifican las características del embalaje que se incumplen, que en ningún caso se establece un color obligatorio ni que los guantes de distintas tallas deban ser del mismo color, no pudiendo, por tanto, la Mesa de contratación hacer valer dicha deficiencia para concluir la exclusión de ORTORPRONO.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso en base a lo siguiente:



- Que en la relación de suministros figura únicamente un listado de sus “*principales clientes con su cifra de facturación durante 2018*” acompañada de una certificación de AVEO, cuya cifra de facturación era suficiente para cumplir el requisito mínimo de importe requerido como solvencia técnica, así como el de otras mutuas y entidades.
- Que en dicha relación no constan de qué tipo de suministros se trata ni su código CPV, código que sí consta, entre otros, en el certificado de AVEO, siendo éste el 3314000-3.
- Que en el apartado 1.1 del Cuadro de Características se recogen los códigos CPV del expediente de contratación: 33140000-3 y 18424300-0.
- Que en el apartado 7.2 del Cuadro de Características se recoge que “A efectos de determinar que un suministro es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto de este contrato, se atenderá a la coincidencia entre los tres primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV”.
- Que teniendo en cuenta los 2 puntos anteriores, se puede colegir que el código CPV 18424300-0 (Guantes desechables) es el que hay que tener en cuenta para los suministros del Lote III (Suministro de guantes de nitrilo, de uso individual).
- Que si bien es cierto que en el Cuadro de Características se hace referencia al CPV 33140000-3 –Material médico fungible- como código genérico, también es cierto que a continuación recoge el código específico aplicable al Lote III –Guantes desechables-. Por tanto, la licitadora efectivamente, en aplicación del apartado 7.2 debe certificar los suministros cuyo código CPV coincida en los 3 primeros dígitos, pero esta circunstancia no se produce ya que los CPV aportados por la recurrente obedecen al CPV genérico (3314000-3) y no al específico (18424300-0) del Lote III, al que concurre.

En relación a su exclusión porque las “*Características de embalaje no cumplen con el Pliego*”, hay reseña el órgano de contratación que no cumplió este requerimiento de embalaje y etiquetado conforme a lo consignado en el apartado 6.1 del Anexo Técnico 3 del PPT, ni el momento de presentación inicial de las muestras ni en el momento de su subsanación; concretamente en este último destaca que presentó tres cajas ‘simples’ de guantes tipo estándar, con marcados en inglés, no correspondiéndose por tanto con lo recogido en el punto 5.2.1 del PPT (Embalaje empaquetado y etiquetado), referido a la presentación de las muestras.



Finalmente alega que con el acuerdo de exclusión no es que se esté dudando de que la licitadora, si resultase como adjudicataria, cumpliría los requisitos técnicos exigidos en los pliegos durante la ejecución del contrato, sino que se está ratificando que no ha presentado las muestras conforme a lo que se exige en el PPT, ni inicialmente ni en el acto de subsanación.

Séptimo. Atendiendo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la presente licitación, se establece en su Anexo 1, apartado 7, relativo a los requisitos de solvencia económica financiera y técnica, dentro de los requisitos de solvencia técnica (7.2) en el subapartado 7.2.1 que conforme al artículo 89.1.a) de la LCSP, mediante la presentación de una relación que contenga los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que lo que constituyen objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en los que se indique el importe, la fecha y el destinatario público o privado de los mismos y cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución, referido a cada uno de los lotes deberán ser igual o superior a los límites que se establecen.

Continúa el pliego señalando que dichos suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que, acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

A efectos de determinar que un suministro es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto de este contrato, se atenderá a la coincidencia entre los tres primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV.

Dispone por su parte, en relación con el CPV el Anexo de cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en su apartado 2, relativo a menciones particulares, subapartado 1, objeto del contrato y necesidad de idoneidad que el CPV relativo al presente contrato es el siguiente:

- 33140000-3

- 18424300-0

En relación con la muestra, el subapartado 7.2.2 de solvencia técnica del apartado 7. Relativo a los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica del citado anexo señala que conforme al artículo 89.1.e) de la LCSP, los licitadores deberán entregar en la Subdirección General de Gestión y Planificación de Infraestructuras y Medios para la Seguridad las muestras y la documentación técnicas solicitadas en el apartado 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que han de regir la presente licitación. Las muestras y documentación técnica serán utilizadas para su estudio y realización de los ensayos, análisis o pruebas correspondientes a fin de comprobar su idoneidad y cumplimiento de los requisitos técnicos especificados en el PPT.

El Anexo técnico 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir la presente licitación establece en el subapartado 6.1, dentro de los requisitos logísticos, aquellos correspondientes al embalaje/empaquetado y etiquetado de acuerdo con el subapartado 5.2 del mencionado Pliego.

Octavo. A la vista de lo anteriormente establecido, y siendo doctrina reiterada no sólo de este Tribunal sino de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, han de ser acogidas las alegaciones del órgano de contratación y desestimado el presente recurso.

En primer lugar, y en relación con la acreditación de la solvencia técnica, hemos de partir de que para la licitación en su conjunto existían dos CPV distintos que venían establecidos en los pliegos. En función del lote del que se tratase uno u otro debía ser tenido en cuenta para acreditar la solvencia técnica de suministros anteriores.

Pues bien, la entidad recurrente en este caso concreto se presentaba a la licitación del Lote III, con lo que debía acreditar el suministro anterior de productos con el CPV correspondiente a ese lote. No fue eso lo que sucedió, llevó a cabo la acreditación correspondiente al suministro de productos con el CPV que correspondía a los otros dos lotes licitados.

Es cierto que el pliego no es del todo claro, se limita a establecer los dos CPV en el subapartado 1 del apartado 2 del cuadro de características del Pliego de Condiciones



Administrativas particulares, sin especificar cuál sería atribuible a cada lote, puesto que cada lote supone el suministro de un producto distinto, pero esto no fue impugnado por los licitadores, por lo tanto, se trata de un acto firme y consentido.

Por otra parte, es de una mínima diligencia el identificar a qué lotes/productos corresponde cada CPV con el fin de poder identificar por cada uno de los licitadores, cuando acuden a la licitación de cada lote, el producto a suministrar, así como aquel cuyo suministro anterior, de cara a la acreditación de la solvencia técnica, se ha de probar.

Es por ello que no acreditado el requisito de solvencia técnica establecida, mediante la acreditación del suministro de material análogo en los tres años anteriores, es conforme a derecho su exclusión de la presente licitación, no habiendo sufrido la licitadora indefensión alguna por ello ni suponiendo dicha exclusión vulneración alguna del principio de concurrencia.

En este sentido, la Resolución de este Tribunal nº 288/2017, citando la 79/2015, resume en relación con la exclusión de los licitadores por no cumplir los requisitos de capacidad y solvencia técnica en las siguientes consideraciones:

“- La normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y solvencia, en sus distintas vertientes económica y financiera, técnica y profesional, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición “sine qua non”, cuyo no cumplimiento justifica la exclusión de la licitación.

Y ello con el fin de garantizar el interés público que es causa de todo contrato público. Como se indica en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 53/10, de 10 de diciembre (y, en igual sentido, informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 6/2011, de 5 de julio), la exigencia de la acreditación de la solvencia es un soporte fundamental del sistema de selección del candidato para la adjudicación del contrato que permite identificar cuáles son las empresas idóneas, constituyendo el

acierto en su determinación y aplicación un importante beneficio para el órgano de contratación.

- Conforme tiene declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 36/2007, de 5 de julio) y el propio Tribunal (por todas, Resolución 791/2014, de 24 de octubre) los criterios escogidos por el órgano de contratación para que los licitadores justifiquen su solvencia deben cumplir las siguientes condiciones: han de figurar en el PCAP y en el anuncio del contrato; deben ser criterios determinados; deben estar relacionados con el objeto y el importe del contrato; deben encontrarse entre los enumerados en el TRLCSP según el contrato de que se trate y, en ningún caso, pueden producir efectos de carácter discriminatorio, sin que sea discriminatorio (informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre y Resoluciones de este Tribunal 16/2012, de 13 de enero y 212/2013, de 5 de junio) el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el pliego.

- La determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia exigidos, de entre los admitidos en el TRLCSP, no corresponde a los licitadores sino a la Administración contratante, siendo exigible que los medios elegidos no sean irrazonables o inadecuados para acreditar la solvencia (Resolución 32/2011, de 16 de febrero, 271/2012, de 30 de noviembre, con cita ésta última de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012)."

Por su parte, la Resolución nº 1138/2018 este Tribunal concluyó:

"Que el citado requisito de solvencia técnica cumple con las condiciones arriba mencionadas, ya que se trata de uno de los criterios enumerados en el artículo 77 TRLCSP, figurando tanto en el PCAP como en el anuncio del contrato; es además un criterio determinado y relacionado con el objeto (es el propio producto objeto de suministro) y el importe del contrato (la mitad del importe de licitación sin IVA de cada lote al que presente oferta), sin que el mismo produzca efectos de carácter discriminatorio, dado que los otros tres licitadores que presentaron su oferta para el citado lote cumplieron con el mismo sin dificultad."

Siendo estas conclusiones perfectamente extensibles al presente caso.

Así, no debemos olvidar cual es el objetivo del establecimiento de estos requisitos, que se manifiesta claramente en el artículo 58 en la Directiva 2014/24/UE, que es aún más explícita, al señalar que:

“Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado”.

En segundo y último lugar, en relación con la falta de idoneidad de la muestra, debemos de partir de que el licitador cuando acude a la licitación y está obligado a la presentación de una muestra ha de cumplir en todo caso los requisitos establecidos en el pliego para la presentación de aquella. No obstante, esto no sucedió, y en lugar de acogerse a lo establecido en los pliegos, presentó tres cajas simples de guantes tipo estándar, con marcados en inglés, no correspondiéndose por tanto con lo recogido en el pliego.

Como bien pone de manifiesto el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión no supone una duda del cumplimiento de la licitadora en el caso de que resultase adjudicataria, sino que la muestra aportada no cumple con los requisitos técnicos exigidos, ni inicialmente, ni en el acto de subsanación, no pronunciándose por tanto sobre el cumplimiento que podría llevar al cabo la recurrente del contrato.

Ha dicho este Tribunal en su Resolución nº 646/2020 en relación con la adecuación de las muestras al pliego de prescripciones técnicas:

“La resolución nº 1.229/2017, que “los Pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la “lex contractus”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes (cfr.: artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes TRLCSP). Así lo ha consagrado tanto la



jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr.: Sentencias de 28 de febrero de 1962 -Roj STS 1368/1962-, 21 de noviembre de 1972 -Roj STS 1789/1972-, 18 de marzo de 1974 -Roj STS 1464/1974-, 21 de enero de 1994 -Roj STS 167/1994-, 6 de octubre de 1997 -Roj STS 5901/1997-, 4 de noviembre de 1997 -Roj STS 6570/1997-, 27 de febrero de 2001 -Roj STS 1508/2001-, 27 de octubre de 2001 -Roj STS 8338/2001-, 18 de mayo de 2005 -Roj STS 3177/2005-, 25 de junio de 2012 -Roj STS 4763/2012-, entre otras muchas), como la doctrina legal del Consejo de Estado (cfr.: Dictámenes de 16 de octubre de 1997 -expediente 85/1997 y 8 de octubre de 2009 -expediente 1496/2009-) y, en fin, la de este Tribunal (cfr.: Resoluciones 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 1020/2016, 740/2017, entre otras muchas). Esta regla sólo quiebra en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, los cuales pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 -Roj STS 4517/2004- y 26 de diciembre de 2007 -Roj STS 8957/2007-; Resoluciones de este Tribunal 69/2012, 241/2012, 21/2013, 437/2013, 281/2014, 830/2014); fuera de esos supuestos (objeto siempre de interpretación estricta; cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2010 -Roj STS 1764/2010- y Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993 -expediente 1232/1993-), el carácter vinculante de los Pliegos obliga al órgano de contratación a estar y pasar por su contenido, incluso aunque el mismo no se ajuste al Ordenamiento Jurídico (cfr.: Resoluciones 109/2014 y 281/2014).

Precisamente por ser las normas rectoras de la convocatoria, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los Pliegos, como recuerda el artículo 145.1 TRLCSP, que, pese a que solo menciona al de cláusulas, es predicable igualmente del de prescripciones técnicas, toda vez que ambos definen la prestación objeto del contrato (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3, y 116, apartado 1, del TRLCSP). De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, Resoluciones 208/2014, 737/2014, 276/2015, 1020/2016), aunque, ciertamente, hayamos exigido que el incumplimiento del Pliego de prescripciones técnicas por



parte de la descripción técnica contenida en la oferta sea expreso y claro (cfr.: Resolución 985/2015)."

Por su parte la Resolución nº 1042/2017, de 10 de noviembre de 2017 señala que:

"Las ofertas de los licitadores han de adecuarse a lo establecido en el PPT, por lo que su incumplimiento lleva como consecuencia necesaria la exclusión de la oferta que no se adecúe a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.

De esta forma, y por lo que atañe a los pliegos de prescripciones técnicas, ha de tenerse presente que el artículo 116 del TRLCSP establece que "el órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley". En consonancia con dicho precepto, tal y como este Tribunal ha señalado en múltiples resoluciones (pudiendo citar entre otras, las resoluciones 264/2014 y 90/2012, así como la 84/2011), la presentación de las proposiciones implica igualmente la aceptación de las prescripciones del pliego de prescripciones técnicas, por lo que "también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación" objeto del contrato". Consecuentemente, caso de no hacerlo así resultará obligado el rechazo o exclusión de la oferta (por mucho que no se haya previsto explícitamente así en los pliegos de aplicación), tal y como, por otro lado, se infiere a "sensu contrario" de los apartados 4 y 5 del artículo 117 TRLCSP".

Por tanto, es admisible jurídicamente excluir a un licitador si se comprueba que su proposición no se ajusta a las exigencias del PCAP o el PPT (artículo 139 LCSP) – o la forma en que se tiene que presentar de acuerdo con dichos Pliegos.

Por tanto, no cabe duda en el presente caso que la decisión de excluir al recurrente se basó un motivo válido."



Esta misma resolución, cuyas conclusiones son plenamente aplicables al presente caso y motivan la desestimación del presente recurso establece así mismo que:

“Visto, por tanto, que en principio el motivo consignado por el acto recurrido es una circunstancia válida para la exclusión del licitador, debe analizarse si en el presente caso se ha aplicado dicho motivo correctamente.

En este punto, y tratándose de la valoración una cuestión técnica (aunque, por otro lado, en el presente caso especialmente ostensible) realizada por el informe técnico de los servicios correspondientes y acogida por la mesa, el Tribunal no puede meramente corregirla aplicando criterios jurídicos.

En este sentido, debe recordarse nuestra doctrina, dictada entre otras en la Resolución nº 197/2013, de 29 de mayo, donde se establece lo siguiente: “Como bien es sabido y ha declarado este Tribunal (entre otras muchas, en las resoluciones 7/2011 y 269/2011) es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.

Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Y, más recientemente, la Resolución nº 37/2017 de este mismo Tribunal, en la que se establece que: “Los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente

erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias."

Aplicadas tales consideraciones al presente recurso, podemos comprobar que efectivamente los informes de laboratorio reflejan que las muestras aportadas por el recurrente presentan disconformidades sustanciales, calificadas por la Mesa, en la terminología de los PCAP, como no conformidades críticas que llevan a la conclusión inevitable de que las mismas no se ajustan a las exigencias previstas en los PPT. Por consiguiente, aun cuando la irregularidad en la notificación se subsanase del modo pretendido por el recurrente, la decisión de exclusión no podría sino mantenerse, lo que determina la improcedencia de la pretensión anulatoria, al poder considerarse, por todo lo expuesto en los fundamentos de la presente resolución, como una irregularidad no invalidante.

En definitiva, siguiendo la doctrina de este Tribunal contenida en las Resoluciones anteriores, podemos concluir que no existe ningún error o infracción del procedimiento en la decisión de exclusión adoptada de tal entidad que deba motivar su anulación o, en su caso, la retroacción de actuaciones, y, con ello, podemos declarar que no procede anular esa decisión, debiéndose en consecuencia, desestimar el presente recurso especial."

De este modo, no cumpliendo la muestra de los productos de cuyo suministro trata la licitación los requisitos exigidos en el pliego, y no correspondiendo a este Tribunal su valoración, por tratarse de criterios técnicos o no poder corregirse mediante criterios jurídicos.

Consecuentemente, y acogiendo las alegaciones del órgano de contratación y siguiendo y haciendo nuestras las conclusiones esgrimidas en otras resoluciones de este Tribunal no podemos sino desestimar el recurso interpuesto por la recurrente.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. B. N. G., en representación de ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS ORTOPÉDICOS TOTALES, S.L., (ORTORPRONO) contra su exclusión del lote 3 de la licitación convocada por la Subdirección General de Gestión Económica y Patrimonial del Ministerio del Interior para contratar el *“Suministro de mascarillas y guantes, de uso individual, destinado a cubrir las necesidades del personal de la Secretaría de Estado de Seguridad (SES) y de los Órganos dependientes”*, expediente 00000020V24.

Segundo. Mantener la suspensión del lote 1 del procedimiento hasta la resolución de los recursos 968 y 1007/2020 sobre el mismo procedimiento.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.