



Recurso nº 583/2021 C. Valenciana 124/2021

Resolución nº 1039/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 2 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.M.B., en representación de MUÑOZ BOSCH, S.L.U., contra la adjudicación de la licitación convocada por la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. (EMT) para contratar el *“Suministro de mascarillas higiénicas reutilizables para la Empresa Municipal de Transportes de València, S.A.U (Medio Propio)”*, expediente 2021-0017; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Resolución de 8 de febrero de 2021, la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. (EMT), acordó el inicio de la contratación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del *“Suministro de mascarillas higiénicas reutilizables para la Empresa Municipal de Transportes de València, S.A.U (Medio Propio)”*, expediente 2021-0017.

El contrato, no sujeto a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 155.000,00 €, (IVA excluido).

En fecha 12 de febrero de 2021, se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio y los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante, PPTP) rectores de esta licitación.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en 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 su normativa de desarrollo en todo aquello que no se oponga a la LCSP, y en particular por el 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 (RGLCAP), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

Tercero. Conforme a lo establecido en el PCAP, en la Cláusula V.4):

“El objeto del presente Pliego de Condiciones es la contratación del suministro de mascarillas higiénicas homologadas, con el logotipo de EMT impreso en, al menos, una de las caras, para crear una imagen corporativa propia.

Las mascarillas, según lo aprobado por el Comité de Seguridad y Salud de EMT, deben tener las siguientes características:

- *Color: Rojo*
- *Normativa obligatoria: UNE-0065/2020 y la Orden CSM/115/2021 de 11 de febrero por la que se establecen los requisitos de información y comercialización de mascarillas higiénicas.*
- *Reutilizables: Como mínimo 40 lavados.*
- *Composición exterior: 50% algodón/50% poliéster.*
- *Composición interior: 100% poliéster.*
- *Confortabilidad y adaptabilidad: la sujeción de la mascarilla debe ser con una goma flexible de calidad y textura similar a las FFP2 o quirúrgicas homologadas. Debe disponer de adaptador superior moldeable y ajustable a la forma nasal. La goma de sujeción no debe estar fijada, debe ir por el interior de las costuras laterales (dobladillo).*
- *La serigrafía en ambos lados del logotipo de EMT debe ser serigrafiada y en blanco.*

(...)”



El PPTP recoge idéntica previsión en su apartado I bajo el título “Objeto y Requisitos Técnicos”.

El PCAP en su Cláusula V.6) añade que:

“Los requisitos técnicos de los suministros y las características específicas de la ejecución de las prestaciones contratadas se detallan en el PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS”.

En la Cláusula VII.7.4) del PCAP, en relación con la documentación relativa a los criterios ponderables mediante juicios de valor (Sobre 2), se indica lo siguiente:

“(…) Se deberá adjuntar la siguiente documentación:

1. Una muestra de una mascarilla similar a la que se proponga, sin que sea necesaria la serigrafía.

A la citada muestra se acompañará el certificado de fabricación y descripción completa del producto que acredite el cumplimiento de los requisitos técnicos indicados en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Las ofertas cuyas mascarillas no cumplan los citados requisitos serán automáticamente rechazadas. La muestra de la mascarilla y el certificado de fabricación se presentarán de forma manual en las instalaciones y en el plazo indicados en el apartado VII.6 de este Pliego.

La ausencia de cualquiera de los documentos requeridos para la valoración de los criterios determinará la asignación de 0 puntos con respecto al criterio para el que se requería la documentación no presentada, o en su caso la exclusión de la oferta”.

Y, en relación con los criterios de adjudicación cuya ponderación depende de juicio de valor, la Cláusula VII.8.1) del PCAP señala cuanto sigue:

“El contrato será adjudicado al licitador que presente la proposición con mejor relación calidad-precio. La valoración de las proposiciones se realizará aplicando los siguientes criterios:



8.1) CRITERIOS CUYA PONDERACIÓN DEPENDE DE JUICIOS DE VALOR: 25 puntos

Tras la comprobación de que las mascarillas cumplen todos los requisitos exigidos en los Pliegos, se procederá a la valoración de los siguientes criterios cuya ponderación depende de juicios de valor.

8.1.1 DISEÑO DE LAS MASCARILLAS: de 0 a 5 puntos

Se valorará de forma subjetiva, atendiendo a criterios de eficacia y eficiencia, asignando hasta 5 puntos, en función al diseño presentado.

Se acreditará mediante las muestras y sus certificaciones y descripción (Sobre nº 2)

8.1.2 CONFORTABILIDAD DE LAS MASCARILLAS: de 0 a 10 puntos

Se valorará de forma subjetiva, atendiendo a criterios de eficacia y eficiencia, asignando hasta 5 puntos, en base a la confortabilidad y prestaciones de las mascarillas.

Se acreditará mediante las muestras y sus certificaciones y descripción (Sobre nº 2)

8.1.3 ADAPTABILIDAD DE LAS MASCARILLAS: de 0 a 10 puntos

Se valorará de forma subjetiva, atendiendo a criterios de eficacia y eficiencia, asignando hasta 5 puntos, en función a la adaptabilidad de las mascarillas.

Se acreditará mediante las muestras y sus certificaciones y descripción (Sobre nº 2)".

Cuarto. Del expediente de contratación resultan las siguientes circunstancias fácticas de interés:

Concurrieron a la licitación de referencia presentando ofertas en plazo un total de 17 licitadores.

Con fecha 17 de marzo de 2021, se emite informe técnico de evaluación de las ofertas admitidas a la licitación. Con fecha 21 de abril de 2021, se emite segundo informe técnico de evaluación, que modifica el anteriormente emitido y del que resulta lo siguiente:

“De todas las ofertas recibidas, antes de puntuar de acuerdo al punto 8.1 “Criterios cuya ponderación depende de juicios de valor”.

Se han excluido las ofertas que no cumplen las indicaciones en el pliego de prescripciones técnicas (...):

Muñoz Bosch, descartado dado que la muestra no cumple con lo expuesto en pliego técnico, no dispone de adaptador nasal.

(...)

Del resto de ofertas la valoración ha sido la siguiente:

<i>Proveedor</i>	<i>Diseño</i>	<i>Confortabilidad</i>	<i>Adaptabilidad</i>	<i>Total</i>
<i>Soluciones EMOGEST</i>	<i>5</i>	<i>10</i>	<i>10</i>	<i>25</i>
<i>Textil Contract</i>	<i>5</i>	<i>10</i>	<i>0</i>	<i>15</i>
<i>Uniformes Gary`s</i>	<i>5</i>	<i>10</i>	<i>0</i>	<i>15</i>
<i>Agrupación Europea</i>	<i>5</i>	<i>5</i>	<i>0</i>	<i>10</i>

Se otorga la máxima puntuación a Soluciones EMOGEST ya que su muestra dispone en las gomas laterales de adaptador de tamaño que permite que se ajuste y adapte a cualquier tipo de cara, además de ajustarse a la forma de la barbilla.

Al resto no se valora la adaptabilidad dado que solo hay talla única y no permite diferentes tamaños de cara.

Agrupación Europea es puntuada con 5 puntos en Confortabilidad, dado que el material de la muestra es muy rígido”.

Tras la tramitación oportuna, el órgano de contratación en fecha 19 de abril de 2021, resuelve la adjudicación del contrato a favor de la empresa SOLUCIONES EMOGEST,



S.L., por un importe unitario de 1,25 euros (IVA no incluido) y con un coste máximo de contrato de 155.000,00 euros, IVA no incluido, para una duración aproximada de veinte meses. En esta Resolución se consigna lo siguiente:

“(...) SEXTO. - Tal como se requiere en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, cada licitador ha presentado una muestra física de la mascarilla, acompañada del certificado de fabricación y de la descripción completa del producto que acredite el cumplimiento de los requisitos técnicos indicados en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

En base al análisis de las citadas muestras, las ofertas presentadas por los siguientes licitadores han sido EXCLUIDAS, por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos:

(...)

MUÑOZ BOSCH S.L: La muestra no cumple con lo requerido en el pliego en cuanto a que no dispone de adaptador nasal (...).”

En la misma fecha 19 de abril de 2021, dicho acto de adjudicación es objeto de notificación a las entidades licitadoras.

Previo solicitud formulada por una de las licitadoras excluida por incumplimiento en su oferta de las condiciones técnicas exigidas para los bienes objeto de suministro, en fecha 22 de abril de 2021, el órgano de contratación dicta nuevamente Resolución de adjudicación del contrato a favor de la empresa SOLUCIONES EMOGEST, S.L., en los mismos términos que han sido transcritos por cuanto aquí interesa.

En la misma fecha 22 de abril de 2021, dicho acto de adjudicación es objeto de notificación a la entidad licitadora MUÑOZ BOSCH, S.L.U.

Quinto. Con fecha 30 de abril de 2021, la entidad MUÑOZ BOSCH, S.L.U., presenta en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación, de 22 de abril de 2021, de la licitación de referencia instando su anulación y la retroacción de las actuaciones en el procedimiento para una nueva valoración de las ofertas.



En el escrito de interposición del recurso se interesa también el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel, de fecha 6 de mayo de 2021. Se acompaña también informe, de fecha 4 de mayo de 2021, emitido por los servicios técnicos del órgano de contratación.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal en fecha 11 de mayo de 2021 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.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 13 de mayo de 2021 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su conocimiento y resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. En cuanto al objeto del presente recurso, lo constituye el acuerdo de adjudicación en procedimiento de contratación para un suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, tratándose en consecuencia de un acto impugnabile de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1 a) y 44. 2 c) de la LCSP.

Tercero. Se han cumplido las prescripciones que en relación con el plazo, forma y lugar de interposición de este recurso se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP, no



habiendo transcurrido los 15 días hábiles del plazo entre la fecha de la notificación del acto impugnado (22 de abril de 2021) y la de interposición del recurso (30 de abril de 2021).

Cuarto. La entidad recurrente está legitimada, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 48 de la LCSP, según el que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 52/2007, de 12 de marzo, ha señalado que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre; 173/2004, de 18 de octubre).

Con carácter general, este Tribunal ha venido considerando que para que pueda apreciarse la legitimación para la impugnación de resoluciones administrativas en materia contractual, deben concurrir los siguientes requisitos (por todas Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012, y nº 250/2016, de 8 de abril):

1. Con carácter general, el interés legítimo viene determinado por la participación en la licitación.
2. No obstante, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo.



En el supuesto que se examina la decisión de excluir a la empresa recurrente por considerar que los bienes por ella ofertados incumplen los requisitos técnicos exigidos, afecta a la esfera jurídica de sus derechos e intereses legítimos, en cuanto se trata de una entidad que ha participado en la licitación presentando en plazo oferta y ha dejado de hacerlo precisamente a causa de su exclusión. Particularmente, tal acto de exclusión se ha dictado y notificado conjuntamente con el acto de adjudicación objeto de la presente impugnación, por lo que, de concurrir el motivo de anulación alegado por la recurrente en relación con la decisión de su exclusión, se anularía el mismo acto de adjudicación; pudiendo obtener como beneficio de su impugnación la valoración de su oferta y la adjudicación del contrato.

Quinto. Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de los motivos de fondo. La entidad recurrente no cuestiona las puntuaciones totales asignadas a la oferta adjudicataria ni discrepa tampoco de las asignadas a las ofertas de las demás empresas admitidas en la licitación.

La entidad recurrente se alza contra su exclusión por un único motivo consistente en considerar que los bienes por ella ofertados sí cumplen los requisitos técnicos exigidos en los pliegos rectores de la licitación, concretamente el disponer la mascarilla de adaptador nasal, por lo que cuestiona el análisis y la comprobación efectuadas por los servicios técnicos sobre las características técnicas de los productos por ella ofertados, y que fueron asumidas por el órgano de contratación,

Se argumenta así que:

“(...) la revisión de los requerimientos técnicos exigidos por el órgano de contratación no se ha realizado de forma correcta, excluyendo a MB de la licitación de forma errónea ya que el producto sí cuenta con ADAPTADOR NASAL, superior moldeable y ajustable a la forma nasal, mediante varilla o aplique que lleva cosido por dentro la mascarilla, por tanto, se cumple con los requerimientos técnicos exigidos. Su exclusión en esa fase ha privado a MB del derecho a participar en la siguiente fase de valoración y adjudicación, conculcando sus derechos injustamente al impedirle la posibilidad de la valoración de su oferta y por tanto su acceso a ser baremado en la licitación”.



El órgano de contratación, en su informe al recurso, argumenta en relación con este motivo alegado por la recurrente lo siguiente:

“Si bien es cierto que la muestra de mascarilla reutilizable sí incorpora adaptador nasal, la realidad es que el artículo no cumple con los requisitos técnicos mínimos exigidos y recogidos en los Pliegos que configuran la “lex contractus” de la licitación que nos ocupa.

No podemos más que reconocer que en el informe de valoración técnica no se reprodujo toda la información a cuyo tenor debía ser excluida la oferta de Muñoz Bosch S.L., pero lo que en ningún caso sería admisible, teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento de preservar la salud de los trabajadores de EMT y de minimizar en la medida de lo posible los contagios de Covid-19, es admitir una oferta que no se ajusta a los requerimientos expuestos en los Pliegos reguladores de este procedimiento.

Se facilita a continuación el texto íntegro de la valoración técnica efectuada por el Director de Operaciones y que se adjunta a este escrito a efectos probatorios:

“(…) se valoraron todas las muestras y la muestra de Muñoz Bosch fue descartada por:

- adaptabilidad. La muestra dispone de un adaptador de 7 cm, con el resultado de una deficiente adaptación nasal y molestias en su uso (lentes empañadas e irritación ocular).

- Confortabilidad. La muestra no dispone de una sujeción por el interior del dobladillo, siendo ésta fija y por tanto no permitiendo la adaptación a diferentes tipos de caras.

Aunque solo se informó de no cumplir el requisito de adaptabilidad (ajuste nasal) por un error interno, en la transcripción del rechazo omitimos los motivos de no cumplir el punto de confortabilidad.”

Atendiendo a la información aquí expuesta, el dato cierto es que la muestra aportada por el recurrente no puede ser admitida ni valorada conforme a los criterios



establecidos en los Pliegos porque no cumple con los requisitos mínimos que el propio Pliego de Prescripciones recoge.

En el supuesto de ordenar la retroacción de las actuaciones al momento de emitir el Informe relativo a los criterios ponderables mediante juicio de valor, lo cierto es que la conclusión sería exactamente la misma que la que ahora se rebate: la exclusión de la oferta de MUÑOZ BOSCH S.L. por incumplimiento de los requisitos técnicos.

En este sentido, debemos recordar que lo que se ha producido no es un error en la valoración técnica de la muestra de mascarilla sino un error en la transcripción de la misma en el correspondiente informe, y un error formal, que en ningún modo afecta a la realidad de los hechos, no debe revestir el peso suficiente como para retrasar la efectividad del contrato y el suministro de los artículos de prevención de riesgos objeto del mismo. No nos encontramos ante una exclusión carente de motivación ni ante una exclusión insuficientemente motivada, sino ante un error de transcripción al haber omitido parte de la información en el Informe de valoración”.

Sexto. Planteada la cuestión de fondo controvertida en los términos expuestos, debe señalarse en primer lugar que los pliegos, no siendo nulos de pleno derecho, son “*lex contractus*” para los poderes adjudicadores y las empresas concurrentes a la licitación, ya que la presentación de la proposición: “*supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*”, con arreglo al artículo 139.1 de la LCSP.

De los datos fácticos expuestos en el antecedente cuarto de esta resolución, resulta que los pliegos rectores determinan adecuadamente los requisitos o prescripciones técnicas que deben cumplir los bienes objeto del suministro que se pretende contratar (Cláusula V.4) del PCAP y Apartado I del PPTP), exigiendo además a los licitadores la presentación de una muestra de una mascarilla similar a la que se proponga y previendo expresamente que las ofertas cuyas mascarillas no cumplan los citados requisitos técnicos serán automáticamente rechazadas, sin evaluación, no apreciando este Tribunal falta de claridad en la redacción de los pliegos en este extremo que pudiese inducir a confusión a los licitadores.



Y lo acontecido es que el órgano de contratación, con base en el incumplimiento de los aludidos requisitos técnicos, entre otras ofertas, en la proposición de la entidad recurrente, que había sido apreciado en los informes de los servicios técnicos de fechas 17 de marzo y 21 de abril de 2021, acordó la exclusión automática de determinadas ofertas por esta causa, sin proceder a requerir subsanación o aclaración, procediendo en la forma que contemplaban los pliegos rectores de esta licitación en su Cláusula VII.7.4), lo cual resulta ajustado a derecho por cuanto que dicha omisión se refiere a la existencia misma de los requisitos, y no a su acreditación, por lo que con la subsanación se afectaría a la formulación de las ofertas y a su contenido esencial.

En esta línea argumentativa, conviene recordar la doctrina asentada por este Tribunal en relación con la distinción entre defectos subsanables e insubsanables. Así, entre otras, la Resolución nº 675/2019, que se remite a su vez a la Resolución nº 297/2012, de 21 de diciembre, señala que:

“«En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos



exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. iii) 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)».

En el presente caso la falta de documentación relativa a la solvencia económica, y a la solvencia técnica de la recurrente es un defecto formal, que afecta a la acreditación de un requisito existente, siendo por tanto susceptible de subsanación”.

Por su parte, la Resolución nº 1069/2019 contiene un resumen de esta doctrina:

“En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 –Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los que se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio



interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-).

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 (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004y 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 Alto 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-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) 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, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan 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)”.

Cabe traer a colación nuestra reciente Resolución nº 380/2021, de 9 de abril, que resuelve un supuesto similar al que aquí se examina, en la que señalamos lo siguiente:

“(…) Es constante la doctrina de este Tribunal que, partiendo de los principios de la contratación del sector público, fundados en la igualdad y no discriminación entre las empresas concurrentes (artículos 1 y 132 de la LCSP) ha ido poniendo acotaciones en torno a las eventuales aclaraciones sobre las ofertas técnicas y/o económicas. En efecto, la subsanación estaría prevista para el caso de defectos que se aprecien en la documentación administrativa no en la oferta técnica o en la económica (por todas, Resolución nº 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resolución nº 74/2013, entre otras).

Respecto a la oferta técnica, este Tribunal ha declarado que: “no existe obligación alguna por parte del órgano 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” (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).

Lo que sí es posible es 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 en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (Resolución 94/2013).

Tampoco cabe la posibilidad de solicitar aclaración de la oferta, ya que habría supuesto una modificación de la misma, no permitida en la LCSP. En efecto, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras)”.

En el supuesto que se analiza constituye el motivo de la exclusión automática, objeto de impugnación, la falta de cumplimiento de los requisitos técnicos que el pliego define como *“Confortabilidad y adaptabilidad: la sujeción de la mascarilla debe ser con una goma flexible de calidad y textura similar a las FFP2 o quirúrgicas homologadas. Debe disponer de adaptador superior moldeable y ajustable a la forma nasal. La goma de sujeción no debe estar fijada, debe ir por el interior de las costuras laterales (dobladillo)”*, y que se considera que no se cumple, sin obligar además los pliegos rectores a abrir las ofertas económicas de todas las empresas que cumpliesen los requisitos de participación.

Dicho incumplimiento de las prescripciones técnicas requeridas por los bienes ofertados por la recurrente se considera justificado en los citados informes técnicos de fechas 17 de marzo y 21 de abril de 2021, que obran en el expediente de contratación, y es asimismo confirmado en el informe técnico complementario, de fecha 4 de mayo de 2021, que se emite con ocasión de la interposición del presente recurso, sin que este hecho haya sido desvirtuado en modo alguno por la entidad recurrente en la presente impugnación.

Particularmente, en dicho informe se admite que únicamente se recogió el incumplimiento del requisito de adaptabilidad (ajuste nasal), omitiéndose el incumplimiento del requisito de confortabilidad, pero se señala que:

“Se facilita a continuación el texto íntegro de la valoración técnica efectuada por el Director de Operaciones y que se adjunta a este escrito a efectos probatorios:



“(...) se valoraron todas las muestras y la muestra de Muñoz Bosch fue descartada por:

- Adaptabilidad. La muestra dispone de un adaptador de 7 cm, con el resultado de una deficiente adaptación nasal y molestias en su uso (lentes empañadas e irritación ocular).

- Confortabilidad. La muestra no dispone de una sujeción por el interior del dobladillo, siendo ésta fija y por tanto no permitiendo la adaptación a diferentes tipos de caras”.

Por lo que se concluye que:

“Atendiendo a la información aquí expuesta, el dato cierto es que la muestra aportada por el recurrente no puede ser admitida ni valorada conforme a los criterios establecidos en los Pliegos porque no cumple con los requisitos mínimos que el propio Pliego de Prescripciones recoge”.

Séptimo. Llegados a este punto, debe repararse en que, como alega la entidad recurrente y reconoce el órgano de contratación en su informe al recurso, tanto en los aludidos informes técnicos de fechas 17 de marzo y 21 de abril de 2021, como en el acto de adjudicación cuya anulación se solicita, se indica erróneamente que la muestra aportada por la entidad recurrente no cumple con lo expuesto en los pliegos por no disponer de adaptador nasal, cuando lo cierto es que este requisito técnico sí se cumple, resultando de ello una defectuosa o insuficiente motivación del acto impugnado.

Según lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC):

“1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

(...)



j) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”.

Es notoria, por reiterada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de que la motivación de los actos administrativos cumple una doble finalidad: dar a conocer a su destinatario las razones de la decisión administrativa adoptada, para que con tal conocimiento el interesado pueda impugnarla a través de los medios que establece el ordenamiento jurídico; y, en segundo lugar, permitir a los Tribunales, en caso de impugnarse ante ellos el acto administrativo, cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Asimismo, esta jurisprudencia ha insistido en que, de acuerdo con el artículo 88.6 de la LPAC (anterior artículo 89.5 de la Ley 30/1992), la motivación puede contenerse en el propio acto o bien referirse a informes que obren en el expediente administrativo y a los que haya tenido acceso el interesado (SSTS de 21 de noviembre de 2005, RC 5140/2002, 7 de noviembre de 2007, R 344/2006, 23 de noviembre de 2007, RC 438/2005, y 15 de enero de 2009, R 329/2005).

La falta de motivación o los defectos en la misma pueden constituir motivo de anulabilidad del acto, siempre que:

“(…) haya dado lugar a la indefensión del interesado - artículo 63.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -, entendiéndose por tal la situación en que queda cuando se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa por no haber podido conocer la ratio decidendi de la decisión administrativa” (STS de 18 de julio de 2012, REC 6444/2011).

Del análisis de la documentación obrante en el expediente administrativo se deduce que la evaluación técnica de las ofertas se realiza en dos informes, ambos firmados por el Director de Operaciones de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia S.A.U. En el primero, de fecha 17 de marzo de 2021, se recoge una tabla en la que, de forma sucinta, se expresan los motivos de exclusión de varias de las ofertas presentadas; en el caso del recurrente, el motivo de exclusión es que *“la muestra no cumple por llevar adaptador nasal”*. En el segundo, de fecha 18 de marzo de 2021, se indica textualmente: *“Muñoz Bosch, descartado dado que la muestra no cumple con lo expuesto en pliego técnico, no dispone*



de adaptador nasal". En los denominados "informes sobre la resolución de adjudicación" de 19 de abril de 2021 y de 22 de abril de 2021 se incorpora literalmente el motivo de exclusión incluido en el segundo de los informes técnicos considerados.

En el informe emitido por el órgano de contratación en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 56.2 de la LCSP, de fecha 6 de mayo de 2021, se señala:

"Si bien es cierto que la muestra de mascarilla reutilizable sí incorpora adaptador nasal, la realidad es que el artículo no cumple con los requisitos técnicos mínimos exigidos y recogidos en los Pliegos que configuran la "lex contractus" de la licitación que nos ocupa.

No podemos más que reconocer que en el informe de valoración técnica no se reprodujo toda la información a cuyo tenor debía ser excluida la oferta de Muñoz Bosch S.L., pero lo que en ningún caso sería admisible, teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento de preservar la salud de los trabajadores de EMT y de minimizar en la medida de lo posible los contagios de Covid-19, es admitir una oferta que no se ajusta a los requerimientos expuestos en los Pliegos reguladores de este procedimiento.

Se facilita a continuación el texto íntegro de la valoración técnica efectuada por el Director de Operaciones y que se adjunta a este escrito a efectos probatorios:

"(...) se valoraron todas las muestras y la muestra de Muñoz Bosch fue descartada por:

- adaptabilidad. La muestra dispone de un adaptador de 7 cm, con el resultado de una deficiente adaptación nasal y molestias en su uso (lentes empañadas e irritación ocular).*
- Confortabilidad. La muestra no dispone de una sujeción por el interior del dobladillo, siendo ésta fija y por tanto no permitiendo la adaptación a diferentes tipos de caras.*

Aunque solo se informó de no cumplir el requisito de adaptabilidad (ajuste nasal) por un error interno, en la transcripción del rechazo omitimos los motivos de no cumplir el punto de confortabilidad.”

El informe referido se acompaña del informe emitido por el Director de Operaciones con fecha 4 de mayo de 2021, que le sirve de fundamento. En el referido informe se indica textualmente:

“El objetivo del presente pliego y con la experiencia adquirida de las mascarillas entregadas durante el 2020 y 2021 se exigió por parte del Comité de Seguridad y Salud que la dotación de mascarillas que se entregan a la plantilla de EMT teníamos que exigir:

- Una calidad suficiente que protegiese de posible contagio a nuestros trabajadores, por este motivo se incluía la certificación necesaria y la composición del material.

- Una adaptabilidad que permitiese el correcto uso durante al menos 4 horas y que no dificultase el trabajo, en especial al conductor, buscando una adaptabilidad máxima (adaptador nasal) para evitar el CO2 despedido por el proceso de respiración, no provocase dolores y malas sensaciones oculares que pusieran en peligro la conducción del autobús y en caso de tener que utilizar lentes de contacto no permitiera que estas se empañasen y dificultar la visión.

- Una confortabilidad suficiente para permitir, que al menos durante 4 horas continuas, no provocase molestias, que obligaran a estar continuamente presionando la cara. Se exigió que la sujeción lateral no debía estar fijada, debiendo ir por el dobladillo, con el objeto de que ante diferentes tamaños el usuario pudiese alargar o acortar las gomas, adaptándolas al tamaño de la cara.

Con estas premisas se valoraron todas las muestras y la muestra de Muñoz Bosch fue descartada por:

- Adaptabilidad. La muestra dispone de un adaptador de 7 cm, con el resultado de una deficiente adaptación nasal y molestias en su uso (lentes empañadas e irritación ocular).



- Confortabilidad. La muestra no dispone de una sujeción por el interior del dobladillo, siendo esta fija y por tanto no permitiendo la adaptación a diferentes tipos de caras.

Aunque solo se informó de no cumplir el requisito de adaptabilidad (ajuste nasal), por un error interno, en la transcripción del rechazo omitimos los motivos de no cumplir el punto de la confortabilidad."

Debe señalarse que los dos informes considerados no se integran en el expediente de contratación. De la documentación obrante en el mismo se deduce que la exclusión de la recurrente se produce en virtud de un hecho (las mascarillas ofertadas no incorporan un adaptador nasal) que, como el propio órgano de contratación manifiesta en su informe, no es cierto.

Sin embargo, tal apreciación no puede llevar a este Tribunal a concluir que la exclusión acordada por el órgano de contratación es contraria a Derecho. El ajuste de las proposiciones a los pliegos y documentación que rigen la licitación (artículo 139.1 de la LCSP) es un hecho objetivo (se produce o no se produce). Y el informe aportado por el órgano de contratación en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 56.2 de la LCSP expresa la convicción de que tal ajuste no se produce.

Lo relevante es que los razonamientos que soportan tal convicción no han sido incorporados a la motivación de la exclusión de la recurrente, lo que supone un defecto en aquella que vicia de anulabilidad el acto. Se produce así una evidente indefensión en la recurrente, que no ha podido defender su derecho frente al criterio administrativo, cuyo fundamento desconocía.

La conclusión de los anteriores razonamientos es que, concurriendo el motivo contemplado en el artículo 48.2 de la LPAC, procede anular el acto recurrido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. R.M.B., en representación de MUÑOZ BOSCH, S.L.U., contra la adjudicación de la licitación convocada por la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. (EMT) para contratar el *“Suministro de mascarillas higiénicas reutilizables para la Empresa Municipal de Transportes de València, S.A.U (Medio Propio)”*, expediente 2021-0017, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento previo a la exclusión de la recurrente.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.