



Recurso nº 1720/2021

Resolución nº 1927/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.M.B., en representación de MBA INCORPORADO, S.L., contra la adjudicación del lote R16 del procedimiento *“Suministro de material respiratorio para Asepeyo, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151”*, expediente CP00170/2019, convocado por Asepeyo, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151 (en lo sucesivo, Asepeyo), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Asepeyo, mediante anuncio de licitación publicado en la Plataforma de contratación del Sector Público en fecha 24 de enero de 2021 y en el DOUE el 27 del mismo mes (remitido el 22), convocó licitación pública por procedimiento abierto, para la contratación suministro de material respiratorio. Se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada y con un valor estimado de 1 346 020 euros.

Segundo. Con fecha 24 de febrero de 2021, se celebró la primera sesión de la Mesa de Contratación en que se procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa de los licitadores presentados a la misma, acordándose la admisión de todos ellos.

En sesiones celebradas los días 1 de marzo y 18 de mayo de 2021 se procede a la apertura y aprobación de los informes técnicos de valoración así como las puntuaciones en cada caso asignadas.

En la sesión de la mesa del 25 de mayo de 2021, se procedió a la apertura de la oferta económica y previo requerimiento de justificación de la eventual temeridad, se propone en sesión de 12 de julio de 2021, como adjudicataria de lote R16, que aquí nos ocupa, a INTERSURGICAL ESPAÑA S.L (en lo sucesivo, INTERSURGICAL), adjudicación finalmente acordada el 19 de octubre de 2021.



Tercero. Disconforme con dicho acuerdo de exclusión, MBA INCORPORADO, S.L. ha interpuesto recurso especial, con fecha 18 de noviembre de 2021, fundado en que la oferta de la entidad adjudicataria incumple los requisitos mínimos que para los respiradores fija el PPT.

Cuarto. En fecha 26 de noviembre de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 3 de diciembre de 2021 se presentan alegaciones por la entidad INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 2 de diciembre 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.

Sexto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente 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 por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo establecido en el artículo 47.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación, interpuestos contra los actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas vinculados a la Administración General del Estado, resultando que las Mutuas de la



Seguridad Social entrarían en este concepto al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.3.c) de la disposición legal citada.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de suministros de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, el objeto del recurso el acuerdo de adjudicación, por lo que se trata de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado c) del artículo 44.2 de la LCSP. Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. La entidad recurrente goza de legitimación para recurrir al amparo del artículo 48 LCSP, al estar clasificada en segundo lugar, por lo que sus derechos e intereses legítimos puedan verse directamente favorecidos por la estimación del recurso, tal y como este Tribunal ha establecido en reiterada doctrina (por todas, Resolución nº 1082/2019).

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente fijado en el artículo 50.1 c) LCSP.

Quinto. Entrando al fondo del asunto, el recurso se funda en un solo motivo, que consiste en el incumplimiento por parte de la oferta de INTERSURGICAL, de los requisitos mínimos del PPT y, en particular, los siguientes relativos a la *“mascarilla laríngea con acceso gástrico tipo Aura Gain® o similar”*:

- *Con marcas de navegación para guiar la introducción del fibro/videoscopio.*
- *Características aprox.: Peso paciente/volumen máximo de inflado manguito/Diámetro interno mínimo tubo:*

Mascarilla laríngea nº 3: 30-50Kg/20ml/11mm

Mascarilla laríngea nº 4: 50-70Kg/30ml/12.4mm

Mascarilla laríngea nº 5: 70-100Kg/40ml/12.7mm

A ello se añade que el recurrente mantiene que a la vista del modelo citado como de referencia, en el PPT se exige que el modelo ofertado deba tener necesariamente un balón de inflado. Por lo tanto considera que son dos los requisitos incumplidos: el poseer un balón de inflado y contar con marcas de navegación.



El órgano de contratación sostiene por su parte que en la elaboración del Pliego de prescripciones técnicas, para no convertir los lotes en exclusivos, cuando se hace mención de una marca comercial concreta, se especifica "o similar", a fin de no restringir la libre concurrencia, de manera que puedan presentarse otras alternativas. A partir de lo anterior, indica que la afirmación contenida en el escrito de recurso de que las mascarillas a ofertar en dicho lote han de disponer, obligatoriamente, de balón de inflado es una apreciación subjetiva no incluida en el PPT. Añade que la propuesta cumplía con los requisitos mínimos, pues la propia mascarilla actuaba de balón, si bien obtuvo una valoración inferior.

Por último, indica, en lo que se refiere a las marcas de navegación, que en la ficha técnica aportada por la empresa INTERSURGICAL ESPAÑA, S.L., se indica *"Con marcas de navegación para uso de FBO o VD"*, debiendo dar por cierta tal afirmación y sin perjuicio de que posteriormente se incurra en causa de resolución si dicho requisito es incumplido.

Por último, INTERSURGICAL, es su escrito de alegaciones, mantiene que en ninguno de los doce puntos de especificaciones técnicas del lote R16 04-6 se requiere expresamente que la mascarilla laríngea disponga de balón de inflado, como puede comprobarse en el PPT. Además, en el apartado K.2 del Cuadro Resumen del PCAP se admiten mejoras, como las contenidas en su oferta. Añade asimismo que su producto sí incorpora marcas de navegación en los términos requeridos en el PPT.

Expuestas las posiciones de las partes, es preciso indicar que este Tribunal tiene fijada una consolidada doctrina sobre la naturaleza que deben revestir los incumplimientos de los requisitos mínimos del PPT para que sean determinantes de la exclusión de un licitador. Entre otras, dispone nuestra Resolución nº 797/2017:

"Así, es criterio consolidado de este Tribunal la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación."

Sentado lo anterior, es preciso recordar que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: "Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del



presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición ".

Ahora bien, es doctrina consolidada de este Tribunal, expresada, entre otras, en la Resolución 815/2014, que " Las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: "Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia ".

En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación", por lo que "no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato ".

A ello añadimos, en nuestra Resolución 985/2015, que "el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas



o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.

Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato.

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar

Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado."

De acuerdo con la doctrina expuesta y, en particular, con lo contenido en el último párrafo transcrito, en el caso que nos ocupa este Tribunal no aprecia la existencia de incumplimiento alguno de los requisitos mínimos.

En efecto, como se indica tanto por el órgano de contratación como por INTERSURGICAL, lo cierto es que en el PPT solo se hace referencia orientativa a un determinado modelo, pero sin que en la enumeración de los requisitos mínimos se contenga referencia alguna a la exigencia de un balón de inflado, sino que tal conclusión la extrae MBA INCORPORADO de la interpretación propia que realiza del PPT.



Asimismo, el propio órgano de contratación, de acuerdo con el principio de discrecionalidad que rige su actuación en la valoración de la oferta técnica, considera que el producto ofertado cumple con los requisitos mínimos exigidos en el PPT para satisfacer los fines perseguidos con la contratación, incluida la exigencia de marcas de navegación (que por otro lado se contienen igualmente en la descripción del producto en la oferta de INTERSURGICAL, según ha comprobado este Tribunal).

En definitiva, del conjunto de la documentación analizada no se aprecia la existencia de incumplimiento alguno de los requisitos mínimos del PPT, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

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. C.M.B., en representación de MBA INCORPORADO, S.L., contra la adjudicación del lote R16 del procedimiento “*Suministro de material respiratorio para Asepeyo, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151*”, expediente CP00170/2019, convocado por Asepeyo, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151.

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 multa 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.