



Recurso nº 259/2022 C.A. Cantabria 12/2022

Resolución nº 425/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 7 de abril de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.B.C., en nombre y representación de MASIMO EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA, S.L. (MASIMO) contra la resolución de adjudicación del lote nº39 de la licitación convocada por la Directora Gerente del Servicio Cántabro de Salud para la adjudicación del *“Acuerdo Marco de suministro de material de anestesia con destino a los centros periféricos de atención especializada del Servicio Cántabro de Salud”* (expediente A.M P.A. SCS 2021/9), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 14 de abril de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación para la adjudicación, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, del *“Acuerdo Marco de suministro de material de anestesia con destino a los centros periféricos de atención especializada del Servicio Cántabro de Salud”* (expediente A.M P.A. SCS 2021/9), con un valor estimado de 5.364.663,22 euros, convocada por la Directora Gerente del Servicio Cántabro de Salud.

El Acuerdo Marco se hallaba dividido en 42 lotes de suministros cuya adjudicación dependía, según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), tanto de criterios valorables según un juicio de valor (45 puntos) como de criterios evaluables mediante fórmulas (55 puntos). El lote nº39 tenía por objeto el suministro de *“Electrodos para Monitorización Profundidad anestésica”*.

De acuerdo con la cláusula C del cuadro de características específicas del contrato integrado en el PCAP, no se admitirían ni variantes ni mejoras.



Según la cláusula M, relativa a la documentación a presentar por los licitadores, el archivo B habría de contener la siguiente documentación:

«1) *Relación de lotes ofertados (Anexo IIb)*

2) *Declaración de productos con marcado CE (Anexo IIc)*

3) *Documentación técnica que sea considerada relevante en relación con el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el Pliego de Prescripciones técnicas particulares. Se excluirán todas aquellas ofertas cuya documentación no sean conforme al pliego de prescripciones técnicas particulares».* (Énfasis añadido).

Por otra parte, el PCAP preveía en su cláusula sexta, relativa la «*mesa de contratación y procedimiento de adjudicación*», apartado tercero, que «*para la valoración de las ofertas la Mesa de Contratación solicitará cuantos informes Técnicos considere necesarios y se relacionen con el objeto del contrato*».

En cuanto a los requisitos de carácter técnico a cumplir por las ofertas de los licitadores para el lote nº39, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) establecía lo siguiente:

«39: *ELECTRODO/ SENSOR PARA MONITORIZACIÓN PROFUNDIDAD ANESTÉSICA DE ADULTO*

Electrodo cutáneo para valoración de la profundidad anestésica.

Especificaciones:

-Sensores con indicación para la monitorización del nivel de profundidad anestésica y despertar intraoperatorio mediante el índice biespectral del EEG y/o equivalente.

-Compatibilidad con los módulos integrados en los monitores hemodinámicos del hospital y monitores específicos de profundidad anestésica. (Drager, Philips...).

-Valor procesado en escala de 0 a 100.



-Sensores autoadhesivos, desechables con óptima impedancia con cuatro electrodos.

-Fiabilidad de la medida basada en la Evidencia Científica tipo I.

-Envase individual.

-Libre de látex.

-Los sensores tendrán que ser compatibles con los monitores o en su defecto deberán suministrar los monitores necesarios para las unidades operacionales que lo precisen».

(Énfasis añadido).

Segundo. Finalizado el plazo para la presentación de ofertas el 24 de mayo de 2021, concurrieron a la licitación del lote nº39 las siguientes empresas:

-MASIMO EUROPE LIMITED SUC. EN ESPAÑA, S.L.

-MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.

Tercero. El 26 de mayo de 2021 la mesa de contratación se reunió para la apertura del archivo A comprensivo de la documentación general, declarando admitidas las ofertas presentadas para el lote nº39 por MASIMO EUROPE LIMITED SUC. EN ESPAÑA, S.L. (en adelante, MASIMO) y por MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.

Cuarto. El 2 de junio de 2021, la mesa de contratación volvió a reunirse para proceder a la apertura del archivo B comprensivo de la documentación de la oferta relativa a los criterios sometidos a un juicio de valor, acordando su remisión a los servicios técnicos para la emisión del informe correspondiente.

Quinto. El 17 de noviembre de 2021, en nueva sesión de la mesa de contratación, ésta decidió asumir el informe técnico de 12 de noviembre de 2021, que se subió a la Plataforma de Contratación del Sector Público junto con las puntuaciones otorgadas a cada oferta. El citado informe técnico de 12 de noviembre de 2021 estableció lo siguiente en relación con las ofertas presentadas para el lote nº39:



«MASIMO: No cumple especificaciones técnicas ya que se exige “Compatibilidad con los módulos integrados en los monitores hemodinámicos del hospital y monitores específicos de profundidad anestésica” y no lo aporta.

MEDTRONIC. Cumple especificaciones técnicas. Muy buena adhesividad, adaptabilidad y apertura del envase.

□ Adhesividad sin residuos a la retirada: 20 puntos

□ Adaptabilidad a los cables: 15 puntos

□ Facilidad en la apertura del envase: 10 puntos Total: 45ptos».

Sexto. El 23 de noviembre de 2021, MASIMO envió un correo electrónico al servicio de contratación administrativa y gestión de infraestructuras del Servicio Cántabro de Salud en el que solicitaba la revisión de los motivos de exclusión de MASIMO del lote nº39, pues, basándose tal exclusión en la falta de compatibilidad de los sensores a suministrar por el licitador con los módulos integrados en los monitores hemodinámicos del hospital y monitores específicos de profundidad anestésica, MASIMO sí habría cumplido el PPT, dado que en éste se especificaba que, de no ser compatibles los sensores con los monitores del hospital, el licitador habría de suministrar los monitores necesarios para las unidades operacionales que así lo precisaran y MASIMO en su oferta se comprometió tanto a suministrar los monitores necesarios y las sustituciones de éstos que fueran necesarias, como a garantizar su reposición y óptimo funcionamiento.

Séptimo. El 23 de noviembre de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público una primera corrección del informe técnico de valoración en los siguientes términos para el lote nº39:

«Donde dice:

MASIMO: No cumple especificaciones técnicas ya que se exige “Compatibilidad con los módulos integrados en los monitores hemodinámicos del hospital y monitores específicos de profundidad anestésica” y no lo aporta.

Debe decir:

MASIMO: Cumple especificaciones técnicas.

- *Adhesividad sin residuos a la reiterada: 20 puntos.*
- *Adaptabilidad a los cables: 15 puntos.*
- *Facilidad en la apertura del envase: 10 puntos.*

Total: 45 ptos».

Octavo. El 24 de noviembre de 2021, la mesa de contratación volvió a reunirse para proceder, en principio, a la apertura del archivo C relativo a la oferta económica. No obstante, este trámite decidió aplazarse con base en las siguientes razones que constan el acta de la sesión levantada al efecto:

«A la vista de que se ha elaborado un segundo informe técnico que ha sido publicado en la Plataforma de Contratación sin conocimiento de este órgano de asistencia, y que modifica el primer informe sobre el que se apoyó la valoración de dos lotes realizada por la mesa de contratación del día 18 de noviembre de 2021, se suspende la apertura de los criterios evaluables mediante fórmulas, a fin de poder revisar adecuadamente la documentación».

Noveno. El 2 de diciembre de 2021, en nueva sesión de la mesa de contratación ésta acordó lo siguiente:

«Revisada toda la documentación se comprueba que en el lote 39 los productos suministrados por la empresa MASIMO EUROPE sí cumplían el requisito de “compatibilidad con los módulos integrados en los monitores hemodinámicos del hospital y monitores específicos de profundidad anestésica. (Drager, Philips...)”, puesto que la propia empresa suministraba los monitores necesarios para las unidades operacionales que lo precisen, tal y como permite el PPT. Sin embargo, el suministro no se ajusta a la exigencia de “Sensores autoadhesivos, desechables con óptima impedancia con cuatro electrodos “puesto que se ofertan 6 electrodos. En consecuencia, se mantiene la exclusión al no cumplir el PPT. Este acta se publicará en PLACE, junto con el informe técnico elaborado



al efecto en el que se modifica el previo análisis del suministro ofertado por el licitador MASIMO EUROPE en el lote 39».

El nuevo informe técnico, de fecha 30 de noviembre de 2021, procedió a rectificar, al amparo del artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el informe inmediatamente anterior en los siguientes términos:

«LOTE 39: ELECTRODO/ SENSOR PARA MONITORIZACIÓN PROFUNDIDAD ANESTÉSICA DE ADULTO

Donde dice:

MASIMO: No cumple especificaciones técnicas ya que se exige “Compatibilidad con los módulos integrados en los monitores hemodinámicos del hospital y monitores específicos de profundidad anestésica” y no lo aporta.

Debe decir:

MASIMO: No cumple especificaciones técnicas ya que se exige en el PPT “Sensores autoadhesivos, desechables, con óptima impedancia con 4 electrodos y la empresa presenta 6 electrodos».

Décimo. Tras los oportunos trámites, el 7 de febrero de 2022 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del acuerdo marco por la que el lote nº39 era adjudicado a MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. por un precio unitario de 15 euros. El acuerdo de adjudicación fue notificado a MASIMO el 9 de febrero de 2022.

Undécimo. El 2 de marzo de 2022 D. J.B.C., en nombre y representación de MASIMO EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA (Masimo) interpuso recurso especial contra la resolución de adjudicación mencionada en el hecho anterior, por entender contraria a Derecho su exclusión del procedimiento de licitación.

Duodécimo. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP, el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal informe en el que defiende la conformidad a



Derecho de su actuación y solicita la inadmisión o, en su defecto, la desestimación del recurso.

Decimotercero. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. el 9 de marzo de 2022, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase alegaciones, trámite que ha evacuado mediante escrito presentado el 16 de marzo de 2022, en el que solicita que se dicte resolución mediante la que se inadmita el referido recurso por falta de legitimación y, subsidiariamente, se desestime por los motivos en él expuestos.

Decimocuarto. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó, de fecha 9 de marzo de 2022, mantener la suspensión del lote 39 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 procedimiento se rige por 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 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 aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer de este recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3/10/2020).

Tercero. Se recurre un acto dictado en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco que tiene por base la celebración de un contrato de suministro de los previstos en



el artículo 44.1.a) de la LCSP y que, por tanto, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44.1.b) del mismo texto legal.

La resolución de adjudicación de un contrato es un acto recurrible según el artículo 44.2.c) de la LCSP, como también lo es el acto de exclusión de un licitador conforme al apartado b) del mismo precepto.

Cuarto. El recurso ha de ser admitido por haberse interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles computado desde el día siguiente a la notificación de la resolución impugnada (artículo 50.1, apartado d) de la LCSP).

A estos efectos y, aun cuando también se combate en el recurso la exclusión de la recurrente de la licitación, acaecida el 2 de diciembre de 2021, de suerte que podría considerarse que el recurso contra tal exclusión es extemporáneo, ha de tenerse en cuenta que dicha exclusión no se notificó formalmente a la recurrente, sino que se hizo constar en el acta de la mesa de contratación sin advertir ni de los recursos procedentes contra ella ni del plazo para su interposición, por lo que ha de entenderse que la notificación del acto de exclusión surtió efectos para la interesada desde la interposición del presente recurso ex artículo 40.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

Quinto. El recurso se ha presentado por persona con poder bastante para actuar en representación de la recurrente.

Debe reconocerse a la recurrente legitimación para recurrir al amparo del artículo 48 de la LCSP y ello en atención a las consideraciones que seguidamente se exponen.

El artículo 48 de la LCSP, en su primer párrafo, concede legitimación para recurrir «*a 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*». En este sentido, es doctrina constante y consolidada de este Tribunal la que propugna que «*solo cabe predicar legitimación para la impugnación del acuerdo de adjudicación a aquellos licitadores que pudieran obtener un beneficio concreto en caso de una eventual estimación del recurso*», beneficio que no



puede ser «*meramente hipotético o potencial*» (Resolución nº 150/2020 y las que en ella se citan).

Procede, por tanto, examinar si la mercantil recurrente obtendría un beneficio concreto, y no meramente hipotético o potencial, de la eventual estimación del presente recurso. La respuesta es positiva, pues lo que la recurrente está cuestionando verdaderamente en su recurso es su exclusión del procedimiento de licitación, exclusión que, según se ha razonado en el fundamento jurídico anterior, ha comenzado a surtir efectos para la recurrente con ocasión de la interposición del recurso contra la resolución de adjudicación. Por ello y, contrariamente a lo señalado tanto por el órgano de contratación en su informe como por la adjudicataria en sus alegaciones, ha de reconocerse a MASIMO legitimación para interponer el presente recurso especial, pues, de prosperar éste por los motivos por ella invocados, no sólo podría continuar participando en el procedimiento de licitación, sino que también podría resultar adjudicataria del lote nº39 del acuerdo marco.

Sexto. En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta su pretensión anulatoria tanto en motivos de forma como en motivos de fondo. Los motivos de forma son los siguientes:

1º) Inexistencia de un acuerdo expreso de exclusión de ofertas.

2º) Eliminación de la corrección de errores publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 24 de noviembre de 2021, lo que sugiere una posible injerencia de la mesa de contratación sobre la valoración realizada por los técnicos encargados de analizar los criterios que se determinan mediante un juicio de valor.

3º) En la segunda corrección de errores no se pone de manifiesto la existencia de un error de hecho, aritmético o de transcripción que pueda definirse como ostensible, manifiesto e indiscutible, sino que se ha procedido a realizar una nueva valoración de la oferta presentada por MASIMO, lo que supone una manifiesta infracción del artículo 109.2 de la LPACAP. Invoca en apoyo de este argumento una resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP).



4º) MASIMO había sido inicialmente admitida en el procedimiento de licitación por lo que no podía ser excluida a través de un mero acto de revocación.

En relación con estas supuestas irregularidades procedimentales, el órgano de contratación alega en su informe, en resumen, lo siguiente:

-Si bien es cierto que no se produjo notificación expresa al licitador de su exclusión por incumplimiento del PPT y que este es un acto de trámite cualificado, no se ha generado indefensión al recurrente, que ha podido recurrir la citada exclusión.

-Todos los actos de la Mesa y del Órgano de Contratación son publicados en PLACE por lo que el acta de la mesa donde se hizo constar la exclusión de la recurrente pudo ser conocida por ella, del mismo modo que conoció el primer acta e informe técnico publicados por la misma vía el 23 de noviembre de 2021, que también concluían en su exclusión, y presentó una reclamación contra ellos.

-Que las actas de la mesa en las que se acuerda la exclusión de la recurrente han sido convalidadas por el órgano competente de acuerdo con el artículo 52 de la LPACAP.

-En los errores de hecho cometidos en la valoración técnica concurren las circunstancias establecidas por la jurisprudencia para que sean considerados como tales, en tanto que se aprecian teniendo en cuenta únicamente los datos obrantes en el expediente y su corrección no genera derecho subjetivo alguno ni, en este caso particular, modificación del hecho de que la oferta del recurrente incumple el PPT.

-En relación con la posible injerencia de la mesa de contratación en la valoración realizada por los técnicos, lo que ha tenido lugar es la publicación de un informe no asumido por la mesa de contratación, con la consiguiente anulación de esta publicación y la valoración posterior por un segundo informe técnico que corregía los fallos detectados en el primero.

Por su parte, la entidad adjudicataria alega en relación con estas irregularidades lo siguiente:



-La mesa indica literalmente que «*se mantiene la exclusión al no cumplir el PPT*». Por lo tanto y contrariamente a lo que intenta argumentar MASIMO, la mesa nunca ratificó la corrección de errores de 23 de noviembre de 2021, dando por válidos únicamente el primer informe técnico y la última corrección de errores.

-Tanto el acta nº 5 de la mesa de contratación en la que se decidió la exclusión de MASIMO como el informe técnico que la justifica se publicaron en la plataforma el 3 de diciembre de 2021. Basta con que la decisión de exclusión se publique lo antes posible en la Plataforma de Contratación del Sector Público ex artículo 63 e) de la LCSP, para entender cumplida la obligación de notificación.

-Toda supuesta irregularidad que pudiera entenderse cometida por la corrección del informe técnico que nunca fue ratificado por la mesa, ha quedado plenamente subsanada por la rápida y acertada actuación de la mesa, que, al detectar la presencia de un informe no ratificado y, antes de proceder a la apertura del sobre económico, solicitó una nueva valoración del conjunto de la oferta de MASIMO y visto su contenido, validó su exclusión. Además, la supuesta irregularidad habría venido propiciada por la actuación de la recurrente que presentó una reclamación fuera de los cauces legales contra el acta de la mesa que inicialmente acordó su exclusión.

-La resolución del TACP en la que MASIMO fundamenta su pretensión anulatoria de la corrección de errores que propició su exclusión no es aplicable al caso, puesto que en el supuesto examinado por dicho tribunal la corrección se realizó cuando ya se había abierto la oferta económica, circunstancia que aquí no concurre.

-Incluso de considerar que se hubiese producido una irregularidad procedimental, el Tribunal no debería proceder a la anulación del acto en aplicación del principio de economía procedimental.

Expuestas de este modo las posiciones de las partes, este Tribunal considera que ninguna de las irregularidades formales denunciadas por MASIMO puede dar lugar a la nulidad ni de su exclusión del procedimiento de licitación ni, consiguientemente, de la adjudicación del lote nº39 y ello en atención a las razones que seguidamente se exponen.

Ha sido y sigue siendo principio tradicional de la legislación española en punto a la validez de los actos administrativos el de la reducción progresiva de los vicios de forma o procedimentales en lo que se refiere a su eficacia invalidante.

Ya una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1915, repetida posteriormente en numerosas resoluciones judiciales a modo de cláusula de estilo, declaró lo siguiente:

«Cuando las Leyes y Reglamentos no declaran expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña nulidad depende de la importancia que revista, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlas».

Promulgada la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, actualmente derogada, su artículo 48.2 vino a recoger este principio de reducción progresiva de los vicios formales, al disponer que *«no obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados»*. Con base en este precepto, reiterado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 63.2), actualmente derogada, y en la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –LPACAP– (artículo 48.2), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido la misma línea que inició la mencionada sentencia de 1915, reforzándola mediante la aplicación del principio de economía procedimental. Así, la sentencia del Alto Tribunal de 6 de noviembre de 1963 declara lo siguiente:

«...un elemental principio de economía procedimental impide que se anule la resolución y las actuaciones administrativas, retrotrayéndolas al momento en que se omitió un trámite preceptivo si, aun subsanado el defecto con todas sus consecuencias, es de prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula».



Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989, reproduciendo la sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Bilbao de 7 de diciembre de 1984, que confirma íntegramente, declara lo siguiente:

«Que la doctrina jurisprudencial sobre los defectos formales, abundando en el espíritu contenido tanto en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, como en la genérica prevención de la Exposición de Motivos de la Ley de esta Jurisdicción, concibe al procedimiento con un carácter instrumental, subordinando la apreciación de nulidad por tales defectos a que su concurrencia determine una efectiva disminución de las exigibles garantías que el proceso ofrece, incidiendo con ello en la decisión de fondo -lo que no quiere decir que el trámite haya de ser dejado al arbitrio de las partes-, saliendo con ello al paso de una utilización que, desnaturalizándolo, pretenda, a través de él, obstaculizar su solución: doctrina que Sentencias como la de 25 de enero de 1982 y las en ella citadas ejemplariza partiendo, tanto del principio de legalidad del acto administrativo, como el de «favor acti», y teniendo también en cuenta la necesidad de la aplicación de unos criterios restrictivos y circunstanciados en la materia dado que no todos los defectos son iguales, ni proceden las mismas consecuencias sobre los actos a que afectan, requiriéndose por ello el examen, a este respecto, de lo que hubiera podido variar el acto, teniendo también en cuenta el principio de economía procesal, todo ello basado en la pieza clave de la producción de indefensión, lo cual se refleja en diversos preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo (44, 45, 48.2, 49, 50, 51, 52); buscando en suma, como también declara la Sentencia de 29 de abril de 1983, mediante tales criterios «de flexibilidad y apertura», dar respuesta adecuada a la problemática planteada, no escudándose en razones formales que en la mayoría de los casos suponen una auténtica denegación de justicia las Sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de enero y 14 de noviembre de 1983, así también vienen a declararlo. En suma, y como conclusión que se desprende de todo ello, los efectos anulatorios de un defecto formal consistente en la omisión o cumplimiento irregular de un trámite, sólo pueden determinarse mediante un análisis particularizado de la situación para establecer a través de él si en definitiva ha producido los efectos, dotado de eficacia anulatoria, que el párrafo 2.º del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo contiene, es decir, si han llegado a incidir en la resolución final del procedimiento, impidiéndole alcanzar su fin, o, respecto al interesado que los alega, si éste ha sido colocado por ello en una situación que le imposibilita para obtener y



ejercer los medios legales para su defensa. Y de no ser así, tales defectos sea cual sea su naturaleza y entidad, constituirán simples irregularidades no invalidantes, del procedimiento».

Esta misma doctrina se reitera de manera constante en posteriores resoluciones como son, entre otras, las sentencias de 28 de diciembre de 2005 y 23 de julio de 2008 y las que en ellas se citan.

Con base en el criterio jurisprudencial expuesto sobre la reducción progresiva de los vicios de forma o procedimiento y, por tanto, con base en la admisión de la categoría de las irregularidades sin transcendencia invalidante, entiende este Tribunal que ninguno de los vicios formales denunciados por la recurrente tiene entidad suficiente para provocar la nulidad de los actos impugnados, pues, ni tales vicios han impedido que dichos actos puedan alcanzar su fin ni han dado lugar a la indefensión de MASIMO.

En efecto, comenzando por la inexistencia de un acuerdo expreso de exclusión, el artículo 151.2.b) de la LCSP exige que la resolución de adjudicación del contrato contenga: *«con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta»*. Si bien es cierto que en el presente caso la resolución de adjudicación del contrato no hace referencia a los licitadores excluidos ni a los motivos de su exclusión, no es menos cierto que, por una parte, el propio PCAP ya advertía en su cláusula M de que *«se excluirán todas aquellas ofertas cuya documentación no sea conforme al pliego de prescripciones técnicas particulares»* y, por otra parte, que el acta de la mesa de contratación de 2 de diciembre de 2021, en el que se decidió la exclusión de la recurrente, no solamente informaba de los motivos de la exclusión (*«el suministro no se ajusta a la exigencia de “Sensores autoadhesivos, desechables con óptima impedancia con cuatro electrodos” puesto que se ofertan 6 electrodos»*), sino que, además, se publicó al día siguiente en la Plataforma de Contratación del Sector Público junto con el informe técnico en el que se sustentaba, publicación que permitió conocer a la recurrente tanto el hecho de su exclusión como los motivos de ésta. Esta exclusión fue asumida por el órgano de contratación (según el propio órgano de contratación mantiene en su informe, ratificando la decisión de la mesa de contratación). Cuestión distinta es que, no habiéndose informado debidamente a la recurrente de los recursos existentes contra su exclusión, así como del

plazo para interponerlos y del órgano competente para conocer de ellos, los derechos de MASIMO hayan quedado salvaguardados considerando que la notificación de la exclusión ha sido eficaz a estos efectos desde la notificación de la resolución de adjudicación del contrato.

Por tanto, no puede considerarse que MASIMO haya sufrido indefensión, pues, por un lado, del propio contenido de su recurso se desprende que conoce sobradamente las razones por las que su oferta ha sido excluida de la licitación y, por otro lado, ha podido accionar contra dicha exclusión interponiendo el presente recurso especial.

Tampoco puede considerarse que la ausencia de un acuerdo expreso de exclusión haya impedido al acto alcanzar su fin, dado que la exclusión se produjo en el momento procedimental adecuado, esto es, en el momento en que se supo que la oferta técnica de MASIMO no cumplía los requisitos del PPT, sin alterar ni el desarrollo posterior del procedimiento de licitación ni su resultado.

A mayor abundamiento, considera este Tribunal que, sin perjuicio de que se haya garantizado a la recurrente la posibilidad de recurrir contra su exclusión del procedimiento de licitación, la mesa de contratación actuó correctamente publicando sus actas en la Plataforma de Contratación según ordena el artículo 63.3.d) de la LCSP. Es más, los actos propios de la recurrente evidencian que pudo tener cabal conocimiento de su citada exclusión en el momento en que dicha exclusión se produjo, dado que el acta de la mesa de 2 de diciembre de 2021 que advirtió de la exclusión y el informe técnico en el que se sustentaba se hicieron públicos en la Plataforma exactamente de la misma manera que el anterior acta e informe de 17 de noviembre de 2021, que establecieron la exclusión inicial de la recurrente, frente a los que esta reclamó mediante el envío del correo electrónico de 23 de noviembre de 2021, en el que solicitaba la reconsideración de la decisión adoptada. Por tanto, es difícil creer que, habiéndose publicado el acta de 2 de diciembre de 2021 de la misma manera que estos últimos actos, la recurrente no tuviera conocimiento de ellos desde el momento de su publicación.

En relación con el vicio consistente en la eliminación de la Plataforma de Contratación de la corrección de errores publicada el 24 de noviembre de 2021 y la sugerencia de que dicha

eliminación supone una posible injerencia de la mesa de contratación sobre la valoración realizada por los técnicos encargados de analizar los criterios que se determinan mediante un juicio de valor, este Tribunal entiende que se trata la denunciada de una mera irregularidad no invalidante, pues, ni el órgano de contratación niega su existencia, ni tampoco puede entenderse que su eliminación se deba a una influencia de la mesa de contratación sobre el criterio técnico. En efecto, la existencia de una primera corrección de errores en el informe técnico fue reconocida por la mesa de contratación en el acta de 24 de noviembre de 2021. Cuestión distinta es que la mesa no asumiera el contenido de ese segundo informe, actuación ajustada a Derecho en la medida en que su automática asunción habría supuesto la modificación del acto de valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor anteriormente realizada por la propia mesa sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido para ello. Así, en el acta de 24 de noviembre de 2021 la mesa de contratación dice:

«A la vista de que se ha elaborado un segundo informe técnico que ha sido publicado en la Plataforma de Contratación sin conocimiento de este órgano de asistencia, y que modifica el primer informe sobre el que se apoyó la valoración de dos lotes realizada por la mesa de contratación del día 18 de noviembre de 2021, se suspende la apertura de los criterios evaluables mediante fórmulas, a fin de poder revisar adecuadamente la documentación».

Este Tribunal considera que la actuación de la mesa de contratación fue la más adecuada, pues pospuso la apertura de la oferta económica hasta el momento en que adoptase una decisión definitiva sobre la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, conforme a lo dispuesto en el artículo 146.2 de la LCSP, según el cual *«en todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello».*

Por ello, no puede considerarse que la actuación de la mesa de contratación fuese incorrecta, ni que con ella la mesa tratase de influir en la actuación del servicio técnico que la asesoraba, máxime cuando, como posteriormente se analizará, la exclusión de la recurrente por motivos técnicos se ajusta a Derecho. La única irregularidad fue la

publicación en la Plataforma de Contratación de un informe técnico de valoración que rectificaba el inicialmente asumido por la mesa de contratación sin contar con el acuerdo de ésta. Sin embargo, esta irregularidad procedimental fue corregida por la mesa de contratación posponiendo, según se ha visto, la apertura de las ofertas económicas hasta la asunción de una decisión definitiva sobre la valoración de los criterios ponderables mediante un juicio de valor.

Finalmente y, en cuanto a la supuesta vulneración del artículo 109.2 de la LPACAP por inexistencia de un error de hecho manifiesto y ostensible que justificase la rectificación del informe técnico de valoración de 23 de noviembre de 2021 realizada por el segundo informe de 2 de junio de 2021, entiende este Tribunal que no existe obstáculo a que los informes efectuados por los servicios técnicos que asesoran a la mesa de contratación puedan ser rectificadas antes de que el órgano que recibe el asesoramiento haya tomado una decisión, sin necesidad de ampararse para ello en el artículo 109 de la LPACAP, y ello por las razones que se exponen a continuación.

De acuerdo con el artículo 146.2.b) de la LCSP, en los casos en los que la ponderación que se atribuya a los criterios evaluables mediante un juicio de valor sea inferior que la otorgada a los criterios evaluables mediante fórmulas, *«la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la presente Ley»*.

La valoración, por tanto, de los criterios dependientes de un juicio de valor corresponde, en procedimientos como el presente (en que los criterios sujetos a juicio de valor tienen atribuida menor puntuación que los dependientes de fórmulas), a la mesa de contratación. Es, pues, la mesa de contratación la que debe dictar el acto administrativo de trámite que atribuya la valoración que corresponda a cada oferta, sin perjuicio de que, para tomar su decisión, en la medida en que ésta se apoya en aspectos de carácter técnico, se sirva del asesoramiento técnico que estime oportuno, asesoramiento que ni siquiera es vinculante para la mesa, sin perjuicio de que, si decide apartarse de ellos, lo haga de forma motivada.

Los informes técnicos, en consecuencia, sirven de apoyo a la decisión administrativa y tales informes pueden rectificarse tantas veces como sea necesario y cualquiera que sea el alcance y sentido de la rectificación, siempre y cuando esta rectificación del criterio técnico se motive a efectos de dar a la mesa el mejor asesoramiento posible para tomar la decisión más acertada. En este caso, la decisión administrativa con respecto a la exclusión de MASIMO siempre tuvo el mismo sentido: su exclusión.

En efecto, MASIMO se consideró excluida por la mesa de contratación el 17 de noviembre de 2021, y esta exclusión se mantuvo el 2 de diciembre de 2021. En ambos casos, la exclusión obedecía a que su oferta técnica no se ajustaba al PPT, si bien es cierto que por razones distintas. En el primer supuesto, la exclusión se fundamentó en una supuesta incompatibilidad de los productos suministrados por MASIMO con los módulos integrados en los monitores hemodinámicos del hospital y monitores específicos de profundidad anestésica. Advertida la improcedencia de la exclusión por cuanto que MASIMO sí cumplía el requisito de salvar esa incompatibilidad suministrando los monitores necesarios para las unidades operacionales que lo precisen, tal y como permitía el PPT, se advirtió otro incumplimiento del PPT por MASIMO que había pasado inadvertido: el suministro no se ajustaba a la exigencia de «*Sensores autoadhesivos, desechables con óptima impedancia con cuatro electrodos*», puesto que MASIMO ofertaba 6 electrodos. Por ello, el 2 de diciembre de 2021 la mesa decidió mantener la exclusión de MASIMO.

Aun cuando hubiera sido deseable una menor variabilidad en el asesoramiento técnico recibido por la mesa de contratación, las variaciones en dicho asesoramiento técnico, si son motivadas y razonables, entran dentro del margen de discrecionalidad legalmente permisible, especialmente cuando conducen a que el órgano de contratación tome la decisión administrativa adecuada, como aquí sucedió según posteriormente se expondrá. Decisión administrativa (la de exclusión) que fue siempre la misma, por lo que no puede considerarse que el órgano de contratación haya revocado un acto administrativo favorable fuera de los cauces legales.

Asimismo, ha de rechazarse la alegación de la recurrente de que, después de haber sido expresamente admitida en el procedimiento de licitación, fue posteriormente excluida sin seguir el procedimiento adecuado, dado que su inicial admisión por cumplir los requisitos

de capacidad y solvencia exigibles no impide que su oferta fuera excluida en un momento posterior del procedimiento de licitación por no ajustarse a los requisitos técnicos exigidos en el PPT.

En consecuencia, ninguna de las irregularidades formales invocadas por la recurrente tiene entidad suficiente para producir la nulidad de los actos administrativos impugnados, máxime cuando, según seguidamente se expondrá, el resultado del procedimiento de licitación hubiera sido el mismo de haberse retrotraído las actuaciones al momento de la comisión de tales irregularidades.

Séptimo. En cuanto a los motivos de carácter sustantivo, MASIMO considera que su oferta técnica sí cumplía los requisitos del PPT, por lo que su exclusión del procedimiento de licitación fue, a su juicio, indebida. Afirma al respecto que *«resulta manifiesto que los sensores ofertados por Masimo SÍ cumplen con las prescripciones técnicas puesto que el sensor Sedline ofertado se compone de 4 electrodos activos de encefalografía (EEG) de calidad diagnóstica y monitorización de la actividad eléctrica frontal y prefrontal. Estos son los 4 electrodos que se recogen en el PPT y que, por lo tanto, con independencia del número total de electrodos de que disponga el sensor concreto ofertado por Masimo, sí cumple la oferta presentada»*.

Y añade que *«la exigencia de que los sensores cuenten con cuatro electrodos debe entenderse necesariamente en el sentido de que los sensores cuenten con cuatro electrodos activos, como es el caso de la oferta presentada por Masimo. Asimismo, siguiendo esta postura excesivamente formalista de los pliegos podría argumentarse que cualquier oferta que incorpore alguna característica funcional diferente o adicional a lo previsto en los pliegos debería resultar en su exclusión, postura que en ningún caso podría admitirse»*.

Frente estas alegaciones, el órgano de contratación en su informe aduce que *«es competencia del órgano de contratación, materializada a través del pliego de prescripciones técnicas (PPT en adelante) no sólo la determinación de las características de los productos que pretende adquirir, sino que también corresponde a los técnicos la valoración de las características exigidas, por lo que el recurrente no puede cuestionar la*

misma ya que ha de prevalecer la “discrecionalidad técnica” del órgano de contratación en su apreciación de que la oferta presentada por los licitadores cumple las características técnicas establecidas en PPT, ahondando más en el presente caso que únicamente realiza una valoración subjetiva del material».

Tras invocar la doctrina de este Tribunal relativa a la discrecionalidad del órgano de contratación para definir sus necesidades técnicas y valorar las ofertas, señala que:

«el Pliego de Prescripciones Técnicas es lapidario al exigir “Sensores autoadhesivos, desechables con óptima impedancia con cuatro electrodos” (...) En caso de que los técnicos hubieran precisado de un número mínimo de cuatro electrodos para valorar los diferentes campos del EEG, hubieran especificado que se precisaba “un mínimo de 4 electrodos”, pero las prescripciones técnicas son taxativas, exigiéndose únicamente “cuatro electrodos”, ni más ni menos, que son los considerados necesarios por los anestesiistas a la hora de llevar a cabo su asistencia.

En este sentido, el servicio técnico de Anestesiología y Reanimación del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla se reitera en su exclusión al precisar que “el sensor de actividad cerebral bilateral adulto SedlineRD no cumple las especificaciones técnicas del concurso en base a que:

-No tiene 4 electrodos, como viene en las especificaciones técnicas, sino que tiene 6 electrodos.

-El apartado C del Pliego del Concurso (página 3) especifica que no se admiten variantes ni mejoras».

Por su parte, la adjudicataria del lote nº39 insiste en la discrecionalidad técnica del órgano de contratación para definir sus necesidades y valorar las ofertas, así como en la procedencia de la exclusión de las ofertas que no se ajusten a las exigencias técnicas del PPT según doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Supremo. Seguidamente, la adjudicataria dedica diversas páginas de su escrito a justificar, desde un punto de vista técnico, por qué el producto ofertado por MASIMO no se ajusta a las necesidades de la Administración establecidas en el PPT.



Descritas las posiciones de las partes, este Tribunal considera que el recurso de MASIMO tampoco puede ser estimado en este punto y ello por las consideraciones que a continuación se establecen.

Ha de partirse de que no son hechos controvertidos: 1º) que el PPT exige para el lote nº39 el suministro de «sensores autoadhesivos, desechables con óptima impedancia con cuatro electrodos»; 2º) que el cuadro de características del contrato que forma parte del PCAP advierte de que no se admitirán variantes ni mejoras (cláusula C) y de que «*se excluirán todas aquellas ofertas cuya documentación no sean conforme al pliego de prescripciones técnicas particulares*»; 3º) que en su oferta MASIMO ofrece sensores con seis electrodos en vez de cuatro.

La exclusión de un licitador, en este caso la recurrente, por no observar su proposición las exigencias contenidas en los pliegos que rigen la contratación ha sido analizada en diferentes ocasiones por este Tribunal, siendo un claro exponente de su posición la Resolución 763/2014 de 15 de octubre, en cuyo fundamento séptimo se indica que:

«Como se afirma en la Resolución 208/2014, de 14 de marzo, no es necesario que el PCAP prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al PPT: “El argumento no puede ser acogido, pues, dejando a un lado lo arriesgado de las interpretaciones “sensu contrario” (así las califica la STS 11 de abril de 1989), parte de un presupuesto erróneo, ya que, aunque lo deseable sería que los Pliegos previeran todas y cada una de las incidencias que puedan darse en el procedimiento de licitación y en la vida misma del contrato resultante, ello es un desiderátum de imposible cumplimiento (cfr STGUE de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08). Precisamente por esta razón, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 6 de octubre y 4 de noviembre de 1997) y la doctrina legal del Consejo de Estado (Dictamen de 6 de febrero de 1997) han enfatizado que los Pliegos son el elemento básico o primordial para decidir cualquier controversia que se plantee, pero ello no significa que sean los únicos a los que haya de atenderse (cfr. Resoluciones de este Tribunal 84/2011 y 155/2011), debiendo ser aquéllos completados tanto con los restantes elementos del expediente que revisten carácter contractual como con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables (Resolución de este Tribunal 489/2013). Lo que sí es indiscutible es que las ofertas de los candidatos se han de ajustar



a los términos del Pliego, tal y como recuerda el artículo 145.1 TRLCSP (...). Norma ésta que, por lo demás, no hace sino expresar una obviedad que va implícita en la misma posición de los Pliegos como definidores de la prestación que desean contratar las entidades sujetas al TRLCSP (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3 y 116, apartado 1 del TRLCSP), de manera que éstas no podrán adquirir un bien o servicio que difiera de lo expresado en aquéllos. De este elemental principio, en fin, se infiere, a su vez, que las proposiciones que no se ajusten estrictamente a los referidos Pliegos no deben ser admitidas en la licitación (cfr., por todas, Resolución 94/2013), (...). En definitiva, y frente a la tesis de la recurrente, la decisión de apartar a un licitador no requiere de una expresa previsión en el Pliego, sino que para ello basta con que la oferta no reúna los requisitos establecidos en él, pues tal conducta supone obviar los principios fundamentales de la contratación pública además de la infracción de un precepto de derecho necesario". Cabe añadir (por todas, Resolución 169/2014, de 28 de febrero) que, "en realidad, en el caso de que el licitador presente una oferta que incumple las especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, está realizado una contraoferta, la cual no podrá ser aceptada por el órgano de contratación, pues ello daría lugar a que los demás licitadores se encontraran en situación de desigualdad con el licitador que presenta la contraoferta. De esta forma, es el principio de igualdad de trato a los licitadores el que impide que el órgano de contratación pueda entrar a valorar una oferta que no respeta las especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas. Sólo en los supuestos de mejoras previstas en el pliego o en el caso de que se admitan variantes, podrá el órgano de contratación entrar a valorar ofertas que no se adecuen exactamente al contenido del pliego de prescripciones técnicas. En estos casos, es el propio pliego el que habilita al órgano de contratación a evaluar esos elementos, cuyos límites son perfectamente conocidos por todos los licitadores, de forma que no se altera la situación de igualdad entre ellos. Pero incluso en estos casos, las ofertas presentadas por los licitadores deberán respetar el contenido mínimo establecido en el pliego de prescripciones técnicas. Fuera de los casos mencionados, el órgano de contratación no podrá entrar a valorar la oferta presentada, por lo que procede la exclusión de la misma».

Esta doctrina ha sido recientemente reiterada en nuestra resolución nº 52/2022, de 20 de enero, dictada en el recurso nº 1738/2021 y ha de completarse con la siguiente, recogida en la resolución nº1607/2021, de 12 de noviembre (recurso nº 1428/2021):



«Entrando en los argumentos del recurso referidos a los incumplimientos de orden técnico que actúan como requisitos mínimos de la prestación, conviene recordar la doctrina del Tribunal sobre las condiciones para excluir una propuesta por incumplimiento de las prescripciones técnicas. Entre las últimas resoluciones, las Resoluciones nº 1152/2021, de 9 de septiembre y 608/2021, de 21 de mayo resumen la doctrina del Tribunal; así: “A este respecto, hay que tener en cuenta la doctrina de este Tribunal en relación a este aspecto en concreto. La Resolución 1104/2020 pone de manifiesto que: “Es doctrina consolidada de este Tribunal que, para que proceda la exclusión del licitador, el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. Citamos, por todas, la Resolución nº 323/2020 de 5 de marzo de 2020 que al respecto dispone: ‘En efecto, del artículo 139 de la vigente LCSP, 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 o el órgano asesor del órgano de contratación, puedan valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento que se denuncia 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. (...) Debe recordarse que, como tiene establecido este Tribunal en reiterada doctrina, solo es posible excluir una oferta de una licitadora por incumplimiento del PPT cuando la misma oferta sea abiertamente contraria a los requerimientos del PPT, cuestión que no concurre en este procedimiento de licitación. Así, se recoge en la Resolución 1205/2018: 'También se ha dicho (resolución 560/2015, de 12 de junio) que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento'. De la documentación remitida a este Tribunal no cabe deducir que la oferta del adjudicatario incumpla los requisitos técnicos exigidos, sin perjuicio de que, en fase de ejecución del contrato, las prescripciones ofertadas hayan de ser verificadas por el órgano de contratación. (...)'. En la Resolución 276/2021, después de citar esta doctrina se resolvía un caso similar al presente: "Nos encontramos por tanto con que el tenor literal de la cláusula citada del pliego es claro en cuanto a la exigencia de que el motor del vehículo cumpla con la homologación Euro 6C, y no ofrece margen alguno para que los licitadores pudieran optar por ofertar un vehículo cuyo motor dispusiese de una homologación de carácter alternativo. A este respecto, lo que tanto el órgano de contratación en su informe como la empresa adjudicataria en sus alegaciones vienen a poner de manifiesto es que el vehículo ofertado vendría a cumplir en este punto con la normativa de emisiones que le resulta de aplicación conforme a su naturaleza, la cual defienden que es asimilable a la homologación Euro 6C. Sin embargo, por nuestra parte hemos de indicar que la perspectiva a considerar aquí no es la de si el vehículo cumple con los estándares normativos de aplicación, sino, de manera más precisa, si da cumplimiento al concreto requerimiento del PPT en este punto, el cual con toda claridad establece la exigencia de que el motor disponga de la homologación Euro 6C. Se trata así de valorar por tanto si, al margen del cumplimiento de las normas legales de aplicación, el vehículo atiende adicionalmente a un específico requerimiento del pliego técnico, y tanto de la oferta del adjudicatario como de sus propias alegaciones resulta con claridad que no es así. Hemos de puntualizar por último que el órgano de contratación pudo haber establecido en el PPT la posibilidad de ofertar un vehículo con motor homologado

conforme a la norma STAGE V, pero no lo hizo así, requiriendo estrictamente la homologación conforme a la norma Euro 6C, lo que no cabe ahora desconocer. De haberse establecido en el pliego tal alternativa, los interesados en concurrir a la licitación podrían haber valorado ofertar un vehículo que cumpliera con la homologación STAGE V, mientras que los términos estrictos en que quedó definido el PPT no permiten tal posibilidad, requiriéndose en todo caso que el motor cumpla con la homologación Euro 6C” En este caso concreto, ni siquiera el órgano de contratación ni el adjudicatario aducen la equivalencia o posible homologación de los requisitos ofertados por el adjudicatario con los que exige el pliego de prescripciones técnicas que desde luego no coinciden con su tenor literal. De la propia oferta técnica se deduce, además, como dice el recurrente, que son diferentes dado que el freno no es electrónico y la transmisión en cuanto a las marchas se refiere es diferente sin entrar a dilucidar si es mejor o peor sino simplemente no es la que en definitiva exige el pliego de prescripciones técnicas. Por las razones expuestas parece que estamos ante un incumplimiento claro de los requisitos o características técnicas exigidas al tractor objeto de este suministro, por parte del adjudicatario por lo que no cabe sino estimar el recurso presentado».

De acuerdo, por tanto, con la doctrina expuesta, el incumplimiento por la oferta de un licitador de los requisitos técnicos establecidos en el PPT determina su exclusión de la licitación con base tanto en un elemental principio de eficacia y eficiencia en la gestión del gasto público (puesto que la oferta debe satisfacer las necesidades que la entidad contratante pretende cubrir con el contrato), como en un principio de igualdad de trato de los licitadores. Ahora bien, para que proceda la exclusión del licitador en el procedimiento de adjudicación por esta causa, es menester que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la oferta sea expreso y claro.

Pues bien, este Tribunal entiende que en el supuesto examinado concurre el requisito de que el incumplimiento del PPT por parte de la oferta de MASIMO es expreso y es claro. En efecto y, como más arriba se ha indicado, el PPT exigía el suministro de «*sensores autoadhesivos, desechables con óptima impedancia con cuatro electrodos*». El tenor literal de la cláusula citada del pliego es claro, pues en él no se dice que se exija un mínimo de cuatro electrodos, sino un número concreto: cuatro. Asimismo, el PCAP es claro al indicar que no se admiten ni variantes ni mejoras. Los sensores autoadhesivos que MASIMO

ofrecía en su oferta tienen seis electrodos. Por tanto, es claro, sin necesidad de hacer complejas interpretaciones, que el producto ofrecido por MASIMO difiere en dos electrodos del requerido por el Servicio Cántabro de Salud en el PPT.

Afirma MASIMO que la circunstancia de que sus sensores dispongan de seis electrodos no es obstáculo a que cumplan el requisito de contar con los cuatro exigidos en el PPT. Incluso dice que los otros dos sensores permiten realizar funciones adicionales, si bien no aporta ningún informe pericial que corrobore sus afirmaciones. En todo caso, de las propias alegaciones de la recurrente se desprende que el producto que ofrece constituye, cuando menos, una variante con respecto al exigido en el PPT. Sin embargo, ha de recordarse que el PCAP no admite ni variantes ni mejoras.

A lo anterior ha de añadirse que, según el órgano de contratación *«la recurrente precisa del número de 6 electrodos para valorar los mismos canales del EEG (Electroencefalograma), que uno de 6 [Sic., deben entenderse 4], lo cual no resulta operativo a la hora de la conexión de éstos al paciente»*. Por tanto, para el órgano de contratación, la circunstancia de que los sensores de MASIMO tengan seis electrodos en vez de cuatro tiene una repercusión técnica que los convierte en inadecuados para el uso pretendido: los sensores de seis electrodos no resultan operativos a la hora de conectarse al paciente.

Esta circunstancia es confirmada por la adjudicataria a través de un relato pormenorizado de las razones técnicas por las que, según su criterio, un sensor de seis electrodos como el que MASIMO ofrece no responde a las necesidades de la entidad adjudicadora establecidas en el PPT. De ese relato puede destacarse lo siguiente:

«Un sensor con cuatro electrodos está diseñado para transmitir dos canales de electroencefalograma (EEG), pues para cada canal se usan dos electrodos.

El funcionamiento es sencillo: el electrodo 1 es el electrodo de referencia. Con los electrodos 1 y 2 se obtiene un canal y con el electrodo 1 y 3 obtendríamos el otro canal de EEG. El electrodo 4 sería lo que comúnmente se denomina la toma de tierra.

El sensor de cuatro electrodos exigido en el PPT está diseñado para colocarse en la frente del paciente, desde el centro hacia un lado, dejando libre la frente del lado contrario, monitorizando por lo tanto solamente uno de los dos hemisferios cerebrales. Se define sensor “unilateral”.

Por el contrario, un sensor de 6 electrodos se denomina “bilateral”, pues obtiene dos canales por cada lado, ocupa toda la frente y monitoriza a la vez los dos hemisferios cerebrales. Eso es precisamente lo que ocurre con el sensor de Masimo, que ha presentado un sensor con 6 electrodos, y por lo tanto un sensor bilateral. En la página 18 de su recurso, ellos mismos afirman expresamente que su sensor es bilateral.

La elección de un sensor de cuatro electrodos -habiendo descartado la Administración que en este lote el sensor disponga de un número de electrodos diferente- resulta plenamente acertada y muy importante desde el punto de vista médico en algunos casos, según explicamos a continuación.

- *Cuando es indispensable la monitorización independiente de un solo hemisferio, por ejemplo, cuando hay sospecha de una patología focalizada o se quiere monitorizar un solo hemisferio (como ocurre en elevado número de intervenciones de neurocirugía, tanto por la focalidad como por el acceso quirúrgico).*
- *En pacientes de temprana edad o en pacientes adultos, que por su fisonomía, tienen un espacio frontal reducido, resultaría prácticamente imposible colocar el sensor bilateral de Masimo, pues no existe espacio suficiente para asentarlos en ambos hemisferios.*
- *En algunos pacientes es necesario monitorizar dos, tres o incluso cuatro parámetros con sensores o sondas que se colocan a nivel frontal, por lo que es necesario tener el mayor espacio frontal disponible, algo que ocurre con un sensor de posición unilateral frente al de posicionamiento bilateral, como se observa en las imágenes.*
- *En pacientes con lesiones frontales por problemas dermatológicos, pacientes de urgencias (accidentes de tráfico, quemaduras, etc), muchas veces sólo se puede colocar el sensor en uno de los lados de la frente, por lo que es del todo imposible y desaconsejado colocar un sensor bilateral que ocupe ambos hemisferios como el de Masimo.*

(...)

El sensor de Masimo debe posicionarse de forma lineal en la frente del paciente, por lo que se ocupa toda su superficie, no pudiendo elegir según necesidades el posicionamiento en el lado izquierdo o derecho».

No obstante, tampoco ofrece la adjudicataria un informe elaborado por un experto, objetivo e imparcial, que corrobore sus afirmaciones.

En cualquier caso, este Tribunal ha de respetar la discrecionalidad técnica del órgano de contratación tanto a la hora de definir en el PPT los requerimientos técnicos de los productos a suministrar, como a la hora de prohibir la admisión de variantes y mejoras, como a la hora de determinar en este caso que la diferencia numérica de electrodos en los productos ofrecidos por MASIMO en su oferta supone un incumplimiento de los requisitos técnicos del PPT.

Al respecto, debemos recordar la doctrina de este Tribunal sobre la “discrecionalidad técnica” de los órganos de contratación que se resume en la Resolución de 26 de mayo de 2020, con cita de otras anteriores, en los siguientes términos:

«Ya en la Resolución 939/2014, respecto a la valoración técnica, señalábamos que:

‘Este Tribunal ha manifestado reiteradamente las limitaciones relativas al análisis de cuestiones vinculadas a la discrecionalidad técnica que debe predicarse de los órganos de contratación cuando valoran cuestiones de esta índole, en las que no cabe entrar sino en tanto en cuanto esa valoración adolezca de una defectuosa motivación o de una manifiesta infracción del ordenamiento (Cfr. entre otras, la reciente Resolución nº 905/2014, de 5 de diciembre).

Así, podemos traer a colación diversas Resoluciones dictadas en tal sentido por este Tribunal, por ejemplo, la Resolución nº 806/2014, en la que señalábamos que ‘Continúa el recurrente trayendo a colación la doctrina de este Tribunal que ya ha expresado reiteradamente en cuanto a los criterios evaluables mediante juicios de valor. Así la Resolución 234/2011, de 5 de octubre, entre muchas otras entiende que ‘en el ejercicio de



las potestades discrecionales, cuando la Administración debe utilizar criterios subjetivos de valoración, el único elemento reglado de control posterior es la sujeción a los criterios que previamente se hayan definido al elaborar los pliegos. Pero la valoración que haga la Administración de esos parámetros objetivos, si está debidamente motivada, no puede ser sustituida por un criterio diferente'. Por otra parte, en doctrina reiterada de este Tribunal (194/2014, 219/2014, 220/2014, 247/2014, 248/2014, 249/2014, 250/2014, 251/2014, 252/2014, 253/2014, 254/2014, 255/2014, 256/2014, 257/2014, 258/2014, 259/2014 y 261/2014), en estos casos, '... no se trata efectivamente de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente, y tal y como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en el criterio de adjudicación se ha producido error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos'.

O bien nuestra Resolución nº 768/2014, en la que señalábamos que:

'Por tanto, entrando ya en el fondo de sus alegaciones, y como se recuerda en la reciente Resolución 689/2014, la doctrina de este Tribunal sobre la aplicación de los criterios no valorables mediante fórmula y el carácter discrecional de su apreciación sostiene que 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 (por todas, Resoluciones 176/2011, de 29 de junio y 573/2014, de 24 de julio) al considerar que, a este tipo de criterios, le es aplicable la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración. Como razonamos en la Resolución 189/2012, la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación, constituye una manifestación particular de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor. En la Resolución 159/2012 señalamos que sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -

seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar 'un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos' (Resolución de este Tribunal núm. 93/2012).

Por tanto, en el presente caso el análisis de este Tribunal debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como su ajuste a lo previsto por los pliegos, las normas de competencia o de procedimiento, la motivación, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla».

En este caso no se aprecia que el órgano de contratación haya incurrido en arbitrariedad o en falta de motivación a la hora de excluir la oferta de MASIMO, por lo que procede confirmar la adecuación de su actuación al ordenamiento jurídico.

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.C., en nombre y representación de MASIMO EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA, S.L. (MASIMO) contra la resolución de adjudicación del lote nº39 de la licitación convocada por la Directora Gerente del Servicio Cántabro de Salud para la adjudicación del “Acuerdo Marco de suministro de material de anestesia con destino a los centros periféricos de atención especializada del Servicio Cántabro de Salud” (expediente A.M P.A. SCS 2021/9).

Segundo. Levantar la suspensión del lote 39 del expediente de contratación, según 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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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.