



Recurso nº 840/2023 C.A. de Cantabria 35/2023

Resolución nº 1065/2023

Sección 1ª

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

En Madrid a 7 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. B.P.L. y D. J.G.I., actuando en representación de LINDE GAS ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, "LINDE"), contra la adjudicación del Lote 5 del Acuerdo Marco para la contratación del *"Suministro de gases medicinales, otros gases para uso sanitario y otro tipo de gases que garanticen las necesidades totales, así como el mantenimiento integral de las instalaciones, para las gerencias de atención especializada y atención primaria del SCS"*, con expediente SCS 2022/46, convocado por el Servicio Cántabro de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 19 de agosto de 2022 se publicó por el Servicio Cántabro de Salud, anuncio de licitación del Acuerdo Marco, siendo el plazo para la presentación de las ofertas hasta el 16 de septiembre de 2022 a las 15 horas.

Segundo. El contrato se licitó por un valor estimado de 11.745.720,82 euros, y con un presupuesto de 5.401.818,66 euros.

La licitación se halla dividida en 5 lotes:

Lote 1: Suministros de gases medicinales y otros gases y servicios de apoyo a la Gerencia de Atención Especializada Área I

Lote 2: Suministro de gases medicinales y otros gases y servicios de apoyo a la Gerencia de Atención Especializada Área II.



Lote 3: Suministros de gases medicinales y otros gases y servicios de apoyo a la Gerencia de Atención Especializada Área III y IV.

Lote 4: Suministros de gases medicinales y otros gases y servicios de apoyo a la Gerencia de Atención Primaria.

Lote 5. Servicio de administración de óxido nítrico, por paciente, en la Gerencia de Atención Especializada Área I.

El acuerdo marco tendrá una duración de 24 meses, contados a partir del día siguiente al de la formalización del contrato.

Tercero. Finalizado el plazo de presentación de ofertas se presentaron al Lote 5 cuya adjudicación se recurre:

AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.

LINDE GAS ESPAÑA, S.A.U. (recurrente)

NIPPON GASES ESPAÑA, S.L.U.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METALICOS S.A. (adjudicataria)

SOL FRANCE S.A.S

Cuarto. Con fecha 2 de noviembre de 2022 se reúne la mesa de contratación para la apertura y valoración de la documentación administrativa y en su caso la apertura de la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor. La sesión se suspende a la espera de que los servicios técnicos valoren si los licitadores cumplen con los certificados solicitados en el apartado n punto 3) del PCAP.

Quinto. Con fecha 23 de noviembre de 2022 se constituye de nuevo la Mesa y se procede a la valoración de la documentación administrativa y todos los licitadores cumplen con los certificados por lo que son admitidos en la licitación. A continuación,



se procede a la apertura de los criterios evaluables mediante juicios de valor enviando a los técnicos dicha información para su valoración y emisión de informe técnico.

Sexto. El día 3 de febrero de 2023 a las 09:30h, una vez remitida la información por el equipo técnico, se asume el mismo por la Mesa y resulta la siguiente puntuación:

LOTE	LICITADOR	Capacidad producción y garantía suministro	Calidad oferta técnica	Seguridad en la administración a paciente	Compatibilidad sistema de ventilación	TOTAL PUNTUACIÓN TÉCNICA
5	AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, SL	8	9,25	3	0,5	20,75
	LINDE GAS ESPAÑA, S.A.U	11	15	5	5	36
	NIPPON GASES ESPAÑA, S.L.U.	5	2,7	1	0,5	9,2
	SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METALICOS S.A.	15	11,25	5	3	34,25
	SOL FRANCE S.A.S	7	6	5	0,5	18,5

La mesa concluye que en el lote 5 los licitadores NIPPON GASES ESPAÑA, S.L.U. y SOL FRANCE S.A.S. no alcanzan el umbral mínimo de 20 puntos y por lo tanto se les excluye.

Séptimo. En fecha 15 de febrero se reúne de nuevo la mesa de contratación y, constituido el órgano de asistencia, se procede a la apertura de los criterios evaluables automáticamente.

El 8 de marzo en nueva reunión se procede a la valoración de los criterios automáticos incurriendo todas las ofertas presentadas al Lote 5 en presunción de anormalidad por lo que se les requiere por un plazo de tres días hábiles a partir de la notificación para presentar las justificaciones que estimen oportunas.

En fecha 29 de marzo se reúne la mesa para valorar las justificaciones presentadas según el requerimiento efectuado, de modo que el órgano de contratación a la vista de las justificaciones ofrecidas, decide requerirles nuevamente para que presenten documentación que acredite los acopios de existencias otorgándoles el plazo de tres días.

Octavo. En fecha 26 de abril se vuelve a constituir el órgano de contratación al objeto de revisar la justificación de las ofertas presentadas al Lote 5, la cual es asumida por la Mesa y se informa de la puntuación final obtenida, que es la siguiente:



LOTE	LICITADOR	Oferta S/IVA (2 años)	Puntuación Técnica	Puntuación Económica	TOTAL	ORDEN
5	SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METALICOS S.A.	427.008,00 €	34,25	49,50	83,75	1º
	AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, SL	352.281,60 €	20,75	60,00	80,75	2º
	LINDE GAS ESPAÑA, S.A.U	480.384,00 €	36,00	44,00	80,00	3º

La mesa, a la vista de la puntuación obtenida, hace propuesta de adjudicación del clasificado en primer lugar, a la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METALICOS S.A.

Noveno. En fecha 29 de mayo se reúne por última vez la Mesa al objeto de revisar de la documentación presentada por la empresa propuesta para la adjudicación del Lote 5, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METALICOS S.A., estimándose correcta.

Décimo. Con fecha 25 de mayo de 2023 se dicta resolución de adjudicación de la contratación del Acuerdo Marco-Procedimiento Abierto A.M.P.A. SCS 2022/46 “Suministro de gases medicinales, otros gases para uso sanitario y otro tipo de gases que garanticen las necesidades totales, así como el mantenimiento integral de las instalaciones, para las gerencias de atención especializada y atención primaria del SCS” – Lote 5, a la empresa SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS S.A., por el importe 444.088,3200 € (precio máximo 24 meses con IVA), siendo notificada al recurrente el 26 de mayo de 2023 a las 9:34 horas.

Décimo primero. Con fecha 16 de junio de 2023 se ha presentado recurso especial en materia de contratación por el recurrente solicitando *que tenga por presentado este recurso especial en materia de contratación junto con los documentos que lo acompañan, lo admita, y en su virtud dicte resolución por la que anule la Resolución de adjudicación del Lote 5 del Acuerdo Marco impugnada y ordene la retroacción de actuaciones a fin de excluir de la licitación a las ofertas de CM y AIR LIQUIDE, procediendo en consecuencia el Órgano de Contratación a adjudicar el Lote 5 del Acuerdo Marco a favor de LINDE.*

Décimo segundo. Ha hecho uso de la facultad de emitir informe en relación con el recurso especial presentado el órgano de contratación, quién solicita la desestimación de las pretensiones formuladas por la recurrente.



Décimo tercero. En fecha 26 de junio de 2023 la secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 3 de julio de 2023 se presentan alegaciones por la entidad SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A., interesando la desestimación del recurso.

Décimo cuarto. Con fecha 29 de junio de 2023 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria, sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. El presente contrato es susceptible de este recurso especial conforme al artículo 44.1 letra b LCSP, al tratarse de un contrato derivado de un acuerdo de marco que tiene por objeto suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.b) LCSP.

Tercero. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 LCSP, nos encontramos con que el recurrente es el tercer clasificado en la licitación. Como ha señalado ya este Tribunal en resoluciones anteriores, es doctrina consolidada de este Tribunal, contenida entre otras en la Resolución nº 1102/2022, de 21 de septiembre, la siguiente:

“Como ha señalado ya este Tribunal en resoluciones anteriores, entre ellas, la 226/2012 relativa al recurso 207/2012, para determinar si la recurrente se halla o no legitimada para interponer recurso, debe, antes, analizarse su relación con respecto al propio objeto del recurso y al resultado final del procedimiento de adjudicación. Para precisar el alcance del “interés legítimo” ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad. Y, respecto al interés legítimo, en la misma resolución, se afirmaba, citando otra previa del propio Tribunal (la nº 290/2011), “Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética”.

En este sentido, el recurrente, pese a resultar la tercera clasificada, está solicitando la exclusión del procedimiento del primer y segundo clasificado, por lo que de estimarse sus pretensiones podría obtener un beneficio directo que no sería otro que el de resultar adjudicatario, por lo que, en principio, entendemos que concurre en el recurrente la legitimación exigida para la presente impugnación, a diferencia de lo que señala el órgano de contratación.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto por la ley, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 LCSP.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, el recurrente realiza una serie de alegaciones, todas ellas tendentes a acreditar que los equipos ofertados por la primera y segunda clasificada no cumplen con los requisitos mínimos de seguridad exigidos por el PPT para administrar el medicamento al paciente, debiendo ser excluidas de la licitación. Para ello, el recurrente plantea que se ha producido un incumplimiento de las prescripciones mínimas exigidas en el PPT por las ofertas de CM y AIR LIQUIDE a la vista de los propios manuales técnicos de los equipos, señalando que supone, como veremos seguidamente, causa de



exclusión de la licitación, pero también una clara evidencia de que el Órgano de Contratación no ha verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el PPT y, en concreto, denuncia las siguientes infracciones:

1. Los equipos de CM Y AIR LIQUIDE no son aptos para el transporte interhospitalario de manera segura y contrastada. En concreto señala que en los manuales de usuario de los equipos ofertados por CM y AIR LIQUIDE se indica expresamente que estos equipos no son aptos para el transporte interhospitalario, en concreto, denuncia que en el caso de CM, su guía expresa que los equipos no son aptos para el transporte extrahospitalario y en el caso de AIRLIQUIDE su guía expresa que no son aptos para el transporte interhospitalario al no hacer referencia alguna a la posibilidad del transporte interhospitalario con los equipos ofertados.
2. En segundo lugar, señala que los equipos de CM Y AIR LIQUIDE no cuentan con un sistema de alarmas asociado a cada parámetro que alerte de cualquier alteración en la administración de la mezcla. En concreto, señala que las ofertas de la adjudicataria y de la segunda clasificada no cumplen el PPT que en la cláusula 6.5 exige como requisito de seguridad que el equipo cuente con un sistema de alarma que detecte para cada parámetro cualquier alteración en la administración del medicamento. Alega que tras revisar los manuales de usuario de los equipos ofertados por CM y AIR LIQUIDE, ha comprobado que ninguno de los dos detecta defectos de caducidad de las botellas ni de errores en las concentraciones de forma automática, dejando tales comprobaciones a los propios usuarios. Continúa señalando que, a diferencia de lo anterior, el equipo INOmax DSir ofertado por LINDE dispone de un sistema de alarma, catalogada “*de prioridad alta*” que permite detectar, por seguridad para el paciente, la caducidad y la correcta concentración de la botella para que no se produzcan una alteración en la administración de la mezcla.
3. En tercer lugar, señala que el equipo de CM no cuenta con un doble sistema de seguridad en caso de fallo del sistema para garantizar la continuidad de la terapia. Alega que esto es un incumplimiento vulnerando el requisito exigido en el PPT de continuidad en el suministro del medicamento. Añade que el equipo INOmax DSir ofertado por la recurrente sí cuenta con un sistema de doble seguridad en caso de fallo del sistema que garantizan la continuidad de la terapia sin cortes de la misma. Así, cuenta con una batería de 6h (tal y como se indica en página 3 del manual de usuario) y con dos sistemas



manuales de administración independientes (Sistema integrado de respaldo y sistema "INOblender", que se indican en la página 16 del manual de usuario) que se aporta como documental.

4. En cuarto lugar, señala que los equipos de CM Y AIR LIQUIDE no cuentan con un sistema manual de administración independiente, sin embargo, señala que la oferta de LINDE sí cumple con la prescripción técnica que nos ocupa, en tanto que el equipo INOmax DSir dispone de un sistema de administración de respaldo de carácter manual, que es totalmente independiente del dispositivo principal.

En apoyo de estos incumplimientos señala resoluciones de diferentes Tribunales las cuales vienen a referir que el órgano de contratación no puede posponer para la fase de ejecución toda valoración de los requisitos exigidos en los Pliegos de Prescripciones Técnicas y señala, con cita también de resoluciones dictados por los órganos especializados en resolver los recursos en materia de contratación, la obligación de excluir aquellas ofertas que incumplan las prescripciones técnicas previstas en los Pliegos.

Frente a estas alegaciones el órgano de contratación anuncia la emisión de un informe por los técnicos. Solicitado dicho informe en el mismo se expone que, las alegaciones se basan fundamentalmente en información obtenida en los manuales de usuarios de esos equipos, documentación que ninguno de los licitadores ha presentado en su oferta ya que no que no se encuentran dentro de la documentación exigida en la licitación. Las valoraciones de las ofertas se han realizado basándose en las memorias técnicas presentadas y en los anexos aportados durante el proceso de licitación, subrayando la presentación de declaraciones responsables por los licitadores sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en el PPT. Este sólo hecho a juicio del mismo debe conllevar la desestimación del recurso.

Además, respecto de cada uno de los incumplimientos técnicos señalados expone lo siguiente:

1. Respecto al transporte inter e intrahospitalario establece que ninguna de las tres empresas ha presentado justificación y la adjudicataria y la segunda clasificada lo han expresado en las memorias técnicas junto con las declaraciones responsables de

cumplimiento de los Pliegos. Señala que los manuales en los que se basan las alegaciones planteadas por el recurso no se corresponden con el equipo ofertado por CARBUROS METÁLICOS, pues solicitados estos manuales a las tres empresas, se comprueba que la adjudicataria dispone de este requisito.

2. Respecto al sistema de seguridad doble, en caso de fallo del sistema para garantizar la continuidad de la terapia y posibilidad alega que, tanto la empresa CM como AIR LIQUIDE, establecen en sus memorias técnicas dicho sistema y en el informe técnico de valoración se justificó y valoró convenientemente el sistema utilizado por las dos empresas y señalan que LINDE vuelve a ir más allá en sus interpretaciones respecto a los requisitos exigidos en el PPT al exigir independencia física y regulación independiente del flujo de oxígeno, algo que el PPT no menciona.

3. Respecto al Sistema de administración con un sistema de monitorización constante y fiable adaptado al circuito de ventilación para asegurar una medición exacta de la concentración de O₂, ONi y N₂O que el paciente inspira, así como un sistema de alarmas asociado a cada parámetro que alerte de cualquier alteración en la administración de la mezcla, dispone que el Recurso vuelve a basarse en una característica que el Pliego Técnico no menciona: La detección automática de botellas caducadas por parte del equipo de dosificación, es una interpretación de LINDE de lo exigido en el Pliego. El equipo propuesto por LINDE cuenta con esta prestación adicional, y se valoró con la máxima puntuación tal como se recoge de manera explícita en el informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, del expediente SCS 2022/46. Sin embargo, solicita la exclusión en base a requisitos no exigidos en el PPT.

En las alegaciones efectuadas por S.E. CARBUROS METALICOS, S.A pone de manifiesto la mala fe del recurrente en su recurso pues señala que la recurrente resultó adjudicataria del Lote 2 del acuerdo marco relativo al “Suministro de gases medicinales y otros gases de uso sanitario, en botella y en tanque, con destino a los centros adscritos a las gerencias del Servicio Cántabro de Salud” (SCS2016/47), cuyo objeto es el suministro de mezclas medicinales de óxido nítrico –como el de este Lote n 5-. Y al día de la fecha, lo cierto es que la recurrente sigue ejecutando dicha prestación, por ello, concluye que lo que busca la recurrente es dilatar al máximo la sucesión contractual, para seguir beneficiándose de su condición de vigente contratista y por ello solicita la imposición de multas al recurrente.

Señala la adjudicataria que el recurso planteado por el recurrente no se basa en la oferta técnica presentada por el mismo, sino en una guía de producto cuya trazabilidad es desconocida para ellos mismos, pero no es la vigente. La adjudicataria afirma que cumple con todas las exigencias del PPT, algo que se contrasta también con una declaración responsable específica para este procedimiento del propio fabricante de los equipos, que se acompaña como ANEXO IX y en concreto señala:

- En primer lugar, señala que los equipos son aptos para el transporte, y los extractos que se reflejan en el recurso no responden al manual del equipo ofertado no siendo la versión vigente del manual de usuario de los equipos de dispensación ofertados. Acompaña, en el ANEXO I de las alegaciones, en las cuales se prevé de manera expresa supuestos de movilidad del paciente y la posibilidad de transporte intra y/o extrahospitalario y aportan un ANEXO II, en la que se confirma que el equipo NOXtec es apto para el transporte inter e intrahospitalario
- Señala que es también falsa la afirmación de que los equipos incumplen las previsiones de la cláusula 6.5 del PPT. Y denuncia que el recurso busca de manera deliberada y maliciosa confundir. Así señala que, en el recurso se tergiversa de manera deliberada las exigencias que se recogen en el PPT en relación con esta materia. Así, los requisitos mínimos que deben cumplir los equipos de dispensación de óxido nítrico descritos en la Cláusula 6.5 del PPT, relativa a “Sistema de supervisión y televigilancia” y señala que también cabría desestimar el recurso presentado, pues resulta más que evidente que el mismo se basa en una premisa errónea, y para justificar un supuesto incumplimiento invoca una exigencia que no se recoge en el PPT. Y el recurrente basándose en la oferta presentada describe el sistema de alarmas del equipo ofertado. En consecuencia, a la vista de todo lo expuesto, el equipo NOXtec Sí que cumple con todos los requisitos descritos en la cláusula 6.5 del PPT, ya que cuenta con “un sistema de monitorización constante y fiable adaptado al circuito de ventilación para asegurar una medición exacta de la concentración de O₂, ONi y N₂O que el paciente inspira, así como un sistema de alarmas asociado a cada parámetro que alerte de cualquier alteración en la administración de la mezcla. Además, tiene que disponer de un “cierre automático del sistema” si el valor monitorizado del ONi es superior a 80 ppm para evitar la intoxicación del paciente por sobredosis.



- Señala que es también falsa la afirmación de que los equipos ofertados por CM no cuenten con un doble sistema de seguridad en caso de fallo del sistema para garantizar la continuidad de la terapia y se remite al informe de valoración de las ofertas por parte de los técnicos donde se analiza el sistema de seguridad y se cumple con lo dispuesto en el punto 6.1 del PPT.

- Así mismo señala que es falsa la afirmación relativa a que los equipos ofertados “no cuentan con un sistema manual de administración independiente” señala que, el PPT en ningún momento exige que el sistema manual de administración haya de constituir un módulo físicamente independiente del sistema principal, así como tampoco exige que, en ese sistema manual, la administración de óxido nítrico tenga que ser independiente del flujo de O₂. Por lo tanto, concluye que los argumentos del recurso son en la práctica interpretaciones erróneas e interesadas de la recurrente, que no se corresponden con las exigencias establecidas en el PPT y apela a recomendaciones europeas donde se exige que esos sistemas sean funcionalmente independientes, pero no necesariamente físicamente. En consecuencia, al contrario de lo que afirma el recurso, y como ha quedado acreditado, el sistema NOXtec SÍ que dispone de un sistema de administración manual independiente, que siempre estará disponible para su uso en caso de fallo eléctrico del sistema o habiéndose agotado la batería, tal y como exige el PPT.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, en primer lugar, debemos señalar la doctrina de este Tribunal sobre los incumplimientos de los PPT.

Debemos comenzar recordando el valor vinculante de los pliegos de contratación, no solo para el órgano de contratación, sino también, y especialmente, para los licitadores, pues los pliegos se erigen como auténtica *lex contractus*. En efecto, las ofertas de los candidatos se han de ajustar a los términos de los pliegos, tal y como recuerda el artículo 139.1 LCSP, cuando señala que: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores*



económicos de un Estado miembro de la Unión Europea". Esta obligatoriedad viene referida no sólo a las prescripciones del PCAP sino también a las recogidas en el PPT y así señalábamos en nuestra Resolución 402/2015 que "(...) bien es cierto que el citado precepto (art.145 citado) se refiere tan solo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, parece evidente (y así se ha afirmado en la resolución 264/2014, de 28 de marzo) que dicha exigencia no puede circunscribirse exclusivamente a su contenido y, en particular, que también deberán observarse en las tales proposiciones las exigencias que resultarían tanto del TRLCSP como de la legislación complementaria y de desarrollo de la misma. De esta forma, y por lo que atañe a los pliegos de prescripciones técnicas, ha de tenerse presente que el artículo 116 TRLCSP establece que 'el órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley'".

La presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, de forma que es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, caso de no hacerlo así resultará obligado el rechazo o exclusión de la oferta. En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta presentada al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación. Por tanto, como ya se indicaba en la Resolución 107/2015, de 30 de enero, *"tanto el incumplimiento del PCAP como del PPT dará lugar consecuentemente a la exclusión del licitador"*.

De otro lado, también es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas Resoluciones nº 444/2022 de 7 de abril) que el incumplimiento del PPT por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro, así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una



de la prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

La Resolución nº 608/2021, de 21 de mayo resume la doctrina del Tribunal en la materia, señalando: *“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. 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. (...)’.

También hemos señalado que, con carácter general, la valoración de las ofertas de los licitadores (también, evidentemente, en lo atinente al cumplimiento de las prescripciones técnicas), constituye una manifestación de la denominada “*discrecionalidad técnica*” de la Administración. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Ello no implica que estas valoraciones no puedan ser analizadas por el Tribunal, pero este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla (Resoluciones 1141/2021 de 19 de septiembre o 487/2023 de 20 de abril, entre otras muchas).

Séptimo. Expuesta la doctrina del Tribunal antes de entrar a resolver el fondo del asunto debemos destacar que los licitadores debían presentar la siguiente documentación en el proceso de licitación:

“Los licitadores deberán presentar sus proposiciones, dentro del plazo señalado en el anuncio publicado en el perfil del contratante, de forma telemática a través de los servicios de licitación electrónica de la Plataforma de Contratación del Sector Público.



Se presentará la documentación en castellano. Las empresas deberán presentar la documentación traducida de forma oficial al castellano y con los requisitos de fehaciencia exigidos en la normativa vigente.

Contenido de las proposiciones: La proposición se incluirá en TRES archivos electrónicos de acuerdo a lo siguiente:

Se excluirá del procedimiento a aquel licitador que incluya documentación correspondiente a fases posteriores debido a que imposibilitan la valoración previa de cada una de las fases:

ARCHIVO A:

1) Anexo I.a. Autorización para consulta de datos de la ACAT.

2) Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) establecido por el Reglamento UE 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, que deberá realizarse mediante formulario normalizado de conformidad con los artículos 140 y 141 de la LCSP, pudiendo obtenerse en el enlace indicado y que deberá cumplimentarse de conformidad con las instrucciones establecidas en el presente Pliego (Anexo I.c)

3) Certificados: (...)

ARCHIVO B:

Oferta para cuya evaluación se requiere de un juicio de valor.

La Documentación Técnica no podrá sobrepasar los 30 folios tamaño DIN A-4, escritos a una cara con letra Arial 12.

El exceso en número de páginas no será objeto de valoración.

Deberá identificar su denominación correspondiente, nombre de la empresa y su apoderado en la parte superior de la primera cara.

☐ Se deberá incluir en este Archivo:



Declaración de productos con marcado CE (Anexo II.a)

Relación de lotes ofertados (Anexo II.b)

ARCHIVO C:

Anexo III.a Modelo de Oferta económica. Únicamente podrá presentarse una propuesta económica conforme al modelo citado indicándose en ella el importe del impuesto sobre el Valor Añadido (I.V.A.) como partida independiente.

Dicha oferta (precio unitario) debe ser expresada con 4 decimales. En el caso de presentar una oferta con más decimales, dicha oferta será redondeada de acuerdo a lo siguiente: 5 o menos se redondeará a 0 y de 6 a 9 se redondeará a 1”.

Conforme al tenor literal del Pliego, asiste razón al órgano de contratación cuando señala en el informe emitido con ocasión de este recurso que el recurrente está basando toda su argumentación en documentación no exigida en los Pliegos y presentada con ocasión del recurso para justificar los incumplimientos denunciados, cuando dicha información no debiera ser tomada en cuenta dado el carácter contractual de los pliegos y el carácter revisor del presente recurso.

Por ello, atendiendo a los incumplimientos denunciados, conforme a la documentación que sí era exigible a los licitadores para justificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Pliego y atendiendo al primero de los incumplimientos conforme a lo expuesto en la cláusula 6.1 del PPT debemos señalar que:

Respecto a la aptitud para el transporte inter e intrahospitalario de manera segura y contrastada, el informe técnico de valoración obrante en el documento dispone:

“(...) La oferta de Carbueros realiza un planteamiento perfectamente organizado, exacto y plenamente adaptado a las exigencias de los Centros, por lo que se le asigna la máxima puntuación.

Las ofertas de Linde y Air Liquide realizan planteamientos meramente correctos sobre la organización, exactitud y adaptación, si bien la oferta de Linde obtiene mayor puntuación

por su reducción en tiempos de entrega y su mejor definición y exactitud de la oferta en cuanto a recursos humanos y un sistema de comunicación con el SCS considerado superiores a lo descrito en el Pliego Técnico”.

En este sentido consideramos que el informe técnico está teniendo en cuenta la capacidad de suministro y transporte del óxido nítrico que se administra al paciente y, por ende, no existe el incumplimiento denunciado, teniendo en cuenta demás, que los manuales en los que se basan las alegaciones planteadas por el recurrente no se corresponden con el equipo ofertado por CARBUROS METÁLICOS. Por ello, consideramos que no se ha acreditado suficientemente por el recurrente el incumplimiento del punto 6 del PPT en este punto.

Además, es importante señalar que el adjudicatario presenta una guía que es completamente diferente de la presentada por el recurrente en cuyos folios incluye expresamente lo relativo al transporte intrahospitalario, lo cual, al menos, generara dudas sobre el incumplimiento, no estando ante un incumplimiento claro o manifiesto del PPT que es el que permitiría la exclusión del adjudicatario.

En segundo lugar, se señaló como infracción de los equipos de CM Y AIR LIQUIDE por el recurrente, que no cuentan con un sistema de alarmas asociado a cada parámetro que alerte de cualquier alteración en la administración de la mezcla. En concreto señala que las ofertas de la adjudicataria y de la segunda clasificada no cumplen el PPT que en la cláusula 6.5 exige como requisito de seguridad que el equipo cuente con un sistema de alarma independiente que detecte para cada parámetro cualquier alteración en la administración del medicamento.

En este punto el PPT establece lo siguiente:

“Sistema de administración con un sistema de monitorización constante y fiable adaptado al circuito de ventilación para asegurar una medición exacta de la concentración de O₂, ONi y N₂O que el paciente inspira, así como un sistema de alarmas asociado a cada parámetro que alerte de cualquier alteración en la administración de la mezcla. Disponer de un “cierre automático del sistema” si el valor monitorizado de ONi es superior a 80ppm para evitar la intoxicación del paciente por sobredosis”.

Una vez más, debemos dar la razón al órgano de contratación cuando señala que el recurso vuelve a basarse en una característica que el Pliego Técnico no menciona: La detección automática de botellas caducadas por parte del equipo de dosificación. Como hemos señalado la exclusión de un licitador no puede basarse en un requisito no exigido en el PPT. A ello debemos añadir que, visto el informe de valoración de los técnicos, en el mismo si se está realiza una valoración del sistema de seguridad de administración al paciente respecto de todas las licitadoras, otorgando puntuación en función de la discrecionalidad técnica que le asiste.

A la vista de los argumentos efectuados por la adjudicataria donde ha presentado y explicado en las alegaciones efectuadas a este Tribunal que el equipo NOXtec y, se acompaña como ANEXO VI extracto de la página 52 del Manual de Usuario, Sí que cumple con todos los requisitos descritos en la cláusula 6.5 del PPT, ya que cuenta con “un sistema de monitorización constante y fiable adaptado al circuito de ventilación para asegurar una medición exacta de la concentración de O₂, ONi y N₂O que el paciente inspira, así como un sistema de alarmas asociado a cada parámetro que alerte de cualquier alteración en la administración de la mezcla y ha vuelto a señalar que el manual en el que se basa el propio recurrente no es el vigente ni actualizado, existe una acreditación fehaciente del cumplimiento de ese requisito y, por ende, las alegaciones del recurrente no pueden desvirtuar en este punto la presunción de acierto y veracidad de la decisión y valoración efectuada por los técnicos.

En tercer lugar, se consideraba por el recurrente que los equipos ofertados por la adjudicataria no cuenten con un doble sistema de seguridad en caso de fallo del sistema para garantizar la continuidad de la terapia.

Para resolver esta cuestión debemos partir de los requisitos exigidos en el apartado 6.1, Descripción técnica de los productos del PPT, que indica que los equipos de dispensación de óxido nítrico deberán cumplir los siguientes requerimientos: *“Contará con sistema de seguridad doble, en caso de fallo del sistema para garantizar la continuidad de la terapia y posibilidad. Contará con un sistema manual de administración independiente y que deberá estar disponible para su uso en caso de fallo eléctrico del sistema o habiéndose agotado la batería interna del equipo”*. Una vez más, el adjudicatario vuelve a mostrar el sistema de

alarma según la guía de usuario y efectúa una explicación detallada en las alegaciones efectuadas con ocasión del recurso que desvirtúa lo alegado por el recurrente.

A ello debemos añadir que el incumplimiento denunciado se basa en una interpretación errónea de los Pliegos efectuada por el recurrente, pues de los PPT se deduce que el sistema de seguridad doble, debe, además de contar con una batería interna en casos en que sea necesario desconectar o por fallos de suministro eléctrico debe mantener la terapia, contando con otro sistema que permita mantener la terapia o dosificación del agente anestésico pero este no se exige que tenga independencia física y regulación independiente del flujo de oxígeno, por lo que el recurrente basa sus alegaciones en un requisito no exigido expresamente en el PPT.

Por otro lado, comprobado el informe técnico de valoración obrante en el Documento 12 (página 16) se establece que la oferta de carburos describe los sistemas de seguridad muy detalladamente en uso habitual y los dos sistemas de seguridad en caso de fallo de fallo de suministro eléctrico, debiendo primar la presunción de veracidad y acierto del informe de los técnicos.

“La oferta de Linde aporta una descripción del equipo administrador de dosis y los dos sistemas de seguridad con que cuenta en caso de fallo de suministro eléctrico y su modo de operación. La oferta de Carburos no aporta ficha del equipo, pero describe los sistemas de seguridad muy detalladamente en uso habitual y los dos sistemas de seguridad en caso de fallo de fallo de suministro eléctrico”.

Conforme a lo expuesto, los técnicos tienen en cuenta el sistema de seguridad para el caso de fallo eléctrico de ambas empresas y lo valoran, lo que a todas luces debe presuponer su existencia en las ofertas y no su inexistencia como pretende hacer creer el recurrente. Ante estas circunstancias debemos dar por válida la valoración de los técnicos pues por parte del recurrente no se acredita la existencia de error o arbitrariedad en la valoración de los técnicos debiendo primar la misma sin que pueda sustituirse esa valoración por este Tribunal.

Puede concluirse que, para cada uno de los incumplimientos alegados por el recurrente, el adjudicatario justifica, razonadamente, que el equipo ofertado cumple con las exigencias



del PPT. Por lo señalado anteriormente, no advirtiendo el Tribunal error o arbitrariedad en el juicio del órgano de contratación, procede desestimar las alegaciones referidas.

Habida cuenta que el equipo del adjudicatario cumple las condiciones contempladas en el PPT, cabe concluir que la adjudicación del lote 5 se ha ajustado a la legalidad, lo que nos releva de continuar con el análisis de la oferta de la segunda clasificada.

Octavo. Resta examinar la procedencia de imponer a la empresa recurrente la multa por temeridad o mala fe que solicita en su escrito de alegaciones SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A.

El artículo 58.2 de la LCSP señala que *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares,*

podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública”.

La imposición de la multa exige, según la doctrina de este Tribunal, que la mala fe o temeridad sea manifiesta. El recurso ha de ser desestimado, sin embargo, se encuentra fundamentado y no existe evidencia de que la recurrente haya actuado con temeridad o mala fe, y no en el ejercicio legítimo de un derecho. Por consiguiente, procede la desestimación de tal solicitud.

Por lo expuesto el recurso debe 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. B.P.L. y D. J.G.I., actuando en representación de LINDE GAS ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, "LINDE"), contra la adjudicación del Lote 5 del Acuerdo Marco para la contratación del *"Suministro de gases medicinales, otros gases para uso sanitario y otro tipo de gases que garanticen las necesidades totales, así como el mantenimiento integral de las instalaciones, para las gerencias de atención especializada y atención primaria del SCS"*, con expediente SCS 2022/46, convocado por el Servicio Cántabro de Salud.

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

Tercero. No se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa prevista en el artículo 58 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES