



Recurso nº 1552/2022

Resolución nº 32/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 26 de enero de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.P.H., en representación de BOTIQUIN SANS, S.L., contra el acuerdo exclusión así como el de adjudicación del procedimiento "*Contratación del suministro de material sanitario de parafarmacia, material desechable y etiquetas destinado a los centros asistenciales ambulatorios y hospitalarios de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61.*", con expediente LICT/99/139/2021/0224, en relación con el lote 1, convocado por FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se ha tramitado por FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61 (en lo sucesivo, FREMAP), el procedimiento de contratación del "*Suministro de material sanitario de parafarmacia, material desechable y etiquetas destinado a los centros asistenciales ambulatorios y hospitalarios de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61*", por un valor estimado, en lo referido al lote 1, objeto de este recurso, de 10.383.624,88 euros.

Segundo. En el marco del citado expediente de contratación, con fecha 31 de octubre de 2022, el órgano de contratación acordó la exclusión de la oferta presentada por BOTIQUIN SANS, S.L. al lote nº 1, "*por no cumplir con las características mínimas requeridas en varios de los artículos presentados. Por lo tanto, no cumpliendo los productos ofertados con lo solicitado por FREMAP, la oferta presentada ha quedado excluida del proceso*". Todo ello se produce como consecuencia de la relación de productos contenidos en la oferta económica.



Tercero. Disconforme con este acuerdo, así como con la Resolución de 16 de noviembre de 2022, de adjudicación del Lote 1 de dicho contrato, en fecha 22 de noviembre de 2022 se ha presentado recurso especial por por BOTIQUIN SANS, S.L. (en adelante, BOTIQUIN SANS), sosteniendo, en síntesis, que no han sido debidamente valorados una serie de extremos de su oferta, y que la misma sí cumple con los requisitos mínimos del PPT y que, en todo caso, resulta procedente la exclusión de la entidad adjudicataria, por incurrir igualmente en incumplimientos de la documentación contractual.

Cuarto. Recibido el expediente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 25 de noviembre de 2022, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. Por MAPE ASESORES S.A. se han presentado alegaciones, en las que mantiene la conformidad a derecho de la valoración efectuada, indicado que BOTIQUIN SANS no cumple con los requisitos mínimos del PPT.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución de 1 de diciembre de 2022 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

Sexto. Con posterioridad, el 19 de diciembre de 2022, la entidad recurrente ha presentado un escrito de ampliación del recurso, en el que abunda en los incumplimientos del PPT que se entienden producidos por MAPE ASESORES S.A.

Frente a dicho escrito de ampliación del recurso han realizado alegaciones el órgano de contratación, y la empresa MAPE, solicitando ambos su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y en 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. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 LCSP y el artículo 22.1.1º RPERMC.

Tercero. Nos encontramos ante un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) LCSP. Se recurre el acuerdo de exclusión, juntamente con el de adjudicación del procedimiento, por lo que el objeto del recurso ha sido debidamente configurado, al amparo del artículo 44.2 párrafos b) y c) LCSP.

Cuarto. En lo atinente a la legitimación para la formulación del recurso especial en materia de contratación, debe reconocerse ésta a la recurrente por cuanto sus derechos e intereses legítimos pueden verse perjudicados o resultar afectados por las decisiones del presente recurso (artículo 48 de la LCSP) al haber quedado excluida, en lo que se refiere al primero de los actos y, en función de lo que se decida, también tendría legitimación para solicitar la exclusión del actual adjudicatario, en cuanto al acuerdo de adjudicación.

Quinto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1, apartados c) y d) LCSP.

Sexto. En su escrito inicial de recurso, la empresa recurrente ponía de manifiesto que no había tenido acceso completo al expediente, debido a su volumen, solicitando al Tribunal que acordase la ampliación de cinco días adicionales para completar el recurso.

En su escrito de ampliación del recurso, de fecha 23 de diciembre de 2022, manifiesta que el día 2 de diciembre tuvo lugar la última sesión de acceso al expediente, y que, al no haber sido adoptado por este Tribunal el acuerdo de concesión de plazo para ampliar el recurso, presentaba este escrito por razones de economía procesal.



Pues bien, el Tribunal considera que el acceso concedido al expediente por el órgano de contratación, una vez interpuesto el recurso, para analizar la oferta de la empresa adjudicataria, era procedente, por lo que de haberse concedido en la sede del Tribunal se le habría otorgado trámite para ampliar el escrito de recurso.

Se admite, por tanto, el escrito de ampliación del recurso, presentado antes de que el Tribunal haya concedido a la empresa recurrente un trámite a estos efectos.

Séptimo. Analizaremos, en primer lugar, el acuerdo de exclusión de la empresa recurrente.

El mismo se basó en el incumplimiento de varias exigencias mínimas del PPTP:

*“Respecto al **ítem 12** se solicita: Aguja 0.60x80 mm 23GX3 1/8 y en el **18** aguja hipodérmica 23G x 3,1 8, 0,60 X 80 MM T.neural. En la documentación y muestra aportada inicialmente presentan la misma aguja para ítem 12 y el ítem 18. Tras pedir aclaración, el licitador señala “Después de revisar la información aportada por ustedes en la documentación relativa al concurso con respecto a las características técnicas de los ítems 12 y 18 llegamos a la conclusión de que nos están pidiendo la misma aguja en las dos posiciones, es por ello por lo que les ofertamos la misma aguja en ambos ítems. Les incorporamos a continuación nueva información técnica facilitada por Braun donde podrán confirmar que se trata de la misma referencia de aguja para las posiciones 12 y 18 mencionadas por ustedes.” El ítem 18 es una aguja para terapia neural y el 12 no, por lo que no cumple con el requisito mínimo solicitado por FREMAP. →*

*Respecto al **ítem 105** se solicita apósito hidrocelular no adhesivo anatómico para talón 10.5 cm x 13.5 cm. Presentan un apósito adhesivo denominado BITAIN ADHESIVE, por lo tanto, no cumplen con el requisito mínimo solicitado por FREMAP.*

*Respecto a los **ítems 107, 108, 109**, las medidas que presenta para este tipo de apósito no son aproximadas por lo que afectan a la funcionalidad del artículo y no cumplen con lo solicitado por FREMAP.*



Respecto al **ítem 118**, se solicita Apósito transparente de poliuretano 15 cm x 28 cm. La medida que presenta para este tipo de apósito no es aproximada por lo que afecta a la funcionalidad del artículo, no cumpliendo así por lo solicitado por FREMAP.

Respecto al **ítem 157** se solicita: Bote recogida orina 150 ml con tapa y bolsa. Estéril. El licitador presenta un bote de 120 ml no estéril. Por lo tanto, no cumple con lo solicitado por FREMAP.

Respecto a los **ítems 182, 183, 184, 185, 186 y 187**, en la documentación que se ha aportado, tras la aclaración, presentan un catéter de seguridad antipinchazos y activación automática con aletas laterales, pero sin sistema cerrado. El sistema cerrado es una característica mínima, por lo que no cumple con lo solicitado por FREMAP.

Respecto al **ítem 291**, se solicita Gasa estéril tejido sin tejer 30 gr 15 cm x 15 cm 4 capas. Presentan una gasa de medidas 10x10. La medida que presenta para este tipo de gasa no es aproximada y afecta a la funcionalidad del artículo, no cumpliendo así con lo solicitado por FREMAP.

Respecto al **ítem 453**, se solicita Polihexanida gel 30 ml. Presentan Hidrogel para la limpieza, descontaminación, hidratación y cicatrización de heridas agudas y crónicas en el que en la ficha técnica no figura que contenga polihexanida. Tras solicitar aclaración, indican "Adjuntamos ficha técnica del producto resaltando en amarillo el lugar dónde se indica que efectivamente contiene polihexadina. Debemos indicar en este punto que el compuesto polihexadina es identificado en muchas ocasiones por denominación Poliaminopropil Biguanida y ambas identificaciones del mismo compuesto tienen la misma nomenclatura química PHMB." Sin embargo, el compuesto de la Polihexanida es C₈H₁₇N₅ y su nº CAS (designación numérica asignada a las sustancias químicas por el US Chemical Abstracts Service) es: 32289-58-0 28757-47-3 y el del Poliamonopropil biguanida es C₅H₁₄N₆ y su nº CAS es: 133029-32-0. Por lo tanto, no se trata de la misma sustancia química, no cumpliendo con lo solicitado por FREMAP.

Respecto al **ítem 454**: Polihexanida solución 350 ml. Presentan solución estéril filtrada para la limpieza, descontaminación e hidratación de heridas en el que en la ficha técnica no figura que contenga polihexanida. Tras solicitar aclaración, indican "Adjuntamos ficha



técnica del producto resaltando en amarillo el lugar dónde se indica que efectivamente contiene polihexadina. Debemos indicar en este punto que el compuesto polihexadina es identificado en muchas ocasiones por denominación Poliaminopropil Biguanida y ambas identificaciones del mismo compuesto tienen la misma nomenclatura química PHMB.” Sin embargo, el compuesto de la Polihexanida es $C_8H_{17}N_5$ y su nº CAS (designación numérica asignada a las sustancias químicas por el US Chemical Abstracts Service) es: 32289-58-0 28757-47-3 y el del Poliamonopropil biguanida es $C_5H_{14}N_6$ y su nº CAS es: 133029-32-0. Por lo tanto, no se trata del mismo compuesto químico, no cumpliendo con lo solicitado por FREMAP. →

*Respecto al **ítem 497** se solicita Soporte universal de cuello en rollo talla M. El licitador presenta un soporte de extremidad superior por lo que no cumple con el requisito mínimo solicitado por FREMAP.*

*Respecto al **ítem 655** se solicita venda kinesio tape color beige 7.5 cm x 5 m. El licitador presenta únicamente de medida 5cm x 5m, que ya se solicita en el ítem 652. Por lo tanto, no cumple con el requisito mínimo solicitado por FREMAP.”*

La **empresa recurrente** alega, resumidamente, que la empresa MAPE ofertó los mismos productos que ella a los ítems 12 y 18; que en el ítem 105 lo adhesivo es el reborde, no el apósito; que las medidas de los ítems 107, 108, 109, y 118 son aproximadas, y no cambian la funcionalidad, y que el órgano de contratación ha utilizado el concepto de “medida equivalente” de forma arbitraria, aceptando desviaciones superiores de la empresa MAPE; que la inferior capacidad del ítem 157 es irrelevante, por tratarse de un bote de recogida de orina, y que, aunque en la ficha técnica se indica que no es estéril, en la muestra aportada se puede comprobar que sí lo es; que las medidas de la gasa del ítem 291 es “en plegado”, y que sí cumple con las prescripciones técnicas; en cuanto a los ítems 453 y 454 el Poliaminopropil Biguanida y la Polihexanida son identificados por la misma nomenclatura química, PHMB, y que dicha equiparación la muestra la ficha técnica del producto Prontosán ofertado por la adjudicataria.

El **órgano de contratación** alega que la empresa recurrente ofertó la misma aguja para los ítems 12 y 18, y que en la oferta de la adjudicataria se lee que la aguja del ítem 18 es para



terapia neural; que el apósito 105 es adhesivo, cuando se solicitaba que no lo fuera, y que el apósito es todo, el conjunto completo de reborde y zona central; que las medidas de los ítems 107, 108, 109, y 118 no son aproximadas, por lo que afectan a la funcionalidad del artículo, no cumpliendo con lo estipulado en los pliegos; que el ítem 157 no es estéril, en contra de lo solicitado, lo que es fundamental para preservar la contaminación de las muestras de los pacientes, y es de capacidad inferior a 150 ml; que los ítems 182, 183, 184, 185, 186, y 187 ofertados no cuentan con sistema cerrado; que las medidas del ítem 291 no son aproximadas a las exigidas; que para los ítems 453 y 454 el poliaminopropil biguanida y la polihexadina no son la misma sustancia química ($C_5H_{14}N_6$, frente a $C_8H_{17}N_5$), siendo diferente su número de CAS; que respecto del ítem 497 la recurrente presentó un soporte de extremidad superior, y no de cuello, por lo que no cumple con lo solicitado, habiendo omitido en el recurso toda referencia a este artículo; finalmente, que respecto del ítem 655 ofertó medidas de 5 cm x 5m, cuando lo solicitado era 7,5 cm x 5 m, y que no ha hecho referencia a este incumplimiento en el escrito de recurso.

Por su parte, **MAPE ASESORES** mantiene la adecuación a los pliegos de los productos ofertados y la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en la valoración efectuada, no apreciando vulneración alguna del ordenamiento jurídico.

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

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

Sentado lo anterior, es preciso recordar que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos



de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: "Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición".

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

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

A ello añadimos, en nuestra Resolución 985/2015, que "el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser



expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.

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

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

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

Criterio que se ha mantenido en otras resoluciones posteriores.

Expuesta esta doctrina., y también a la vista de las alegaciones efectuadas, la valoración realizada sobre el cumplimiento del requisito entronca directamente con la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, es decir, no es que no se incorporen todos los productos

exigidos con la documentación y la memoria técnica correspondiente, sino que de las especificaciones técnicas no se deduce, a juicio del órgano de contratación, el cumplimiento del requisito.

Así, a la vista de la descripción de los productos al formular la oferta económica, la apreciación de si concurrían los requisitos exigidos en la oferta sí requiere una valoración de la documentación aportada, a efectos de comprobar si efectivamente se cumplían tales requisitos mínimos.

A esta valoración ha de aplicarse la doctrina sobre la discrecionalidad técnica del órgano de contratación. Así, como se dice en la Resolución de este Tribunal nº 688/2014, de 23 de septiembre de 2014, dictada en el Recurso nº 620/2014 Por otro lado, *“...para determinar si un licitador ha incumplido o no con tales requisitos técnicos debe estarse inicialmente a lo señalado por el órgano técnico del órgano de contratación, habiendo de respetarse las conclusiones alcanzadas, salvo que se aprecie o acredite por el recurrente la existencia de errores patentes en las mismas, todo ello de conformidad con la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración, puesta de manifiesto igualmente en otras resoluciones de este Tribunal, como la de 30 de marzo de 2012: “Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

Pues bien, el Tribunal considera que el incumplimiento del **ítem 497** es claro, expreso y objetivo, y ninguna oposición existe a dicho incumplimiento en el escrito de recurso, por lo que es suficiente para determinar la exclusión de la empresa recurrente, por ofertar un

producto que no cumple con las exigencias de los pliegos. También son claros y expresos los incumplimientos de los ítems 105, 157, 182 a 187, y 655.

Por tanto, la exclusión se considera conforme a Derecho, por lo que el recurso contra dicho acto debe ser desestimado.

Una vez declarada ajustada a Derecho la exclusión de la empresa recurrente, ésta carece de legitimación para impugnar la adjudicación del contrato. Así lo hemos declarado en numerosas resoluciones, como por ejemplo en la 1476/2022.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. C.P.H., en representación de BOTIQUIN SANS, S.L., contra el acuerdo exclusión del procedimiento “*Contratación del suministro de material sanitario de parafarmacia, material desechable y etiquetas destinado a los centros asistenciales ambulatorios y hospitalarios de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61.*”, con expediente LICT/99/139/2021/0224, en relación con el lote 1, convocado por FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61.

Inadmitir el recurso interpuesto por la misma empresa contra el acuerdo de adjudicación del contrato.

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

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la



Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES