



Recurso nº 344/2014 Castilla-La Mancha 024/2014

Resolución nº 422/2014

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

En Madrid, a 30 de mayo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.V.G., en representación de mercantil MOLNLYCKE HEALTH CARE, S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de la Gerencia de Atención Integrada de Alcázar de San Juan de 12 de marzo de 2014 por la que se excluye a dicha empresa en los lotes 1, 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 31, 32, 34, 35, 37, 39, 44 y 46 del acuerdo marco de suministro de material de protección e higiene con destino a los centros sanitarios del Servicio de Salud de Castilla la Mancha, (expediente 6101T013SUM005), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 12 de septiembre de 2013 el órgano de contratación de la Gerencia de Atención Integrada Mancha Centro convocó la licitación para la prestación del suministro de material de protección e higiene con destino a los centros sanitarios del Servicio de Salud de Castilla la Mancha.

Dicho anuncio se publicó también en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Diario Oficial de Castilla la Mancha respectivamente el 3 y el 19 de Septiembre de 2.013.

Segundo. Al contrato concurren hasta un total de 39 licitadores, entre los que se encontraba la entidad recurrente.

Tercero. Tras la primera sesión de la mesa de contratación, el 25 de octubre de 2013, en la que se procedió a la apertura de los sobres relativos a la documentación administrativa, y de la segunda sesión de la mesa, el 31 de octubre del mismo mes, en donde se procede a la



apertura de la oferta técnica, la mesa de contratación solicita informe a los servicios técnicos para la valoración de las propuestas de cada uno de los licitadores.

Cuarto. La mesa de contratación se reunió de nuevo el 12 de marzo de 2014, y procedió a dar cuenta del resultado del informe técnico de valoración, decidiendo la exclusión de varias empresas en aquellos lotes que no cumplían las prescripciones técnicas exigidas en la documentación rectora del contrato.

Quinto. El 3 de abril de 2014 se notificó mediante correo electrónico el conjunto de los Acuerdos de la Mesa a las empresas licitantes, incluida la ahora recurrente, que envió el acuse de recibo del correo electrónico en dicha fecha.

Sexto. El 24 de abril de 2014 tuvo entrada en la Gerencia de Atención Integrada de Alcázar de San Juan, el anuncio previo de la empresa MOLNLYCKE HEALTH CARE, S.L. sobre la interposición del presente recurso especial en materia de contratación.

Séptimo. El 25 de abril de 2014 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el recurso especial anunciado. En él se solicita que *“se retrotraigan las actuaciones al momento anterior del Acuerdo de la Mesa de Contratación, y se permita la participación de MOLNLYCKE HEALTH CARE S.L. en los lotes arriba referidos, para que sean valoradas junto con las del resto de licitadores.”*

Octavo. En el mismo recurso se solicita la adopción de medidas provisionales. Dicha solicitud fue resuelta por la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, concediendo la medida de suspensión del procedimiento de contratación.

Noveno. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y del Convenio celebrado entre el Ministerio de Hacienda y



Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha el día 15 de octubre de 2012, en aplicación del artículo 41.3, párrafo cuarto, del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. El acto recurrido, la exclusión del procedimiento de contratación, es susceptible de recurso especial en materia de contratación a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Por su valor estimado (IVA excluido 2.130.998,64 €) este acuerdo marco es susceptible de recurso ante este Tribunal.

Tercero. En cuanto a los requisitos de forma y de tiempo, hay constancia de que los recurrentes presentaron su escrito de recurso dentro del plazo legalmente establecido para ello.

Cuarto. Respecto de la legitimación activa para interponer el recurso especial hay que recordar que el recurso ha sido interpuesto por una entidad que concurrió a la licitación, por lo que dispone de legitimación para recurrir su exclusión.

Quinto. En su recurso, MOLNLYCKE HEALTH CARE, S.L. expone que sí que cumple con los requisitos técnicos para contratar en varios de los lotes en los que ha sido excluida.

- Concretamente, en el lote 1 expone, en primer lugar, que una de las causas de exclusión ha sido que el producto que ha ofrecido ya había sido ofertado también en otro lote. Añade que esta exclusión sería contraria al principio de igualdad.

Por otro lado, el segundo motivo de exclusión sería que las costuras del producto ofertado (una *bata de aislamiento para citostático desechable*) están cosidas y, sin embargo, la bata ofertada sí que cumple con todos los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y, además, *“cumple con la normativa EN13795, para lo que ha sido sometida a diferentes test, entre los que se encuentra la Resistencia a la penetración de líquidos.”*

También indica el licitador que la bata ha sido cosida por un sistema de termosellado en toda su área crítica, ofreciendo una gran capacidad de impermeabilidad, y que *“el motivo por el que el sistema de termosellado se encuentra en el área crítica es porque es en esa zona*



donde el termosellado es realmente útil y necesario, siendo el tener termosellado en toda la bata una maniobra comercial más que una ventaja para su portador.”

Invoca el artículo 117.2 y 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que considera infringidos a través de su exclusión.

- En cuanto al lote 6.4 (que es una *bata quirúrgica impermeable reforzada talla super grande estéril*) describe la misma situación y añade que el producto está siendo usado en un centro hospitalario de la CCAA.

- Por lo que hace a los lotes en que ha quedado excluida debido al sistema de costura empleado (Lotes 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 6.1, 6.2 y 6.3) la recurrente entiende que sí cumple con las condiciones exigidas en el pliego, ya que las batas ofertadas tienen costura termosellada en el área crítica, ya que es en esa zona donde es realmente útil y que, por tanto, no sería correcto excluir de la licitación a un producto por una característica que sí cumple.

Insiste la recurrente en que exigir sistema de costuras termoselladas en toda la bata sería contrario al principio de accesibilidad universal del Artículo 117.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y su exigencia no estaría motivada.

Finalmente expone que la bata ofertada para los lotes 5.1, 5.2, 5.3, y 5.4, se utiliza actualmente en numerosos centros de Castilla-La Mancha, sin que se haya recibido ningún comentario negativo sobre su sistema de costuras termoselladas.

- Por lo que se refiere a los lotes en que ha sido excluida por inadecuación de las medidas de los productos ofertados (Lotes 20, 21, 24, 25, 27, 28, 31, 32, 34, 35, 37, 39, 44, 46) expone la entidad recurrente que las variaciones de tamaño sobre lo solicitado son tan pequeñas que no la convierten en menos válida, siendo muchos los centros de Castilla-La Mancha que en la actualidad utilizan estos mismos productos.

- Finalmente, en cuanto al Lote 23, expone que no ha sido posible conocer los motivos que han determinado su exclusión de este lote, por falta de motivación de la resolución. Señala que el producto ofertado cumple con todos los requisitos exigidos y no debe ser excluido, porque ello iría contra los principios de igualdad y de transparencia, ya que los criterios



técnicos indicados como mínimos se han aplicado como máximos, desconociéndose la forma de valoración del lote antes de la presentación de las ofertas.

Sexto. El informe del órgano de contratación afirma la corrección de la valoración realizada y analiza separadamente cada uno de los supuestos planteados por el recurrente.

- Así, afirma en primer lugar que no es cierto que la causa de exclusión haya sido la repetición de la misma referencia en los dos lotes y que se trata de un error provocado por el hecho de que en el acuerdo impugnado aparezca la frase "*repite referencia con lote...*", lo que solo representaba anotaciones de trabajo que no debieron ser transcritas.

- En segundo lugar expone que la verdadera causa de exclusión es que los productos ofertados (batas) presentan costuras cosidas. Indica el informe que "*si bien es cierto que en las fichas técnicas del producto (y esto vale también para los lotes señalados en el apartado B) se señala que las costuras son por sellado ultrasónico, a la vista de las muestras presentadas por la empresa se constata que las costuras están cosidas, como se aprecia en las fotografías que se adjuntan como fotos 1, 2 y 3, y así lo reconoce el propio recurrente al admitir que el termosellado sólo se produce en área crítica, no considerándolo necesario en el resto de las zonas. Pero estas batas sólo tienen costuras en las mangas, por lo que es en esa zona donde debía ir el termosellado.*"

Señala el órgano de contratación que en ningún momento el recurrente ha impugnado el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares ni de prescripciones técnicas, y que, por tanto, al realizar su oferta, acepta las condiciones definidas en los pliegos, condiciones que, en este caso, no han sido cumplidas.

Finalmente en este punto expone que la alegación que hace el recurrente sobre que estos productos se están usando en diferentes centros de Castilla-La Mancha no tiene nada que ver con la tramitación de este expediente. El hecho de que con anterioridad se utilicen unos productos que en su día serían adjudicados de acuerdo a los requisitos que se exigieran en un anterior expediente, no quiere decir que no puedan variarse los requisitos para un nuevo expediente, que es el que se juzga. Y dichos requisitos eran conocidos por los licitadores con anterioridad a la presentación de sus ofertas y no han sido impugnados por la recurrente.



- También eran conocidas las medidas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas, en donde se tolera hasta un 10% más sobre las medidas que se exigen como requisitos mínimos. Los productos de la recurrente no cumplían con esas medidas.
- Finalmente, en cuanto al lote 23, expone el órgano de contratación que en él se pedía una sábana y que la recurrente propone un set que incluye, además de la sábana, una toallita de secado de campo y un cubre mesas y que no era esto lo que se pedía en el pliego.

Séptimo. Para resolver adecuadamente la cuestión planteada debemos partir de varias ideas previas. La primera y más importante es que, como hemos declarado en una multitud de resoluciones (por ejemplo nuestra resolución 270/2013) los pliegos que elabora la Administración y que acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según reiterada y constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la Administración, la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores, y por tanto la valoración realizada por la misma ha de ajustarse a lo previsto en aquellos. Respecto a éstos últimos supone que, a menos que previamente los impugnen, si deciden licitar voluntariamente deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso realizar la oferta con sujeción a los criterios de valoración contenidos en ellos (artículo 145 TRLCSP).

De acuerdo con lo expuesto, hemos de analizar el contenido de los pliegos, con el fin de valorar si las proposiciones realizadas por la propia empresa recurrente se ajustan a sus determinaciones "*lex contractus*". Ello nos obliga a tomar en consideración lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas y también la valoración contenida en el informe técnico elaborado por la Administración, con el fin de analizar si la proposición realizada por la adjudicataria cumple con el mismo.

El pliego de prescripciones técnicas establece una serie de requisitos para cada uno de los lotes objeto del presente recurso:

- En cuanto al lote 1 el Pliego de Prescripciones Técnicas indica lo siguiente:



Lote 1: código: 027549 bata de aislamiento para citostático desechable.

Bata de tejido sin tejer. Impermeable, reforzada en delantero y mangas. Transpirable, puño elástico ajustable, cierre cruzado con cintas, ajustable al cuello. Sin látex. Gramaje igual o superior a 35 gr/m2. Envase unitario de fácil apertura.

El informe elaborado por el órgano técnico expone en este punto se limita a exponer que tiene las costuras cosidas, no siendo impermeable y que no cumple con las condiciones exigidas.

- En cuanto al lote 6.4 el Pliego de Prescripciones Técnicas indica lo siguiente:

Lote 6.4: código: 004570 bata quirúrgica impermeable reforzada talla super grande estéril

Bata de tejido sin tejer o similar, impermeable, repelente a los líquidos, transpirable, óptima resistencia a la rotura, reforzada desde la altura del pecho hasta el final de la bata y las mangas hasta la mitad, escote redondo ajustable al cuello, mangas rematadas con puños elásticos de algodón, ajustables a la muñeca de 7cm. Como mínimo de longitud, cintas internas para ajustar detrás, cintas externas para cerrar y cruzar la bata. Costuras termoselladas o por ultrasonidos. Gramaje igual o superior a 75 gr/m2, mínimo desprendimiento de partículas. Envase unitario de fácil apertura. Estéril. Sin látex.

El informe elaborado por el órgano técnico expone en este punto se limita a exponer que tiene las costuras cosidas y que no cumple con las condiciones exigidas.

- En cuanto a los lotes en que ha quedado excluida debido al sistema de costura empleado (Lotes 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 6.1, 6.2 y 6.3) el Pliego de Prescripciones Técnicas expone en todos los casos unas condiciones similares, exigiendo que el producto esté hecho de un tejido sin tejer o similar, que sea impermeable y repelente a los líquidos.

El informe, de contenido similar en todos los casos, se limita a exponer que el producto presenta costuras cosidas y que no cumple.

- Respecto de los lotes en que la recurrente ha sido excluida por inadecuación de las medidas de los productos ofertados (Lotes 20, 21, 24, 25, 27, 28, 31, 32, 34, 35, 37, 39, 44,



46) el pliego tiene unas condiciones comunes y permite hasta un 10% de desviación en cuanto a las medidas de los paños que son objeto del contrato.

El informe técnico recoge la existencia de desviaciones superiores en todos los casos.

- Por último, en cuanto al lote 23, el Pliego de Prescripciones Técnicas exige la presentación de una sábana y el informe expone que se ha ofertado un set completo de oftalmología.

Octavo. En multitud de ocasiones este Tribunal ha declarado que con respecto a la valoración de los elementos técnicos de las ofertas no es posible sustituir el criterio técnico del órgano de contratación y que, por ende, procede en estos casos aplicar la doctrina de la discrecionalidad técnica de la administración en cuanto al cumplimiento de requisitos técnicos exigidos en los pliegos.

Es evidente que en nuestro caso la disputa planteada se tiene que resolver de acuerdo con criterios estrictamente técnicos. Estos no pueden ser otros que los contenidos en el informe técnico, y en cuya materia, por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. La única excepción radicaría en que en el contenido del informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida, se apreciase la existencia de un error material, arbitrariedad o discriminación derivada de los hechos acreditados por el recurrente.

Cabe, en este sentido, citar la resolución de este Tribunal, dictada en el expediente 168/2013, de 8 de mayo de 2013, en la que ya afirmamos lo siguiente:

“Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con 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 de procedimiento, 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. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”

Esta doctrina se contiene también, entre otras muchas, en la sentencia del T.S.J. de las Islas Canarias de 14 de enero de 2008, donde se añade que no sería posible estimar un recurso en que la recurrente se limitase a sustituir el criterio del órgano técnico por el suyo propio:

“Esta discrecionalidad de las Comisiones de Valoración es intangible frente a los Tribunales de justicia en cuanto se refiere al núcleo de la discrecionalidad, es decir, el criterio puramente «técnico» del órgano de valoración, pero admisible en relación a lo que la sentencia del Tribunal Constitucional número 40/1999, denominó los «aledaños» del núcleo material de la decisión técnica, en alusión a la posibilidad de apreciar una actuación arbitraria o ausente de criterio objeto (en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 1991 , 2 de marzo de 1998, y del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999 y 10 de marzo de 1999).

En definitiva, la demandante pretende una valoración que atienda casi exclusivamente a los aspectos que a ella le interesan y obvió de todo punto los aspectos en los que su oferta se vio superada, realizando, en consecuencia, una valoración subjetiva sin apoyatura en pericial alguna, que no tiene entidad suficiente para desvirtuar la valoración efectuada por los técnicos de informática de la administración.”

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, y prescindiendo de la reiteración de los productos ofertados que ha sido erróneamente interpretada como razón de la exclusión en el lote 1, se aprecia claramente que existe una discrepancia de opinión entre el recurrente y el órgano de contratación. En la mayoría de los supuestos en los que el licitador ha sido excluido la discrepancia se centra en si los productos ofertados cumplen o no con la característica de impermeabilidad y con el requisito del termosellado.

El órgano de contratación aporta una prueba fotográfica de la que deduce la existencia de costuras cosidas en los productos ofertados. Esta circunstancia determinaría la exclusión del licitador en todos aquellos casos en los que el pliego de prescripciones técnicas hablara de

una manera concreta de termosellado o sellado por ultrasonidos. En estos casos, lo importante no es el contenido de las fichas de los productos aportadas por el recurrente, sino como bien señala el órgano de contratación, la realidad de las muestras ofertadas. El recurrente se limita a afirmar la realidad del contenido de las fichas, sin ofrecer mayor prueba de su afirmación.

En cuanto a los demás casos relacionados con las costuras, es decir, a aquellos en que el pliego no exige de manera expresa el termosellado o el sellado por ultrasonidos, parece razonable entender que si no se ha exigido esta condición en el pliego, la existencia de costuras no tiene por qué excluir de manera automática al licitador. Esto es lo que ocurre en el lote nº 1.

Sin embargo, respecto de este lote en concreto, lo que señala el órgano de contratación es que el producto ofertado no cumplía con otra de las condiciones esenciales señaladas en el pliego porque la existencia de costuras no garantizaba la impermeabilidad de la pieza. Es, en este punto, donde el Tribunal no puede sustituir el criterio del órgano de contratación porque es imposible, con las pruebas aportadas, conocer si efectivamente la existencia de costuras convierte al producto en impermeable, no considerando este Tribunal prueba suficiente la inclusión en las fichas del producto de determinados rangos o resultados derivados de la aplicación de test evaluadores correspondientes a diversas normativas, ya que no es posible saber si dichas cifras son también aplicables a las muestras y porque, en todo caso, dichas cifras no permiten conocer si efectivamente se ha producido el cumplimiento de los requisitos técnicos del pliego.

En segundo lugar, es necesario analizar la exclusión de los lotes en que no se han respetado las medidas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas. El propio recurrente reconoce que, efectivamente, los productos que ha ofertado no respetan ese rango de medidas ni tampoco el porcentaje de variación que se prevé en la cláusula primera del pliego técnico, el 10%.

Siendo esto así, el tribunal no comparte la opinión del recurrente quien, en realidad, opina acerca de la incorrección de las condiciones del pliego técnico que previamente no había impugnado. Por lo tanto, una vez que se ha constatado que los productos ofertados no

cumplían con las condiciones establecidas en el pliego, la única solución posible era la exclusión.

En tercer lugar, por lo que se refiere al set de oftalmología ofertado por el recurrente en lugar de la sábana que exigía el pliego la solución debe ser la misma. El licitador no puede hacer una interpretación libre de los productos exigidos en el pliego. Debe ceñirse al mismo, de igual modo que la administración contratante. Por eso, la realización de una oferta de un producto diferente de aquel que se pide en el pliego no puede ser aceptada. La motivación ofrecida por la Administración en este punto es suficiente.

Consecuentemente, hemos de ratificar la interpretación hecha por el órgano de contratación, que no es arbitraria, irrazonable ni discriminatoria, considerando que en el presente supuesto los productos ofertados y por los que ha sido excluido el licitador no cumplían con las condiciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado, porque no se ha acreditado la existencia de ninguna vulneración del ordenamiento jurídico ni de ninguno de los principios rectores de la contratación a que se refiere el recurso.

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. L.V.G., en representación de mercantil MOLNLYCKE HEALTH CARE, S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de la Gerencia de Atención Integrada de Alcázar de San Juan de 12 de marzo de 2014 por la que se excluye a dicha empresa en los números de lote 1, 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 31, 32, 34, 35, 37, 39, 44 y 46 del acuerdo marco de suministro de material de protección e higiene con destino a los Centros Sanitarios del Servicio de Salud de Castilla la Mancha, (expediente 6101T013SUM005).

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero. Levantar la suspensión acordada conforme al artículo 43.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Castilla-La Mancha, 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.