



Recurso 1298/2022 C.A. Principado de Asturias 60/2022

Resolución nº 1423/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 11 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. V. M. H. , en representación de la empresa MEDILINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 20 de septiembre de 2022, que tiene por retirada su oferta del procedimiento de licitación, y contra la propuesta de adjudicación del contrato de *“Suministro de pijamas quirúrgicas desechables y dotación de equipos para su dispensación con destino a varias Unidades del Hospital Universitario San Agustín, Área Sanitaria III”*, con expediente referencia 2022000224, convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Gerencia del Área Sanitaria III del Servicio de Salud del Principado de Asturias anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público 20 de mayo de 2022 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 1.184.040 euros y cuyo objeto está dividido en dos lotes.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicados los pliegos para la tramitación del expediente, abiertas las ofertas presentadas por los licitadores, y emitidos los informes correspondientes, el día 29 de julio



se propone la adjudicación a favor de la empresa MEDILINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., y el día 2 de agosto de 2022 se formula el requerimiento al que se refiere el artículo 150.2 LCSP.

El día 16 de agosto se recibe a través del portal VORTAL parte de la documentación requerida, manifestándose por la empresa que se adjuntan los documentos requeridos a falta del aval, que, por ser agosto, el banco tiene problemas para firmarlo.

El día 17 de agosto se recibe mensaje de la empresa en la que se solicita ampliación del plazo para presentar el aval. El día 18 de agosto se recibe, por medio del mismo portal, comunicación por la que se adjunta el aval solicitado, sin bastanteo, de DEUTSCHE BANK a favor de MEDLINE, de fecha del mismo día. El día 19 se recibe nuevo mensaje en el que se indica que en el día de esta fecha se depositará el aval y se estará en posición de depositarlo.

La Mesa de Contratación se reúne el día 19 de agosto de 2022, y examinada la documentación remitida, acuerda tener por retirada la oferta presentada por MEDILINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., por no haber presentado la garantía definitiva en plazo, y no estando debidamente bastanteado el aval. Se propone la adjudicación a favor de la segunda empresa mejor clasificada, MOLNLYCKE HEALTH CARE, S.L.

El acuerdo es notificado mediante la plataforma VORTAL a MEDILINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. el mismo día 19. El día 20 de agosto se recibe escrito de alegaciones por el órgano de contratación, donde se solicita que, en base a las alegaciones del mismo, se atienda a la posibilidad de subsanación de la documentación presentada. Las alegaciones del escrito son rechazadas mediante acuerdo de la mesa de contratación de 20 de septiembre de 2022, en el que también se acuerda dar por válida la documentación presentada por la empresa propuesta como adjudicataria.

Finalmente, el día 23 de septiembre de 2022 se publica el acta de la mesa de contratación en la que se acuerda la exclusión de la oferta presentada por MEDILINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. y dar por válida la documentación presentada por MOLNLYCKE HEALTH CARE, S.L.



Cuarto. El día 26 de septiembre de 2022 tiene entrada en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda recurso especial en materia de contratación, presentado por la empresa MEDILINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 20 de septiembre de 2022, que tiene por retirada su oferta del procedimiento de licitación, y contra la propuesta de adjudicación.

Quinto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Sexto. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase alegaciones, habiendo hecho uso de su derecho la empresa adjudicataria, MOLNLYCKE HEALTH CARE, S.L. que defiende la legalidad del acuerdo de exclusión.

Séptimo. Mediante resolución de la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, de 5 de octubre de 2022, se concedió la suspensión cautelar de la ejecución del acto impugnado, hasta su levantamiento por la resolución que resuelva sobre el recurso presentado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 53 y 57.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (BOE del 29 de octubre).

Segundo. Con relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.



El recurso se interpone por el licitador propuesto para ser adjudicatario del contrato, y cuya oferta la Mesa de Contratación ha considerado retirada, por lo que, de estimarse el recurso, su proposición debería ser admitida nuevamente a la licitación y tendría una expectativa razonable de alzarse con el contrato.

Tercero. El presente contrato es susceptible de recuso especial conforme al artículo 44.1.a) LCSP al tratarse de un contrato de suministros licitado por un poder adjudicador con un valor estimado superior a 100.000 euros.

En lo referido al acto recurrido, es preciso realizar algunas precisiones. El recurrente, como ha quedado dicho en el encabezamiento de la presente Resolución, se alza contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 20 de septiembre de 2022, que tiene por retirada su oferta en el procedimiento de licitación. El referido acuerdo tiene (en lo que es relevante al recurso) el siguiente tenor literal,

«En relación al escrito de alegaciones presentado por la Empresa MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA S.L.U. en fecha 22 de agosto de 2022 sobre el Acta de la 4ª Mesa de Contratación celebrada el 19 de agosto de 2022, los miembros de la Mesa acuerdan por unanimidad rechazar las mismas al considerar que no procede la subsanación de la documentación presentada, ya que el aval bancario prestado como garantía definitiva se formalizó en fecha 18 de agosto de 2022, es decir, fuera del plazo de los diez días hábiles legalmente otorgados en virtud del artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento), siendo el vencimiento del plazo otorgado el día 17 de agosto de 2022.

Por otra parte, en cuanto a la solicitud de ampliación de presentación de documentación, la Mesa considera que no procede la misma ya que además de que dicha solicitud se realizó el último del plazo, en momento alguno la empresa acreditaba las supuestas dificultades para obtener dicho aval; además de que en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se prevén otras alternativas para la presentación de la garantía definitiva, incluida la presentación en efectivo.



Por todo ello, tratándose de una falta de cumplimiento del requisito de presentación del aval y no de una falta de acreditación del mismo, dicho defecto se considera insubsanable, desestimando, en consecuencia, las alegaciones realizadas por la empresa MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA S.L.U respecto a su exclusión».

El acuerdo en relación con el que se formulan alegaciones es el adoptado por la mesa de contratación en sesión de 19 de agosto de 2022, en el que, en lo que es relevante al recurso, se dice,

«Comprobada la documentación (según determina la Cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares rector de la presente contratación) aportada por la empresa propuesta como adjudicataria MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA S.L.U. (...) los miembros de la Mesa acuerdan su exclusión al no haber presentado la GARANTÍA DEFINITIVA en el plazo de DIEZ (10) DÍAS HÁBILES, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, que fue efectuado a través de la Plataforma de Licitación VORTAL en fecha 2 de agosto de 2022, ni acreditado fehacientemente causas que impidiesen su presentación».

El acuerdo referido determina la exclusión del recurrente del procedimiento. Lo cierto es que de la consideración del acuerdo adoptado el 19 de agosto de 2022, en el que taxativamente, los miembros de la mesa “*acuerdan su exclusión*” y del posterior de 20 de septiembre de 2022, en el que, rechazadas las alegaciones del recurrente, se procede a examinar y dar por válida la documentación presentada por el segundo clasificado, debe entenderse que el efecto de los acuerdos señalados es la imposibilidad del recurrente de continuar en el procedimiento, supuesto, por tanto, contemplado en el artículo 44.2.b) de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50.1, a) de la LCSP.

En efecto, este acuerdo se notificó a la recurrente el 19 de agosto, según consta en el expediente administrativo (documento 14.11). No consta, ni en el acuerdo de la Mesa de Contratación ni en la notificación realizada el ofrecimiento de recursos.



De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPACAP en adelante), *«toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente»*.

El artículo 40.3 de la LCSP, por su parte, determina que *«las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda»*.

De la consideración de las alegaciones presentadas por el recurrente (documento 19.09 del expediente administrativo), se deduce con claridad que el recurrente, con la interposición de las mismas, no se considera excluido del procedimiento, por lo que solicita que se atienda su solicitud de subsanación y se le reintegre a su condición de propuesta como adjudicataria. De lo señalado cabe concluir que debe entenderse que el acuerdo de la mesa de contratación surte sus efectos desde la interposición del recurso analizado en la presente resolución.

Quinto. Considerando ya el fondo del asunto, el recurrente entiende que la decisión de la mesa de contratación, acordando tener por retirada su oferta, no es proporcional, habida cuenta que, de las actuaciones realizadas, queda claramente establecido que no pretendía retirar su oferta. Prueba de ello, siempre según el recurrente, es que dentro del plazo de diez días concedido para la aportación de la documentación prevista en el artículo 150.2 de la LCSP aportó la que estaba en su poder, poniendo de manifiesto al órgano de contratación que no aportaba el aval por problemas de tramitación del mismo en la entidad avalista; que el 17 de agosto, dentro todavía del plazo, solicitó formalmente ampliación del plazo concedido, solicitud que no fue contestada por el órgano de contratación; y que, al día siguiente, 18 de agosto, y al objeto de acreditar su intención de cumplir con la



aportación de la garantía, presentó ante el órgano de contratación copia del aval bancario, pendiente únicamente de bastanteo por la asesoría jurídica. Entiende que la presunción contemplada en el artículo 150.2 de la LCSP no le es aplicable, puesto que ha realizado actuaciones tendentes a cumplir con el requerimiento de documentación realizado por el órgano de contratación, prueba de lo cual es que el 22 de agosto depositó el aval, correctamente bastanteado. Y que, por último, el órgano de contratación podría haber solicitado la subsanación de la documentación presentada, en tanto únicamente faltaba el bastanteo del aval, que bien podría haber sido realizado por la Mesa de Contratación. Considera, en conclusión, su exclusión nula de pleno derecho, en tanto lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, según preceptúa el artículo 47.1.a) de la LPACAP.

Por su parte, el órgano de contratación contesta en su informe que el último día para la presentación de la documentación quedó fijado para el 17 de agosto de 2022; que la recurrente no motivó su solicitud de ampliación de plazo; que tampoco consta que explorara otras vías para presentar la garantía definitiva de entre las contempladas en el artículo 108 de la LCSP; y que el aval presentado el 18 de agosto de 2022, además de serlo fuera de plazo no cumple con los requisitos establecidos en el PCAP, puesto que no está bastanteado ni depositado en la Tesorería Delegada del SESPA. Entiende que la doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales que es subsanable la acreditación de la constitución de la garantía, pero no la propia constitución de la misma, que debe ser llevada a cabo en el espacio temporal habilitado. Concluye que el plazo del artículo 150.2 de la LCSP es improrrogable en todo caso, salvo cuando solo haya un licitador y, por lo tanto, no se perjudiquen derechos de terceros.

Sexto. Sobre la constitución de la garantía definitiva, el artículo 107.1 de la LCSP establece lo siguiente:

«(...) los licitadores que, en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas, presenten las mejores ofertas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del precio final ofertado por aquellos, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido».



Por su parte, el artículo 109.1 de la LCSP, en lo referido a la constitución de la garantía definitiva, dice (el subrayado es nuestro),

«El licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 deberá acreditar en el plazo señalado en el apartado 2 del artículo 150, la constitución de la garantía definitiva. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado 2 del artículo 150».

No cabe duda, por lo expuesto, que la LCSP impone que la garantía definitiva deberá estar constituida en el plazo señalado en el artículo 150.2 de la LCSP. Como dijimos en nuestra Resolución 1230/2022 de 13 de octubre, con cita de la Resolución 582/2019 de 30 de mayo, en la interpretación del artículo 150.2 de la LCSP, *«(...) hemos venido a distinguir de acuerdo con nuestra doctrina más reciente los supuestos de “incumplimiento total y grave” de la obligación de aportación de documentación al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, que comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de “cumplimiento defectuoso o imperfecto” de esta obligación, y a tales efectos hemos acotado lo que se debe entender por “cumplimentar”, llegando a la conclusión de que la interpretación de la “retirada injustificada de la oferta” se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada (...)».*

El recurrente reconoce que presentó el aval (a falta del bastanteo de los poderes de sus firmantes) el día 18 de agosto de 2022. Al margen del juicio que pueda hacerse sobre la referida ausencia del bastanteo, lo cierto es que la presentación se produjo un día después de finalizado el plazo conferido al efecto. En este caso, por lo tanto, se produce un incumplimiento en la presentación de la garantía, que justifica la aplicación del segundo párrafo del artículo 150.2 de la LCSP.



A esta conclusión no se opone el hecho de que el recurrente, vigente el plazo de presentación de documentación, anunciara al órgano de contratación las dificultades que encontraba para obtener el aval y su voluntad de aportarlo tan pronto estuviera disponible. Como ya hemos manifestado anteriormente (Resolución 153/2011 de 1 de junio, dictada durante la vigencia de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, pero con argumentos plenamente aplicables), *«A estos efectos interesa destacar que el plazo de diez días hábiles, que establece el artículo 135.2 [artículo 150.2 de la LCSP] antes reproducido, para aportar la justificación exigida no puede ser rebasado, señalando, además, el pliego de cláusulas expresamente en la cláusula IX, apartado 5 que dicho plazo es “máximo”, pues de no ser así, ello supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores y sería contrario a los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 123 [artículos 1 y 132.1 de la LCSP] de la Ley de Contratos del Sector Público».*

Por lo que el motivo debe ser desestimado.

Séptimo. Alega, por otro lado, el recurrente, que solicitó ampliación del plazo para aportar el aval, solicitud a la que el órgano de contratación no contestó.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 32.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas,

«La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados».

Como ya afirmamos en la ya mencionada Resolución 153/2011 de 1 de junio, con argumentos que se reiteran en la Resolución 225/2013 de 12 de junio, el juego de los principios, anclados en la LCSP, de libre concurrencia, transparencia e igualdad de trato determinan la imposibilidad de conceder ampliaciones de plazos en el cumplimiento de los deberes impuestos a los licitadores en el procedimiento, salvo que tales ampliaciones beneficien a todos ellos y aún en estos casos, ponderando sus efectos sobre quienes no hayan participado en el procedimiento y de haber conocido la posibilidad de cumplir sus



deberes en plazos ampliados lo hubieran hecho. En el presente caso, la ampliación del plazo solicitada, en tanto beneficia a un licitador concreto, vulnera el principio de igualdad de trato y bien puede afirmarse, que, con ello, el derecho de los demás licitadores, por lo que no procede acordarla.

Por ello, este motivo debe igualmente ser desestimado y, con él, el recurso.

Octavo. Desestimado el recurso en lo referido al acuerdo del órgano de contratación de tener por retirada la oferta del recurrente, carece este de interés legítimo para impugnar la propuesta de adjudicación en favor del segundo clasificado, por lo que procede inadmitir el recurso en este punto.

Por todo lo expuesto,

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. V. M. H. , en representación de la empresa MEDILINE INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 20 de septiembre de 2022, que tiene por retirada su oferta del procedimiento de licitación del contrato de *“Suministro de pijamas quirúrgicos desechables y dotación de equipos para su dispensación con destino a varias Unidades del Hospital Universitario San Agustín, Área Sanitaria III”*, con expediente referencia 2022000224, convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, e inadmitirlo en lo referido a la propuesta de adjudicación del licitador clasificado en segundo lugar, al amparo de lo dispuesto por el artículo 55.b) de la LCSP.

Segundo. Levantar la suspensión del acuerdo de adjudicación con arreglo al artículo 57.3 LCSP.



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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 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 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.