



Recurso nº 1502/2022 C.A. del Principado de Asturias 77/2022

Resolución nº 1583/2022

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. I.G.S., en nombre y representación de MÖLNLYCKE HEALTH CARE SL, contra la resolución de 13 de octubre de 2022 por la que se adjudica el contrato del “*Suministro de apósitos activos y productos para cura de heridas en ambiente húmedo*” y se acuerda su exclusión de la licitación de los lotes 25 y 26, en procedimiento de licitación convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 13 de abril de 2022 y en el DOUE el 15 de abril de 2022, se convocó por los Servicios Centrales del Servicio de Salud del Principado de Asturias licitación pública por el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de referencia, para su utilización común por los centros sanitarios dependientes de dicho Servicio de Salud.

Con fecha 18 de abril de 2022, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de rectificación que hace referencia a la corrección de datos extraídos de la plataforma SITE (concretamente, del Registro Central de Contratos) y que se almacenaron en esta plataforma de forma errónea.

El valor estimado del contrato asciende a 67.077.547,88 euros, estando dividido en treinta lotes, y el plazo de ejecución del contrato es de 12 meses.



Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP), y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. Con fecha de 3 de mayo de 2022 se propuso, por la Mesa de contratación, excluir la oferta de la empresa TORROVAL Y LÓPEZ SERVICIOS PROFESIONALES, S.L. del procedimiento en los lotes 3, 4, 13, 20, 23, 25, 26 y 29, por presentar las muestras fuera del plazo de presentación de ofertas.

Frente a esta propuesta, se interpuso por TORROVAL Y LÓPEZ SERVICIOS PROFESIONALES, S.L. recurso especial en materia de contratación el 20 de mayo de 2022, que resuelto por este Tribunal en resolución nº 809/2022, de 1 de julio, inadmitiendo el recurso al dirigirse contra un acto no susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Con fecha 13 de octubre de 2022, se dicta resolución por la que se adjudica el contrato del suministro de apósitos activos y productos para cura de heridas en ambiente húmedo –en lo aquí interesa, los lotes 25 y 26 se adjudican a COLOPLAST PRODUCTOS MEDICOS, S.A.–.

Igualmente, en dicha Resolución se decide la exclusión de varias empresas; entre ellas, la recurrente en los mencionados lotes.

Cuarto. El recurrente presentó recurso el 8 de noviembre de 2022 ante este Tribunal.

De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido en este Tribunal acompañado del correspondiente informe de fecha 15 de noviembre de 2022.

Quinto. La Secretaría del Tribunal en fecha 15 de noviembre de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días



hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin que se haya hecho uso de este derecho.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal –por delegación de éste– dictó resolución de 17 de noviembre 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.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 de la LCSP y 10 del 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, así como en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (B.O.E. de 29 de octubre de 2021).

Segundo. La entidad recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado por haber sido licitadora en este contrato, dado que la eventual estimación de su recurso le supondría la readmisión al procedimiento de licitación.

Tercero. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50.1.c) de la LCSP.

Cuarto. El acto recurrido es la resolución de 13 de octubre de 2022 por la que se adjudica el contrato del suministro de apósitos activos y productos para cura de heridas en ambiente húmedo, que a su vez acuerda la exclusión de varias empresas; entre ellas,



la recurrente en los lotes 25 y 26, si bien el recurso se centra en combatir esta última decisión de apartarle del procedimiento de licitación.

La empresa MÖLNLYCKE HEALTHCARE SL aduce la insuficiente motivación de la resolución recurrida y la existencia de discriminación, al haber sido excluida, no por no reunir los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en lo sucesivo, PPT), sino por cumplir otros que no estaban expresamente excluidos (existencia de carbón en el producto ofertado que no se prohibía expresamente). Solicita que sea declarada la anulabilidad de la resolución recurrida, se retrotraigan las actuaciones y se proceda a valorar su oferta.

El órgano de contratación recuerda nuevamente que las muestras presentadas fueron valoradas por profesionales del ámbito sanitario, añadiendo que en la elaboración del PPT no se consideró necesaria la inclusión de carbón por su capacidad de neutralizar el olor, existiendo otro lote (nº 11) en el que sí se exige expresamente; por lo que exclusión procede por incumplir los requisitos mínimos, al incluir en la composición un elemento no exigido que además puede provocar un efecto no deseado. Solicita la desestimación del recurso.

Quinto. El acto recurrido –la exclusión de un licitador, impugnabile ex artículo 44.2.b) de la LCSP en tanto que acto de trámite cualificado– se refiere a un procedimiento de licitación relativo a un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior al mínimo previsto en el artículo 44.1.a) del citado texto legal para tener acceso al recurso especial en materia de contratación.

Sexto. El apartado 5 del PPT recoge las características técnicas requeridas para cada uno de los lotes. En lo que atañe a este recurso, se exige para los lotes 25 y 26 lo siguiente:

“LOTE 25.- Apósito de plata y espuma de poliuretano de baja adherencia de 10 x 10 cm. Con borde adherente de silicona.

Composición:



□ Plata en diferentes formas químicas asociada a espuma de poliuretano (estructura en tres capas: capa interna de poliuretano microperforado y/o silicona, capa central hidrocélular hidrofílica y capa externa de film de poliuretano.

Medidas: 10 x 10 cm.

Características técnicas:

□ Profilaxis y tratamiento de la infección de las heridas o control microbiano de heridas infectadas o con riesgo de infección.

□ No provoca irritación cutánea.

□ Tamaño del borde adhesivo mayor de 1 cm.

□ Envase individual estéril.

LOTE 26.- Apósito de plata y espuma de poliuretano de baja adherencia de 12,5 x 12,5 cm. con borde adherente de silicona.

Composición:

□ Plata en diferentes formas químicas asociada a espuma de poliuretano (estructura en tres capas: capa interna de poliuretano microperforado y/o silicona, capa central hidrocélular hidrofílica y capa externa de film de poliuretano.).

Medidas: 12,5 x 12,5 cm.

Características técnicas:

□ Profilaxis y tratamiento de la infección de las heridas o control microbiano de heridas infectadas o con riesgo de infección.

□ No provoca irritación cutánea.

□ Tamaño del borde adhesivo mayor de 1 cm.



□ *Envase individual estéril*'.

La resolución recurrida, que excluye a la entidad recurrente, hace suyo el informe técnico de 18 de julio de 2022, que a su vez justifica la exclusión del siguiente modo:

“En el PPT se exige un apósito cuya composición sea: Plata en diferentes formas químicas asociadas a espuma de poliuretano en ficha técnica presenta un apósito que además contiene carbón, dicho componente no se exige en el PPT”.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que para que proceda la exclusión de un licitador por incumplimiento de los requisitos técnicos, este incumplimiento ha de ser expreso y 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. En la Resolución 1104/2020, de 16 de octubre, tuvo ocasión de razonar:

“Es doctrina consolidada de este Tribunal que, para que proceda la exclusión del licitador, el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. Citamos, por todas, la Resolución nº 323/2020 de 5 de marzo de 2020 que al respecto dispone: ‘En efecto, del artículo 139 de la vigente LCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa o el órgano asesor del órgano de contratación, puedan valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones



empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento que se denuncia sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado. (...) Debe recordarse que, como tiene establecido este Tribunal en reiterada doctrina, solo es posible excluir una oferta de una licitadora por incumplimiento del PPT cuando la misma oferta sea abiertamente contraria a los requerimientos del PPT, cuestión que no concurre en este procedimiento de licitación. Así, se recoge en la Resolución 1205/2018: ‘También se ha dicho (resolución 560/2015, de 12 de junio) que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento’. De la documentación remitida a este Tribunal no cabe deducir que la oferta del adjudicatario incumpla los requisitos técnicos exigidos, sin perjuicio de que, en fase de ejecución del contrato, las prescripciones ofertadas hayan de ser verificadas por el órgano de contratación (...)”.

A la vista de la doctrina expuesta, el recurso ha de ser estimado.

En efecto, para que proceda la exclusión, el incumplimiento ha de ser expreso, que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el PPT; ha de ser claro, referido a elementos



objetivos perfectamente definidos y deducirse con facilidad de la oferta; y no es posible motivar el incumplimiento acudiendo a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, referidos a juicios técnicos.

En el supuesto aquí analizado, la exclusión se motiva por el incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el PPT. No obstante, no se justifica ni motiva que no se cumplan los requisitos mínimos exigidos, sino que la exclusión se acuerda porque el apósito ofertado incluye un componente –el carbón– que dicho pliego no prohíbe. Ahora bien, las especificaciones técnicas se configuran en el PPT desde un punto de vista positivo, exigiendo unas especificaciones mínimas, y no se excluye ni se veda expresamente ningún componente, salvo el látex para todos los lotes.

Por lo tanto, cumpliéndose las especificaciones mínimas exigidas en el PPT, como parece que ocurre en el caso de autos, no es posible acordar la exclusión por tener el producto ofertado otros componentes más allá de los exigidos que no están expresamente excluidos. La inclusión de esos otros componentes podrá motivar que en los criterios dependientes de un juicio de valor se pueda otorgar una puntuación u otra, pero en la medida en que no está vedada la existencia de carbón, no cabrá acordar la exclusión.

Las alegaciones que se efectúan por el órgano de contratación en su informe al recurso, que se refieren a juicios técnicos y valoraciones subjetivas sobre el futuro uso de los apósitos, no hacen sino confirmar que no se está tanto ante un incumplimiento claro, expreso y objetivo del PPT sino ante razonamientos técnicos más o menos complejos, referidos –cabe precisar– a juicios técnicos, que como tal no pueden fundamentar la exclusión.

La cuestión de si las propiedades del carbón son efectivas para el tratamiento de la infección o no, podrán, en su caso, determinar la valoración que deba efectuarse con arreglo a los criterios fijados en los pliegos, pero la inclusión de este material en los apósitos el cual, hay que insistir, no está excluido expresamente en los pliegos, no permite acordar la exclusión.



Procede, en consecuencia, estimar el presente recurso anulando la exclusión para que, con retroacción de actuaciones, se proceda a valorar la oferta de la empresa recurrente.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. I.G.S., en nombre y representación de MÖLNLYCKE HEALTH CARE SL, contra la resolución de 13 de octubre de 2022 por la que se adjudica el contrato del “*Suministro de apósitos activos y productos para cura de heridas en ambiente húmedo*” y se acuerda su exclusión de la licitación de los lotes 25 y 26, en procedimiento de licitación convocado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, anulando la exclusión para que, con retroacción de actuaciones, la oferta sea admitida y valorada conforme a los criterios establecidos en los pliegos.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, 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.