



Recurso nº 21/2016 C.A. Galicia 6/2016

Resolución nº 123/2016

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

En Madrid, a 12 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.B.P. y D. J.D.B., en nombre y representación de la sociedad MÖLNLYCKE HEALT CARE, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 3 de diciembre de 2015 por la que se acuerda excluir a la recurrente (Lotes 1, 2, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23 y 24) en el expediente de contratación MI-EIO1-15-003 relativo a la contratación del “*Suministro sucesivo de material auxiliar de cobertura quirúrgica desechable con destino a los centros sanitarios del Servicio gallego de Salud*” (en adelante, SERGAS), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General de Recursos Económicos del SERGAS, actuando por delegación de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia, convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante el día 22 de julio de 2015, en el Diario Oficial de Galicia el día 29 de julio de 2015, y en el Boletín Oficial del Estado el 3 de agosto de 2015, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro sucesivo de material auxiliar de cobertura quirúrgica desechable con destino a los centros sanitarios del Servicio Gallego de Salud.

Dicho suministro se dividía en 24 lotes con un valor estimado de 6.251.645,71 €. El valor estimado de los lotes a los que se presentó la recurrente y que son objeto del presente recurso son:

- LOTE 1. Cubremesas: 797.587,18 €
- LOTE 2. Funda de mesa Mayo reforzada: 168.994,80 €



- LOTE 9. Paños autoadhesivos: 667.830,80 €
- LOTE 10. Paños autoadhesivos fenestrados: 252.945,42 €
- LOTE 12. Paño en U con adhesivo de 200x150 cm. y con abertura de 7x65 cm.: 42.681,60 €
- LOTE 14. Sábana adhesiva (Mediana): 76.165,70 €
- LOTE 15. Sábana de extremidades de 200x320 cm. con orificio de 3.5 cm: 120.170,26 €
- LOTE 16. Sábana de extremidades de 228x300 cm. con orificio de 6x8 cm: 115.107,30 €
- LOTE 17. Pijama quirúrgico desechable estándar mediana (M), grande (L) y extra grande (XL). 92.664 ,00 €
- LOTE 18. Bata quirúrgica desechable estándar mediana (M), grande (L) y extra grande (XL): 1.732.568,16 €
- LOTE 19. Bata quirúrgica desechable reforzada o especial mediana (M). grande (L), extra grande (XL): 576.045,60 €
- LOTE 20. Bata quirúrgica desechable alta protección o urológica grande (L) y extra grande (XL): 26.231,40 €
- LOTE 23. Mascarilla quirúrgica de un solo uso e/visor: 120.134,82 €
- LOTE 24. Mascarilla quirúrgica rectangular de un solo uso: 172.727,10 €

Segundo. A la licitación concurrió la recurrente. El 21 de septiembre de 2015 se reúne la mesa de contratación para proceder a la apertura de la documentación relativa a los criterios no valorables de forma automática (SOBRE B).

Una vez abiertos los sobres B de los licitadores admitidos, la mesa acuerda dar traslado de dicha documentación a los técnicos encargados de su valoración a fin de que emitan el correspondiente informe.

Tercero. El 2 de diciembre de 2015 la mesa se reúne de nuevo a los efectos de examinar el informe emitido por el grupo técnico en relación con la evaluación de la documentación aportada por los licitadores. A la vista del mencionado informe, la mesa acuerda, entre otras,



la exclusión del procedimiento de adjudicación de la recurrente en los lotes 1, 2, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23 y 24.

Cuarto. En fecha 22 de diciembre de 2015 fue realizada la notificación de la exclusión de la mercantil recurrente, por los siguientes motivos:

“Lotes 1, 2, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20: La empresa presenta con su logo los valores de nivel de cumplimiento de la EN 13795. Tras revisar la documentación común aparece una declaración del intérprete jurado y del notario, confirmando que la empresa ha declarado que aplica la UNE EN 13795 y que el alcance de los certificados incluye informe de laboratorios que realizan ensayos. No se acompaña el citado informe. Siendo este obligatorio tal y como se recoge en los apartados 3.2, 3.8 y 3.9 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Lote 22: En el apartado 3.11 del Pliego de Prescripciones Técnicas se pide un envasado en cajas dispensadoras no superiores a 100 unidades, y la empresa presenta cajas de 150 unidades.

Lotes 23 y 24: No existe certificado de laboratorio externo de conformidad a la UNE-14683, requisito éste exigido en los apartados 3.12 y 3.13 del Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Quinto. Mediante escrito presentado el 12 de enero de 2016 en el registro de este Tribunal, la mercantil recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación, previamente anunciado mediante escrito presentado el 8 de enero de 2016, contra el acto de la mesa de contratación por el que se acordó su exclusión del procedimiento de contratación de referencia.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado el 19 de enero de 2016 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 evacuado el trámite.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, dictó resolución de fecha 21 de enero de 2016 por la que se acordaba la suspensión del



procedimiento de contratación en relación con los lotes 1, 2, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23 y 24, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado mediante resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas de 12 de noviembre de 2013 en el BOE el día 25 de noviembre.

Segundo. El recurrente está legitimado al haberse presentado en la licitación referida por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto que es objeto de recurso es el acuerdo de exclusión de la licitación de referencia, del recurrente.

Cuarto. De conformidad con los artículos 40.2.b) y 40.1.a) del TRLCSP el acuerdo de exclusión de un licitador de un procedimiento para la adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 12 de enero de 2016, en el Registro de este Tribunal, habiéndose previamente anunciado y siendo la fecha del acuerdo recurrido de 3 de diciembre de 2015, remitiéndose notificación el 22 de diciembre, procede concluir que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.



Sexto. Entrando a analizar el fondo de la cuestión planteada, la sociedad actora suplica:

1º) Con carácter principal, la revocación de la exclusión de la oferta presentada, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento en el que debió haberse efectuado la valoración de los sobres B de los licitadores con inclusión del sobre B presentado; o

2º) Subsidiariamente, la revocación de la exclusión de la oferta presentada ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su exclusión para que se le conceda el plazo de tres días en el que pueda subsanar los defectos supuestamente existentes en la documentación aportada.

Para solicitar dicha anulación, la sociedad actora alega que *“la mesa de contratación excluyó la propuesta formulado por MONLYCKE de los lotes correspondientes a paños y sábanas; pijamas quirúrgicos; y botas (Lotes 1, 2, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20); así como de los Lotes correspondientes a mascarillas (Lotes 23 y 24). La razón de la exclusión se fundamentó en la presunta falta de presentación de informes y certificados acreditativos del cumplimiento de los estándares industriales EN 13795 y 14683”, entendiéndose que “MONLYCKE sí aportó en el sobre B el certificado acreditativo del cumplimiento del estándar industrial EN 13795 que exigía el PPT, por lo que, como mínimo, hubo de estimarse suficiente esa documentación en relación con los Lotes 1, 2, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 Y 20 (pañós, batas y pijamas). Subsidiariamente, de estimarse que la documentación aportada era insuficiente o de albergarse dudas acerca de lo propuesto, debería haberse concedido un plazo de 3 días para subsanar”.*

Por su parte el órgano de contratación se opone al recurso interpuesto interesando la desestimación íntegra del mismo.

Séptimo. Los distintos motivos de impugnación del acuerdo de exclusión tienen como común denominador el error o incorrección en las proposiciones presentadas por el recurrente en lo que a las características técnicas mínimas que debían reunir los distintos objetos de los lotes se refiere, alegando el recurrente que lo procedente hubiera sido o bien admitir la oferta presentada por no resultar ajustado a derecho su exclusión o bien, subsidiariamente solicitar aclaración o subsanación de la oscuridad u omisión de la proposición que presentó.



Para resolver las cuestiones que se plantean debemos acudir a las disposiciones del PPT que el órgano de contratación ha tenido en cuenta para excluir a la entidad recurrente, debiendo recordar la doctrina emanada de este Tribunal respecto a la consideración del pliego como ley del contrato al que ha de sujetarse tanto la Administración como los licitadores a la hora de presentar sus proposiciones, aceptando de forma incondicional y expresa su contenido en su totalidad, sin salvedad ni reserva alguna.

Así, el artículo 145.1 del TRLCSP señala que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*. A este respecto, en nuestra Resolución 253/2011 señalábamos que: *“A los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”*.



Asimismo, tenemos que referirnos al error en las proposiciones contemplado por el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en los términos siguientes: *“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.”*

Como se observa, el “error manifiesto” y el error reconocido por el licitador (siempre que, en este último caso, haga inviable la oferta) son causa de exclusión de la oferta formulada, no admitiéndose, en principio, que puedan ser subsanados aquéllos, a diferencia de lo que sucede con la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia, donde la regla es, justamente, la posibilidad de subsanación (artículo 81.2 del RGLCAP). Ello es consecuencia obligada del principio de igualdad entre los licitadores (artículos 1, 133, 139 y concordantes del TRLCSP), que debe evitar conceder cualquier ventaja a alguno de ellos en detrimento de los demás.

Con carácter general la JCCA viene entendiendo (informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que *“se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable. Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la*



interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia.”

Por su parte, este Tribunal ha aplicado el criterio de la JCCA, entre otras muchas, en las Resoluciones 128/2011, 184/2011, 225/2013, y 92/2014, donde hemos configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. De acuerdo con este criterio, viene admitiendo este Tribunal (por todas, Resolución 463/2014) la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica: “Pues bien, como ya hemos indicado en Resoluciones anteriores (como referencia en la nº 614/2013, de 13 de diciembre), la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que *‘excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta’*.

Siguiendo lo declarado en la Resolución 876/2014, cabe señalar, que: *“Este Tribunal se ha ocupado en numerosas resoluciones sobre el particular; ante todo, se ha de recordar que, como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr. Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe ‘obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta’ (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar ‘aclaraciones que en*



ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público' (Resolución 94/2013)".

De acuerdo con estas consideraciones, entiende este Tribunal que siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, "debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos" (Resoluciones 64/2012, 35/2014, ó 876/2014, entre otras). Lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada. Así se entiende el sentido del último inciso del artículo 84 del RGLCAP, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo "cuando no alteren su sentido".

Sin embargo, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar la controversia suscitada, debiendo, asimismo, considerarse el principio de concurrencia (artículo 1 TRLCSP) que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, "*Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995.*"



En virtud de ello, se infiere el verdadero alcance del artículo 84 del RGLCAP, cuya impronta debe circunscribirse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe. Ésta ha sido la línea seguida de manera constante por este Tribunal que, si con carácter general ha negado la posibilidad de subsanar o aclarar los términos de las ofertas (Resoluciones 164/2011, 246/2011, 104/2012, 268/2012, 16/2013, 117/2013, 151/2013), ha rechazado la exclusión de aquéllas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada (Resoluciones 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012), pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012).

Octavo. En el caso que nos ocupa, por lo que se refiere a los lotes 1, 2, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 , se acordó su exclusión por el siguiente motivo: *“La empresa presenta con su logo los valores de nivel de cumplimiento de la EN 13795. Tras revisar la documentación común aparece una declaración del intérprete jurado y del notario, confirmando que la empresa ha declarado que aplica la UNE EN 13795 y que el alcance de los certificados incluye informe de laboratorios que realizan ensayos. No se acompaña el citado informe. Siendo este obligatorio tal y como se recoge en los apartados 3.2, 3.8 y 3.9 del Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

Por su parte, el PPT en la cláusula 3.1 “CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS COMUNES A TODOS LOS LOTES”, señala que:

- *Todo el material será estéril (salvo los lotes 17, 21, 22, 23 Y 24) y de un solo uso*
- *No se admitirá que una misma medida sea presentada a dos o más sublotos.*
- *Todos los artículos, incluidos sus embalajes, deberán estar exentos de látex, así como de ingredientes tóxicos, olores nocivos y tintes indelebles.”*

“3.2 LOTES 1, 2, 9, 10, 12, 13, 14, 15, Y 16 (PAÑOS Y SÁBANAS)

Indicado su uso como material complementario en diferentes intervenciones quirúrgicas



- ✓ *Deberán cumplir lo establecido en la norma EN 13795:2011 +A 1:2013, acreditando su cumplimiento mediante certificado de laboratorio externo homologado, especificando los valores del nivel de cumplimiento. Los valores de referencia con los que se realizará la comparación son los correspondientes a los requisitos establecidos en las altas prestaciones en áreas críticas.*
- ✓ *Deberán adecuarse a la Norma ISO 11810 para la inflamabilidad y resistencia a la prestación de la radiación láser en cobertura utilizada en Cirugía Láser.*
- ✓ *Las medidas solicitadas en los diferentes lotes se interpretarán como orientativas en un rango entre ± 20 cm, con excepción del orificio de las sábanas correspondientes a los lotes 15 y 16 que serán de ± 1 cm. (...)*

“3.8 LOTE 17 (PIJAMAS QUIRÚRGICAS)

Contemplados en la norma como trajes de aire limpio e Indicados para ser utilizados por el personal en diferentes intervenciones quirúrgicas

- ✓ *Deberá cumplir lo establecido en la norma EN 13795:2011 +A 1 :2013 acreditando su cumplimiento mediante certificado de laboratorio externo homologado, especificando los valores del nivel de cumplimiento.*
- ✓ *TALLAS mediana, grande y extra grande. (...)*

“3.9 LOTES 18, 19 Y 20 (BATAS QUIRÚRGICAS).

Indicadas para ser utilizadas por el personal quirúrgico para proteger al paciente y a los profesionales sanitarios de la transferencia de microorganismos, fluidos corporales y partículas durante el acto quirúrgico.

3.9.1 Características técnicas comunes mínimas.

- ✓ *Deberá cumplir lo establecido en la norma EN 13795:2011+A1:2013, acreditando su cumplimiento mediante certificado de laboratorio externo homologado y especificando los valores del nivel de cumplimiento.”*



En relación a la exclusión de la recurrente de los citados lotes con base en las transcritas cláusulas del PPT, se alega que los certificados expedidos por BSI (organismo británico de evaluación de la conformidad) son válidos en España ex artículo 80 del TRLCSP; que al mismo organismo debe entenderse referido la mención a “laboratorio externo homologado” como entidad que habría que expedir el certificado de cumplimiento con la Norma EN 13795 y, que en cualquier caso, debe entenderse suficiente la documentación presentada y, subsidiariamente, para el caso de no estimar dicha alegación, la recurrente defiende la necesidad de haber concedido plazo para poder subsanar o aclarar los extremos que se entendieran defectuosos o incompletos de su oferta.

Pues bien, el motivo determinante de la exclusión de la recurrente es el incumplimiento de la necesaria acreditación de que los productos ofertados cumplan como mínimo los valores que se exigen en los PPT.

En efecto, a la vista de la notificación de la resolución de exclusión nada puede decirse de que por parte del órgano de contratación se pusiera en duda la validez en España de los certificados expedidos por BSI. Es más, sí que queda acreditada y así lo reconoce el órgano de contratación la exigencia del cumplimiento por parte de los productos ofertados de la Norma EN13795:2011+A12013 con la presentación de un certificado de conformidad del producto a los requisitos definidos en esa norma.

Sin embargo, no basta con dicho certificado sino que además es necesario que dichos productos, cumplan como mínimo los valores que se exigen en las citadas cláusulas del PPT y este es precisamente el apartado que incumple el licitador y el que determina su exclusión.

Esta circunstancia, a juicio de este Tribunal, implica que la oferta de la recurrente resulte contraria a los pliegos. A este respecto, el mandato del artículo 145.1 del TRLCSP es claro y terminante: las proposiciones de los licitadores se han de ajustar total e incondicionalmente al contenido de los pliegos. Lo contrario entraña su exclusión de la licitación. La definición del contenido y de las prestaciones objeto de contratación corresponde exclusivamente al órgano de contratación, siendo libres los empresarios de concurrir o no a la licitación, pero



sabiendo que, si lo hacen, han de ajustar sus proposiciones a lo dispuesto en los pliegos so pena de exclusión.

En este punto, no podemos sino compartir el criterio del órgano de contratación al señalar en el informe evacuado a este recurso que:

“a.2) (...)

Estos productos, dentro de dicha normativa (EN13795:2011+A1 2013), en base a requisitos de funcionamiento y niveles de prestación, se agrupan en dos niveles de calidad:

- 1. Productos de rendimiento estándar*
- 2. Productos de alto rendimiento (se adecuan más a intervenciones quirúrgicas con un alto riesgo de infección asociado a su duración y naturaleza).*

A su vez, el fabricante, puede definir las zonas críticas o menos críticas del producto. Las zonas críticas son las más propensas a la transmisión de agentes infecciosos desde y hacia la herida quirúrgica. A modo de ejemplo, en una bata perteneciente al nivel de alto rendimiento, las zonas críticas serían las mangas y el pecho.

Esta diferenciación del producto según los niveles de calidad, así como la definición dentro del propio producto de sus zonas críticas o "puntos débiles", conlleva que los parámetros clave que son evaluados en las pruebas o ensayos a los que se somete el producto para demostrar sus diferentes propiedades, deben alcanzar unos valores límite que serán distintos según el nivel de calidad exigido (rendimiento estándar/alto rendimiento) y según la zona del producto (crítica/menos crítica). De ahí, que en el PPT se exija como información adicional a la de adecuación del producto a la citada norma (bastando en este supuesto, como ya se indicó anteriormente, el certificado emitido por el organismo de evaluación de conformidad) un certificado de laboratorio externo en el que se reflejen los resultados obtenidos al aplicar los métodos de ensayo descritos en la norma EN 13795:2011+A1 2013 para cada producto a evaluar (a modo de ejemplo, un ensayo, sería la resistencia a la rotura en seco y en húmedo; o la resistencia a la tracción en seco y en húmedo, ...). Si el grupo técnico no dispone de esta información no puede saber si el producto cumple los valores



exigidos en la correspondiente cláusula; sólo sabe que cumple la norma, pero no cual es el nivel de calidad en el que encaja dentro de los diferentes que fija la EN 13795:2011+A1 2013 y, por tanto, si cumple el nivel de calidad que, en particular, se exige en el PPT.

En síntesis, en la infraestructura acreditable para la calidad (art. 4 RO 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial), existen distintas entidades y organismos que la constituyen, teniendo cada uno de ellos un determinado cometido. Así por un lado estarían las entidades de certificación, cuyo cometido es establecer la conformidad de un producto a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas; y, por otro lado, estarían los laboratorios de ensayo con el cometido de verificar que los resultados de los ensayos de los parámetros clave se hayan entre los márgenes que fija la norma para determinar, además de que ese producto es adecuado, determinar en qué nivel de calidad se sitúa.

Por tanto, como se acaba de indicar, en ningún momento, en el PPT, se está equiparando y/o confundiendo "laboratorio externo homologado" con "organismo de evaluación de conformidad".

a.3) La certificación aportada por MONLYCKE era suficiente para acreditar que los ensayos realizados sobre sus productos se habían efectuado en cumplimiento de la normativa EN 13795 y los resultados con los valores de referencia constan en la documentación de la oferta (y que se acompaña -al recurso para mayor facilidad en el documento nº 6).

Por lo expuesto en el anterior subapartado a.2), cabe indicar, en relación con este razonamiento que esgrime el recurrente, que:

Lo que determinó la exclusión de la oferta del recurrente en relación con los lotes objeto del recurso no fue el hecho de que el certificado de conformidad aportado fuera expedido por BSI. Como ya se dijo anteriormente, en ningún momento, en la notificación de exclusión, se hace referencia a tal circunstancia.

La exclusión del recurrente, por tanto, no obedece a que la mesa cuestione que el producto cumpla o no los requisitos legales mínimos que impone al fabricante la normativa europea y la nacional. Lo que determina en este caso su exclusión es que no acredita, en los términos



que fija el PPT, los concretos valores exigidos en dicho pliego. Sí los indica, pero es la propia empresa, MONLYCKE, quien los declara no el laboratorio externo como exigía el PPT con la finalidad de verificar de forma fehaciente por parte del grupo técnico la veracidad de los valores reflejados en la oferta. En medicina, la seguridad del paciente es absolutamente prioritaria. En un quirófano la infección de las heridas es un riesgo que no se puede menospreciar. Según estudios científicos la tasa de mortalidad de los pacientes que han sido sometidos a una operación se duplica cuando se produce una infección hospitalaria. Ello, además, conlleva para los hospitales un incremento de sus costes (por término medio, una infección postquirúrgica prolonga seis días el periodo de hospitalización). El legislador ha reconocido también la importancia de los materiales quirúrgicos de barrera en la protección frente a las infecciones y, a tales efectos, el Comité Europeo de Normalización aprobó en el 2006 la EN 13795. Este estándar permite la mejora en la seguridad de los pacientes y del personal sanitario, así como también ofrece una orientación fácil para la selección de materiales de barrera.

De ahí que tanto en el apartado 3.2 como en el 3.8 y en el 3.9 del PPT, se fijen unos requisitos mínimos que ha de cumplir la composición del tejido y las características del producto. A modo de ejemplo y a efectos de no hacer demasiado extenso este informe, cabe citar, entre ellos, los siguientes, así como la información que suministran y lo que significa en relación con la calidad del producto:

Resistencia a la rotura en seco y en húmedo: algunas zonas de los paños y batas de utilización quirúrgica pueden estar sujetas a presiones puntiformes durante su uso. El resultado que ofrece un laboratorio sobre una muestra del producto en cuestión nos informa sobre el grado de resistencia del material. Cuanto más elevado sea el resultado, más resistente será el material.

Resistencia a la tracción en seco y en húmedo: durante las intervenciones quirúrgicas el material puede estar sometido a tensiones que producen su rotura. El resultado que ofrece un laboratorio sobre una muestra del producto en cuestión nos informa sobre la fuerza en el punto de máxima carga. Cuanto más elevada sea la fuerza tensora, más resistente es el material.



Resistencia a la penetración microbiana en seco: las células de descamación de la piel contienen bacterias que pueden traspasar el material e infectar la herida. El resultado que ofrece un laboratorio sobre una muestra del producto en cuestión nos informa sobre el efecto barrera del material. Cuanto menor sea el valor, mejor será ese efecto barrera.

Desprendimiento de pelusas (o, en su caso, desprendimiento mínimo de partículas): tanto las partículas externas contenidas como las internas liberadas en materiales textiles afectan a la cicatrización de las heridas y, además, pueden transportar agentes patógenos a la herida. El resultado que ofrece un laboratorio sobre una muestra del producto en cuestión nos informa sobre el grado de emisión de partículas y/o pelusas. Cuanto más bajo sea el resultado, menos partículas se liberan.

Todos esos resultados, que figuran en el certificado del laboratorio, van a permitir comprobar de forma fehaciente que la composición del tejido así como las características del producto cumplen los concretos valores que se exigen en el PPT. Valores que no aparecen en el certificado de cumplimiento de la norma.

A la hora de adquirir estos productos, el órgano de contratación, no sólo busca cumplir con los requisitos legales mínimos imprescindibles relacionados con la seguridad de los mismos (que es lo que certifica el 651), sino que, además, busca que esos productos, a precios similares, sean los de mayor calidad, esto es, busca la óptima relación calidad/precio.

De hecho, debemos traer a colación en este apartado y relacionado con lo que se acaba de exponer, que el órgano de contratación, en el momento de fijar el precio del contrato, ha de partir no sólo del principio del control del gasto sino también de asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la adquisición de bienes, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 del TRLCSP.”

Por tanto, a la vista de tales argumentos, este Tribunal entiende que asiste la razón al órgano de contratación por cuanto que el certificado de conformidad con la norma, emitido por BSI, si bien indica su conformidad con la legislación aplicable y, consecuentemente, que puede ser comercializado en toda la UE, no hace al producto adecuado y adaptado a cualquier situación o usuario. Esto es, no se cumple uno de los requisitos exigidos en el PPT, cual es la acreditación del cumplimiento de los valores mínimos.



De lo expuesto se desprende que concurre una clara causa de exclusión en la oferta de la empresa recurrente.

Por ello, teniendo presente lo expresado anteriormente acerca de la excepcionalidad de la solicitud de aclaraciones en las ofertas técnica y económica, cabe señalar que en el presente supuesto no existe duda u oscuridad en la proposición de la empresa recurrente susceptible de aclaración. Lo que existe es un incumplimiento de los requisitos exigidos en el PPT, del que se deriva la exclusión del recurrente en la licitación de los lotes 1, 2, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20. En consecuencia, procede desestimar la pretensión del actor.

Noveno. Por otro lado, respecto a los lotes 23 y 24, el recurrente los incluye en la pretensión subsidiaria relativa a la posibilidad de subsanación que debió habersele concedido y que sin embargo se omitió.

En relación a estos dos lotes, la exclusión de la recurrente se basa en:

“Lotes 23 y 24: No existe certificado de laboratorio externo de conformidad a la UNE-14683, requisito éste exigido en los apartados 3.12 y 3.13 del Pliego de Prescripciones Técnicas.”

Por su parte, el PPT en la cláusula 3.12 y 3.13 establece que:

“3.12 LOTE 23 (MASCARILLA QUIRÚRGICA DE UN SOLO USO CNISOR)

Indicada para protección facial (vías aéreas y ojos) de posibles salpicaduras en procesos médico quirúrgicos.

- ✓ *Deberá cumplir lo establecido en la norma UNE-EN 14683:2006 para las mascarillas quirúrgicas TIPO IIR, acreditando su cumplimiento mediante certificado de laboratorio externo homologado.*

3.13 LOTE 24 (MASCARILLA QUIRÚRGICA RECTANGULAR DE UN SOLO USO)

Indicada para la protección de las vías aéreas en procesos médico quirúrgicos.



- ✓ *Deberá cumplir lo establecido en la norma UNE-EN 14683:2006 para las mascarillas quirúrgicas TIPO II, acreditando su cumplimiento mediante certificado de laboratorio externo homologado.”*

En el presente supuesto, el PPT exige, para los lotes que ahora nos ocupa (lotes 23 y 24), la presentación de un certificado de laboratorio externo homologado que acredite el cumplimiento de lo establecido en la norma UNE-EN 14683:2006.

La parte recurrente, entendiendo que se trata del cumplimiento de un requisito formal procede la concesión al licitador de un plazo de tres días para subsanar los defectos u omisiones en la documentación presentada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81.2 del RGLCAP (*“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*).

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto anteriormente y atendidas las circunstancias que concurren en estas dos exclusiones, a juicio de este Tribunal debe entenderse que la oferta de la recurrente resulta contraria a los pliegos.

En efecto, tal y como señala el órgano de contratación *“el certificado de conformidad con la norma no suministra los valores de nivel de cumplimiento y que lo que determina en este caso la exclusión del recurrente es que no acredita, en los términos que fija el PPT, los concretos valores exigidos en dicho pliego, sí los indica, pero es la propia empresa, MÓLNLYCKE, quien los declara no el laboratorio externo como exigía el PPT. La exigencia de un determinado modo de acreditar se fijó con la finalidad de verificar de forma fehaciente por parte del grupo técnico la veracidad de los datos reflejados en la oferta.*

Por otra parte, tampoco adjunta a su escrito de recurso, como medio de prueba, que efectivamente dispone del correspondiente certificado de laboratorio externo, sino que se limita a indicar que el órgano de contratación, al exigir el mismo en el PPT, lo ha confundido con el certificado de conformidad. Documentos que, como ya se ha indicado a lo largo de



este informe, son distintos y son emitidos por organismos también diferentes. Esta circunstancia también pone de manifiesto que el recurrente o bien no entendió que es lo que se le estaba exigiendo a la hora de licitar, sin que en ningún momento solicitase aclaración o información adicional al respecto (dicho extremo se puede comprobar accediendo al perfil de contratante del SERGAS, www.sergas.es en el que no aparece publicada ninguna aclaración en relación con dicha circunstancia); o bien, de no estar de acuerdo, como parece desprenderse de su recurso, con la forma que se exigía en el PPT para acreditar la veracidad de los datos, debió de haber impugnado los pliegos en su momento.

En cambio, sí incluye en su oferta la certificación ISO 11810, la cual no se solicitaba en el PPT (ver apartado 3.2 del mismo), sino sólo la adecuación de los productos a dicho norma”.

En consecuencia, es claro que la oferta que presentó no se ajustaba al PPT y, por tanto procede desestimar su pretensión confirmando la exclusión de la recurrente en los lotes 23 y 24.

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. J.B.P. y D. J.D.B., en nombre y representación de la sociedad MÖLNLYCKE HEALTH CARE, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 3 de diciembre de 2015 por la que se acuerda excluir a la recurrente (Lotes 1, 2, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23 y 24) en el expediente de contratación MI-EIO1-15-003 relativo a la contratación del “*Suministro sucesivo de material auxiliar de cobertura quirúrgica desechable con destino a los centros sanitarios del Servicio gallego de Salud*” al ser conforme a derecho.”

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.



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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 Galicia 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.