



**Recurso nº 838/2021 C.A. de la Región de Murcia 54/2021**

**Resolución nº 1175/2021**

**Sección 1ª**

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

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021

**VISTO** el recurso interpuesto por D. L.G.M., en representación de FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A, contra su exclusión del procedimiento “*Contrato mixto de suministro de fungible y cesión y mantenimiento de equipamiento complementario para el funcionamiento de la unidad de hemodiálisis del Hospital Universitario Rafael Méndez del Área III de Salud*”, con expediente CS/9999/1100963983/20/PA, convocado por el Servicio Murciano de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El 21 de octubre de 2020 se acordó el inicio del expediente de licitación del Contrato mixto de suministro de fungible y cesión y mantenimiento de equipamiento complementario, para el funcionamiento de la unidad de hemodiálisis del Hospital Universitario Rafael Méndez del Área III de Salud por un presupuesto base de licitación total de 1.650.480,00€ (exento IVA), de conformidad con lo previsto en los artículos 131 y 156 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

**Segundo.** Concluido el plazo de presentación de proposiciones, la Mesa de Contratación acuerda APERTURA DEL SOBRE A “DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS-DEUC-” el 11 de diciembre de 2020.



**Tercero.** El 23 de diciembre de 2020 la mesa proceda a la APERTURA DEL SOBRE B “CRITERIOS SUJETOS A JUICIOS DE VALOR” y acuerda admitir a la licitación a las siguientes empresas:

- FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A.U.
  
- B. BRAUN MEDICAL, S.A.
  
- PALEX MEDICAL S.A.
  
- IZASA HOSPITAL, S.L.U.
  
- BAXTER SL
  
- NIPRO MEDICAL EUROPE SUCURSAL ESPAÑA.

Los distintos documentos y archivos electrónicos incorporados por los licitadores a la citada Plataforma son remitidos a la Comisión constituida en su momento, formada por D. E.L.G., Jefe de la Sección de Nefrología del Hospital Universitario "Rafael Méndez", y a D. M.P.R. es Supervisora de Enfermería en la Unidad de Hemodiálisis del Hospital Universitario "Rafael Méndez", para su evaluación conforme a los criterios de adjudicación establecidos para la contratación de referencia, y con carácter previo a la apertura del sobre C.

**Cuarto.** La mesa de contratación el 21 de abril de 2021, examina el informe técnico:

*“Dicho informe técnico recoge y motiva que las ofertas presentadas por las empresas FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA S.A.U. y B. BRAUN MEDICAL S.A no cumplen con los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Por ello la Mesa de Contratación procede a excluir de la licitación a las empresas FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA S.A.U. y B. BRAUN MEDICAL S.A. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en la cláusula 8 establece un umbral mínimo del 50 por 100 de la puntuación, en el conjunto de los criterios cualitativos descritos en el apartado 8.1.1 para continuar en el*



*proceso selectivo, por lo que la Mesa de Contratación acuerda rechazar la oferta de la empresa IZASA HOSPITAL, S.L.U. al no superar el umbral mínimo exigido (24 puntos)”.*

Procede a la apertura de la oferta económica de las licitadoras restantes y eleva al órgano de contratación, propuesta de adjudicación del presente expediente a favor de la empresa licitadora cuyos datos y oferta se indican a continuación: Empresa propuesta: NIPRO MEDICAL EUROPE SUCURSAL ESPAÑA con C.I.F. W0021332B Precio ofertado: 1.386.440,00€ (Base imponible: 1.238.000,00 €, IVA 10 y 21%: 148.440,00 €). Plazo de ejecución: Cuatro años.

**Quinto.** Mediante resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de fecha 14 de mayo de 2021 se acuerda:

*“Tercero.-Excluir de la licitación a las empresas FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA S.A.U. y B. BRAUN MEDICAL S.A, al no cumplir con los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y a la empresa IZASA HOSPITAL, S.L.U. por no superar el umbral mínimo exigido.*

*Cuarto: Adjudicar el presente expediente a favor de la empresa licitadora admitida cuyos datos y oferta se indican a continuación: Empresa propuesta: NIPRO MEDICAL EUROPE SUCURSAL ESPAÑA”.*

**Sexto.** Publicada y notificada en fecha 30 de abril de 2021 la citada resolución a todos los interesados a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A.U. interpone recurso contra la citada resolución de adjudicación.

**Séptimo.** Se ha presentado informe por el órgano de contratación, sobre la tramitación del presente procedimiento y solicitando la desestimación.

**Octavo.** La Secretaría del Tribunal en fecha 16 de junio de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que,



si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, trámite del hizo uso NIPRO MEDICAL EUROPE SUCURSAL ESPAÑA XEROX ESPAÑA, S.L.U., en las que también interesaba la desestimación del recurso.

**Noveno.** Con fecha 17 de junio de 2021 la Secretaria del Tribunal, en el ejercicio de competencias delegadas, acuerda la medida provisional consistente en 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.

**Decimo.** En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, art. 22.1.1º del RPERMC y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

**Segundo.** El acto que es objeto de recurso es el acuerdo de exclusión de la recurrente, notificado junto al acuerdo de adjudicación, del procedimiento de licitación de un contrato mixto de suministro y servicios, disponiéndose al respecto en la cláusula primera, 1.1 del PCAP, lo siguiente:



*“Se trata de un contrato mixto, de los previstos en el artículo 18 de la LCSP que comprende prestaciones correspondientes a un contrato de suministros (material fungible necesario para realización de sesiones de hemodiálisis) y a un contrato de servicios (mantenimiento de monitores, planta de tratamiento de agua etc.). Para la determinación de las normas que deben observarse en cuanto a la preparación y adjudicación de este contrato, se atenderá a las que rigen el contrato de suministros, por resultar el suministro el objeto principal del contrato al ser la prestación de mayor valor estimado del mismo, no obstante, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, se atenderá a las normas aplicables a las diferentes prestaciones que forman el objeto del contrato”.*

De conformidad con los artículos 44.2.b) y 44.1.a) de la LCSP, el acuerdo de exclusión de un licitador es susceptible de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se trate de un contrato de servicios o de suministros con un valor estimado superior a 100.000 €, circunstancia esta que también concurre.

**Tercero.** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

**Cuarto.** Procede reconocer a la empresa recurrente la legitimación prevista en el artículo 48 de la LCSP (*“toda 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”*), pues ha concurrido a la licitación del acuerdo marco y aduce motivos de recurso que, de estimarse, determinarían la anulación de la resolución de exclusión: la reclamante ha sido excluida del procedimiento de licitación, si bien dicha exclusión se notifica con la adjudicación y su pretensión es de anulación de la exclusión y de retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las propuestas.

**Quinto.** La cláusula 8.1.1 del PCAP “CRITERIOS SUBJETIVOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR: 48 PUNTOS”, establece:

“Los licitadores deberán aportar una memoria técnica con la descripción de los productos, materiales, instalaciones y equipos ofertados, que se valorará en función de las características



de los mismos y las condiciones de la prestación, atendiendo a aquellas que sean superiores a las indicadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (apartados 5 a 8) y que conlleven una mejora cualitativa o cuantitativa de los tratamientos, de acuerdo con el siguiente baremo: (...)

b) Planta de tratamiento de agua, planta ósmosis laboratorio, planta portátil y adecuación de la instalación de distribución: Hasta 13 puntos.

Se tendrán en cuenta los materiales a utilizar en la instalación del anillo de distribución, cronograma de instalación, plan de mantenimiento, protocolo de monitorización. Los licitadores deberán presentar un proyecto de instalación y un protocolo de monitorización de los parámetros del agua tratada.

- Planta de tratamiento de agua: Hasta 10 puntos.
- Planta de tratamiento para laboratorio: Hasta 2 puntos.
- Planta portátil tratamiento de agua: Hasta 1 punto.”

Su desarrollo en cuanto a sus condiciones técnicas se encuentra en la cláusula 6.4 (INSTALACIÓN Y MANTENIMIENTO DE PALNTA DE TRATAMIENTO DE AGUA, páginas 8 a 18 ambas inclusive) y 6.5 (PURIFICADOR PORTATIL DEL AGUA) del Pliego de Prescripciones técnicas que figura en el expediente de contratación y que debido a su extensión se dan aquí por íntegramente reproducidas.

En el propio recurso FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA señala con toda claridad (énfasis nuestro) lo siguiente:

*“...queremos poner de manifiesto que nos encontramos profundamente sorprendidos, la solución entregada en el sobre evaluado mediante un juicio de valor es completamente errónea y contraria a la solución que quería ser propuesta desde un inicio por parte de FMCE. El documento que recoge la solución ofertada y descrito como “Planta de Laboratorio Confidencial” (Documento número 7) es un documento obsoleto y de trabajo que no debía ser*



*ni incluido en la oferta ni tomado en cuenta en la valoración, ya que no concuerda con la declaración responsable realizada y rubricada por FMCE como “Cesión de equipos” (Documento número 8). El documento correcto que debió ser adjuntado recogía una solución que contemplaba todos los requisitos técnicos y que por error no incluimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (Documento número 9 y 9 bis)”.*

Es decir, hay un reconocimiento explícito de error en la documentación esencial contenida en su oferta. Pues bien, la cuestión de que se trata consiste en la relevancia de ese error como causa de exclusión de la recurrente y la imposibilidad de subsanaciones o aclaraciones del mismo.

**Sexto.** La Resolución 461/2019 de 3 de abril contiene la doctrina de este Tribunal en cuanto a este extremo, concluyendo lo siguiente:

*“Este Tribunal ha manifestado insistentemente que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos; con el límite, en el caso de que se trate de la oferta, de que no puede suponer la modificación de la misma en términos tales que constituya una nueva oferta (por todas, Resolución nº270/2019 de 25 de marzo). Así las cosas, en Resolución nº 1203/2017, 22 de diciembre dijimos 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 a la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que “no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, 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). En definitiva, 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, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras).*

*(...) Por otra parte, y aun cuando se pudiera considerar que existe un error en la oferta técnica, dicho error no es subsanable. Este Tribunal ha dictado numerosas Resoluciones (por todas, 136/2011, 164/2011, 219/2011, 244/2011, 151/2012, 156/2012, 242/2012)”.*

En resolución nº 402/2016, de 20 de mayo de 2016, se expuso la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto:

*“(...) Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en ese momento de la licitación. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004- y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estrategemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de*



*licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-y 9 de julio de 2002 –Roj STS5093/2002-). Sin embargo, el mismo Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).”*

Esa doble tendencia se halla presente también en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12-y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, muestra una actitud más reservada cuando los defectos atañen a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08-).

**Séptimo.** Planteado el debate en el contexto expuesto, autorizar una “subsanación” como la que pretende la recurrente equivaldría a aceptar una nueva declaración de voluntad para modificar, integrar o reparar la oferta, que está prohibido por infringir los principios de igualdad de trato y transparencia del artículo 1 de la LCSP, siendo tan solo la licitadora la responsable de los perjuicios derivados de la falta de diligencia en la elaboración de la proposición, sin que pueda exigirse al órgano de contratación un trámite de aclaración para compensarla.



Y si bien, como se ha reseñado antes, este Tribunal ha aceptado la aclaración de la oferta si se respeta el principio de igualdad de trato y no se modifican los términos de la proposición (*“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”*), 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.

Es decir, la finalidad de la aclaración es solventar una ambigüedad, oscuridad o errores materiales manifiestos en la documentación presentada por el licitador que suscita dudas sobre el verdadero alcance de su oferta, pero no alteraciones caracterizadas por un contenido sustancial, y tan relevante que es reconocido por la propia empresa excluida en su propio escrito de recurso.

Además en el supuesto de que se trata la voluntad expresada por el licitador frente al órgano de contratación es clara y no permite interpretaciones, por lo que no cabe ninguna solicitud de aclaración o subsanación, sin perjuicio de añadir que el error grave, que sin duda acarrea el perjuicio de la exclusión para la recurrente, solo le resulte imputable a la misma y no puede trasladarse al órgano de contratación a través de una posibilidad de integrar, completar o reparar el error insubsanable padecido mediante una total reelaboración de la oferta infringiendo la Ley, la jurisprudencia y en perjuicio del trato igual y objetivo para todos los licitadores.

En definitiva, no es admisible que el licitador reclame al órgano de contratación la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable (STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).



La labor del órgano de contratación no es venir a suplir omisiones negligentes en las ofertas presentadas, sino evitar realizar una interpretación excesivamente rigorista de los requisitos formales exigidos. En el presente caso no nos hallamos ante un requisito formal sino material, un elemento esencial de la oferta cuya omisión supone necesariamente un incumplimiento de los pliegos, y en consecuencia legítima que no se produzca subsanación.

Y por idénticos motivos debe ser confirmado el acuerdo de exclusión dictado por el órgano de contratación, sobre la base además del reconocimiento explícito de la recurrente del grave error producido en la documentación esencial de su oferta (*“la solución entregada en el sobre evaluado mediante un juicio de valor es completamente errónea y contraria a la solución que quería ser propuesta desde un inicio por parte de FMCE. El documento que recoge la solución ofertada y descrito como “Planta de Laboratorio Confidencial” (Documento número 7) es un documento obsoleto y de trabajo que no debía ser ni incluido en la oferta”*).

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. L.G.M., en representación de FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A contra su exclusión del procedimiento *“Contrato mixto de suministro de fungible y cesión y mantenimiento de equipamiento complementario para el funcionamiento de la unidad de hemodiálisis del Hospital Universitario Rafael Méndez del Área III de Salud”*, con expediente CS/9999/1100963983/20/PA, convocado por el Servicio Murciano de Salud.

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



**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 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 la Región de Murcia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.