



Recurso nº 662/2022 C.A. Región de Murcia 83/2022

Resolución nº 811/2022

Sección 2ª

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

En Madrid a 1 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.V.L., en representación de BAXTER, S.L contra el acuerdo de adjudicación del lote 17 del procedimiento “*Suministro de Apósitos Hemostáticos, Sellantes, Sustitutivos de la piel y Tratamiento de quemaduras*”, con expediente CS/9999/1100980972/2021/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. En fecha 30 de abril de 2021, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio por el que se convoca licitación para adjudicar el contrato de “*Suministro de Apósitos Hemostáticos, Sellantes, Sustitutivos de la piel y Tratamiento de quemaduras*”, con expediente CS/9999/1100980972/2021/PA, convocado por el Servicio Murciano de Salud. El contrato se califica como contrato administrativo de suministro con un valor estimado de 5.735.045,70 euros, dividido en 25 lotes, de los cuales el 17 se refería a SELLANTE QUIRURGICO TISULAR INTERNO.

El procedimiento de contratación es un procedimiento abierto de tramitación ordinaria.

Segundo. En el pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante, PPT), al describir el producto a suministrar en el lote 17 se indicaba lo siguiente

«*LOTE 17*»



SELLANTE QUIRURGICO TISULAR INTERNO CON CÁNULA APLICADORA

Sellante sintético de base polietinglicol en formato gel. De uso interno. Para sellado y/o refuerzo de líneas de sutura de venas y arterias, y en procedimientos de resección pulmonar. Elástico y de alta adhesividad una vez crea el sellado. Para prevenir adherencias postoperatorias. Envase individual. Estéril. Medidas aproximadas».

Tercero. En fecha 22 de marzo de 2022, la mesa de contratación acuerda proponer la adjudicación del lote 17 a favor de la oferta de BARD DE ESPAÑA, S.L.U, siendo la oferta de BAXTER S.L. la segunda clasificada.

Cuarto. En fecha 4 de mayo de 2022, se publica el acuerdo del órgano de contratación de adjudicar el lote 17 a BARD DE ESPAÑA, S.L.U.

Quinto. En fecha 25 de mayo de 2022, BAXTER S.L. interpone recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 17.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe.

Séptimo. En fecha 30 de mayo de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiendo presentado alegaciones BARD DE ESPAÑA, S.L.U. el 6 de junio de 2022, interesando la desestimación del recurso.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 8 de junio de 2022, acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de 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 adelante, 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.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en Convenio suscrito 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 de noviembre de 2020).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme resulta del art. 44 de la LCSP.

Así, conforme al art. 44.1 de la LCSP

«1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

(...)

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

...

c) Los acuerdos de adjudicación».

En el presente caso se interpone el recurso contra un acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que debe considerarse susceptible de recurso.



Cuarto. La legitimación se regula en el artículo 48 LCSP, que señala que *«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»*.

En el presente caso, es evidente la legitimación al recurrir el licitador cuya oferta quedó clasificada en segundo lugar, por lo que la exclusión que pide de la oferta adjudicataria podría conllevar la adjudicación a su favor.

Quinto. El recurso se basa en considerar que los sellantes quirúrgicos ofertados por el adjudicatario no reúnen los requisitos del PPT al no cumplir con las especificaciones mínimas técnicas recogidas en el PPT en cuanto a procedimientos de resección pulmonar ni para prevenir adherencias postoperatorias.

El órgano de contratación reconoce que el producto ofertado por el adjudicatario no cumple con los requisitos del PPT por lo que debió ser excluida.

El adjudicatario defiende que su producto cumple con el PPT, pues el recurrente no ha acreditado lo contrario.

Pues bien, como punto de partida debemos partir de la doctrina consolidada de este Tribunal que considera que, aunque el cumplimiento del PPT es una cuestión que atañe en principio a la fase de ejecución del contrato, es posible la exclusión de una oferta si resulta claro que no va a poder cumplir con dicho PPT, pues ello permite de forma eficiente evitar tener que adjudicar un contrato a una oferta que no va a poder cumplir con los requisitos del contrato, estando abocada a la resolución del contrato.

Así, como recordamos en la resolución 1123/2018, de 7 de diciembre

«A estos efectos, este Tribunal ha declarado reiteradamente (por todas, resolución nº 675/2018) que debe tenerse en cuenta que las exigencias del PPT deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa recogidos en el art 1 del TRLCSP. En consonancia



con ello, debe interpretarse el artículo 84 del Reglamento (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato (Resolución 815/2014, de 31 de octubre)».

Como señala el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre «*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*».

En el presente caso el órgano de contratación reconoce que:

«Se informa por parte de la empresa recurrente que el producto presentado por la empresa propuesta para la adjudicación, BARD DE ESPAÑA, S.L.U. al lote 17, no cumple con lo requerido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) ya que el sellante quirúrgico tisular interno con el que concurren no posee la indicación para procedimientos de resección pulmonar y para prevenir adherencias postoperatorias.

Revisada la información técnica aportada por la empresa BARD DE ESPAÑA, S.L.U. al lote 17, se ha detectado que efectivamente no cumple con este requisito funcional, por lo que esta Comisión Técnica ha constatado que se cometió un error al no excluir por incumplimiento del PPT la oferta de esta empresa».

Aunque el adjudicatario defiende que sí cumple con los pliegos, no aporta una justificación sólida de ello, pues se limita a indicar que el recurrente no enerva la presunción de acierto de la Administración, señalando que *«no ha quedado probado por la recurrente lo contrario [el incumplimiento del PPT], sin que pueda apreciarse un error de valoración por parte del órgano de contratación que lleve a la estimación del recurso*».



Dado que el órgano de contratación ha reconocido que la *«Comisión Técnica ha constatado que se cometió un error al no excluir por incumplimiento del PPT la oferta de esta empresa»* el argumento del adjudicatario decae, pues el propio órgano de contratación reconoce que la oferta del adjudicatario no cumple con las funcionalidades exigidas en el PPT, por lo que, para evitar la adjudicación a favor de una oferta que no iba a poder cumplir con los requisitos exigidos en el PPT, estando, en consecuencia, destinada a la resolución por incumplimiento, debió aplicarse el art. 84 del Real Decreto 1098/2001 excluyendo la oferta de BARD DE ESPAÑA, S.L.U.

El reconocimiento de las pretensiones del recurrente por parte del órgano de contratación o la entidad contratante ha sido abordado en numerosas resoluciones por parte de este Tribunal, entre otras, en la resolución 1511/2019, de 26 de diciembre, en la que se cita otra previa resolución de 14 de agosto de 2019. En ellas, señaló el Tribunal:

«Tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, "(...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente.

En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la "reformatio in peius". Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez "juez y parte" y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso.



Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial “ad hoc”, es el caso de la llamada “jurisdicción retenida” donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una “infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecie que la aceptación de las pretensiones de la recurrente “infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico”. No se aprecia tal infracción del ordenamiento jurídico».

En definitiva, por este Tribunal sólo cabe proceder a la estimación del recurso especial, salvo que se aprecie una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Y esta circunstancia debe ser rechazada, a la vista del recurso, del contenido del Pliego y de lo manifestado en el informe sobre el recurso que en el ámbito de la discrecionalidad técnica que posee y del conocimiento especializado que se le presume, ha afirmado categóricamente que la oferta de BARD DE ESPAÑA, S.L.U. incumple el PPT.

Es por ello que debe acordarse la estimación del recurso anulando la adjudicación a favor de la oferta de BARD DE ESPAÑA, S.L.U. por incumplir el PPT en los requerimientos del



lote nº 17 y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a que se efectuó la valoración de los criterios sometidos a juicios de valor para que, con exclusión de la proposición presentada por BARD DE ESPAÑA, S.L.U., se continúe, en su caso, la tramitación del procedimiento de contratación conforme a Derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar, por allanamiento del órgano de contratación, el recurso interpuesto por D. M.V.L., en representación de BAXTER, S.L contra el acuerdo de adjudicación del lote 17 del procedimiento “*Suministro de Apósitos Hemostáticos, Sellantes, Sustitutivos de la piel y Tratamiento de quemaduras*”, con expediente CS/9999/1100980972/2021/PA, convocado por el Servicio Murciano de Salud, anulando dicho acuerdo y retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la valoración de los criterios sometidos a juicios de valor con las consideraciones expuestas al final del fundamento jurídico quinto de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar operada, en virtud del 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 lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.