

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 3 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Bold Technologies Leading España, S.L. (en adelante Bold), contra la adjudicación del contrato y su exclusión para el lote 1, del acuerdo marco de “Suministro de mascarillas de protección respiratoria tipo FFP2 y FFP3 para el Hospital Universitario La Paz”, Expediente 2020-0-49 (A.M.), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, con fecha 24 de agosto de 2020, se convocó la licitación del acuerdo marco de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 5.123.800 euros, con un plazo de ejecución de 12 meses.

Segundo.- Con fecha 14 de octubre de 2020, la mesa de contratación requiere al recurrente para que aclare varias cuestiones de requisitos del Pliego de Prescripciones Técnicas relativas a las certificaciones de los productos que serían susceptibles de ser subsanados. Dicho requerimiento pedía las siguientes aclaraciones:

“En relación a su oferta presentada, solicitamos aclaración respecto a los siguientes requisitos del PPT:

- UNE-EN 149:2001+A1:2010. Dispositivos de protección respiratoria. Medias máscaras filtrantes de protección contra partículas. Requisitos, ensayos, marcado Aclaraciones: PPE-R/02.075 versión 1, ¿solo para COVID-19?

- Certificado de examen UE de tipo: Anexo V - Módulo B: Aclaraciones: ON 1024 legislaciones 89/686/EEC Personal protective equipment no el Reglamento UE 2016/425.

- Conformidad con el tipo: Producto supervisado (Anexo VIII – Módulo C2) o Control de calidad (Anexo VIII – Módulo D) Solicitar: Módulo C2 por ON 1024”.

Dicha aclaración se contestó, en los puntos que nos atañen, en los siguientes términos:

“UNE-EN 149:2001+A1:2010. Dispositivos de protección respiratoria. Medias máscaras filtrantes de protección contra partículas. Requisitos, ensayos, marcado Aclaraciones: PPE-R/02.075 versión 1, ¿solo para COVID-19?”.

Respuesta:

“La certificación de acuerdo con PPE-R / 02.075 versión 1 y el uso previsto de Anti-COVID fue solo el primer paso de la certificación durante el brote local de COVID esta primavera para mitigar rápidamente la falta de equipos de protección en ese momento. Desde entonces, ya hemos completado la certificación de nuestros PPE y tenemos una Certificación CE completa para ellos como PPE y también un informe de prueba completo. Anexamos Documento 1 y documento 2 CE Certificate”.

Con fecha 1 de febrero de 2021, se emite informe técnico en el que se hace constar que la recurrente, para el lote 1, **“NO CUMPLE: La muestra presentada no tiene marcado CE en la mascarilla”.**

Con fecha 18 de mayo de 2021, el Director Gerente acuerda la adjudicación del contrato y la exclusión del recurrente para el lote 1. Con esa misma fecha se notifica el citado acuerdo.

Tercero.- El 21 de mayo de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Bold, contra el acuerdo de adjudicación del contrato y por el que se le excluye de la licitación para el lote 1 del acuerdo marco de referencia.

Cuarto.- El 2 de junio del 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Sexto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 18 mayo de 2021, e interpuesto el recurso el 21 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del contrato y la exclusión de una oferta en un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- La recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

- 1- Incorrecta exclusión por motivos ajenos a los requisitos de los pliegos de la licitación.
- 2- Infracción del artículo 151 de la LCSP, artículo 35 de la ley del Procedimiento Administrativo Común por falta de motivación de la resolución impugnada.

3- infracción de la disposición final cuarta de la LCSP y del artículo 68 de la LPAC, al no haberse concedido la posibilidad de subsanar los supuestos errores advertidos.

5.1 Respecto al primer motivo de impugnación la recurrente alega que de la lectura de los pliegos se aprecia con claridad que en ningún punto de los pliegos se circunscribe como requisito técnico el marcado CE en las mascarillas aportadas como muestra.

Señala que el PCAP, establece *“Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:*

Además de aportar la documentación en los sobres correspondientes para valorar la oferta, según los diferentes criterios especificados en el apartado 6 anterior, a continuación, se relaciona la documentación necesaria a los efectos de comprobar si la oferta del licitador es acorde con lo estipulado en el pliego de prescripciones técnicas:

- Modelo *“ANEXO A”* debidamente cumplimentado.
- Descripción de los productos a suministrar mediante catálogos, ficha técnica de los mismos (con indicación expresa del lote y/o número de orden al que concurren) y otra información necesaria, con la que se pueda verificar cada una de las especificaciones técnicas exigidas.
- **Certificado del mercado CE**, conforme a lo establecido en la legislación vigente reguladora de los productos sanitarios o para diagnóstico *in vitro*”.

Por tanto, a su juicio, lo que se exige en los pliegos, es el Certificado del mercado CE, no la propia marca en la muestra enviada. De hecho, cuando se advirtió una deficiencia en este sentido se requirió a mi representada para que aportara dicho certificado y así hizo.

Así mismo, señala que, en referencia a la acreditación de la solvencia técnica, el órgano licitador pone el acento sobre la necesidad del carácter probatorio de la misma mediante certificados, y nunca de manera clara y expresa al mercado CE de

las propias mascarillas o de su muestra. En el Pliego de Prescripciones Técnicas se recogen las características que efectivamente deberá cumplir el producto objeto de licitación. En el mismo se recoge que el producto final, el que finalmente será suministrado, si deberá llevar el marcado CE. Requisito que, sin embargo, apenas unas líneas más abajo, desaparece cuando se recogen los requisitos de las muestras, limitándose a señalar *“Todas las muestras deberán especificar: la empresa licitadora, el nº de lote, el nº de orden y procedimiento correspondiente”*.

Concluye señalando que su exclusión es injusta e injustificada ya que ha actuado conforme a la literalidad de los pliegos, aportando las muestras tal y como marcaba el Pliego de Prescripciones Técnicas y el Certificado CE cuando fue requerida para ello.

Por su parte, el órgano de contratación señala que la conclusión del informe técnico de las Mascarillas FFP2 y FFP3 enviado al Servicio de Contratación Administrativa el 01/02/2021 por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales indicaba lo siguiente: *“NO CUMPLE: la muestra presentada no tiene marcado CEE en la mascarilla”*.

Manifiesta que, en los requisitos mínimos de las mascarillas, exigidos y publicados del Pliego de Prescripciones Técnicas, concretamente en el punto 5 dice lo siguiente:

.....

- *“Marcado CEE junto al número del Organismo Notificado”*.

Como se aprecia en las imágenes que acompaña, la muestra enviada por Bold y valorada no dispone del marcado CE.

Añade que según el Artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 relativo a los equipos de protección individual: *Reglas y condiciones para la colocación del marcado CE:*

1. *El marcado CE se colocará de manera visible, legible e indeleble en el EPI. Cuando ello no sea posible o no pueda garantizarse debido a la naturaleza del EPI, se colocará en el embalaje y en los documentos que acompañen al EPI.*
2. *El marcado CE se colocará antes de que el EPI se introduzca en el mercado.*
3. *En el caso de los EPI de categoría III, el marcado CE irá seguido del número de identificación del organismo notificado que participe en el procedimiento previsto en los anexos VII u VIII.*

El número de identificación del organismo notificado será colocado por el propio organismo o, siguiendo sus instrucciones, por el fabricante o su representante autorizado”.

Pretende la recurrente, a su juicio equivocadamente, que se considere que las exigencias del PPT y la normativa comunitaria en vigor para las mascarillas a suministrar al Hospital, sean distintas a la muestra de mascarilla, que debieron aportar como un requisito de solvencia de la empresa. Si eso fuese así, dejaría de tener virtualidad la exigencia de la muestra de un producto como requisito de solvencia para valorar si es adecuado técnicamente o no en cuanto al cumplimiento de las condiciones técnicas definidas por el órgano de contratación, por considerar que lo relevante es lo que se va a suministrar y no la muestra que se aporta, que, si se admite que no cumpla uno de los requisitos técnicos, por la misma razón podría no cumplir varios de ellos. Entienden, en consecuencia, que la muestra debe coincidir estrictamente con el producto a suministrar y este no fue el caso en el asunto que se trata, como la propia Bold reconoció en el correo remitido al Servicio de Contratación Administrativa indicado anteriormente.

Concluye señalando que, a tenor de lo establecido en el artículo 139.1 del LCSP, las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en los pliegos y que su presentación supone la aceptación incondicionada de la totalidad de sus cláusulas, sin salvedad o reserva alguna, son la ley del contrato. En este sentido, la proposición de Bold no cumplió el pliego al presentar una mascarilla sin

un requisito esencial establecido en el PPT y en la legislación comunitaria aplicable como es que el marcado CE y su referencia figure inserto en el propio producto.

Vistas las alegaciones de las partes, procede, en primer lugar traer a colación la reiterada doctrina de que los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS, de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

El artículo 89 de la LCPS permite para acreditar la solvencia técnica de los empresarios mediante la presentación de “e) *Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante*”. Además, cabe considerar que las muestras pueden ser solicitadas asimismo para proceder a valorar su calidad como criterio de adjudicación y específicamente en los contratos de suministros como el que nos ocupa para la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas al producto a suministrar. Así que las muestras pueden ser aportadas para apreciar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, para apreciar la calidad del producto a efectos de su valoración y como acreditación de la solvencia técnica, debiendo ajustarse su tratamiento al régimen jurídico de cada uno de tales aspectos.

En el caso que nos ocupa, se comprueba que en apartado 5 del PPT, exige para la mascarilla: *“Marcado CEE junto al número del Organismo Notificado”*, circunstancia que además es requerida por el Reglamento comunitario transcrito anteriormente. La finalidad de las muestras es la comprobación de que el producto ofertado cumple todas las prescripciones técnicas, por lo que la muestra debe ser idéntica al producto final que se va a suministrar. En este sentido, el propio recurrente reconoce que el producto final suministrado deberá llevar el marcado CE.

En el supuesto en que nos encontramos, queda acreditado que la muestra presentada no reúne las características requeridas del producto, lo cual supone un incumplimiento del PPT.

Por todo ello, el motivo deber ser desestimado.

5.2 Respecto al segundo motivo de impugnación, la recurrente manifiesta que el artículo 151 de la LCSP establece que las resoluciones relativas a los “candidatos descartados” deberán contener al menos la *“...exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura”*. Ese mismo precepto también establece que las resoluciones relativas a los “licitadores excluidos” deberán motivar las circunstancias en virtud de las cuales se les excluye de la licitación.

Sin embargo, la resolución recurrida acuerda la exclusión indicando lo siguiente: *“NO CUMPLE: La muestra presentada no tiene marcado CE en la mascarilla”*. La anterior redacción resulta sumamente exigua, sin entrar en el fondo del asunto.

Por su parte, el órgano de contratación señala que en informe técnico, se recoge claramente el motivo por el que Bold no cumple las prescripciones técnicas del PPT, y prueba de ello es que con fecha 10 de febrero y tras la publicación del Acta de la Apertura económica, se recibe en el Servicio de Contratación Administrativa, escrito en el que la recurrente reconoce un error en la impresión de las muestras aportadas el 04/09/2020, “en el que no figuraba el Marcado CE y su nº

de registro en la propia mascarilla. Estas eran las muestras iniciales que recibimos en Bold España desde nuestra fabrica, para primeras prospecciones”.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 151.1. a) de la LCSP, establece el contenido de la resolución de adjudicación: *“En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura”*.

En el caso que nos ocupa, está claro que la expresión empleada por el órgano de contratación es francamente escueta, si bien, siendo ello cierto, no lo es menos que es más que suficiente para que su destinatario y cualquiera que haya leído el contenido de los Pliegos pueda comprender las razones por las que la oferta no fue considerada.

Por todo ello, el motivo de recurso debe ser desestimado.

5.3 Respecto al tercer motivo de impugnación, la recurrente alega que el órgano de contratación nunca llegó a dar la posibilidad de, frente a un error evidentemente material y no de capacidad técnica, fuera subsanado.

Señala que el artículo 68 de la LPAC habilita un procedimiento para la subsanación de solicitudes presentadas por el administrado cuando no cumpliesen los requisitos exigidos en la legislación específica aplicable precisamente para supuestos en los cuales, por cualquier circunstancia, se haya incurrido en un defecto que pueda ser subsanado por el administrado. De esta manera, si la administración detecta un error consistente en la falta de acreditación de determinada cuestión deberá siempre ponerlo en conocimiento del administrado para que este tenga la oportunidad de subsanarlo. Este hecho es palmario que nunca ocurrió, puesto que la Administración a pesar de haber detectado el error nunca concretó que debía ser subsanado.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que, en lo referente a la subsanación de la oferta técnica, los tribunales vienen admitiendo con regularidad la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica, cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada, véase a estos efectos, 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"*.

Es decir, resultaría posible solicitar aclaraciones, que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría dar la opción al licitador de modificar su proposición, y éste sería el caso que tratamos, pues Bold pretende que se le permita subsanar su error presentando otra muestra, lo que modificaría su propuesta, añadiría un elemento esencial y por consiguiente entraría en flagrante contradicción con el principio de igualdad de todos los licitadores, básico de toda licitación contractual pública.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si el órgano de contratación debió conceder un plazo para la subsanación de la muestra presentada.

A este respecto, se ha pronunciado el TACRC, entre otras, en su Resolución 720/2018, 24 de septiembre en los siguientes términos:

“Resta por examinar tan solo, por tanto, la alegación del recurrente relativa a la pretendida necesidad de que se le hubiese otorgado por la mesa la oportunidad de subsanar el defecto advertido a fin de que hubiera podido aportar las muestras debidamente envasadas. Estimamos a tal respecto que tampoco en este punto cabe otorgar la razón al licitador excluido. La falta de aportación de las muestras de guantes debidamente envasadas tal y como con toda claridad exige el pliego constituye un defecto esencial de la oferta que no cabe entender subsanable

otorgando una nueva posibilidad al licitador para aportar nuevas muestras, pues con ello se le estaría permitiendo modificar el contenido de su proposición en lo que hace a las características de las muestras objeto de la misma, vista la esencialidad del requisito de que se aportasen envasadas en sus cajas originales e, insistimos, la claridad con la que se pronuncia el pliego al respecto. Se trata por ello de un requisito sustancial cuyo incumplimiento no puede estimarse subsanable so pena de vulnerar el principio de igualdad entre los licitadores.

Traemos aquí a colación, en tal sentido, nuestra Resolución 94/2013, citada en fase de alegaciones por otro de los licitadores, como hemos referido en los antecedentes de hecho de esta resolución, y en la que concluíamos sobre esta cuestión en que “la falta de presentación de las muestras cuyo examen debe servir de base al órgano de contratación para pronunciarse sobre algo tan fundamental como el cumplimiento de las especificaciones técnicas del pliego, no puede considerarse como un error subsanable y sí como el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la presentación de la proposición, al que están sujetos de igual manera todos los candidatos”.

En el mismo sentido, se pronuncia en las Resoluciones 205/2018 y 210/2018.

Este Tribunal comparte el criterio mantenido por el TACRC, considerando el error en la muestra presentada un defecto esencial de la oferta que no cabe entender subsanable otorgando una nueva posibilidad al licitador para aportar nuevas muestras, pues con ello se le estaría permitiendo modificar el contenido de su proposición en lo que hace a las características de las muestras objeto de la misma.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del presente motivo.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Bold Technologies Leading España, S.L., contra la adjudicación del contrato y su exclusión para el lote 1, del acuerdo marco de “Suministro de mascarillas de protección respiratoria tipo FFP2 y FFP3 para el Hospital Universitario La Paz”, Expediente 2020-0-49 (A.M.)

Segundo.- 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 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.