

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

En Madrid, a 8 de agosto de 2024

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de LORCA MARÍN, S.A. contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se declara desierto el lote 1, en el marco del contrato denominado “suministro de aditamentos para mesas de quirófano para el nuevo bloque técnico y hospitalización del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente PA 2024-0-03, así como contra la exclusión de su oferta a dicho lote, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el día 23 de febrero de 2024 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, y el 1 de marzo del 2024 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 236.154,00 euros y su plazo de duración será de un mes.

A la presente licitación se presentaron dos licitadores: entre ellos, la recurrente.

Segundo. - Celebrado por la Mesa de contratación acto de apertura y calificación de documentación relativa al cumplimiento de requisitos previos el día 3 de abril de 2024, se solicita subsanación de la misma a los dos licitadores presentados.

El 10 de abril de 2024, presentada documentación de subsanación, resultan admitidas ambas mercantiles.

En fecha 30 de abril de 2024, emitido informe técnico de valoración de ofertas en que no se valora la oferta de la recurrente al lote 1 por entender que se incumplen las especificaciones técnicas, la Mesa propone la adjudicación del contrato a DISTRAUMA MEDICAL, S.L., sin acordar expresamente la exclusión de LORCA MARÍN, S.A. a la vista del citado informe técnico.

El 6 de mayo de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de LORCA MARÍN, S.A. en el que solicita la anulación del acuerdo de admisión de la oferta de DISTRAUMA MEDICAL, S.L. y su exclusión del procedimiento de licitación.

Por Resolución de la Directora Gerente del Hospital de 30 de mayo de 2024, publicada en el Portal el 7 de junio de 2024, se adjudica el Lote 1 (orden 1-33) en favor de DISTRAUMA MEDICAL, S.L., constando como licitador excluido de dicho lote el recurrente, siendo el motivo "Presentan en ficha técnica medidas inferiores a las que se determinan como exigido en el PPT".

El recurso especial contra la admisión de la oferta de DISTRAUMA, número 200/2024, fue estimado por este Tribunal mediante Resolución 235/2024, de 11 de junio, al quedar acreditado que la actuación del órgano de contratación fue contraria a lo dispuesto en los pliegos, así como a lo previsto en las normas y principios de la contratación pública, anulando el acuerdo de admisión al Lote 1 de la licitadora DISTRAUMA MEDICAL, S.L. y retrotrayendo las actuaciones del expediente a efectos

de excluir la oferta de este licitador al referido lote, continuando con la tramitación legal del expediente.

Dicha resolución fue notificada al órgano de contratación el día 14 de junio de 2024.

El 26 de junio de 2024 se celebra sesión de la Mesa de contratación en la que se acuerda lo siguiente:

“Vista la resolución estimatoria del TACP (nº 235/2024) al recurso formulado por la licitadora LORCA MARÍN, S.A para que se excluyera a la licitadora DISTRAUMA MEDICAL, S.L. en el LOTE 1 y habida cuenta que LORCA MARÍN, S.A. quedaba excluida tras informe técnico por no cumplir con el PPT, visto en sesión de 30 de abril de 2024 (Acta 103/24), y siendo los únicos licitadores presentados a dicho lote, la Mesa de contratación decide por unanimidad, proponer que el Lote 1 de este expediente sea declarado desierto.”

Mediante Resolución de la Directora Gerente de 28 de junio de 2024 se resuelve declarar desierto el Lote 1 del expediente, ante la falta de otras ofertas presentadas en tiempo y forma.

El 26 de junio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de LORCA MARÍN, S.A. en el que solicita la anulación del acuerdo de la Mesa de contratación de 22 de mayo de 2024 por el que se ratifica la propuesta de adjudicación en favor de DISTRAUMA MEDICAL, S.L.; así como contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de 30 de mayo de 2024, por la que se adjudica el lote 1 a esa mercantil, por entender que ambos acuerdos resultan contrarios a Derecho tras la resolución dictada por este Tribunal 235/2024, de 11 de junio.

Tercero. - El 22 de mayo de 2024 la representación de LORCA MARÍN, S.A. formuló escrito de alegaciones a la Mesa de contratación oponiéndose a su exclusión; recurso

que fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal en fecha 29 de mayo de 2024, junto con expediente e 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 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

El 4 de julio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de LORCA MARÍN, S.A. en el que solicita la anulación de la Resolución de la Directora Gerente de la misma fecha se resuelve declarar desierto el Lote 1 del expediente, ante la falta de ofertas presentadas en tiempo y forma, por haber sido excluidas las dos ofertas presentadas.

EL informe al recurso fue remitido por el órgano de contratación en fecha 17 de julio de 2024 solicitando su desestimación.

Cuarto. - 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 46.4 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 artículo 57 de la LPACAP establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o

íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del RPERMC, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio, como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera necesaria la acumulación de los recursos 287/24 y 324/24, por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse del mismo expediente de contratación, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto, el recurrente y los motivos de impugnación.

Pese a que el 287/24 fue interpuesto con posterioridad al 321/24, el interpuesto en primer término ha recibido numeración posterior por dirigirse ante la Mesa de contratación y haber sido remitido por el órgano de contratación en la misma fecha junto con otro recurso de LORCA MARÍN, de manera que se produjo confusión a la hora de identificarlo como recurso distinto.

Tercero. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora en el procedimiento que pretende la anulación de su exclusión y, por ende, de la declaración de desierto de la licitación ante la falta de ofertas y, por tanto, *“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.

Cuarto. - Especial análisis merecen los actos recurridos, pues el recurso 287/24, dirigido contra la declaración de desierto y que fue presentado por LORCA MARÍN ante este Tribunal, pretende impugnar la exclusión de la recurrente, que no fue objeto de notificación independiente. Cabe destacar además que la Mesa, órgano

competente para la adopción de la exclusión en este caso, no adoptó acto expreso de exclusión de la recurrente.

Por su parte, el recurso 321/24 fue presentado como escrito de alegaciones a la Mesa y así lo califica la propia recurrente en su recurso 287/24, si bien fue redirigido por el órgano de contratación a este Tribunal para su resolución, calificándolo de recurso especial.

Desea aclarar este Tribunal que, como ya hemos señalado en anteriores resoluciones, en la práctica existen dos posibilidades de recurso; frente al acto de exclusión, como acto de trámite cualificado, y frente al acto de adjudicación, o como en este caso, acto de declaración de desierto. Pero ambas posibilidades, con carácter general, no son acumulativas, sino de carácter subsidiario, a fin de impedir una "doble acción".

Así se señala en resolución de este Tribunal 004/2024, de 11 de enero, en la que se cita otra anterior, la nº 272/2023, de 6 de julio, que recoge: *“El artículo 44.2 de la LCSP admite como actos recurribles tanto la exclusión como la adjudicación. Las dos posibilidades de recurso tienen carácter subsidiario, a fin de impedir una “doble acción”. La ley ha establecido dos posibilidades de recurso, o bien contra el acto de exclusión, cuando se haya procedido a la notificación o el interesado se dé por notificado, o contra el acto que pone fin al procedimiento que es la adjudicación”.*

Dado que en el caso que nos ocupa el recurrente dirigió escrito a la Mesa contra su exclusión, exclusión que conoció a través de la resolución de adjudicación que quedó sin efecto a resultas de la retroacción del expediente ordenada por resolución de este Tribunal 235/2024, de 11 de junio, a efectos de impedir una doble impugnación, procede inadmitir el escrito dirigido a la Mesa y recalificado como recurso especial por el órgano de contratación y admitir el presentado como recurso especial ante este Tribunal contra la exclusión de LORCA MARÍN y posterior declaración de desierta de la licitación.

Quinto. - El recurso especial admitido se planteó en tiempo y forma, pues la resolución impugnada fue adoptada el 28 de junio de 2024, que fue publicada en el Portal ese mismo día, e interponiéndose recurso en este Tribunal, el 4 de julio de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Sexto. - En cuanto al fondo del recurso, la impugnación se basa en la improcedencia de su exclusión atendiendo a que no se incumplen las prescripciones técnicas.

Sostiene a este respecto la recurrente que el PPT afirma que “Realizado estudio de mercado y teniendo en cuenta la diversidad de medidas, ante la imposibilidad de aplicar un % de variabilidad para asegurar la concurrencia; se aceptarán productos con medidas superiores a las tomadas como referencia”. Por este motivo entiende que, dado que las medidas son meras referencias, cabe la presentación de ofertas con medidas inferiores y superiores, si bien en el PPT únicamente se especifica la posibilidad de ofertas medidas superiores a las de referencia, pues ello no solo no supone incumplimiento alguno de las prescripciones técnicas, sino que el hecho de no admitirlas vulneraría los principios de concurrencia, igualdad de trato y selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Por otro lado, el PPT no indica específicamente que la presentación de medidas inferiores a las tomadas como referencia pueda constituir un motivo de exclusión, por lo que dicha decisión se encuentra carente de todo fundamento.

Prosigue argumentando que el informe técnico de 22 de abril de 2023 indica que el PPT solicita como característica técnica que pueda aplicar calor hasta 40º y frío hasta -12º, manteniendo las propiedades originales de los productos a licitar. Y que junto con su oferta se presentó declaración, que aporta como documento nº 8 a su recurso, en la que se indicaba lo siguiente:

“DECLARA RESPONSABLEMENTE que a todos los productos ofertados al expediente de referencia, correspondientes al Lote 1 “ALMOHADILLAS Y COJINES”, para todos sus números de Orden, (del número de orden 1 al número de orden 33),

se le puede aplicar calor-frío, (hasta 40°C a -12°C), manteniendo sus propiedades originales.”

Por ello, concluye, no existe duda de que los productos de su oferta cumplen con las exigencias técnicas de los pliegos y, por consiguiente, no puede excluirse la oferta de Lorca Marín, S.A.

Como consecuencia de lo anterior, a su juicio, no procede declarar desierta la licitación del lote 1 al existir una oferta que cumple con los criterios de los pliegos rectores de la licitación, tal y como se establece en el segundo párrafo del artículo 150.3 de la LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación alega que, la página 4 del PPT cita textualmente *“Realizado estudio de mercado y teniendo en cuenta la diversidad de medidas, ante la imposibilidad de aplicar un % de variabilidad para asegurar la concurrencia; se aceptaran productos con medidas superiores a las tomadas como referencia.”* Por lo que de la literalidad del pliego se observa claramente que deben ser iguales o superiores y, en ningún caso, inferiores.

Añade que a la hora de realizar el PPT, se tuvo en cuenta el principio de concurrencia admitiendo medidas superiores a las indicadas como referencia, pero determinando unas referencias mínimas que garanticen sus necesidades.

En relación con la segunda afirmación de la recurrente señala el informe técnico escuetamente que *“Si bien en la ficha técnica no consta que cumpla con este requisito, sí lo indica en la declaración responsable.”*

Vistas las alegaciones de las partes debe partirse de la regulación que hacen los pliegos en relación con la cuestión controvertida, a efectos de determinar si existe incumplimiento de las prescripciones técnicas que pueda llevar consigo la exclusión de la oferta de la recurrente para el lote 1.

Contempla el apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, las especificaciones técnicas para el lote 1: ALMOHADILLAS Y COJINES., estableciendo una tabla de medidas para todas las órdenes 1 a 33 que componen dicho lote.

A continuación de la tabla de medidas, se señala: *“Realizado estudio de mercado y teniendo en cuenta la diversidad de medidas, ante la imposibilidad de aplicar un % de variabilidad para asegurar la concurrencia; se aceptarán productos con medidas superiores a las tomadas como referencia.”*

Continúa el referido apartado 2 del PPT estableciendo, entre tales especificaciones, lo siguiente:

“Todos los accesorios deben tener las siguientes características.

(...)

· Puedan aplicarse calor hasta 40º o frío hasta -12, manteniendo las propiedades originales de los artículos a licitar.”

Sentado lo anterior y, consultada la documentación obrante en el expediente, los motivos de exclusión contemplados en el informe técnico fueron dos:

“1.- La oferta presentada por LORCA MARIN, S.A. no cumple con las especificaciones del pliego por:

o Las ordenes 2,3,7,10,13,16,25,26 y 32 presentan en ficha técnica medidas inferiores a las que se determinan como exigido en el PPT, según párrafo: Realizado estudio de mercado y teniendo en cuenta la diversidad de medidas, ante la imposibilidad de aplicar un % de variabilidad para asegurar la concurrencia; se aceptarán productos con medidas superiores a las tomadas como referencia.”

2.- En el PPT se solicita como característica Técnica que pueda aplicar calor hasta 40º y o frío hasta -12, manteniendo las propiedades originales de los artículos a licitar, se oferta “Se puede calentar y enfriar manteniendo las propiedades originales”, no hace referencia a calor hasta 40 º o frío hasta -12.

En relación al primero de los incumplimientos, consultadas las fichas técnicas, las medidas ofertadas por la recurrente para las órdenes 2,3,7,10,13,16,25,26 y 32, como esa parte admite en su recurso, son inferiores a las exigidas en el PPT.

El pliego, en línea con lo que defiende el órgano de contratación, sólo permite aceptar productos con medidas superiores a las tomadas como referencia, no inferiores.

Procede en este punto traer a colación la doctrina de que los pliegos son ley del contrato y obligan a los licitadores desde el momento de presentación de su oferta, en consonancia con lo establecido por el artículo 139.1 de la LCSP que determina que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Por este motivo, considera este Tribunal que la oferta de la recurrente incumple las prescripciones establecidas por los pliegos con relación a las medidas de los productos ofertados en las órdenes mencionadas, por lo que la exclusión de LORCA MARÍN se considera ajustada a Derecho, sin que quepa objetar restricción a la libre competencia por haberse establecido unas medidas mínimas que se ajustan a las necesidades determinadas en los pliegos por parte del órgano de contratación, que por otro lado conocía la recurrente en el momento de presentar su oferta sin haber impugnado los pliegos en el momento procesal oportuno.

Constatado este incumplimiento no procedería analizar el segundo, por ser el primer motivo un incumplimiento claro y expreso, suficiente para la exclusión de la oferta, sin perjuicio de señalar que el órgano de contratación reconoce en su informe que la declaración responsable aportada junto con la oferta de LORCA MARÍN constataba el cumplimiento de esa característica técnica relativa a la aplicación de calor hasta 40º y frío hasta -12 manteniéndose las propiedades originales.

Excluida la oferta de la recurrente y habiendo sido constatado por este Tribunal que la otra oferta presentada al lote 1 fue igualmente excluida, procede confirmar la conformidad a Derecho de la resolución por la que se declara desierta la licitación del Lote 1.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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. - Acumular los recursos especiales en materia de contratación números 287/2024 y 321/2024 interpuestos por la representación legal de LORCA MARÍN, S.A. en el marco de la licitación del lote 1 del contrato denominado “suministro de aditamentos para mesas de quirófano para el nuevo bloque técnico y hospitalización del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente PA 2024-0-03.

Segundo. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación nº 287/2024, interpuesto por dicha mercantil contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se declara desierto el lote 1, así como contra la exclusión de su oferta a dicho lote.

Tercero. - Inadmitir el recurso 321/2024 presentado por el mismo licitador ante el órgano de contratación y dirigido también contra la exclusión de su oferta a dicho lote en el seno del mismo expediente.

Cuarto. - 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Quinto. - Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto. - 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.