

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

En Madrid, a 3 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones de las sociedades Clece S.A. e Integra Mantenimiento, Gestión y Servicios Integrados Centro Especial de Empleo S.L. contra el acuerdo de su exclusión del procedimiento de licitación del contrato administrativo denominado servicio de “limpieza, desratización, desinsectación y desinfección en el Hospital Universitario de Fuenlabrada y CEP El Arroyo”, expediente: PA S 22-007, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 30 de agosto de 2022 se publica el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, con un valor estimado de 12.163.202,62 euros.

Concurren cinco licitadores.

Segundo.- Con fecha 29 de diciembre de 2022, se publicó en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid, acta de la mesa de contratación, de fecha 30 de noviembre de 2022, sobre la exclusión de 3 licitadores, entre ellos la oferta presentada por la UTE. Se solicita la nulidad del procedimiento con retroacción de actuaciones restituyendo a las empresas comprometidas en UTE al mismo.

El motivo de la exclusión es:

“MOTIVO: El Desinfectante presentado en página 16 de su oferta, “SANIT BIO” con eficacia bactericida y fungicida, no cumple con lo que se solicita en PPT “DETERGENTE DESINFECTANTE DE AMBITO SANITARIO BACTERICIDA/FUNGICIDA/ESPORICIDA Y VIRUCIDA PARA MEDIO Y BAJO RIESGO (SUPERFICIES Y SUELOS).

Este requisito recogido en el ANEXO IV sobre Materiales y Productos mínimos exigidos está avalado por Informe emitido por el Servicio de Medicina Preventiva del Hospital Universitario de Fuenlabrada, el cual se adjunta al presente documento.

Por tanto, este motivo es la causa de exclusión, por no cumplimiento de especificaciones técnicas del PPT del PA S 22/007

Por otra parte, la valoración de la documentación no es correcta y se detalla los motivos a continuación:

- No presentan, Justificación del cumplimiento de la Ley de Protección Animal de Compañía (Ley 04/2016, de 22 de julio).

No se solicita aclaraciones a esta empresa sobre el este extremo debido a su incumplimiento anterior”.

Tercero.- Con fecha 27 de enero de 2023, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación 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).

Cuarto.- En fecha 31 de enero presenta Clece S.A. una que *denomina “ampliación del recurso”*, que es extemporánea y que tampoco amplía nada, dice que suma a la impugnación la de la adjudicación, que demuestra que la oferta no es anormal, siendo así que el recurso no trata de eso. Hemos admitido la impugnación de la exclusión conocida, publicada o notificada con la adjudicación, además de la impugnación directa de la exclusión como acto de trámite cualificado. Lo que no cabe es impugnar la exclusión por las dos vías simultáneamente. No se valora este escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa licitadora 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 de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El 29 de diciembre se publican los acuerdos impugnados, presentándose el recurso dentro, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los acuerdos de exclusión de un contrato de servicios, que son actos recurribles, conforme a los artículos 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente impugna la exclusión alegando:

- Vulneración del principio de igualdad de trato: la mesa de contratación solicitó a otro licitador la subsanación de los materiales y productos, las fichas técnicas y fichas de seguridad de cera/ emulsion alto brillo resistente al alcohol, cristalizador, decapante, jabón neutro, lejía, neutralizador de olores, sellador.

- El desinfectante “*SANIT BIO*”, con eficacia bactericida y fungicida, sí que está registrado en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios con número 588-DES BIODEGRADABLE, como desinfectante de superficies de ámbito hospitalario, tal y como indica el PPT en su cláusula segunda cuando habla de las obligaciones del licitador y en concreto de los productos:

“Los productos que se presenten en las ofertas deberán poseer eco-etiqueta, en cumplimiento de certificación europea “EUROFLOR” y los desinfectantes deberán estar en el Registro del Medicamento para uso hospitalario”.

- La exclusión de la oferta presentada por la UTE no es ajustada a Derecho, pues se ha excluido por una documentación donde se recogen los productos de limpieza que la UTE utilizará, recogidos en un sobre llamado “*otra documentación complementaria*”, por tanto, esos productos no son puntuables, dado que no se recibe ningún punto adicional de forma automática precisamente por el contenido del mismo. Es más, el propio PPT habla de la posibilidad que durante la ejecución del contrato los Servicios de Medicina Preventiva o el departamento de Prevención de Riesgos Laborales, puedan solicitar el cambio de productos desinfectantes.

- La aportación de documentos para licitar se entiende subsanable siempre que el requisito se cumpla en el momento de licitar.

- El principio antiformalista en la contratación administrativa, citando diversa doctrina de Tribunales de Contratación. En caso de omisiones en el PPT debe presumirse que el licitador cumple con el mismo y, si los pliegos son confusos,

deben resolverse a favor de la continuidad en el procedimiento, porque se presume el cumplimiento en la ejecución por la mera participación ex artículo 139.1 LCSP. Resolución TACP Madrid 188/2020: actuaciones tendentes al análisis relativo al cumplimiento por los licitadores de las prescripciones técnicas, antes de la exclusión por incumplimiento, debe solicitarse las aclaraciones pertinentes o, en otro caso, interpretar las dudas en el sentido más favorable a la concurrencia. STS de 24 de marzo de 2021: efecto de la omisión en la oferta de un aspecto técnico de la prestación exigido en los PPT: admisión de la oferta (aceptación incondicionada de los pliegos) vs exclusión (incumplimiento del PPT).

El órgano de contratación informa:

- La subsanación pedida a la otra empresa se entendió procedente por cuanto se concretaba en que aportaran una documental que, en claro error, habían omitido, siendo tal aportación en nada alteraba su oferta, tratándose de un error puramente formal de fácil remedio (STS, Sala 3ª de 6 de julio de 2004 y STS, Sala 3ª de 21 de septiembre de 2004). Por el contrario, no solicitar a los ahora recurrentes subsanación o aclaración se entendió adecuado a la interpretación del alcance y límite de las correcciones y/o subsanaciones por cuanto en este caso no había error que subsanar o documento aportado cuyo contenido precisara aclaración, sino que se trataba de algo más básico, que el producto que ofertaban para la desinfección incumplía manifiestamente lo requerido en el pliego de prescripciones técnicas (Clausula 2.1 y Anexo IV, ambos del PPT), en relación con la exigencia establecida en la cláusula 1.1 del pliego de condiciones administrativas particulares.

- Los documentos que se pretenden subsanar no son documentación complementaria, sino que forman parte de la oferta técnica, sobre la que no cabe subsanación, sino solo aclaración. Como queda acreditado en el documento 3 de los aportados al escrito de alegaciones, la relación de productos y materiales formaba parte del sobre 2 y, por tanto, no es documentación “*complementaria*” sino la que debe ser examinada a fin de verificar si la oferta técnica realizada se ajusta al PPT.

- No es cierto que su exclusión derive de que su oferta presentara un problema en el registro y/o etiquetado del producto SANIT BIO ofertado como desinfectante, sino que el producto que ofertan tiene una eficacia únicamente bactericida y fungicida, mientras que lo requerido en el pliego técnico y en el Protocolo de Limpieza del Hospital y CEP es que la eficacia sea bactericida, fungicida, virucida y esporicida. Es un incumplimiento sustancial, no de forma, no siendo de aplicación el principio antiformalista.

- La oferta de los recurrentes contiene una referencia expresa a un producto con unas características concretas y ello supone una oferta que incumple de forma clara, precisa y notoria cuanto es requerido en los pliegos y es por ello que la mesa acordó la exclusión.

Comprueba este Tribunal que la exigencia de que el detergente desinfectante de ámbito sanitario cumpla con los requisitos de ser bactericida, fungicida, esporicida y virucida para medio y bajo riesgo (superficies y suelos), se contiene en la cláusula 2.1 del PPT, el Anexo IV a dicho pliego y en el Protocolo de Limpieza del Hospital y CEP.

Afirma el apartado 2.1 del PPT, *“los materiales mínimos exigidos, reflejados en el Anexo IV del presente pliego, serán por cuenta del adjudicatario, además del utillaje necesario para realizar cualquier labor de limpieza del HUF y CEP”*.

Expresa el Anexo IV del PPT (*“Materiales y Productos mínimos exigidos”*):

“Se detallará por tipo y uso, incluyendo fichas técnicas y seguridad de cada uno de ellos, así como de otros que considere el licitador.

**DETERGENTE-DESINFECTANTE DE ÁMBITO SANITARIO
BACTERICIDA/FUNGICIDA/ESPORICIDA Y VIRUCIDA PARA MEDIO Y BAJO
RIESGO”**

El PPT reenvía al Protocolo de Limpieza del Hospital: *“Como parte*

inseparable del presente pliego se adjunta el Protocolo de Limpieza Versión 10 vigente en el Hospital, respecto al que deberá aportar declaración jurada de obligado cumplimiento, que se incluirá en el sobre técnico”. El protocolo publicado afirma que “los desinfectantes deberán acreditar actividad microbicida, en concreto, bactericida, virucida, fungicida y esporicida”.

La documentación relativa a estos productos se incluye en el sobre 2 de juicios de valor (cláusula 12 y apartado 10 de la cláusula primera, “*documentación técnica relativa a los criterios cualitativos: Documentación Técnica relativa a los criterios cualitativos*”). Este apartado expresamente afirma que “*no se valorarán las ofertas de aquellas empresas que no hayan cumplido las características mínimas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas y en consecuencia será excluido en el proceso de licitación*”.

Tal y como recoge el informe técnico, el limpiador de la recurrente no cumple con los requerimientos del PPT, que incluye el mismo entre los materiales “*mínimos*”. El informe técnico se acompaña con otro de la Unidad de Medicina Preventiva que justifica la necesidad de un solo desinfectante con todas esas propiedades:

“Dentro de las estrategias para reducir la transmisión de infecciones se debe incluir la limpieza de superficies potencialmente contaminadas para evitar transmisión inadvertida de patógenos. La limpieza por sí sola, puede reducir la carga microbiana sobre una superficie y, si se utiliza junto con la desinfección, puede conducir a una significativa reducción de los mismos.

El hecho de utilizar un solo producto para la limpieza de ambientes y superficies en todo el hospital, obliga a que este deba cumplir todas las características para la eliminación de un amplio espectro de gérmenes y por tanto ser bactericida, fungicida, esporicida y virucida para cubrir las zonas críticas y semi-críticas donde se alojan los pacientes de mayor riesgo. Debe demostrar eficacia para todas las características”.

El recurrente no cuestiona que el producto no tenga todas las propiedades

requeridas sino que no se le diera oportunidad de subsanación. Expresamente afirma que solo es bactericida y fungicida. Tal y como señala el órgano de contratación, se puede subsanar lo que ya existe, no lo que no tiene las características requeridas. Si el producto no cumple no cabe subsanación, en cuanto acredita por la propia documentación el incumplimiento. Solo cabría sustituirlo por otro, lo que constituiría una modificación de la oferta técnica, que resultaría inadmisibles, por atentar contra los principios que rigen la contratación administrativa. Lo único que cabe son aclaraciones, que es lo que afirma el órgano de contratación que ocurrió con la oferta del licitador al que se requirió subsanación, y que se acredita en la documentación obrante en el expediente de contratación. El principio antiformalista no ampara la actuación reclamada por el recurrente. Al contrario, toda la doctrina es unánime en que no se puede modificar la oferta técnica.

Se discute por Clece S.A. que esa documentación forme parte de la oferta técnica, sería “*documentación complementaria*” fuera de la misma. Basta la lectura del apartado 10 de la cláusula primera de características generales del PCAP para excluir esa consideración, cuando requiere la presentación de esa documentación para valorar los criterios cualitativos y afirma que el mero incumplimiento de los requisitos mínimos da lugar a la exclusión sin entrar a valorar las proposiciones. Efectivamente, el tipo de limpiador detergente no es un criterio de valoración, porque es un mínimo del PPT y su incumplimiento es causa de exclusión. No es una mejora.

En la documentación electrónica del sobre 2 remitida, cuya captura de pantalla se envía a este Tribunal, constan los documentos que necesariamente tienen que acompañar a la propuesta, y consta en el sobre 2 electrónico:

- oferta sobre 2: consta un documento firmado.

2.1. “*debe anexar toda la documentación relativa a los criterios de juicio de valor*”: criterios juicio de valor: constan 3 documentos firmados, tantos como criterios de adjudicación de juicios de valor.

2.2. *“debe anexar toda la documentación necesaria para la verificación de lo exigido en el PPT”* documentación técnica PPT: constan dos documentos firmados por el licitador.

No es documentación complementaria, consta dentro del sobre 2.

Por otra parte, la posibilidad de cambiar el limpiador por decisión del Servicio de Medicina Preventiva, dicho cambio únicamente puede obedecer a que derivado de su uso se produzca cualquier tipo de intolerancia, contaminación o resistencia en cualquier área del Hospital, no a que se pueda cambiar a un producto que no tenga todas las propiedades requeridas.

La doctrina contempla efectivamente una presunción a favor del cumplimiento por el licitador de las prescripciones técnicas, porque por el mero hecho de la licitación se presupone la aceptación incondicionada de las mismas (artículo 139.1 de la LCSP: principio de vinculación positiva a los pliegos) previstas para la realización de la prestación (artículo 124 LCSP), pero ello no es óbice para que si la oferta técnica incumple ya sea objeto de exclusión del mismo, lo que es doctrina constante de los Tribunales de Contratación. Señala el TACRC en Resolución 1513/2021, de 4 de noviembre, reiterando doctrina consolidada del mismo:

“El cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT no es, en principio, causa de exclusión del licitador, como ha declarado en varias ocasiones este Tribunal (resoluciones 854/2020; 1281/2016; 613/2014 y 815/2014, entre otras) que ha señalado que tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir; ahora bien, si de las especificaciones de la propia oferta cabe concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento, cabe la exclusión. En efecto, si bien las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo pueden exigirse al adjudicatario del mismo en el momento preciso de su ejecución, ello no significa que sean admisibles las ofertas

en las que la descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el PPT”.

El tipo de detergente/desinfectante en un contrato cuyo objeto es la *“limpieza, desratización, desinsectación y desinfección”* no es cuestión baladí, no es un incumplimiento menor.

Y es un incumplimiento debido meramente a la falta de diligencia del licitador, que pudo presentar otro producto en su oferta técnica que tuviera todas las propiedades de ser fungicida, virucida, esporicida y bactericida. En su oferta de *“toda la documentación necesaria para la verificación de lo exigido en el PPT”* incluye un documento con la *“relación de productos en vigor en servicio de limpieza”*, en la que *“se detallan a continuación los productos a emplear por tipo y uso incluyendo fichas técnicas y de seguridad de cada uno de ellos”*, y en la que figura como desinfectante para superficies de alto riesgo y como desinfectante para incubadoras el producto Sanit-Bio de Proder Pharma con *“eficacia bactericida y fungicida”*, al que acompaña ficha técnica del fabricante con la descripción de sus especificaciones, entre las que figura esa eficacia bactericida y fungicida, faltando las cualidades esporicidas y virucidas.

Es el propio licitador el que presenta la documentación exigida por los pliegos y en el archivo electrónico requerido para acreditar el cumplimiento de las prescripciones técnicas mete un listado con la relación de productos y cita a Sanit-Bio incluyendo su ficha técnica, el cual incumple claramente las prescripciones.

Se desestima el recurso, porque la exclusión del licitador recurrente es conforme a derecho.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las sociedades Clece S.A e Integra Mantenimiento, Gestión y Servicios Integrados Centro Especial de Empleo S.L. contra el acuerdo de su exclusión del procedimiento de licitación del contrato administrativo denominado servicio de “limpieza, desratización, desinsectación y desinfección en el Hospital Universitario de Fuenlabrada y CEP El Arroyo”, expediente PA S 22-007.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- 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.