

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

En Madrid, a 8 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil PLANETHAIR STORE, S.L, contra la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación en su sesión de fecha 19 de septiembre de 2023, en relación con el lote 1 del contrato de suministro denominado "Adquisición de productos de celulosa, aseo, bolsas de plástico, paños y pijamas desechables quirúrgicos para el Hospital Universitario Infanta Leonor - 11 lotes", número de expediente 2023-0-2019 (A/SUM-024197/2023), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en el BOCM, respectivamente los días 5, 7 y 17 de julio de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 11 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 727.559,08 euros y su plazo de duración será de doce meses.

Al lote 1 de la presente licitación se presentaron 14 licitadores, entre ellos, la recurrente.

Segundo.- Tras la apertura por la Mesa de contratación del archivo comprensivo de la documentación administrativa de las ofertas, que tuvo lugar el 8 de agosto de 2023 y su posterior calificación, el día 16 del mismo mes, y abiertas las ofertas económicas y resto de documentación relativa a criterios evaluables mediante fórmula, se remite la documentación técnica a los servicios técnicos para que procedan a la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y la valoración de los criterios evaluables por aplicación de fórmulas.

En sesión celebrada por la Mesa de contratación en fecha 31 de agosto de 2023 se acuerda excluir la oferta de la recurrente al Lote 1 por no cumplir las prescripciones técnicas mínimas, en concreto, se aduce el siguiente motivo: “Toallas de celulosa presentadas sin tecnología Spunlaced”.

Por parte de la mercantil PLANETHAIR STORE, S.L. se presenta escrito ante la Mesa de contratación, fechado el 6 de septiembre de 2023, en relación a la publicación en el Perfil del acta por la que se acuerda su exclusión, alegando la fabricación de sus productos con tecnología Spunlaced y solicitando por este motivo la rectificación del acuerdo adoptado por la Mesa.

A la vista del referido escrito, en sesión celebrada por el órgano de asistencia el 12 de septiembre de 2023 y, a la vista de nuevo informe técnico de 8 de septiembre, se ratifica la exclusión de la ahora recurrente.

El 19 de septiembre de 2023, la Mesa celebra nuevo acto para dar cuenta de las justificaciones de las ofertas incursas en presunción de anormalidad y acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación de los distintos lotes y la exclusión de los licitadores por distintos motivos. En la relación de licitadores excluidos se encuentran todos los que incurren en los siguientes motivos de exclusión: ofrecer un plazo de entrega ordinaria superior al exigido en el PCAP, sobrepasar el presupuesto de licitación, no presentar la justificación de la oferta con valores anormalmente bajos o incumplimiento de requisitos mínimos exigidos en el PPT, motivo este último en el que se encuentra la recurrente.

El 21 de septiembre de 2023, PLANETHAIR presenta nuevo escrito ante la Mesa de contratación, una vez conocida la publicación del acta de fecha 12 de septiembre de 2023, en la que la Mesa ratifica la decisión de su exclusión, una vez analizado el primer escrito presentado.

Tercero.- El 16 de octubre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la recurrente en el que solicita la anulación de la exclusión acordada el 19 de septiembre, así como la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento.

Los días 25 y 26 de octubre de 2023 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 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), oponiéndose a la estimación del recurso y a la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- No se pronuncia este Tribunal sobre la medida cautelar solicitada por proceder directamente a la resolución del recurso.

Quinto.- 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 del lote 1 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*”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Especial análisis merecen tanto el plazo de interposición del recurso como el acto recurrido, habida cuenta de la sucesión de acuerdos de la Mesa en relación a la exclusión de la recurrente y escritos de esa parte impugnando su exclusión.

Señala la recurrente que el recurso se interpone contra el Acta de la Mesa de contratación de 19 de septiembre de 2023, publicada el día 22, por la que se acuerda excluir su oferta del lote 1. Habiendo sido presentado el recurso en este Tribunal el día 16 de octubre de 2023, se encuentra dentro del plazo para su impugnación, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LCSP.

Ahora bien, interesa señalar a este Tribunal, aunque no alega nada al respecto el órgano de contratación, que se dan circunstancias que aconsejan un análisis más profundo de la temporaneidad del recurso. Y ello porque la exclusión de la recurrente había sido previamente acordada por la Mesa en sesión de 31 de agosto de 2023 y su publicación, que se produjo en el Portal el día 4 de septiembre de 2023, permitió a la recurrente conocer su exclusión, motivo por el cual dirigió escrito a la Mesa de contratación contra ese acto el día 6 de septiembre de 2023, a pesar de no reunir los requisitos del artículo 42.2 de la LPACAP, pues en ella no se indicaba si ponía fin o no a la vía administrativa, ni contenía expresión alguna de los recursos que procedían.

Establece el PCAP en su cláusula 40 que *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1 de la LCSP si el contrato tiene un valor estimado superior a 100.000 euros, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los anuncios de licitación, los pliegos y documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, la adjudicación y los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. A estos efectos se consideran actos de trámite los acuerdos de admisión o exclusión de licitadores o la admisión o exclusión de ofertas”*.

Pues bien, la Mesa no calificó el escrito de PLANETHAIR como recurso especial, ni lo dirigió a este Tribunal por entender que tenía competencia para su resolución, sino que emitió informe y procedió, en nueva sesión, a ratificar la exclusión de la recurrente.

Esta ratificación, fue del mismo modo que el primer acuerdo de exclusión, conocida por la recurrente, pues dirigió nuevo escrito contra su publicación conocida a través del Perfil en el que se recoge textualmente: *“En relación a la publicación en el Tablón del Perfil del Contratante (Portal de la contratación Pública de la Comunidad de Madrid), del acta de fecha 12 de septiembre de 2023, por el que la Mesa se ratifica*

en la exclusión al lote 1 de la empresa PLANETHAIR STORE, S.L. por no cumplir las prescripciones mínimas exigidas en el PPT, volvemos a manifestar nuestra disconformidad con dicha decisión y todo ello basado en la inexactitud de las afirmaciones realizadas en el informe técnico que promueve nuestra exclusión”.

Y de igual modo que con el escrito anterior, actuó la Mesa de contratación, procediendo a la adopción de nuevo acuerdo, el ahora impugnado a través de recurso especial dirigido a este Tribunal, en el que se propone al órgano de contratación la exclusión de la recurrente.

Entiende este Tribunal que este acuerdo no debió incluir, en la propuesta al órgano de contratación, la exclusión de aquellos licitadores que incumplían las prescripciones técnicas, junto con la de aquellos otros que no habían justificado la viabilidad de sus ofertas incursas en presunción de anormalidad. La primera de las exclusiones es competencia de la Mesa y, la segunda, del órgano de contratación, a quien la Mesa debe elevar propuesta de rechazo o aceptación. Se indujo a confusión a los licitadores, pues se propone al órgano de contratación la adopción de un acuerdo que ya había sido adoptado por la Mesa, al que correspondía la competencia para su adopción.

Todas estas circunstancias llevan a este Tribunal a admitir recurso contra la exclusión en este momento, exclusión que constituye un acto de trámite cualificado pues determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, adoptado además en el marco de un contrato de suministros, por lotes, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al fondo del recurso, la controversia se suscita en torno al cumplimiento de prescripciones técnicas por parte de la recurrente, en concreto, en lo relativo a la tecnología spunlaced.

Señala la recurrente que no puede excluirse su oferta simplemente por no haberse incluido la frase “Tecnología Spunlace”, por cuanto del resto de datos aportados así como de la muestra facilitada se puede comprobar que el material sí correspondía a dicha tecnología”. Y apoya su argumentación en que el incumplimiento de las prescripciones técnicas a efectos de excluir una oferta, según doctrina contenida en Resoluciones 985/2015, 613/2015 y 815/2013 del TACRC, ha de ser expreso y claro, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del contrato. Por ello entiende que, ante la duda se les debió solicitar aclaración de dicho aspecto como sí se hizo con otros licitadores, y ante la imposibilidad de conocer el método de fabricación si no es mediante análisis del tejido o declaración responsable del fabricante debió requerírseles alguna prueba.

De contrario, el órgano de contratación entiende que este producto se viene utilizando habitualmente en el Hospital, el cual ha sido adquirido siempre con tecnología spunlace a diversos proveedores, por lo que conoce perfectamente las características del producto a efectos de satisfacer plenamente sus necesidades, razón por la cual se ha exigido esa tecnología en los pliegos. Apunta que para la valoración técnica de las ofertas se ha tenido en cuenta las fichas técnicas y las muestras de los productos presentados, verificando que se corresponden unas con otras y el cumplimiento de las características del PPT. E informa, como lo hizo en el informe de fecha 29 de agosto de 2023, de evaluación de cumplimiento de especificaciones técnicas, que en la documentación aportada por la recurrente no se indica explícitamente que cuente con la tecnología spunlaced, a diferencia del resto de licitadores, que lo señalan claramente en sus fichas técnicas y, añade, “no se puede saber la tecnología usada para la fabricación de un producto sólo por su composición”.

A mayor abundamiento, alega el órgano de contratación que, en el escrito de la licitadora dirigido a la Mesa se indicaba que sí cumplen con la tecnología spunlace, poniéndose de manifiesto en el mismo que la composición de su producto es de 60% de viscosa, y 40% de poliéster, frente a lo exigido en el pliego, que es 50% viscosa y

50% poliéster, por lo que no sólo no se presentó en su oferta la documentación acreditativa de un requisito técnico de obligado cumplimiento de acuerdo con el PPT (Tecnología Spunlaced), sino que además al presentar alegaciones a la Mesa se indica que la composición incumple otro de los requisitos, el de su composición.

Y en relación a la necesaria solicitud de aclaración defendida por la recurrente, señala el informe que no se consideró pertinente pedir aclaración porque la ausencia de esta tecnología repercutiría en detrimento de la calidad del producto.

Vistas las alegaciones de las partes, interesa transcribir la Cláusula Segunda del Pliego de Prescripciones Técnicas, que recoge las siguientes características técnicas mínimas de necesario cumplimiento para el producto ofertado a través del lote 1:

“LOTE 1. TOALLA/PAÑO CELULOSA 30X40CM (900211) Paño de secado desechable con las siguientes características:

- *Tejido no tejido 50% fibras de poliéster y 50% rayón viscosa.*
- *Tecnología Spunlaced*
- *Gramaje: mínimo 45 gr/m²*
- *Exento de látex.*
- *Forma de presentación: Paquetes de aproximadamente 100-125 uds en blíster y en caja dispensadora”.*

Por su parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el apartado 9 de su Cláusula 1^a establece lo siguiente:

“Además, los licitadores deberán aportar la documentación técnica que acredite el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Las proposiciones que no acrediten dicho cumplimiento, quedarán excluidas de la licitación.

A modo indicativo: Ficha descriptiva que contenga: nº de lote y orden, la denominación, referencia del producto, marca comercial, características técnicas, descripciones, fotografías, nº de unidades por envase o embalaje, y datos referentes

al mercado CE, como por ejemplo el organismo certificador (nº y nombre) y la fecha de vigencia, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad contratante. Toda aquella documentación que el licitador considere oportuna (...)

Muestras: Sí. Se presentarán 5 muestras para cada una de las órdenes de todos los Lotes”.

No es un hecho discutido por la recurrente que su documentación técnica incluyera expresamente el cumplimiento de dicha tecnología en la fabricación, más bien al contrario, señala la recurrente que su oferta no incluía la frase “*Tecnología Spunlace*” y simplemente manifiesta que “*con la muestra facilitada se puede comprobar que el material sí corresponde a dicha tecnología*”, sin que su escrito de recurso contenga otros datos que puedan corroborar tal argumentación.

Señalaba claramente el PCAP que los licitadores debían aportar la documentación técnica que acreditara el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el PPT, figurando entre ellos tanto la tecnología Spunlaced, como la composición (Tejido no tejido 50% fibras de poliéster y 50% rayón viscosa).

Tanto del recurso como de los informes emitidos por el órgano de contratación se desprende que no se acreditó el cumplimiento de esas prescripciones mínimas, lo cual conllevaba según el propio pliego, documento que se configura como *lex contractus*, la exclusión del licitador.

Entiende por otro lado este Tribunal que la solicitud de aclaraciones al licitador implicaría una modificación de la oferta, pues el producto ofertado no había sido presentado cumpliendo las especificaciones técnicas mínimas previstas por los pliegos, de acuerdo con lo expresado por el órgano de contratación en sus informes, en uso de su discrecionalidad técnica, cuando señala que la tecnología Spunlace no puede inferirse de la composición del material, como alegaba la licitadora en los escritos dirigidos a la Mesa.

Por cuanto antecede, no entiende este Tribunal la disconformidad a Derecho de la exclusión del licitador.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, 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 legal de la mercantil PLANETHAIR STORE S.L, contra la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación en su sesión de fecha 19 de septiembre de 2023 del lote 1 del contrato de suministro denominado "Adquisición de productos de celulosa, aseo, bolsas de plástico, paños y pijamas desechables quirúrgicos para el Hospital Universitario Infanta Leonor - 11 lotes", número de expediente 2023-0-2019 (A/SUM-024197/2023).

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.