Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 60/2023

Acuerdo 66/2023, de 13 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "ORTOPEDIA Y CIRUGÍA, S.L.", frente a su exclusión de la licitación del contrato denominado «Gasas, láminas y cintas adhesivas. Lote 1, partidas 1, 2 y 3», promovido por el Centro de Gestión Integrada y Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

Ponente: Esperanza Ríos Marín.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de febrero de 2023 se envió, para su publicación, al Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio previo de licitación relativo al procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) el día 23 de marzo siguiente. Según figura en los citados anuncios, la fecha límite de presentación de ofertas era el día 11 de abril de 2023.

Se trata de un contrato de suministro, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 1 127 407,66 euros, IVA excluido. El contrato se divide en 5 Lotes que a su vez incluyen partidas diferentes para cada uno de ellos.

Segundo.- Por lo que a este Acuerdo interesa, a la licitación del Lote 1, partidas 1, 2 y 3 han concurrido cinco mercantiles –incluida la ahora recurrente.

Tercero.- La Mesa de contratación, reunida el día 17 de mayo de 2023 y a la vista del informe técnico de valoración del Sobre "B Propuesta sujeta a evaluación previa", acordó, por lo que a este acuerdo interesa, la exclusión –entre otras- de la mercantil "ORTOPEDIA Y CIRUGÍA, S.L.".

Según figura en el acta levantada al efecto, el motivo de la exclusión de las partidas 1, 2 y 3 del Lote 1, trae causa del informe técnico de valoración de los criterios sujetos a evaluación previa, en el que se refleja que el material ofertado no se ajusta a las medidas requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige el contrato.

La exclusión fue notificada a la citada mercantil a través de la PCSP, el día 19 de mayo de 2023 y el informe del que trae causa la misma, fue publicado en la misma plataforma en esa misma fecha.

Así mismo el día 17 de mayo de 2023 se procedió a la apertura del Sobre "C" que contiene la documentación relativa a los criterios sujetos a valoración posterior, obrando en el actuado la valoración de las ofertas admitidas a la licitación.

Cuarto.- El día 2 de junio de 2023, se recibió en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón por don S.B.S., en nombre y representación de la mercantil "ORTOPEDIA Y CIRUGÍA, S.L.", en el que manifiesta su disconformidad frente al acuerdo de exclusión citado en el Antecedente anterior.

El mismo escrito fue interpuesto en esa misma fecha ante el órgano de contratación.

El recurso interpuesto considera la valoración efectuada no conforme a derecho, toda vez que – en su opinión- su proposición ha sido discriminada respecto del resto de ofertas admitidas defendiendo que las medidas o dimensiones de estas ofertas, incumplen igualmente los requerimientos establecidos en el PPT.

Por lo expuesto, interesa de este Tribunal la anulación del acto de exclusión dictado, así como la retroacción de actuaciones a fin de volver a incluir su oferta en el procedimiento y que su oferta pueda ser valorada. Asimismo, solicita la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento en tanto se produzca la resolución del recurso interpuesto.

Quinto.- El día 5 de junio de 2023, el órgano de contratación dio traslado a este Tribunal, junto al recurso recibido, del expediente completo, así como el informe al que alude 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 (en adelante, LCSP).

En su informe, el meritado órgano interesa la estimación del recurso recibido reconociendo haber cometido error en la valoración efectuada sobre todas las proposiciones recibidas.

Sexto.- El 6 de junio de 2023 se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Durante el plazo otorgado, se han recibido alegaciones de la mercantil “ALBINO DIAS ANDRADE, S.L.”, oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- El día 17 de abril de 2023, se publicó en el Boletín Oficial de Aragón, la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Quinta apartado 1 de la citada norma, la misma ha entrado en vigor con fecha 17 de mayo del ejercicio corriente, sin embargo debe tenerse en cuenta el régimen transitorio establecido en su Disposición Transitoria primera que establece lo siguiente:

«Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación haya sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior en todas sus fases. En el caso de procedimientos con negociación sin publicidad, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Así, dado que en el presente caso el anuncio de licitación fue publicado en la PCSP el día 23 de marzo de 2023, tal y como se ha señalado en el Antecedente de Hecho Primero del presente Acuerdo, resulta de aplicación la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "ORTOPEDIA Y CIRUGÍA, S.L." para interponer el recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la LMMCSPA y se dirige contra la exclusión del licitador del contrato de referencia, actuación susceptible de impugnación *ex* artículo 44.2.b) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede entrar al fondo del asunto.

El PPT que rige el contrato, por lo que a este Acuerdo interesa, establece:

Lote	***Part.***	***Material***	***Descripción Material***
1	*1*	*41145*	*GASA QUIRURGICA DE ALGODON 100%. DE 20 X 40 CM. PLEGADA EN 8-10 X 10 CM. DE 17 HILOS/CM². LIBRE DE LATEX. ESTERIL.*
1	*2*	*41146*	*GASA QUIRURGICA DE ALGODON 100%. DE 20 X 40 CM. PLEGADA EN 8-10 X 10 CM. DE 17 HILOS/CM². CON HILO RADIOPACO. LIBRE DE LATEX. ESTERIL.*
1	*3*	*41139*	*GASA DE TEJIDO NO TEJIDO. DE 20 X 20 CM. PLEGADAEN 10X10 CM. GRAMAJE MINIMO: 30 GR/M². LIBRE DE LATEX. ESTERIL.*

Como ya se ha expuesto en el Antecedente tercero de este Acuerdo, la exclusión de la recurrente trae causa en que las medidas del material ofertado a las partidas 1, 2 y 3 del Lote 1, no cumplen con lo exigido en el Pliego.

El recurso interpuesto defiende que los productos comprendidos en el Lote 1, por su propia naturaleza y los procesos de fabricación, no pueden cumplir unas medidas exactas. Asimismo, pone de manifiesto –tras haber tenido vista parcial del expediente- que las dos empresas cuyas proposiciones fueron validadas y aceptadas técnicamente, incluían en la descripción del material a suministrar que las medidas de sus gasas incluyen tolerancia (10%) y que sus medidas son aproximadas.

El órgano de contratación, en el informe elaborado con motivo de la interposición del recurso reconoce la posición de la recurrente del siguiente modo:

«Esta Subdirección, comprueba que efectivamente, la oferta de ALBINO DIAS ANDRADE, S.L. incluye en su ficha técnica una tolerancia de +/- 10%, lo cual contradice lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas. La ficha técnica aportada por GASPUNT, S.A., no se detecta que incluya esa tolerancia, tal y como expresa la recurrente, aunque es cierto que indica que son medidas aproximadas. Así mismo, una medición de las muestras aportadas por todas las empresas que licitaron en el expediente, incluidas TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. y TEGOSA MEDICA, S.L., demuestra que ninguna de las mismas, al igual que la de ORTOPEDIA, se ajusta exactamente a las medidas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas.

Por todo lo anteriormente expuesto se informa a ese Tribunal, que esta Subdirección reconoce el error en la valoración de las ofertas, debiéndose de haber excluido a todas ellas de la licitación, en función de las prescripciones técnicas establecidas en el pliego, procediendo establecer en el citado pliego un rango de tolerancia en las medidas que permita la oferta de los distintos productos existentes en el mercado.»

Por lo expuesto, en el informe al recurso el órgano de contratación reconoce el error en la valoración de la oferta de la recurrente así como del resto de licitadoras que han concurrido al procedimiento licitatorio.

El reconocimiento de tal error, tal y como se acaba de señalar, por parte del órgano de contratación en su informe al recurso, respecto de la valoración realizada sobre los criterios sujetos a evaluación previa, debe considerarse como un allanamiento a las pretensiones del recurso y en este sentido, tal y como viene señalando este Tribunal Administrativo, por todos, en el Acuerdo 3/2019, de 11 de enero: «*Tal reconocimiento por parte del órgano de contratación debe considerarse como un allanamiento a las pretensiones del recurso y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como criterio interpretativo, conforme al cual "Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho". Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión*».

En el presente caso, como se viene manifestando, el órgano de contratación reconoce que se han cometido errores en la valoración de los criterios sujetos a evaluación previa, en concreto, al excluir a la recurrente *«por no ajustarse al Pliego de Prescripciones Técnicas», «debiéndose de haber excluido a todas ellas de la licitación»* - según afirma el meritado órgano gestor- lo que determina que hubo una inadecuada actuación del órgano de contratación al excluir a la recurrente y continuar el procedimiento de licitación con el resto de ofertas cuando – como el propio órgano de contratación reconoce, también

incumplían las prescripciones del PPT-, de tal forma que no resulta contrario a los intereses públicos, una vez comprobada la existencia de dichos errores en el informe técnico, por lo que este Tribunal administrativo no puede oponer nada respecto al allanamiento del órgano de contratación, por lo que procede estimar este motivo del recurso interpuesto.

En el presente caso, dado que ya se conoce la valoración de las ofertas económicas, y que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor debe realizarse antes de conocer la oferta económica y demás criterios evaluables mediante fórmulas, a fin de evitar que ese conocimiento pueda influenciar la valoración a realizar mediante criterios sujetos a juicio de valor y así mantener la objetividad exigible en la valoración de estos criterios, no es posible la retroacción de actuaciones, y no cabe otra alternativa que la de anular el procedimiento de licitación, debiendo convocar uno nuevo en el que todos los licitadores dispongan de igual trato en el examen y valoración de sus proposiciones, tal y como viene señalando este Tribunal entre otros en los Acuerdos 1/2011, de 28 de marzo y 36/2019, de 22 de marzo.

Así, no puede prosperar la pretensión de la recurrente referida a la admisión al procedimiento de su oferta contenida en el Sobre “Dos” habida cuenta de lo que se acaba de exponer.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial interpuesto por “ORTOPEDIA Y CIRUGÍA, S.L.”, frente a su exclusión de la licitación del contrato denominado «Gasas, láminas y cintas adhesivas. Lote 1, partidas 1, 2 y 3», promovido por el Centro de Gestión Integrada y Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud y en consecuencia, anular el acto impugnado a fin de que se proceda conforme a lo expresado en el Fundamento de Derecho Segundo del presente Acuerdo.

SEGUNDO.- El Centro de Gestión Integrada y Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones habidas a fin de dar cumplimiento al presente Acuerdo.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.