

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

En Madrid, a 13 de febrero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don R.I.B., en nombre y representación de la empresa BECTON DICKINSON, S.A., contra la Resolución de fecha 11 de enero de 2013, del Director Gerente de Atención Especializada Área V por la que se adjudica el contrato “Suministro de material sanitario: agujas y jeringas de bioseguridad” para el Hospital Universitario La Paz, expediente: 2012-0-25 y se notifica la exclusión de la licitación del lote 4 a la recurrente, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 25 de abril de 2012 de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario la Paz, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas, el expediente de contratación y se acordó convocar la licitación para adquisición de material sanitario: agujas y jeringas de bioseguridad, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios con un valor estimado de 1.779.440 euros y dividido en 5 lotes.

Segundo.- La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

El anuncio de licitación se publicó en el DOUE de 28 de abril de 2012, en el BOE de 16 de mayo de 2012 y en esta misma fecha en el BOCM.

A la licitación se presentaron 24 empresas, entre ellas la de la recurrente.

La Mesa de contratación, en su reunión de 4 de julio de 2012, procedió a la apertura de los sobres con la documentación técnica para valoración de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor y que fueron sometidos a valoración técnica. El informe técnico sobre la citada documentación relativa al lote 4 excluyó la oferta de Becton Dickinson, S.A., y en el informe de valoración consta lo siguiente: *“No cumple. Para el código 42237 presenta 31 G y se pide 29 G y para el código 042239 presenta 30G y se pide 28G. Excluido”*.

La Mesa de contratación, en su reunión de 19 de diciembre de 2012, procede a la lectura en acto público de las valoraciones técnicas obtenidas por los licitadores, y el representante de la empresa Becton solicita aclaración sobre los motivos de su exclusión y según consta en acta se facilitó información en el acto público.

El órgano de contratación dictó resolución el 11 de enero de 2013 acordando la adjudicación del contrato y la exclusión de la oferta de la recurrente por no ajustarse a las características mínimas exigidas. La adjudicación se publica en el perfil de contratante el día 14 de enero de 2013 y se remite la notificación de la Resolución el 16 de enero a la recurrente.

Tercero.- El 29 de enero de 2013 tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Becton Dickinson, S.A., contra la resolución de adjudicación del expediente N° PA 2012-0-25, convocado para el suministro de material sanitario (agujas y jeringas de bioseguridad) y en concreto contra la exclusión de la empresa del lote 4.

El licitador recurrente, ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

En el recurso alega lo siguiente: *“que el día 14 de enero recibió notificación por la que se le comunica resolución de la Mesa de contratación por la que se determina la adjudicación y la exclusión de la empresa del lote 4 al no ajustarse las ofertas a las características mínimas exigidas”*.

Sobre las causas de exclusión y el cumplimiento de prescripciones técnicas, manifiesta que es la actual adjudicataria del expediente N° 2009-0-8 y que en el citado procedimiento fueron ofertadas las mismas referencias que en el procedimiento objeto del presente recurso, siendo las descripciones técnicas incluidas en el pliego idénticas y ha resultado excluida por incumplir con las prescripciones técnicas.

Considera que la discrecionalidad y la subjetividad en la valoración de las ofertas producen un trato discriminatorio en la valoración, variando el resultado de la misma a pesar de darse circunstancias idénticas.

En segundo lugar, considera que se le ha causado indefensión por un literalismo excesivo en la interpretación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas por el que se rige la convocatoria.

Considera que se han vulnerado los principios informadores que deben regir los procedimientos de selección de contratistas y solicita que se retrotraigan las actuaciones al momento en que se adoptó la decisión de excluir a la empresa y que se adopte la medida cautelar de suspensión de la tramitación del expediente.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió el expediente de contratación y su correspondiente informe sobre el recurso el día 5 de febrero de 2013. En su informe, expone que la apertura de la documentación técnica se realizó el 4 de julio de 2012, y la apertura de la documentación económica tuvo lugar el 19 de diciembre de 2012, en donde se procedió a la lectura de las puntuaciones obtenidas en el Informe técnico e invitando a los licitadores asistentes a exponer cuantas observaciones o reservas estimen oportunas. En este acto varios representantes de empresas licitadoras, entre ellos el representante de la empresa Becton Dickinson, S.A., solicitó aclaración sobre el motivo de la exclusión, *“procediendo a facilitarle la información en acto público”*. El día 11 de enero de 2013, el órgano de contratación dicta resolución adjudicando los lotes y, respecto del lote numero 4, excluyendo a la recurrente.

En relación con el recurso alega que el Pliego de Prescripciones Técnicas respecto del Lote 4 consta de dos números de orden, donde establecía:

Nº orden 10 (código 042237): "Jeringa insulina 0,3 ml.U-100. Con aguja incorporada de 29 G 1/2, estéril, con dispositivo de bioseguridad".

Nº orden 11 (código 042239): "Jeringa insulina 0,5 ml.U-100. Con aguja incorporada de 28 G 1/2, estéril, con dispositivo de bioseguridad".

Alega que el informe técnico es realizado por las Supervisoras de Recursos Materiales, Oncología, Reanimación y Unidad de Trasplantes del Hospital Infantil, servicios todos ellos donde se utiliza el material objeto del concurso. En dicho informe se pone de manifiesto que la empresa BECTON DICKINSON, S.A., no

cumple en este lote numero 4, al *“presentar como muestra para el código 042237 (nº orden 10) una aguja de 31 G, y el Pliego de Prescripciones Técnicas requería una aguja de 29 G. Esta misma empresa “presenta como muestra al código 042239 (nº orden 11) una aguja de 30 G, solicitándose en el Pliego de Prescripciones Técnicas una medida de 28 G”.*

Por ello, la empresa Becton Dickinson, S.A. no cumple con las características requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y procede su exclusión en el informe técnico.

Argumenta que el Hospital convoca la licitación en base a las necesidades asistenciales de los servicios de cada momento y en función de las diversas técnicas demandadas por la patología de los pacientes. Todas las características técnicas requeridas figuran en los PPT, descritas por los profesionales que las utilizan. Si el Hospital aceptase la oferta presentada por la empresa recurrente, no solo incumpliría con lo solicitado en los PPT, sino que también se perjudicaría al resto de los licitadores que han cumplido con todas las características técnicas requeridas.

Añade que el lote nº 4 se compone de dos números de orden, valorado de forma conjunta, y su adjudicación se realiza por lote completo, como indica la cláusula 2 del PCAP y el artículo 86 del TRLCSP.

Finaliza, considerando que no procede la anulación del procedimiento ni la retroacción del mismo solicitada por el recurrente, teniendo en cuenta el perjuicio que causaría en la calidad asistencial de los pacientes obligados a utilizar las agujas de las medidas solicitadas en el lote 4 de este concurso, así como la pérdida económica que supone para el Hospital, y que se proceda al levantamiento de la suspensión automática del procedimiento o, en tal caso, que su suspensión alcance exclusivamente al lote 4 del expediente.

Quinto.- La cláusula 2 del PCAP dispone *“La descripción y características de los bienes y la forma de llevar a cabo la prestación por la adjudicataria serán las estipuladas en el pliego de prescripciones técnicas en el que se hace referencia igualmente a las necesidades administrativas a satisfacer, mediante el contrato y a los factores de todo orden a tener en cuenta. El contenido de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares revestirán carácter contractual”*.

En el Anexo I del PCAP, el apartado I define el objeto del contrato y dispone que el Lote 4 corresponde a Jeringas de insulina con dispositivo de bioseguridad cuyas características se especifican en el PPT.

El apartado 5 sobre *“acreditación de la solvencia técnica”*, establece como medio de acreditación el determinado en el artículo 77 a) del TRLCSP, relativo a los suministros efectuados durante los tres últimos años, añadiendo que si no se puede justificar documentalmente se acreditará con muestras, descripciones y fotografías o certificados expedidos por institutos o servicios oficiales.

En el apartado 8 se establecen los criterios objetivos de adjudicación y entre ellos se encuentra la calidad con una valoración máxima de 24 puntos. La valoración de este criterio se pondera, en función de su ajuste, a las características técnicas y según existan una o varias razones que lo hacen recomendable, a la que asignan la máxima puntuación, se atribuyen 12 puntos si se ajusta a las características técnicas exigidas y la mínima puntuación si se ajusta a las características técnicas y existen una o varias razones que lo desaconsejan y añade *“Excluido de la licitación: No se ajusta a las características técnicas exigidas en el PPT”*.

En las Prescripciones Técnicas por las que se rige la convocatoria, el producto objeto del lote 4 se divide en los números de orden 10 y 11 con las características antes transcritas y para el número de orden 10 y 11 se exige que las

Jeringas de Insulina lleven incorporadas agujas de 29 G ½ y 28 G ½, respectivamente, y remitiendo al Anexo de bioseguridad.

En el Anexo de bioseguridad figuran un serie de especificaciones técnicas, entre ellas, se reitera respecto de las jeringas para administración de Insulina y en relación con el Código 042237 especifica: *“Jeringa para administración de insulina de 0,5 ml. U-100 con aguja incorporada de 29 G ½. La aguja dispondrá de un dispositivo de seguridad Integrado que proteja la aguja de manera voluntaria e Irreversible.”* En cuanto al Código 042239 especifica: *“Jeringa para administración de insulina de 0,5 ml. U-100 con aguja incorporada de 28 G ½. La aguja dispondrá de un dispositivo de seguridad Integrado que proteja la aguja de manera voluntaria e Irreversible”.*

Sexto.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, el día 29 de enero de 2013, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

Séptimo.- Con fecha 6 de febrero de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación respecto del lote 4 producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa BECTON DICKINSON, S.A., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la resolución de adjudicación, por haber sido excluido de la licitación en el marco de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con

el artículo 40.1 a) y 2 c) del TRLCSP.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la resolución acordando la adjudicación del contrato y la exclusión de la oferta de la recurrente se dictó el 11 de enero de 2013 y la notificación fue remitida el 16 de enero, interponiéndose el recurso el día 29 de enero del citado año, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de la remisión de la notificación, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

En el supuesto que se estudia, el recurrente interpone el recurso especial contra la adjudicación por haber sido excluido de la licitación, que si bien fue conocida en el acto de apertura de la documentación económica, el 19 de diciembre de 2012, al no constar notificación formal del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, el licitador excluido puede interponer recurso especial cuando se le notifica la adjudicación del contrato, donde consta la exclusión y la información que, según el artículo 151.4 del TRLCSP, se debe facilitar a los licitadores excluidos.

Sobre la posibilidad de impugnación de forma sucesiva de los actos de exclusión y de la adjudicación la Abogacía General del Estado en su Circular 3/2010, considera que si consta notificación formal del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, el licitador excluido no podrá interponer recurso especial respecto de la adjudicación y concreta que *“Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario”*.

La recurrente presentó el anuncio previo de interposición del recurso al órgano de contratación, el día 28 de enero de 2013.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.

Cuarto.- Sobre las cuestiones de fondo planteadas en primer lugar y sobre las causas de exclusión y el cumplimiento de las prescripciones técnicas, alega que es la actual adjudicataria de un procedimiento en el que fueron ofertadas las mismas referencias que en el procedimiento objeto del recurso, siendo las descripciones técnicas incluidas en el pliego idénticas y ha resultado excluida por incumplir dichas prescripciones técnicas. Considera que la discrecionalidad y la subjetividad producida en la valoración de las ofertas supone un trato discriminatorio en la valoración variando el resultado de la misma, a pesar de darse circunstancias idénticas.

En segundo lugar, alega que se le ha causado indefensión por un literalismo excesivo en la interpretación del PCAP y del PPT por el que se rige la convocatoria.

Añade que la finalidad fundamental de la legislación de contratación de las Administraciones Públicas es *“no sólo garantizar los derechos de los licitadores, sino también preservar el interés público garantizando la concurrencia del mayor número de empresas. En definitiva nadie puede eludir la transcendencia de este derecho fundamental ni tampoco la actitud que deben mantener quienes ofrecen un servicio público ante los usuarios y pacientes de los mismos”*.

Antes de entrar en el fondo de los motivos de impugnación procede precisar que el artículo 150 del TRLCSP establece como criterios de valoración para determinar la oferta más ventajosa económicamente, entre otros, la calidad, el valor técnico, las características funcionales, etc. En el asunto que se analiza y respecto del criterio de calidad establecido en el PCAP y su valoración, la exclusión tiene lugar en dicha fase y al valorar los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de juicio de valor, donde se determina que al no cumplir los requisitos de carácter técnico exigidos en el PPT se produce su exclusión. En este caso esta actuación debería haberse realizado en la fase de selección, ya que el cumplimiento

de las características técnicas mínimas exigidas en el PPT son condiciones necesarias cuyo incumplimiento determina que la oferta no puede ser valorada.

Por ello no debe ser objeto de puntuación el cumplimiento de las prescripciones técnicas mínimas exigidas en el PPT y si se incumplen estas prescripciones la oferta debe ser rechazada, sin que proceda acceder a la fase de valoración de los criterios de adjudicación.

En este sentido la Sentencia del Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas en el asunto T4/01, Renco SpA, contra el Consejo de la Unión Europea, sobre criterios de adjudicación en su apartado 68 y respecto del criterio *“conformidad de la oferta”* dice: *“Dado que el criterio relativo a la conformidad de la oferta es absoluto, se debe rechazar una oferta cuando no se ajusta al Pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

Sobre el primer motivo de impugnación, según consta en el expediente, la cláusula 2 del PCAP disponía que la descripción y características de los bienes y la forma de llevar a cabo la prestación por la adjudicataria, serían las estipuladas en el PPT. El Anexo I del PCAP el Lote 4 corresponde a jeringas de insulina con dispositivo de bioseguridad. A su vez, en el PPT el producto objeto del lote 4 se divide en los números de orden 10 y 11, y respecto de ellos constan las prescripciones y especificaciones, detalladas anteriormente, resultando que en concreto el lote 4 debe cumplir las citadas prescripciones técnicas que exigen, entre otras, que las agujas incorporadas sean para el N° de Orden 10, *Código 042237 de 29g 1/2 estéril* y para el N° de Orden 11 *Código 042239 de 28g 1/2 estéril*.

Además de las especificaciones que se incluyen en el Anexo de bioseguridad.

La oferta presentada por la recurrente según consta en el expediente ofrece para el Lote 4 n° de orden 10 código 42237: *“Jeringa de insulina 0,3ml.U-100 de seguridad con aguja 31GTW 5/16 (0,25mm x 8mm)* y para el n° de orden 11 código

42239: “Jeringa de insulina 0,5ml.U-100 de seguridad con aguja 30G 5/16 TW (0,30mm x8 mm)”.

Resulta por ello que la oferta de la recurrente no cumplía las condiciones establecidas en los PCAP y en los PPT. Como dispone el artículo 115.3 del TRLCSP, el contenido de los PCAP tiene carácter contractual, e igualmente la cláusula 2 del PCAP atribuía tal carácter a ambos Pliegos. Como viene manifestándose de forma reiterada por la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato que obligan a ambas partes. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863).

En este caso, los Pliegos fueron aceptados por la recurrente ya que la impugnación se dirige contra la exclusión de la empresa por la Mesa de contratación por lo que dado el carácter normativo del pliego y al haber sido aceptadas, sus condiciones constituyen pactos que deben ser acatados por ambas partes.

En consecuencia, el informe de valoración técnica excluyó la oferta de la recurrente, y la Mesa de contratación, en su reunión de 19 de diciembre de 2012, según consta en acta, dio lectura del informe de valoración técnica y, a solicitud de varias empresas excluidas que solicitan aclaración sobre el motivo de exclusión, se facilita la información en ese acto.

Resulta, por otra parte, significativo que la recurrente en su primer fundamento del recurso reproduce el contenido del PPT y las características exigidas al lote 4 donde, entre otras, exigía que las agujas fueran de 29 G1/2 y de 28 G1/2, para los números de orden 10 y 11, respectivamente, y por ello debía ser consciente de que su oferta no se ajustaba a estas características.

Sobre lo manifestado respecto a que había sido adjudicataria de anterior contrato, debe objetarse que el órgano de contratación no se encuentra vinculado a las condiciones de anteriores contratos de suministros y, por tanto, a adquirir

idénticos productos, sino aquellos que según su criterio técnico son los necesarios para atender a las necesidades del Hospital. El artículo 22 del TRLCSP dispone que corresponde a los entes, organismos y entidades del sector público determinar los contratos que sean necesarios para la realización y cumplimiento de sus fines y a tal efecto la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrir y la idoneidad de su objeto y contenido se determina en la documentación preparatoria del contrato.

En conclusión se considera que la actuación de la Mesa de contratación fue ajustada a derecho al haber rechazado la oferta que incumplía los PCAP y de PPT.

En cuanto al segundo motivo de impugnación afirma haberle causado indefensión por un literalismo excesivo en la interpretación de los Pliegos a cuyo efecto reproduce el contenido de los artículos 84 de RGLCAP y 70.4 in fine del LRJ-PAC así como diversas Sentencias del Tribunal Supremo sobre subsanación de defectos

Sobre esta alegación el Tribunal considera, de acuerdo con el análisis antes realizado, que no se está tratando en este caso de un defecto en la documentación presentada que deba ser objeto de subsanación, sino que se ha producido un incumplimiento de las características técnicas exigidas en el PPT del producto que ofrece la recurrente al Lote 4. Por ello la exclusión no se debe a un literalismo excesivo en la interpretación de los requerimientos del pliego, como se alega, sin que por tanto resulte de aplicación el artículo 84 del RGLCAP que cita, ya que no se trata de: *“El cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno a la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*. Ni tampoco es de aplicación el artículo 70.4 in fine de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que se refiere a *“La aportación de los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan”*.

Ni cabe invocar en este supuesto las numerosas Sentencias que cita que se refieren a supuestos de subsanación de defectos en la documentación presentada.

Por último alega que la finalidad fundamental de la normativa contractual, reside no sólo en garantizar los derechos de los licitadores, sino también preservar el interés público garantizando la concurrencia del mayor número de empresas y que en definitiva nadie puede eludir la trascendencia de este derecho fundamental, ni tampoco la actitud que deben mantener quienes ofrecen un servicio público ante los usuarios y pacientes de los mismos.

Sobre estas manifestaciones conviene precisar que justamente el respeto y cumplimiento de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato que instituye el artículo 1 del TRLCSP, obliga a los órganos de contratación a cumplir lo establecido en los Pliegos y que lo contrario vulneraría dichos principios al admitir en este caso que un licitador variase su oferta.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por Don R.I.B., en nombre y representación de la empresa BECTON DICKINSON, S.A., contra la Resolución de fecha 11 de enero de 2013, del Director Gerente de Atención Especializada Área V por la que se acuerda la adjudicación del contrato y se notifica la exclusión del contrato “Suministro de material sanitario: agujas y jeringas de bioseguridad” para el Hospital Universitario La Paz.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, cuyo mantenimiento fue acordado por el Tribunal el día 6 de febrero de 2013 .

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 49 del TRLCSP.