

**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 L.V.G., en nombre y representación de MÖLNLYCKE HEALTHCARE, contra la Resolución del Director Gerente de fecha 14 de enero de 2013 por el que se adjudica el contrato "Suministro y Gestión de cobertura quirúrgica y otro material quirúrgico desechable en el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, Madrid", lote 1, GCASU 2012-337, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) correspondientes a la licitación del procedimiento abierto "Suministro y Gestión de cobertura quirúrgica y otro material quirúrgico desechable", con pluralidad de criterios, dividido en 2 lotes y con un valor estimado de 2.301.435,90 euros.

Segundo.- El 13 de noviembre de 2012 se reunió la Mesa de contratación para la apertura de la documentación acreditativa de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (sobre 2A) y el 27 de noviembre para la apertura de la documentación de los criterios evaluables de forma automática (sobre 2B) y de las ofertas económicas (sobre C).

En escrito fechado el 27 de noviembre de 2012, la recurrente solicita acceso al expediente de contratación. La Mesa de contratación, reunida el 13 de diciembre de 2012, concedió el acceso al sobre 2A, relativo a los criterios subjetivos de valoración de las firmas comerciales CARDIVA y 3M España, así como al sobre de documentación económica de la mercantil 3M y denegó la consulta a la documentación administrativa acreditativa del cumplimiento de la solvencia técnica de las dos empresas antes mencionadas, al entender que los certificados expedidos son documentación confidencial para uso exclusivo de la Mesa. Con respecto a la solicitud de revisión de las muestras presentadas, se le comunicó que no era posible su acceso ya que las mismas fueron agotadas en el proceso de evaluación. La recurrente tuvo acceso al resto de documentación el 14 de diciembre.

Tercero.- Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda de fecha 14 de enero se procede a la adjudicación del contrato, resultando adjudicataria del lote 1 la empresa 3M España, S.A., segunda oferta mejor clasificada Cardiva 2, S.L. y en tercer lugar la recurrente. La notificación se realizó el día 15 mediante fax.

Cuarto.- El 16 de enero MÖLNLYCKE HEALTHCARE, S.A. presenta, ante el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda anuncio previo al recurso especial en materia de contratación.

El 1 de febrero de 2013 tuvo entrada en el Tribunal escrito de MÖLNLYCKE HEALTHCARE, S.A. por el que impugna la adjudicación del lote 1. En particular, manifiesta que se le denegó acceso a consultar la información de las ofertas de las

empresas 3M España, S.A. y Cardiva 2, S.L., en relación el requisito de solvencia técnica exigido. Asimismo señala que algunos de los productos ofertados por las mismas no cumplen con las prescripciones técnicas mínimas previstas en el PPT, enumerando hasta un total de 93 incumplimientos en la oferta de 3M España, S.A. y 75 incumplimientos en la oferta de Cardiva 2, S.L.

La recurrente solicita que *“se proceda a la exclusión de las ofertas de las mercantiles 3M España, S.A. y Cardiva 2, S.L. en el lote 1, y se proceda a reasignar la adjudicación del citado lote conforme a las propuestas presentadas que, dando cumplida respuesta a los requerimientos establecidos en las bases del concurso, obtengan una mayor puntuación de acuerdo a los criterios de valoración definidos en los requerimientos del expediente.”*

Quinto.- Con fecha 6 de febrero de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del lote 1 del expediente de contratación.

Sexto.- El Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda remite una copia del expediente de contratación junto con su informe el 6 de febrero. En resumen considera que tal como se detalla en el informe que adjunta realizado por los promotores del contrato, la evaluación de las proposiciones se ha realizado valorando tanto la documentación técnica aportada como las muestras con la configuración de los equipos. Señala que las alegaciones de la recurrente consisten en puntualizar datos de las ofertas de 3M y Cardiva que no se ajustan con exactitud a las prescripciones técnicas, si bien se abstienen de puntualizar que en su propia oferta existen artículos que difieren de los reflejados en el PPT. Entiende que el objeto del recurso es un contrato de gran complejidad en el que un simple error en la confección de la oferta técnica, subsanado con las muestras presentadas no puede invalidar toda la valoración al tratarse de artículos cuyo precio unitario es muy limitado en relación al montante global y que el equipo evaluador ha otorgado las mismas garantías a todos los licitadores lo que conlleva que haya examinado minuciosa e imparcialmente todas las circunstancias de cada propuesta.

Séptimo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, -en adelante TRLCSP-, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Han presentado escrito de alegaciones 3M España, S.A. y Cardiva 2, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar cabe examinar si se cumple el requisito procedimental de legitimación activa necesario para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Si bien como regla general ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un procedimiento a quienes han concurrido al mismo y el recurrente ha participado en el procedimiento en examen, conviene estudiar si en el presente caso ostenta plena legitimación para la impugnación de la adjudicación el licitador, en este caso clasificado en tercer lugar, es decir, si de la resolución del recurso se producirá un beneficio cierto a su favor.

MÖLNLYCKE HEALTHCARE, S.A. manifiesta como pretensión en el escrito de recurso que *“se proceda a la exclusión de las ofertas de las mercantiles 3M España, S.A. y Cardiva 2, S.L. en el lote 1 y se proceda a reasignar la adjudicación del citado lote conforme a las propuestas presentadas”*.

Así, se concluye la existencia de legitimación activa, en base a la concurrencia en el recurrente de interés legitimador para la impugnación de la resolución de adjudicación, puesto que en el supuesto que por este Tribunal se

estimara el recurso por entender que ni la actual adjudicataria ni la siguiente oferta mejor clasificada cumplen las prescripciones técnicas, podría obtener la adjudicación del contrato.

Por tanto, cabe entender que se acredita la legitimación de la empresa recurrente para interponer recurso.

Asimismo se documenta la representación del firmante del recurso.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 14 de enero de 2013, practicada la notificación el día 15 e interpuesto el recurso ante este Tribunal el día 1 de febrero.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP en relación al 15.1.b).

Cuarto.- El Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda es un centro de atención especializada adscrito al Servicio Madrileño de Salud (disposición adicional primera.1.b) del Decreto 23/2008, de 3 de abril), ente público integrado en el sector público de la Comunidad de Madrid que, de acuerdo con el artículo 3.2 del TRLCSP, tiene la consideración de Administración Pública, a efectos de aplicación de la legislación de contratos del sector público, resultando por ello de aplicación el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003 de 3 de abril.

En consecuencia, 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.

Quinto.- El apartado 5 del Anexo I del expediente que nos ocupa, en relación con los criterios de solvencia técnica exigidos por el pliego de la licitación y de acuerdo al artículo 77.1.a) del TRLCSP exigía de los licitadores, como medio de acreditación de dicha solvencia, *“copia simple de 2 certificados expedidos por diferentes entidades hospitalarias dentro del ámbito nacional donde se hayan realizado contratos de características similares a este contrato y donde se detalle el suministro de packs equivalentes a los descritos en el PPT. Nº de certificados = 2”*

En primer lugar se alega por la recurrente que se le denegó el acceso a consultar la información de las mercantiles 3M España, S.A. y Cardiva 2, S.L. alegando que la Mesa de contratación entendía que esa información era confidencial. Considera que tal carácter se debe determinar por el licitador y no por el órgano de contratación. Ante las dudas generadas sobre la solvencia técnica de ambas empresas solicitan del Tribunal *“la certificación de que las mencionadas mercantiles han presentado las dos certificaciones solicitadas en las bases del expediente”*. En caso de no estar acreditada la solvencia técnica solicita que sean rechazadas sus propuestas para tomar parte en el expediente convocado por el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda.

Al efecto, el informe del órgano de contratación se limita a recordar que la Mesa de contratación denegó la consulta a la documentación administrativa acreditativa del cumplimiento de la solvencia técnica de las dos empresas, al entender que los certificados expedidos son documentación confidencial para uso exclusivo de la mesa y que con respecto a la solicitud de revisión de las muestras presentadas, se le comunicó que no era posible su acceso ya que las mismas fueron agotadas en el proceso de evaluación.

En el acta de la reunión de la Mesa de contratación del día 8 de noviembre de 2012 consta que *“abiertos los sobres, examinado su contenido y cotejado con lo previsto en el PCAP, la Mesa constató defectos u omisiones de la siguiente firma: JUVAZQUEZ...”*, no constando defecto en la documentación de las empresas 3M España, S.A. y Cardiva 2, S.L. De lo que cabe concluir que las demás ofertas se encontraron conformes y adecuadas al cumplimiento de los requisitos previos para contratar. No obstante la recurrente se cuestiona la acreditación del criterio de solvencia técnica y no puede fundar el recurso en este punto al no haber tenido acceso al expediente.

El artículo 140 del TRLCSP establece que *“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”*.

Afirma la recurrente que de la lectura del citado precepto es el licitador y no el organismo de contratación el que debe determinar la documentación de sus ofertas que tiene carácter confidencial.

El informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, «Confidencialidad de la documentación aportada por los licitadores», señala que el artículo 124 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140 del TRLCSP) hay que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“1º) La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia (artículos 1 y 123 de la Ley citada) que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación

de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes.

2º) El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.

3º) Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular la oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad”.

Y este mismo informe concluye que *“La obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ella”.*

Este Tribunal considera oportuno recordar que el principio de transparencia contemplado en el artículo 139 del TRLCSP se traduce en la necesidad de permitir a los licitadores el acceso a los documentos que forman parte del expediente de contratación, con las limitaciones que impone el deber de confidencialidad que resultan explicitadas en los artículos 140 y 153 TRLCSP, que se han de interpretar conforme a los criterios que se desprenden del citado informe 46/09, por lo que en el supuesto que estamos analizando debió permitirse el acceso a la recurrente. Tampoco entiende el Tribunal cómo se puede denegar el acceso a las muestras que han sido valoradas alegando su agotamiento cuando aún tratándose de productos desechables, no son productos consumibles y debieron permanecer bajo su custodia para comprobación de su adecuación a la oferta y a los requisitos del PPT.

No corresponde a este Tribunal emitir certificaciones sobre la documentación obrante en el expediente, cuestión que puede dirigirse al propio órgano de contratación. Sin embargo cabe entender que lo que se está solicitando es que ante

las dificultades de poder comprobar la documentación aportada por las otras dos licitadoras, sea el Tribunal quien compruebe la existencia y suficiencia de la documentación aportada que fue considerada suficiente por la Mesa de contratación.

Consta en el expediente remitido que 3M España presentó una declaración responsable de los principales suministros realizados en los tres últimos años a la que adjunta copias simples notariales conteniendo un certificado del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, del Ente público de derecho privado Osakidetza del País Vasco, de la Agencia Valenciana de Salud y del Complejo asistencial de Palencia.

En el escrito de alegaciones 3M España mantiene que ha acreditado su solvencia técnica en los términos requeridos.

Por otra parte Cardiva 2, S.L. en su escrito de alegaciones, señala que aportó *“tres certificaciones expedidas por diferentes entidades hospitalarias dentro del ámbito nacional donde se han realizado contratos de características similares a la del presente expediente”*. En la documentación del expediente consta que aporta fotocopia de la “declaración de consumo” de productos similares a los ofertados en el expediente del Hospital Universitario de Donostia, copia notarial simple de un certificado del Hospital de Madrid, S.A. y original del certificado del Hospital Clínico Universitario de Valladolid.

Al carecer de conocimiento de la documentación aportada, la recurrente no ha podido fundar suficientemente el recurso en este punto y no hace ningún reproche concreto en cuanto a la validez o suficiencia de la misma, cuestión que no corresponde suplir al Tribunal, pues este debe resolver el recurso a la vista de las alegaciones de las partes y de la documentación que obra en el expediente y no es competente para calificar la documentación aportada por los licitadores sustituyendo la labor de la Mesa de contratación, sino apreciar la adecuación a derecho de los actos de la misma en los supuestos de disconformidad. Tampoco el órgano de

contratación ha realizado alegaciones en defensa de la actuación de la Mesa de contratación.

Por tanto, corresponde al órgano de contratación dar vista del expediente de contratación en aquellos aspectos que no se han considerado confidenciales por los propios licitadores ni comprometan sus legítimos intereses comerciales o de protección de derechos y el Tribunal ni es competente para certificar la documentación existente en el expediente ni puede valorar la aportada si no es objeto de recurso.

Sexto.- El apartado 2 del PPT como condiciones generales comunes a todos los lotes, establece que todos los productos deberán cumplir con la normativa vigente aplicable y menciona expresamente la ISO 14001, ISO 9001, ISO 14644, ISO 13485 e ISO 10993 y la normativa EN 13759 y EN 550 (nueva EN 11135-1). Como anexo al PPT figura un modelo de declaración a firmar por el apoderado de las licitadoras del cumplimiento de los certificados ISO, EN y marcado CE. Asimismo, el apartado 9.1.3.3 del Anexo I del PCAP indica que entre la documentación que se debe incluir en el sobre 2A debe figurar “*cumplimentación del Anexo I del PPT*”. Es decir, que se considera que con la aportación de dicha declaración, salvo que el Hospital decida solicitar la prueba de lo declarado es suficiente para la acreditación de los certificados ISO y de normativa.

Se alega por la recurrente que 3M España, S.A. y Cardiva 2, S.L. no han presentado determinados certificados ISO y EN de normativa europea, exigidos en el apartado 2 del PPT como condiciones generales comunes a todos los lotes o que algunos no son suficientes o están caducados.

Ninguna referencia consta al respecto en el informe del órgano de contratación. Sin embargo se adjunta otro informe conjunto de la Subdirectora Médica y de la Supervisora de Recursos Materiales donde se alega que el Anexo I del PPT incluye un cuadro que debería ser firmado por el apoderado donde el

licitador había de manifestar que está en posesión de los certificados solicitados y este documento se consideró válido para dar credibilidad a la posesión de dichos certificados. En el mismo certificado consta que el Hospital se reserva el derecho a solicitar prueba de los mismos si lo consideraba conveniente, hecho que no ha considerado. Afirma que la casa 3M presentó un certificado con el compromiso de que cumplía todos los requisitos respecto a la normativa solicitada, incluyendo, marcado CE. La casa Cardiva en la página 8, 9 y 10 de su documentación técnica hace mención al cumplimiento de todas las normas y al marcado CE, lo que implica tener en su posesión los certificados ISO 14644 EN 11135-1.

3M España alega que los pliegos no exigen en ningún momento la presentación de los certificados de cumplimiento de las normas detalladas en los mismos. Que la norma ISO 14001 afecta a la fabricación de los productos y no a la empresa licitadora por lo que presentar como incumplimiento de 3M España dicho certificado es erróneo porque no se puede certificar en España la fabricación de productos en otros países. Alega que dispone de certificados válidos y vigentes de todas las fábricas de los productos ofertados y del marcado CE a disposición del Tribunal en el momento que sea requerido para ello.

En su escrito de alegaciones Cardiva 2, S.L. señala que presentó dicho Anexo I debidamente cumplimentado y adjunta al escrito los certificados a que se hace referencia en el recurso para que el Tribunal pueda verificar el cumplimiento de las normas solicitadas por el Hospital. Adjunta también el modelo del Anexo I del PPT de cumplimiento de normas ISO y EN, marcado CE para productos no estériles y certificado de exención de látex sin firmar ni fechar.

Del examen de la documentación presentada consta que 3M España, S.A. presentó la citada declaración del apoderado conforme al modelo del Anexo I del PPT y además aporta copia de determinados certificados, respecto de algunos de los cuales la recurrente cuestiona su validez. El certificado firmado por el apoderado no marca las casillas de todos los números de orden como incluidos dentro de los

certificados ISO y normativa exigida. Tampoco marca que todos están exentos de látex y tengan marcado CE. De lo que solo cabe concluir el reconocimiento del incumplimiento de estos requisitos exigibles respecto de algunos de los productos ofertados (los no marcados en la declaración), independientemente de la posible validez o apreciación de los defectos enumerados por la recurrente respecto de los certificados incluidos, que ya no se examinan.

Asimismo a pesar de lo afirmado en su escrito de alegaciones por Cardiva 2, S.L., no consta en la documentación remitida que aportase el citado Anexo I del PPT, limitándose, (como también afirma el informe del Hospital) a hacer referencia al cumplimiento de algunos de ellos a lo largo de la descripción de alguno de los productos de su oferta (batas quirúrgicas, paños y campos quirúrgicos, y embalaje el producto), pero dicha mención ni tiene carácter de declaración del apoderado como se pide en los Pliegos ni es extensible a los demás productos no relacionados. Independientemente del carácter subsanable de la omisión, el Tribunal no puede tener en cuenta la documentación que no fue aportada en el momento precedente.

En consecuencia, cabe considerar que ambas licitadoras no han presentado la documentación exigible según el PPT para acreditar esos requisitos de certificación ISO y normativa EN, sin perjuicio de la posibilidad de la Mesa de contratación de haber solicitado aclaraciones o subsanación de los defectos u omisiones.

Séptimo.- En tercer lugar señala la recurrente determinados incumplimientos de los requerimientos técnicos en las ofertas de 3M España, S.A. y Cardiva 2, S.L.

Dado lo extenso de la descripción de los incumplimientos de los requisitos técnicos (168 en total), podemos agrupar los mismos en cuatro grupos:

1º Relativos a elementos incluidos. Señala la recurrente que determinados equipos que incluyen agujas o bisturíes no poseen el cierre de bioseguridad exigido en la

descripción del PPT y que las gasas o compresas ofertadas son de algodón cuando el PPT exige que sean de material no tejido (TNT).

Por el Hospital se manifiesta que la inclusión en las ofertas recurridas de agujas que no poseían el cierre de bioseguridad o la composición de gasas y compresas planteó una disparidad entre algunas de las referencias de la oferta (gasas de algodón) y las muestras presentadas para valoración (TNT). Afirma que en este sentido y en aras a la mejor y más amplia concurrencia para bien público, se han obviado por parte de los responsables de la evaluación técnica, y para todas las casas presentadas al concurso, algunas inexactitudes, que entendimos eran fruto de la complejidad del concurso. Todas las casas presentadas han cometido alguna inexactitud en algún ámbito y se optó en pasarlo por alto dada la complejidad del expediente y las casi 500 referencias de material manejado para su evaluación, y como hecho fundamental, que no modificaban su condición de utilidad para la finalidad del concurso, siendo solventables por el posible adjudicatario final, dado que poseían el material correcto.

Continúa señalando el informe que la propia casa Molnlycke, en los packs número 26, 27, 28 y 29 del lote 1 presentaban gasas de algodón y no de TNT, así como agujas sin elemento de bioseguridad y en el pack 29, hoja de bisturí suelta y no bisturí con mango de seguridad, como se hacía constar en los PPT, lo que también se pasó por alto y se consideró solventable dada la solvencia de la casa que poseía el material correcto solicitado. Por tanto, señala el informe del Hospital, se creyó oportuno, para fomentar la equidad y la competencia entre todos los presentados en un concurso de esta envergadura en cuanto a número de referencias y tamaños, pasar por alto algunas inexactitudes, que pudieran verse resueltas posteriormente basándonos en la credibilidad y buena voluntad de todas las casas comerciales.

En el trámite de alegaciones 3M España afirma, en cuanto a los productos de algodón, que durante la fase de valoración técnica el Hospital le solicitó corrección

técnica a presentar antes de la apertura económica y se entregó en mano muestra de TNT mostrando el Hospital conformidad con la misma. Asimismo, en cuanto al sistema de bioseguridad del bisturí, afirma que durante la fase de valoración técnica el Hospital le solicitó corrección técnica a presentar antes de la apertura económica y se entregó en mano muestra de referencia de bioseguridad mostrando el Hospital conformidad con la misma.

Por su parte en su escrito de alegaciones Cardiva 2, S.L. alega sobre cada uno de los incumplimientos señalando que se compromete a modificar la composición de los equipos para adaptarlo a las necesidades reales del servicio, según lo establecido en el apartado 15.1.b) del Anexo I del PCAP. En caso de ser adjudicatario del contrato, y si el Hospital así lo demandase al entender que el producto no se ajusta a lo solicitado en el PPT se sustituiría la jeringa que no tiene el bulbo solicitado por otra con este componente. En cuanto a las prendas que no se ajustan al material solicitado, algodón, TNT, etc. señala que en caso de ser adjudicatario del contrato, y si el Hospital así lo demandase al entender que no presenta suficiente refuerzo o el material no se ajusta a sus procedimientos, se sustituiría ese componente.

De lo que se puede concluir que se está reconociendo que el proceso de evaluación no se realizó de manera comparativa de la oferta con los requisitos que figuran en el PPT y que algunas de las muestras presentadas y valoradas no se correspondían con la oferta por lo que se estaba valorando un producto distinto.

2º Medidas, gramaje y otras condiciones de los materiales. Señala la recurrente que determinados componentes de los equipos no se ajustan a los requisitos técnicos en cuanto a las medidas solicitadas, el gramaje, peso u otras condiciones como refuerzo de las batas, número de bolsillos. Considera que si bien el propio PPT establece que las medidas que figuran en las descripciones de los distintos artículos son aproximadas las ofertas objeto del recurso presentan una desviación que no puede tener cabida dentro del concepto medidas aproximadas,

con desviaciones que alcanzan el 62,8% en algún caso. Así, por ejemplo respecto del tubo de aspiración el PPT exige 3 m. de longitud y su oferta es de 2,5, desviación de 50 cm. más corto y calibre más estrecho que lo requerido. Señala otros incumplimientos consistentes en presentar, algunos artículos, un gramaje inferior al solicitado.

El informe del Hospital señala que se ha tenido en cuenta a la hora de la valoración que la finalidad para la que se solicita dicho elemento no se ve alterada o imposibilitada para su función por esa variación aproximada de la cualidad analizada, y así ha sido confirmada por las pruebas realizadas en el quirófano con las distintas muestras aportadas por todas las casas comerciales y probadas durante los procedimientos en los que estaban indicados. Afirma que no se especificó en cuanto se medía el grado de aproximación, pues se consideró que hacerlo para todas y cada una de las medidas y cada uno de los elementos diferentes, era difícil y entorpecía la posibilidad de que alguna casa comercial cumpliera totalmente todos los requisitos. El informe añade que sólo en el supuesto teórico de que se realizara un concurso a medida, una casa podría cumplir con todos los requisitos de dimensiones y peso de manera exacta, cosa que por descontado no se ha hecho en nuestro caso, pues el empeño por nuestra parte era intentar dar cabida a la máxima concurrencia y con la mayor transparencia, para que la oferta fuera amplia, y los beneficios para el sistema, máximos.

Por 3M España se alega que los Pliegos que constituyen ley del contrato establecen que las medidas son “aproximadas” y por tanto han de respetarse los requisitos y el procedimiento fijados en los mismos y que la recurrente se arroga atribuciones de definir criterios de compra/aceptación de ofertas que competen exclusivamente al órgano de contratación invadiendo ámbitos de autonomía en decisiones de gestión del Hospital. Afirma que la sábana propuesta, que según la recurrente tiene una desviación en las medidas inaceptable, ha demostrado su funcionalidad en numerosos quirófanos de todo el mundo y así lo ha aceptado

libremente el Hospital. Igualmente en cuanto a las desviaciones de las medidas de otros artículos mantiene que han sido aceptadas por el Hospital.

En su escrito de alegaciones Cardiva 2, S.L. señala que en la puntuación obtenida en los criterios de valoración subjetivos ya ha sido penalizada por este concepto con una reducción de 2 puntos sobre un total de 10. Entiende que el Hospital acepta como medida aproximada esa desviación sobre lo solicitado y tras probar el material da el visto bueno al mismo. Además en caso de resultar adjudicataria, y si el Hospital así lo demandase al entender que la venda o producto no se ajusta a lo solicitado en el PPT, se sustituiría este componente. Lo mismo alega respecto del incumplimiento del gramaje.

El Tribunal comprueba que no consta cual es el criterio limitativo de la consideración del concepto “medidas aproximadas”, habiéndose aceptado variaciones sustanciales respecto de la medida fijada para considerar la aproximación, desviaciones tan grandes que aún no pudiendo fijar un criterio objetivo para su medición, evidentemente no cumplen la condición de ser “aproximadas”. También se han aceptado ofertas que no cumplen el requisito mínimo, no aproximado, de gramaje exigido (el PPT exige para las batas quirúrgicas un gramaje de 40 gr/m² +/- 5 gr/m²).

Por otra parte para aplicar los criterios de adjudicación es requisito previo que la oferta se ajuste a los mínimos exigidos en el PPT. En este caso los criterios subjetivos son “*adecuación de los elementos del pack a las necesidades de la cirugía para la que están destinados*” valorable con 10 puntos, “*comodidad, transpirabilidad y adaptabilidad en el pijama*” valorable con 5 puntos y “*adaptabilidad y facilidad de manejo de la cobertura*” con 5 puntos. Por tanto la menor puntuación en dichos criterios no es por un incumplimiento de los requisitos mínimos del PPT sino por un menor cumplimiento de la adaptabilidad a las necesidades de la cirugía a que están destinados.

3º Pijamas quirúrgicos. Considera la recurrente que los pijamas que figuran en las dos ofertas recurridas presentan determinadas deficiencias: los de 3M España tienen un gramaje inferior al solicitado y no se hace referencia al número de bolsillos de los pijamas ni a su distribución y los de Cardiva 2, S.L. presenta 0 ó 3 bolsillos cuando el PPT exige preferiblemente 4, tres en la casaca y uno en el pantalón; y tampoco oferta las tallas que se demandan para los números de orden 57 y 58, por lo que presenta una gama de pijamas que en nada responde a la demanda del organismo de contratación.

En el informe del Hospital consta que se han aplicado los mismos criterios previamente referidos respecto al gramaje aproximado en ambas modalidades, de pijama de alta gama y de gama normal. El número de bolsillos de los pijamas, se consideró en base a que tenían que tener 'preferiblemente 4 bolsillos', pero entendemos que el tener 3 tal como tienen los de 3M España y Cardiva no les excluye, pues la funcionalidad de los mismos se mantiene. En cuanto al tallaje XXXL de los lotes 57 y 58 dice que se oferta por parte de Cardiva como a medida para los profesionales que así lo precisen.

La licitadora 3M España considera que los pliegos constituyen ley del contrato y tienen fuerza vinculante para la Administración y para el contratante y por tanto han de respetarse los requisitos y el procedimiento fijados en los mismos y considera que la recurrente se atribuye potestades de definir criterios de compra/aceptación de ofertas que competen exclusivamente el órgano de contratación. En cuanto a los pijamas por ella ofertados reconoce que el PPT exige un mínimo de 4 bolsillos y durante la fase de valoración el Hospital le solicitó una corrección técnica a presentar antes de la apertura económica que se entregó en mano mostrando el Hospital su conformidad.

En su escrito de alegaciones Cardiva 2, S.L. señala que su oferta cumple los requisitos del PPT por cuanto este indica “preferiblemente 4 bolsillos” y en cuanto a los números de orden 57 y 58 que requieren la talla XXXL reconoce que no dispone

en la actualidad de la talla XXXL por lo que se ofertó la talla XXL y se comunicó al Hospital verbalmente que en caso de ser adjudicatarios del contrato se fabricaría una talla “casi a medida” de la persona que lo requiera.

De la lectura del PPT y de las alegaciones del órgano de contratación solo cabe concluir que la valoración no se realizó de acuerdo con los requisitos exigibles según el mismo, pues se admitió un gramaje inferior al requerido y un número de bolsillos inferior o pijamas sin bolsillos, pues el PPT establece que el gramaje será no inferior a 45 gr/m² en los de alta gama y aproximadamente 35 gr/m² en los básicos. En cuanto al número de bolsillos literalmente dice que será “*un mínimo de 4 bolsillos (3 en la carcasa -uno en tercio superior y dos en tercio inferior- y otro en el pantalón, en los pijamas de alta gama)*”. Ambos requisitos no se cumplen en algunos de los productos ofertados.

4º Máquina dispensadora de pijamas. Al respecto señala la recurrente que la máquina presentada por la mercantil 3M España no cumple los requisitos de capacidad establecidos y respecto de Cardiva 2, S.L. que no ha presentado documentación alguna en relación a la máquina dispensadora de pijamas por lo que resulta de difícil comprensión la puntuación que se ha otorgado a esta mercantil.

Por parte del Hospital se informa que las ofertas de la máquina dispensadora, de la posibilidad de obtención de la misma de los pijamas de alta gama en sus dos partes según tallaje separado, y del pijama de baja gama también incluido en la máquina, así como de las condiciones de logística solicitadas en el PPT por parte de nuestro centro quedan reflejadas totalmente en el dossier de Cardiva por considerar que dan cabida a lo solicitado en este punto.

3M España alega al respecto que la capacidad de la máquina ofertada no está predeterminada porque es totalmente configurable bandeja por bandeja, dentro en el número de canales de dispensación como en el número de productos por canal, en función de su tamaño y en el caso que nos ocupa, el tamaño del producto

y la cantidad de producto de cada talla no ha sido cerrada con el Hospital definitivamente, dado que no se ha hecho un estudio de tallaje de la población sanitaria a vestir ni hay historia de consumo de los pijamas desechables y cuando se haga dicho estudio se configurarán las bandejas en las máquinas y quedará establecida la capacidad definitiva.

Cardiva en su escrito de alegaciones señala que presentó en el correspondiente sobre la información referente a la máquina dispensadora de pijamas cumpliendo todos los requisitos del PPT y adjunta un folio descriptivo que se incluyó a efectos de valoración de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas (sobre 2B).

Octavo.- En el expediente de contratación se han de integrar el PCAP y el PPT, los cuales incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y las condiciones que han de regir la ejecución del contrato. Los aspectos técnicos deben recogerse en el PPT para definir las características que deben cumplir los suministros.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

El artículo 145 del TRLCSP dispone que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

De la presunción que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten no solo al contenido de los PCAP sino también a los PPT o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.

El artículo 160 del TRLCSP relativo al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación establece, en el segundo párrafo de su apartado 1, que *“Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego”*.

En el supuesto que nos ocupa, el informe técnico fue emitido en el momento de valoración técnica de las ofertas que sirve de base para la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Dicho informe carece de la menor motivación, pues no figura en el mismo ninguna explicación o justificación de la puntuación otorgada o del cumplimiento de los requisitos técnicos que deben reunir los productos ofertados.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 17 de marzo de 2008, señala que aún admitiendo que el objeto del contrato no podría verse modificado por la voluntad del licitador pues de conformidad con el artículo

129.1 de la LCSP (actual 145 del TRLCSP), se hubiese presupuesto su aceptación por el adjudicatario, también es cierto que las calidades, especificaciones y presentación de los productos que constituyen el objeto del contrato, se erigen como elementos sustanciales del mismo, y su modificación altera sustancialmente el contenido del contrato. Las proposiciones de los licitadores vinculan a la partes en sus propios términos y cuando la oferta técnica presentada difiere de las especificaciones técnicas establecidas en el PPT su rechazo puede incardinarse en el artículo 84 del RGLCAP.

Tal como afirma la recurrente, la exigencia de unos requisitos técnicos supone su aceptación a la hora de formular proposición por parte de los licitadores, los cuales han de tenerlos como referencia a la hora de calcular el importe económico de su oferta. El incumplimiento por alguno de ellos y su aceptación por el órgano de contratación supone que no se están comparando ofertas iguales pues al ser técnicamente diferentes no son similares sus costes económicos y habría empresas que pudieran hacer ofertas más ventajosas presentando productos de menor o diferente calidad a la exigida a los demás. Por otra parte, pudiera haber empresarios que no han formulado su oferta pensando que sería rechazada por no ajustarse al objeto del contrato, que se ven perjudicados al ver que otros que tampoco cumplen son adjudicatarios del contrato.

El Tribunal quiere recordar que su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico, sin perjuicio de que pueda valorar la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y los distintos criterios de adjudicación, que se cumplan las formalidades jurídicas, que exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

Procedería, por tanto, analizar si el PPT, que constituye ley del contrato, exige los requisitos técnicos cuyo incumplimiento se señala por la recurrente respecto de las dos ofertas mejor clasificadas y si estas se ajustan o no a lo requerido, pero de lo

expuesto por el propio Hospital y los escritos de alegaciones ya se constata que no ha sido así, pues se reconoce que se han valorado muestras que no se corresponden con el producto que figura en la oferta y que algunos de los productos no cumplen con los requisitos técnicos mínimos exigibles.

Es cierto que la jurisprudencia y la doctrina admiten aclaraciones de la oferta, pero no debe perderse de vista que éstas exigen, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Como viene señalando este Tribunal en la resolución de recursos sobre la misma cuestión, esto es lógico pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas, y tal posibilidad es contraria a los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los artículos 1 y 139 del TRLCSP. Por el mismo razonamiento menor cabida tiene adjudicar el contrato a una oferta que no cumple los requisitos exigidos confiando en la buena voluntad del empresario y que en la ejecución del contrato suministrará los productos con los requisitos adecuados. Se estaría modificando por una parte el objeto del contrato y por otra imposibilitando el control de su ejecución al suministrar productos distintos a los que figuran en la oferta.

A la vista de lo expuesto cabe concluir la ausencia de una adecuada valoración del cumplimiento de los requisitos técnicos, que se ha realizado relativizando los mismos, lo cual afecta a los derechos de todos los licitadores y no exclusivamente a las ofertas objeto del recurso, por lo que procede la anulación de la resolución de adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de la documentación ofertada que deberá de hacerse por referencia al cumplimiento de los requisitos mínimos exigibles a las ofertas según el PPT, excluyendo todas aquellas que no se adecúen a lo solicitado.

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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Don L.V.G., en nombre y representación de MÖLNLYCKE HEALTHCARE anulando la Resolución del Director Gerente de fecha 14 de enero de 2013 por el que se adjudica el contrato "Suministro y Gestión de cobertura quirúrgica y otro material quirúrgico desechable en el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, Madrid", lote 1, GCASU 2012-337, retrotrayendo las actuaciones a la fase de valoración de todas las ofertas presentadas, sin que proceda valorar aquéllas propuestas que no cumplan con las prescripciones técnicas que figuran en el PPT aprobado.

Segundo.- Ordenar que se de vista a la recurrente de la documentación obrante en el expediente relativa a la solvencia técnica para que, en su caso, pueda interponer recurso fundado.

Tercero.- 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.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento de contratación, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 6 de febrero.

Quinto.- 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.