

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

En Madrid, a 20 de febrero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don M.L., en nombre y representación de la mercantil ASSUT EUROPE IBERICA, S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 24 de enero de 2013, por el que se excluye a la recurrente de la licitación de algunos lotes del expediente de contratación "Suministro de suturas manuales para el Hospital Universitario de la Princesa" P.A. 9/2013 HUP, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario La Princesa se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) correspondientes a la licitación del procedimiento abierto "Suministro de suturas manuales para el Hospital Universitario de la Princesa", con un único criterio de adjudicación, el precio, dividido en 49 lotes y con un valor estimado de 548.980,58 euros.

Segundo.- El PPT que rige la licitación exige, entre otras, como características técnicas comunes para las suturas manuales:

“- Agujas siliconadas atraumáticas de acero inoxidable.”

Para la acreditación de la solvencia técnica el apartado 5 del Anexo I del PCAP solicita (apartado 1.e) del artículo 77 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-), *“descripción de los productos a suministrar mediante ficha técnica de los mismos, con indicación expresa del lote y/o número de orden al que concurren, donde se pueda verificar cada una de las especificaciones técnicas exigidas”*. Asimismo en cuanto a los criterios de selección el mismo apartado citado establece que *“se verificará con la documentación aportada, que los productos ofertados cumplen todas las especificaciones técnicas incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Quedarán excluidas del procedimiento todas las proposiciones cuyas características técnicas no se ajusten a lo establecido en los Pliegos”*.

Tercero.- El 24 de enero de 2013 se reunió la Mesa de contratación para la apertura de las ofertas económicas presentadas y previamente se da lectura al resultado de la valoración del cumplimiento de las características técnicas emitida por la Dirección Médica, comunicando verbalmente a la recurrente que ha resultado excluida en algunos de los lotes a los que han presentado oferta, fundamentalmente porque la aguja no es siliconada.

Cuarto.- El 30 de enero ASSUT EUROPE IBERICA, S.L presenta, ante el Hospital Universitario La Princesa anuncio previo al recurso especial en materia de contratación.

El 6 de febrero de 2013 tuvo entrada en el Hospital escrito de ASSUT EUROPE IBERICA, S.L por el que impugna su exclusión. En particular, manifiesta que la exclusión de su oferta se debe a que las muestras de sutura presentadas no

contaban con aguja siliconada, cuestión que no se ajusta a la realidad y solicita que *“se anule el acto recurrido por disconformidad a Derecho, ordenando la retroacción de actuaciones al momento procedimental oportuno al objeto de que la oferta de mi mandante, sin exclusión alguna, sea valorada en su totalidad en aquellos lotes en los que presentó proposición”*. Adjunta un anexo nº 8 que dice que contiene los certificados de todas las muestras presentadas que acreditan que la aguja estaba y está oportunamente siliconada y por tanto el acuerdo de exclusión resulta contrario a Derecho.

Quinto.- El Hospital Universitario La Princesa remite una copia del expediente de contratación junto con su informe el 8 de febrero.

En resumen considera que la afirmación de la recurrente de que fue excluida porque no presenta aguja siliconada no es cierta, pues en los dos lotes que cumplían lo exigido en el PPT, fue excluida por no ser la oferta económica más ventajosa cuando el único criterio de adjudicación es el precio. Afirma que se ha pedido un nuevo informe a la Dirección Médica en el que se constata que no sólo no se puede acreditar, con la documentación aportada, que la aguja sea siliconada, sino que además, tampoco cumple alguna otra de las características técnicas como, por ejemplo, los lotes 8, 16, 24 y 26 no cumplen porque el tamaño de las agujas no es el solicitado, en el lote 31 la aguja es de 4/5 de círculo y lo solicitado es de ½ círculo, en el lote 46 la oferta es de aguja tapercut y se solicita aguja triangular, y en los lotes 47, 48 y 49 se oferta hilo con un tope final y las características solicitadas son de bucle.

Sexto.- Con fecha 13 de febrero de 2013 el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación de los lotes afectados por el recurso.

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 TRLCSP concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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).

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 el Acuerdo impugnado fue adoptado el 24 de enero e interpuesto el recurso el día 6 de febrero de 2013.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión 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 La Princesa 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 PCAP del pliego que nos ocupa, en relación con los criterios de solvencia técnica exigidos por el pliego de la licitación y de acuerdo con el artículo 77.1.e) del TRLCSP exigía de los licitadores, como consta en los antecedentes de hecho, ficha técnica de los productos a suministrar donde se pueda verificar cada una de las especificaciones técnicas exigidas y la presentación de 5 muestras.

La recurrente presentó muestras y fichas técnicas y la Mesa de contratación acordó la exclusión en algunos lotes por considerar que no se ajustaba a las condiciones técnicas mínimas (aguja siliconada). En el anexo nº 8 que adjunta al recurso dice que se acreditan los certificados de todas las muestras presentadas que acreditan que la aguja está siliconada.

El órgano de contratación alega que la evaluación de las especificaciones técnicas de los lotes recurridos fue realizada por la Dirección Médica del Hospital y las muestras de los lotes en que ha sido excluida la recurrente no especifican que la aguja de la sutura sea siliconada en ninguno de los envases presentados y tampoco esta característica está descrita en el catálogo que presentó en la documentación técnica. Asimismo afirma que se ha pedido un nuevo informe a la Dirección Médica, en el que se constata que no solo no se puede acreditar con la documentación aportada que la aguja sea siliconada, sino que además tampoco cumple alguna otra característica técnica. Afirma el órgano de contratación que la documentación del Anexo 8 del recurso no fue aportada entre la documentación técnica de la oferta y que debería estar traducida al castellano tal como establece el PCAP.

Conviene por tanto clarificar, en primer lugar, cuál es realmente el incumplimiento motivo de la exclusión que fue comunicado a la recurrente y seguidamente el valor, tanto de la documentación aportada con el recurso, como del nuevo informe de la Dirección Médica, añadiendo nuevos incumplimientos a los que figuran en el informe que sirvió de motivación a la exclusión.

Revisando el informe de la Dirección Médica que sirvió de base a la Mesa de contratación se constatan como incumplimientos determinantes de la exclusión de la recurrente los siguientes:

1. “Aguja no siliconada”: único motivo en los lotes 1, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 25, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48 y 49
2. Aguja más grande del tamaño y no siliconada: lote 16. Tamaño 21,8 y aguja no siliconada: lote 24. Tamaño 17,4 y aguja no siliconada: lote 26.

No constando en el recurso alegaciones sobre otros incumplimientos más que los consistentes en la aguja siliconada, que son los que se han incluido en la anterior relación con el número 1, quedan fuera del mismo los restantes lotes afectados por otros incumplimientos, conocidos por la recurrente, sobre los que no ha efectuado alegaciones en contra de su exclusión.

En cuanto a la documentación presentada por la recurrente adjunta al recurso y que no fue incorporada entre la aportada para valoración del criterio de selección, la misma no puede ser tenida en cuenta para la resolución del recurso, pues no pudo ser valorada por los técnicos encargados de realizar el informe.

Igualmente la resolución del recurso ha de centrarse exclusivamente en los motivos que fueron comunicados a la recurrente. El informe a que se refiere el artículo 46.3 del TRLCSP debe ser en relación al recurso presentado y no es posible

emitir una nueva valoración técnica que no fue dada a conocer al licitador y sobre la cual no ha podido formular recurso.

El informe de valoración debe tener en cuenta el cumplimiento de todas las prescripciones que figuran en el PPT, sin obviar ninguna y cuando no se hacen constar incumplimientos cabe entender que, en lo no explicitado, la oferta ha sido considerada ajustada a las condiciones técnicas. El Tribunal viene insistiendo en la necesidad de que los informes técnicos recojan todos los incumplimientos que se aprecien en las proposiciones, pues el Acuerdo de la Mesa de contratación acogiendo sus conclusiones, solo puede modificarse conforme a los procedimientos de revisión de los actos administrativos previstos en la Ley.

Por tanto, para la resolución del recurso, sólo se tendrá en cuenta la documentación que figura en el expediente de contratación remitido: acreditación de la recurrente de la solvencia técnica solicitada e informe de valoración que le fue entregado.

Séptimo.- Entre los criterios de selección se solicitaba la presentación de fichas técnicas donde pueda verificar cada una de las especificaciones técnicas. De la documentación y muestras presentadas por la recurrente no se podía acreditar si las suturas ofertadas presentaban, o no, el requisito de que las agujas estén siliconadas y ante la ausencia de información, la Mesa de contratación optó por excluir la oferta de ASSUT.

Según la recurrente, no puede defenderse el hecho de que las fichas y muestras no tuvieran referencia expresa a esta circunstancia, no sólo porque le bastaba a la Mesa de contratación analizar las muestras para comprobarlo, sino fundamentalmente, porque en los pliegos no hay una cláusula que exigiera que en las fichas deba recogerse este detalle. Considera que la Mesa ha actuado de una manera rígida, formalista, irrazonable, restrictiva y contraria a lo dispuesto en los pliegos de la que cabe concluir la contrariedad a Derecho y la retroacción de

actuaciones para que, comprobada la adecuación de las muestras, se pueda valorar la oferta económica.

Afirma el órgano de contratación, en su informe al recurso, que no se solicitó subsanación por entender la Mesa de contratación que un catálogo completo de suturas, junto con la descripción de cada lote a los que se licita y su marcado CE, es una oferta técnica completa, y por lo tanto la actuación de la mesa no fue rígida y formalista, sino que se ha ajustado en todas sus actuaciones a las normas que rigen la contratación del Sector Público.

Se trata, por tanto, de documentación acreditativa del requisito de solvencia técnica consistente en documentar el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT a los productos ofertados. Tal como hizo constar y así reconoce la recurrente, ni en la documentación ni en las muestras presentadas se hacía referencia expresa al carácter siliconado de las agujas de las suturas más allá de poder apreciarlo directamente del examen de las muestras.

Por tanto, procede analizar si el proceder de la Mesa de contratación excluyendo a la recurrente fue adecuado a Derecho o debió conceder plazo de subsanación o aclaración de la documentación aportada.

El artículo 22.1.a) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (RDPLCSP) establece que la Mesa de contratación desempeñará entre otras funciones: *“Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación”.*

Asimismo, el artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), prevé la posibilidad de solicitar aclaraciones:

“A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la ley, el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6”.

Por la Mesa de contratación se ha advertido que de la documentación aportada y del examen de las muestras no se determina el incumplimiento de los requisitos técnicos, sino que no consta expresamente que las agujas ofertadas cumplan el requisito de estar siliconadas, por ello en virtud de los artículos 27 del RDPLCSP; del artículo 81 del RGLCAP; así como el 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGPCM), hubiera procedido conceder plazo para la subsanación de este requisito de solvencia.

La posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones, procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida, como para el caso de que la presentada adolezca de defecto, tal como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, con referencia expresa a la posibilidad de subsanación de la solvencia técnica en el informe 2/2012, de 22 de febrero. No obstante la Mesa de contratación procedió a la exclusión de la recurrente.

Los principios de libertad de acceso a las licitaciones y asegurar una eficiente utilización de los fondos, enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, son contrarios a un excesivo formalismo siempre que las ofertas cumplan los requisitos exigidos. La

Mesa de contratación que según el artículo 22.b) del RDPLCSP tiene la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP, debe actuar de forma que no limite la concurrencia, evitando, en la medida de lo posible, excluir a licitadores por cuestiones formales, respetando a la vez, los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, dictada en el asunto T-211/02, en su apartado 37, ha señalado que aún cuando los comités de evaluación no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, siendo contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta de que se trate sin ejercitar la facultad de solicitar aclaraciones.

Además, el principio de proporcionalidad aplicado a un procedimiento de adjudicación, exige que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga a que al enfrentarse a una oferta que es ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de la misma podría garantizar la seguridad jurídica, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta (en este sentido la sentencia de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal General de la Unión Europea, dictada en el asunto T-195/08, apartado 57). Una interpretación estricta de los requisitos formales llevaría a la desestimación por errores materiales manifiestos e insignificantes de ofertas económicamente ventajosas lo cual no puede conciliarse con el principio de eficiente utilización de los fondos públicos.

Evidentemente procede el rechazo de toda proposición que no cumple los requisitos técnicos exigidos, pero no cuando en la oferta se han producido errores materiales u omisiones que serían susceptibles de aclaración. La actuación de la Mesa de contratación acordando la exclusión de la recurrente, sin haber solicitado aclaraciones sobre el contenido de las muestras o haber puesto de manifiesto la omisión a la referencia del carácter siliconado de las agujas en las fichas técnicas para su aclaración, es desproporcionada, pues por las razones expuestas no puede ser considerado un error esencial que impida la subsanación, y su aceptación en nada puede suponer corrección, ni modificación, ni mejora, ni siquiera de carácter leve, del contenido de la oferta, puesto que versa sobre un elemento presente en la oferta, si así se acredita presentando la documentación precisa. La admisión de la aclaración sin alterar el producto ofertado no supone merma alguna en las garantías de la contratación pues no habría supuesto un trato privilegiado ni vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia recogidos en el artículo 139 del TRLCSP.

Ha de hacerse una interpretación favorable a facilitar la máxima concurrencia, lo que conduce a la necesidad de facilitar la posibilidad de que se subsane el defecto apreciado, por ello la decisión de exclusión de la recurrente sin concederle plazo de subsanación no se considera conforme a derecho, por lo que procede que se retrotraigan las actuaciones y por la Mesa de contratación se conceda plazo de subsanación para la presentación de aclaraciones sobre el contenido siliconado o no de las agujas de sutura y se valore la adecuación de la documentación que se presente, únicamente aclarando la oferta presentada y sin que sea posible aceptar modificaciones de la misma.

Por lo expuesto procede la estimación del recurso formulado por ASSUT EUROPE IBERICA, S.L.

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 M.L., en nombre y representación de la mercantil ASSUT EUROPE IBERICA, S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 24 de enero de 2013, por el que se excluye a la recurrente de la licitación de algunos lotes del expediente de contratación del "Suministro de suturas manuales para el Hospital Universitario de la Princesa", P.A. 9/2013 HUP, procediendo la retroacción de actuaciones y conceder a la recurrente plazo de subsanación para aclaración de la documentación y muestras presentadas en cuanto al carácter siliconado de las mismas agujas de sutura ofertadas.

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 de la tramitación del procedimiento de contratación acordada por este Tribunal el 13 de febrero.

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.