

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

En Madrid, a 23 de mayo de 2012.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.C.B., en nombre y representación de la mercantil FARMABAN S.A., contra la Resolución de fecha 18 de abril de 2012, de la Mesa de Contratación por la que se le comunica su exclusión de la licitación del contrato “Suministro de vendas de escayola, elásticas, adhesivas, gasa y mallas elásticas con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, lote 5, relativo al expediente de contratación 47/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 29 de noviembre de 2011 y 7 de diciembre se publicó respectivamente en BOCM , en el perfil del contratante y en el DOUE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de suministro de vendas de escayola, elásticas, adhesivas, gasa y mallas elásticas con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón, dividido en catorce lotes a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con un valor estimado de 516.818,26 euros, IVA excluido.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), establece como criterios de adjudicación el del precio, puntuado con hasta 60 puntos, y como criterio susceptible de valoración mediante juicio de valor, la calidad técnica al que asigna 40 puntos, estableciéndose como elementos de ponderación la funcionalidad, manejabilidad, resistencia y otras mejoras de calidad del producto, atribuyendo 10 puntos a cada uno de estos elementos.

Este criterio a su vez es objeto de la siguiente baremación:

*“Excelente: Se ajusta a las características técnicas exigidas y su calidad es óptima en relación con las ofertas admitidas.....10 puntos.*

*Aceptable: Se ajusta a las características técnicas exigidas y su calidad es media en relación con las ofertas admitidas.....5 puntos.*

*Deficiente: Se ajusta a las características técnicas exigidas y su calidad es baja en relación con las ofertas admitidas...0 puntos.*

*Muy deficiente:: No cumple las características técnicas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. ....EXCLUIDO”.*

Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas, (en adelante PPT), exige que todos los productos a suministrar estén exentos de látex y establece como características técnicas para el lote 5, *“Venda en algodón elástico con adhesivo hipoalérgico, porosa, adaptable, en su retirada no debe producir depilación, acabado regular, adaptable y no deformable, envasado individual, buen poder adherente,”* ofreciendo además las medidas aproximadas del producto. Así mismo se prevé que para valorar el producto se aporten muestras del mismo.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron diecinueve empresas entre ellas la recurrente.

Tras la apertura del sobre de documentación administrativa el día 3 de febrero

de 2012, y subsanados los defectos apreciados por la Mesa de contratación, con fecha 10 de febrero de 2012 se procede a la apertura de la documentación técnica y el día 12 de abril de 2012, previa modificación del día inicialmente establecido para ello, a la apertura de la oferta económica.

Es en este acto donde se procede a dar lectura al resultado del informe técnico de valoración de las ofertas presentadas, con anterioridad a la apertura de las ofertas económicas, resultando excluida la empresa recurrente, entre otras. Este acto se comunica mediante fax a la recurrente el día 18 de abril de 2012, señalando como motivo de su exclusión respecto al lote 5, para la oferta base y para la variante respectivamente: “poco poder adhesivo”, y “poco poder adherente”, indicándose asimismo que la oferta que realizó al lote 12 del contrato, que no ha sido objeto del recurso, ha sido excluida por contener látex.

Recibida dicha comunicación la recurrente solicita con fecha 20 de abril, el informe técnico detallado de los motivos por los que el producto presentado ha sido excluido de la licitación, ya que consideran que la explicación recibida es escueta y no ofrece argumentos suficientes para determinar la exclusión del producto del concurso. Dicha solicitud es atendida el día 3 de mayo de 2012, mediante escrito en el que se indica *“La Mesa Técnica se reitera en lo afirmado en el Informe Técnico: Excluido: poco poder adhesivo en ambos casos, y por consiguiente, no cumple una de las características exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de referencia.”*

**Tercero.-** Frente a la Resolución de exclusión de 12 de abril de 2012, aunque la recurrente fija como fecha la de su notificación el día 18 de abril, la empresa Farmabán SA. (en adelante la recurrente) interpuso recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación, previa la realización del anuncio preceptivo a que se refiere el artículo 44.1 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), con fecha 11 de mayo de 2012 si bien no consta la fecha de presentación del recurso ante el citado órgano. El mismo escrito contenía el anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

El recurso presentado argumenta que no hay motivos para excluir los productos presentados en el lote 5 ya que cumplen todas las especificaciones técnicas del PPT.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, afirma respecto de la oferta base al lote 5 que aunque en el informe técnico solo figura una causa por la que se la excluye, como es la de poco poder adherente, por entender que es motivo suficiente, esta venda contiene látex en su composición incumpliendo otro requisito mínimo general exigido en el PPT, señalando respecto de la oferta variante que *“en las pruebas realizadas con la oferta variante en su momento, y ratificadas por los técnicos componentes de la Mesa de evaluación Técnica, en su mayoría supervisoras de enfermería con muchos años de experiencia y que desempeñan sus funciones en aquellos servicios a los que va destinado el producto, y en base a las muestras presentadas, queda demostrado que, comparada con la venda presentada por la empresa que obtiene mayor puntuación, tiene poco poder adhesivo en ambos casos, y en menor medida la Variante ( Lenoplast Free) habiéndose encontrado las siguientes diferencias: “(...), para a continuación indicar que la venda ofertada por la recurrente tiene 90 gr/m<sup>2</sup> de adhesividad mínimo 75 gr, frente a los 125 gr / m<sup>2</sup> mínimo 90 gr, de la mejor puntuada. Así mismo, añade que la venda ofertada por la recurrente presenta 90gr/m<sup>2</sup> de soporte frente a los 130 a 175 gr/m<sup>2</sup> de soporte de la mejor puntuada, concluyendo que para un mismo nivel de compresión se necesita un 30% más de venda en el caso de la venda de la recurrente y por último respecto del canutillo señala que la oferta de la recurrente tiene 1,8 cm de diámetro, mientras que la mejor puntuada tiene 2,3 cm, con lo que la segunda presenta mejor y más rápida manipulación.*

**Cuarto.-** Con fecha 16 de mayo de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia, sin que se haya presentado escrito de alegaciones por ninguno de los interesados.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Asimismo se acredita la representación con que actúa el firmante del recurso.

**Segundo.-** En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151. (...)”*, añadiendo en su apartado b) que *“Cuando el recurso se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...) el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*

En el presente caso, consta que el Acuerdo de exclusión recurrido se notificó por fax a la recurrente el día 18 de abril de 2012, interponiéndose el recurso el día 11 de mayo de 2012, ya que aunque se remitió por correo el día 7 de mayo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.3 del TRLCPS *“La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”*, siendo

así que la fecha que debe tenerse en cuenta para considerar la presentación en plazo del mismo en el caso de que fuera remitido por correo, es la de su entrada en los órganos indicados. De acuerdo con lo expuesto y sin atender a otro tipo de consideraciones, procedería declarar la extemporaneidad y consiguiente inadmisión del recurso.

Pero no cabe obviar que la recurrente solicitó con fecha 20 de abril, el informe técnico detallado de los motivos por los que el producto presentado fue excluido de la licitación, al considerar que la explicación recibida en el acto recurrido era escueta y no ofrecía argumentos suficientes para determinar la exclusión del producto del concurso. Dicha solicitud es atendida el día 3 de mayo de 2012.

Por lo tanto cabe considerar que es a partir de este momento de remisión de la documentación complementaria a la notificación de adjudicación cuando comienza a correr el plazo de interposición del recurso, que por lo tanto ha de considerarse interpuesto en plazo.

**Tercero.-** El recurso se ha interpuesto contra la resolución de exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación del contrato de suministro de vendas de escayola, elásticas, adhesivas, gasa y mallas elásticas con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón, con un valor estimado de 516.818,26 euros, por tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b), en relación con el artículo 15.1. b) del TRLCSP.

**Cuarto.-** La licitación se rige por lo dispuesto en el TRLCSP, por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RD 817/2009), por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre,(RGLCAP) y por el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003 de

3 de abril (RGCPM).

**Quinto** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en relación al artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso al ser objeto del recurso un acto emanado de un Hospital que se inserta en la Administración Pública autonómica.

**Sexto.-** En cuanto al fondo del asunto el reproche de la recurrente al acto de exclusión se contrae a una sola causa, esto es, a la incorrecta apreciación por el informe de valoración del cumplimiento por parte del producto ofertado de las prescripciones técnicas exigidas en el PPT. Entiende el recurrente que su producto ofrece buenas condiciones de adherencia, tanto la oferta base como la variante, aportando las fichas técnicas correspondientes para acreditar sus condiciones de adherencia, por lo que solicita que se admitan tales productos nuevamente en el proceso de licitación, aunque reconoce que el producto presentado como oferta base, contiene látex.

En este caso el PPT, establece unas características técnicas, que serán valoradas como criterios de calidad, entre 0 y 40 puntos como más arriba hemos indicado, siendo una de ellas la relativa a la adherencia del producto. Señalando como elementos a tener en cuenta para realizar tal valoración la funcionalidad, manejabilidad, resistencia y otras mejoras de calidad del producto.

En todo caso debe señalarse con carácter previo, que aunque sea posible establecer como criterio de adjudicación determinadas características atinentes a la calidad de la oferta, partiendo del cumplimiento mínimo de las prescripciones técnicas previstas en el PPT, es preciso que tales características se expongan en el PCAP y se atribuya a las mismas una puntuación baremada. Se observa que en este caso que el PCAP, atribuye una puntuación a cada oferta en función de la

calidad media del producto comparado con las demás ofertas, por referencia a las características del producto exigidas en el PPT, y estableciendo un baremo relativo a determinadas características como la funcionalidad, manejabilidad y resistencia del mismo, lo que se ajusta a la exigencia de transparencia en la adjudicación, sin perjuicio de que hubiera sido preferible desde la óptica de este principio, el establecimiento previo de un grado medio de calidad exigible, en lugar de hacerlo por referencia a las demás ofertas presentadas.

Sentado lo anterior, y respecto de las alegaciones referidas a los aspectos técnicos de los productos objeto del contrato, este Tribunal, como en resoluciones anteriores (vid. Resolución 6/2011, de 25 de mayo) considera necesario invocar la Jurisprudencia relativa a la discrecionalidad técnica.

Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, en su fundamento de derecho cuarto reconoce *“la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos”* y continua: *“la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado.”* El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 219/2004, de 29 de noviembre, (RTC 2004,219) recuerda lo afirmado en su Sentencia 39/1983, de 16 de mayo en la que sostuvo que la existencia de discrecionalidad técnica *“no supone naturalmente desconocer derechos a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución Española ni el principio de sometimiento pleno de la Administración Pública a la ley y al derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la Jurisprudencia y la doctrina han realizado por que el control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han*



*de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico formulado por un órgano especializado de la Administración y que en si mismo escapan por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente deberán ejercer en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”.*

La doctrina jurisprudencial sentada entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo, de 15 de abril de 1992 (RJ 1992,4049) y 17 de marzo de 1992 (RJ 1992,3283) establece que el control jurisdiccional de las facultades discrecionales solamente se puede producir a través del análisis de los hechos determinantes alegados y probados por la parte recurrente y a la luz de de los principios generales del derecho. Este criterio se manifiesta igualmente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso Administrativo ), de 19 de julio de 2002 (JUR 2002/253473) en relación con la contratación administrativa que remite a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1999, (RJ 1999,2891) donde se reitera que para articular el necesario control sobre los actos de discrecionalidad técnica, la intervención de Tribunales de lo Contencioso Administrativo han utilizado como criterios determinantes: la desviación de poder, la arbitrariedad y el respeto a los principios de igualdad.

Con carácter previo debe señalarse que no puede esgrimirse en este momento procedimental, para sostener el acto de exclusión de la oferta base de la recurrente que el producto ofertado contenía látex, puesto que tal circunstancia no se explicitaba en el acto de notificación, que se limitaba a señalar como causa de exclusión “poco poder adhesivo”, sin que en el informe de valoración se haga tampoco referencia alguna específica a la composición de las vendas, limitándose a indicar “*Excluido. Poco poder adhesivo. No cumple los requisitos exigidos en el PPT*”. No obstante cabría considerar que la referencia genérica del informe al incumplimiento de las prescripciones técnicas se refiere a la presencia de látex en la venda propuesta como oferta base. Si bien ello no implica que se pueda hacer valer

tal circunstancia que no fue objeto de notificación en vía de recurso, puesto que lo contrario supondría generar indefensión a la recurrente, por lo que se recomienda al órgano de contratación que con carácter general se especifiquen todas las causas de exclusión, tanto en los informes de valoración, como en las correspondientes notificaciones.

Sentado lo anterior, procede examinar la valoración técnica efectuada de la oferta de la recurrente desde los anteriores parámetros. En este caso la ficha técnica tanto de las vendas propuestas como oferta base, como de las que conforman la oferta variante (Lenoplast EH y Lenoplast Free), que constan en el expediente administrativo indican que ambas tienen una fuerza adhesiva de mínimo 100 cN/cm y un gramaje adhesivo de 90 +- 15.

Por su parte la ficha del producto mejor clasificado (VEA LF-BSN) señala que tiene un gramaje adhesivo mínimo 90 +-15,( mínimo 75), mientras que en el informe del órgano de contratación, efectuado a los efectos señalados en el artículo 46 del TRLCSP se indica que tienen un gramaje de 125 gr/m2.( mínimo 90). En el informe de valoración incorporado al expediente administrativo, no se explicita el grado de adhesividad o fuerza adhesiva del producto, señalándose de forma genérica, como hemos indicado, “poco poder adhesivo”.

Es cierto que la aportación de muestras permite a los técnicos especializados y habituados a la utilización de los productos, comprobar de primera mano y en el terreno en que van a ser usados, las características técnicas de los productos y su funcionalidad. En este caso parece haber una contradicción o error en la comparación de los productos, puesto que si bien no dudamos que en la comprobación de su funcionalidad con las muestras, los técnicos puedan haber tenido mejor impresión de uno que de otro, lo cierto es que los datos técnicos ofrecidos para justificar la valoración de la oferta adjudicataria, no se corresponden con la ficha del producto aportado con la oferta, por lo que dicha valoración pudiera ser errónea. Todo ello sin perjuicio de la consideración de que el concepto gramaje

adhesivo, no tiene por qué coincidir con el de poder adhesivo, distinción a la que este Tribunal no puede atender en la presente Resolución al no resultar expuesta, ni en el informe de valoración, ni en el informe preceptivo remitido junto con el expediente administrativo.

Además debe indicarse que la apreciación por comparación con la mejor oferta del cumplimiento de la prescripción técnica “buen poder adherente”, no permite a juicio de este Tribunal, la exclusión por incumplimiento de las exigencias del PPT, de la oferta de la recurrente, sin perjuicio de la posibilidad de su puntuación con cero puntos considerando, que el poder adherente es “deficiente”, puesto que de hecho el producto ofertado sí que tiene poder adherente, de acuerdo con las fichas técnicas aportadas por la recurrente.

Por ello este Tribunal considera que procede realizar un nuevo informe de valoración, del lote 5, teniendo en cuenta los datos objetivos que ofrecen las fichas de los productos o justificando la calificación que de la funcionalidad del producto se realiza.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

## **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.C.B., en nombre y representación de la mercantil FARMABAN S.A., contra la Resolución de fecha 18 de abril de 2012, de la Mesa de Contratación por la que se le comunica su exclusión de la licitación del contrato “Suministro de vendas de escayola, elásticas, adhesivas, gasa y mallas elásticas con destino al

Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, lote 5, procediendo a anular la exclusión de la oferta de la recurrente, y realizar un nuevo informe de valoración en los términos indicados en esta Resolución.

**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.-** 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 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 TRLCSP.