

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

En Madrid, a 29 de abril de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Doña M.F.T., en representación de la empresa B. Braun Medical S.A., contra la adjudicación del lote nº 2 del contrato de adquisición de material de antiescaras y hemostático para el Hospital Universitario de Getafe, Expte. PACP 2014-1-1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Hospital Universitario de Getafe convocó licitación para adquisición de material de antiescaras y hemostático mediante procedimiento abierto y criterio único el precio. El valor estimado del contrato asciende a 378.797,80 euros.

Segundo.- La descripción del lote 2, según el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) es:

“Ácidos grasos hiperoxigenados que contengan en su formulación ácido linoléico. Presentación leche/emulsión de aproximadamente entre 60 ml y 100 ml, para prevención de úlceras vasculares y pié diabético. Prevención y tratamiento de úlceras por presión de grado I (compra actual de 100 ml)”.

El 31 de marzo de 2014, el órgano de contratación del Hospital Universitario de Getafe resuelve adjudicar el lote 2 a la empresa Bama-Geve S.L. En fecha 2 de abril de 2014 se remite por correo electrónico la resolución de adjudicación.

Tercero.- Con fecha 22 de abril de 2014 se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones de B. Braun Medical en relación al recurso presentado por Bama-Geve contra la adjudicación del lote 1, en el cual pone de manifiesto el incumplimiento de las prescripciones técnicas de la adjudicataria del lote 2.

Alega que las prescripciones técnicas son muy claras en cuanto se solicita un volumen entre 60 y 100 ml. por lo que entiende que ha habido un error en la valoración de este producto por la Mesa de contratación dado que el producto adjudicado no cumple con el PPT, por lo que Bama-Geve no puede ser adjudicataria de este contrato.

Aunque la petición se incardina dentro de un escrito calificado como alegaciones y no se califica expresamente la solicitud de que se deje sin efecto la adjudicación del lote 2 constituye de forma inequívoca un recurso. A pesar del defecto de forma el escrito de B. Braun de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, procede tramitarlo ante este Tribunal como recurso de manera independiente al del lote 1.

Cuarto.- El escrito se remite al Hospital Universitario de Getafe, que remite una copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP el 25 de abril.

En su informe el órgano de contratación alega que en la descripción del lote 2 que en ningún momento se recibe solicitud por parte de ninguna empresa sobre las razones de la calificación del incumplimiento o no de las distintas ofertas presentadas, por lo que considera que no se produce indefensión.

Afirma que B. Braun no presenta anuncio de interposición de recurso dentro de los plazos legalmente establecidos ni recurso alguno en este sentido.

En cuanto al tamaño del envase manifiesta que en los lotes 1 y 2 Bama-Geve presentó el de 200 ml. Aunque fue excluida del lote 1 donde se solicitaba un tamaño de aproximadamente 30 ml. fue admitida al 2 donde se pedía aproximadamente entre 60 y 100 ml. porque la diferencia en el tamaño en el lote 1 es muy superior a la diferencia de lo exigido en el 2. Además el informe de la Comisión Técnica de úlceras y heridas del Hospital, en el lote 1, confiere al tamaño del envase el carácter de importante debido a la necesidad de portar dicho producto por cada aplicación, por aplicarse a pacientes encamados, mientras que en el caso del lote 2, al usarse en pacientes que acuden a consulta, no es necesario transportar el producto, por lo que, el volumen del envase no es determinante para su uso.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de Bama-Geve S.L. en el que alega que en la descripción del lote 2 se solicita aproximadamente un frasco entre 60 y 100 ml no detallando un baremo de aproximación. La Mesa de Contratación no excluyó el producto ofertado por Bama-Geve S.L. al lote 2, dando por hecho que cumple las características del PPT exigidas. El único criterio de valoración del expediente es el precio, por lo tanto, no hay ningún otro parámetro (ni técnico, ni de envase, ni de servicio, etc.) para valorar los productos que liciten a ese expediente. Señala que visto que en la descripción del lote 2 del PPT no se detalla un baremo de aproximación, presenta en su licitación el frasco de 200 ml. con el que puede ofertar un precio más económico de producto. Entiende, que por la indicación del producto (prevención de úlceras vasculares y pié diabético), dado que la zona de afectación es más amplia, resulta óptimo y práctico disponer de envases de mayor capacidad. Vista la situación económica actual, precisamente Bama-Geve S.L. ha lanzado al

mercado los envases de 200 ml para poder ofrecer un mayor ahorro al mercado hospitalario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de B. Braun Medical S.A. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al lote nº 1 “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”. Siendo la recurrente una de las empresas excluidas de la licitación a este lote, en principio ningún beneficio le podría deparar la posible estimación del recurso, no obstante, siendo la de la adjudicataria la única oferta admitida podría obtener la declaración de desierto del citado lote y una nueva licitación a la que puede optar.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

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) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 31 de marzo de 2014, practicada la notificación el 2 de abril, e interpuesto el recurso el 22 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

En cuanto a la forma de presentación del presente recurso ya manifestó el Tribunal en la Resolución al Recurso 70/2014, interpuesto contra la adjudicación del lote 1 del mismo expediente de contratación que el defecto de forma no impide atribuir al escrito su verdadero carácter y su tramitación como recurso al amparo del artículo 110 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común.

Aunque no se ha formulado el anuncio previo a que se refiere el artículo 44.4 del TRLCSP, tal como opone el informe del órgano de contratación, cabe recordar que el mismo artículo establece la posibilidad de subsanación, antes de determinar su inadmisión. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal considerando que por economía procesal no precede requerir dicha subsanación. La finalidad del anuncio es poner en conocimiento del órgano de contratación la previsión de formulación del recurso a efectos del plazo suspensivo de formalización del contrato y preparación de su informe preceptivo. Carecería de eficacia práctica que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio previo para inmediatamente después de acreditada la corrección de la falta del requisito, solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad de este anuncio se cumple con la reclamación del expediente, que el propio TRLCSP obliga a notificar el mismo día, que ya pone de manifiesto la misma interposición del recurso, lo cual se realizó el día de su presentación, por lo que el conocimiento es inmediato y anterior al inicio del plazo de emisión del informe al recurso y de formalización. No puede considerarse, pues, un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y dictar una resolución sobre el fondo del asunto, sin que ello suponga indefensión material para el órgano de contratación, sino al contrario agilización en la resolución del recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, éste se concreta en determinar si la oferta de Bama-Geve S.L. debió resultar adjudicataria del lote nº 2 o, por el contrario, ser excluida dado que el producto ofertado incumple las condiciones técnicas en cuanto al volumen de presentación del producto exigido.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

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”*.

Por tanto toda oferta que no cumple las prescripciones técnicas debe ser rechazada no procediendo su valoración y así debió obrar la Mesa de contratación.

Cabe recordar que la determinación de las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación y no cabe relativizarlas ni obviarlas durante el proceso de licitación, pues una valoración que no se ajusta a los requisitos que constan en los pliegos es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad al no tratar por

igual ni a los licitadores que presentaron oferta que se valoran dando importancia a unos requisitos y relativizando otros de forma aleatoria, ni a los demás posibles licitadores que al no cumplir la totalidad de las prescripciones exigidas no presentaron oferta desconociendo la posterior omisión de las mismas a la hora de examinar el producto y la aceptación de los que no la cumplen.

En este caso la prescripción técnica objeto de debate relativa al volumen de presentación de los ácidos grasos hiperoxigenados requerido es de aproximadamente entre 60 y 100 ml. Siendo el producto ofertado por Bama-Geve de 200 ml no se ajusta a lo requerido, no se encuentra en el intervalo indicado y excede en un 100% el volumen de presentación solicitado. Evidentemente la presentación en tamaños superiores supone un ahorro de envases que permite minorar el precio, pero la oferta no es comparable con la de los demás licitadores que sí se han ajustado a lo solicitado en los pliegos por lo que su oferta resulta más cara. Para que la comparación se haga en términos de igualdad se ha de hacer con productos que cumplan las mismas características, pues de conocer que se admitirían otros formatos también los hubieran presentado. La decisión sobre el tamaño adecuado, sin perjuicio de su control en cuanto pueda limitar la concurrencia, en cuanto necesario para las necesidades que se tratan de satisfacer con el objeto del contrato corresponde al órgano de contratación, que en este caso las fijó en el intervalo 60-100 ml., no siendo admisible su modificación por los licitadores.

En consecuencia, el incumplimiento de la oferta de Bama-Geve de las condiciones de volumen de presentación exigidas determina que debe anularse la adjudicación efectuada del lote 2 por inobservancia de las prescripciones técnicas.

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 Doña M.F.T., en representación de la empresa B. Braun Medical S.A., contra la adjudicación del lote nº 2 del contrato de adquisición de material de antiescaras y hemostático para el Hospital Universitario de Getafe, Expte. PACP 2014-1-1, debiendo ser excluida la oferta de Bama-Geve S.L., anulando la Resolución de adjudicación.

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 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.