

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

En Madrid, a 10 de julio de 2013.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don E.C.G., en nombre y representación de Cook España, S.A. contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 31 de mayo de 2013, por la que se acuerda la adjudicación del lote 26 del contrato de "Suministro de catéteres, guías e introductores para la Unidad de Arritmias y Hemodinamia Adultos e Infantil del Hospital Universitario Ramón y Cajal" Expte:2013000004, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital, de 29 de noviembre de 2012, en virtud de la delegación de las competencias establecidas en la Resolución de 25 de febrero de 2011, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, en materia de contratación y gestión económico-presupuestaria, en los Gerentes de Atención Especializada, se aprobó el expediente de contratación, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) y se acordó la apertura del procedimiento abierto para la

adjudicación del suministro citado, dividido en 34 lotes, mediante pluralidad de criterios, con un valor estimado de 2.760.082,82 €

La licitación se encuentra sometida a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

El anuncio de licitación se publicó en el DOUE de 23 de enero de 2013, en el BOE de 7 de febrero y en el BOCM de 7 de febrero del citado año.

**Segundo.-** El PCAP, en la cláusula 2, establece el objeto del contrato y dispone que las características de los bienes y la forma de llevar a cabo la prestación por el adjudicatario serán las estipuladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y que el contenido de ambos Pliegos revestirán carácter contractual.

En su Anexo I se encuentran los criterios de adjudicación asignando al precio una ponderación de 70% y a la calidad técnica el 30%.

En cuanto al Pliego de Prescripciones Técnicas, sobre el artículo “catéter balón Angioplastia v/medidas”, establecía las siguientes características:

Catéter de dilatación vascular y valvular de bajo perfil, hombro corto y buena navegabilidad.

Diámetros de balón de 3 a 12 mm.

Longitudes variables de balón de 2 a 10 cm.

Longitudes de catéter de 80 a 135 cm.

Posibilidad de navegabilidad sobre guías de 0,018 y 0,035 pulgadas

**Tercero.-** Al lote 26 concurrieron 9 empresas, entre ellas la recurrente. La Mesa de contratación, en su reunión de 21 de marzo de 2013, procedió a la apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor. El 18 de abril la Mesa realizó la apertura de las proposiciones económicas, dando cuenta previamente de las empresas que cumplían las especificaciones técnicas exigidas en el PPT así como las que no las cumplían.

En el informe técnico de 12 de abril de 2013, consta respecto del producto ofertado por la empresa Cook España, S.A. lo siguiente:

*“ADVANCE 18 LP PTA4*

*- PTA4-18-135-3-4*

*- PTA4-35-135-4-4.0*

*No cumple especificaciones técnicas.*

*Para diámetros de 9 y 10 mm. Aportan longitudes de balón a partir de 3 cm. Se solicita desde 2 cm.”.*

La Mesa de contratación en su reunión de 16 de mayo efectúa propuesta de adjudicación y mediante Resolución del Director Gerente de 31 de mayo de 2013 se adjudica el lote 26. La notificación de la adjudicación a la recurrente fue practicada el día 6 de junio.

**Cuarto.-** La empresa Cook España, S.A. presentó ante el órgano de contratación recurso especial contra la adjudicación el día 24 de junio.

El recurso tiene por objeto la impugnación de la adjudicación del lote 26 por haber sido excluida la recurrente de la licitación, al presentar para diámetros de 9 y 10 mm. longitudes de balón a partir de 3 cm. y se solicita desde 2 cm. En su escrito alega que lo exigido en el PPT quiere decir que los licitadores deben presentar 990 catéteres, uno por cada longitud variable de balón, que va de 2 a 10 cm., que multiplicado por cada longitud de catéter de 80 a 35 cm. y por dos tipos de pulgadas, supone que los licitadores que concurren a ese lote 26 han de presentar

9.900 catéteres diferentes. Entiende que las licitadoras que no han sido excluidas no cumplen las prescripciones técnicas, invoca el principio de igualdad de trato y solicita se declare no ajustada a derecho la exclusión del lote 26 y se retrotraigan las actuaciones hasta el momento oportuno para valoración de la proposición presentada por la empresa.

**Quinto.-** Con fecha 3 de julio de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación del lote 23, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

**Sexto.-** El órgano de contratación remite el expediente al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 26 de junio de 2013 junto con el informe preceptivo sobre el recurso.

En su informe relaciona los trámites seguidos en el expediente y sobre el fondo del recurso se remite al informe emitido el 27 de junio por la Jefe del servicio de Cardiología Pediátrica que reitera el incumplimiento de la oferta de la recurrente afirmando que *“faltaban balones de 2 cm. de longitud en las medidas de 9 y 10 mm. de diámetros de balón; dado que precisamente el balón de 2 cm. de longitud y 9 ó 10 mm. de diámetro es uno de los más utilizados para la angioplastia de los pacientes pediátricos, y que la utilización de balones de 3 cm. en lugar de los de 2 cm., cuando está indicado utilizar los de 2 cm., puede derivar en complicaciones, se consideró que la oferta de Cook España no cumplía con las especificaciones técnicas requeridas para el lote 26 de este concurso”*.

El órgano de contratación finaliza concluyendo que en consecuencia, y en todo caso, de acuerdo con lo anterior considera que salvo mejor criterio debería desestimarse el Recurso presentado por la empresa Cook España SA, respecto del lote 26.

**Séptimo.-** El Tribunal dio 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.

Dentro del plazo concedido no se presentaron alegaciones

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa para interponer recurso especial así como la representación de quien formula el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.4.a) del TRLCSP.

También queda acreditado que el recurso se interpuso contra la Resolución de 31 de mayo de 2013, por la que se adjudica el lote 26 por haber sido excluida la recurrente de la licitación.

Entre los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, el artículo 40.2.b) del TRLCSP enumera:

*“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.*

Sobre el acto de exclusión por la Mesa de contratación ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, lo que permitiría que comenzara a contar el plazo para la interposición del recurso especial desde que el interesado tuviera conocimiento de su exclusión.

El artículo 151.4 del TRLCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, lo que permite al licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4 del TRLCSP obliga a concluir que la Ley ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordadas por las Mesas de Contratación, contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario. Así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, éste puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado y también lo comparte este Tribunal que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con inclusión de la posibilidad de interposición de recurso ajustado a lo dispuesto en el artículo 44 del TRLCSP.

El recurso se interpone contra un acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento de un contrato de suministro sujeto a

regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo previsto en el artículo artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

**Segundo.-** La obligación de anunciar previamente la interposición del recurso establecida en el artículo 44.1 del TRLCSP, se considera subsanada al haberse interpuesto el recurso ante el órgano de contratación.

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. La exclusión no consta que se notificase formalmente a la empresa, lo que hubiera determinado el inicio del cómputo del plazo para interposición del recurso y su consideración como extemporáneo. La recurrente manifiesta haber tenido conocimiento de la exclusión al notificarle la adjudicación, encontrándose en desacuerdo con la causa de exclusión.

Según lo expuesto en el fundamento anterior, el plazo de interposición del recurso se computa desde que el licitador haya tenido conocimiento de la exclusión, y por ello se admite la posibilidad de interponer recurso contra la exclusión a partir de la notificación de la adjudicación momento en el que la recurrente conoce las causas de exclusión.

Por tanto el recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el día 31 de mayo de 2013, practicada la notificación el día 6 de junio e interpuesto el recurso el día 24 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de remisión de la notificación, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Tercero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Cuarto.-** El recurso se basa en la consideración de haber sido excluida indebidamente la oferta de la empresa y que el incumplimiento del PPT que se le achaca podría haberse producido en otras ofertas presentadas a este lote que no fueron excluidas.

Sobre las cuestiones de fondo del recurso procede analizar los incumplimientos en que se basa la exclusión, las alegaciones de la recurrente y los informes del servicio técnico y del órgano de contratación en relación con las prescripciones técnicas establecidas en el PPT y la documentación aportada por la recurrente en su oferta.

En primer lugar el recurso se centra en afirmar que el incumplimiento de las prescripciones técnicas de lote 26, motivo de su exclusión, no ha sido considerado por el órgano de contratación de forma igual para los licitadores de este lote. La recurrente hace referencia a la obligatoriedad de los licitadores de acomodar sus ofertas a lo establecido en los Pliegos, que se configuran como la Ley del contrato. Invoca la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en cuanto a que uno de sus fines es garantizar, entre otros, el principio de no discriminación e igualdad de trato, que el artículo 139 recoge al referirse a la adjudicación de los contratos, y el trato igualitario y no discriminatorio que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos, debiendo ajustar su actuación al principio de transparencia.

Considera que este principio significa, que las prescripciones técnicas de los contratos han de estar establecidas en el PPT y han de ser cumplidas por igual por quienes concurren a la contratación, y aplicadas a todos de la misma manera. Afirma: *“Que las proposiciones que presenten los licitadores que incumplan esas prescripciones deben ser excluidas del procedimiento de adjudicación, siendo esta una cuestión insubsanable.*



*El cumplimiento o incumplimiento de las prescripciones técnicas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas se convierte, pues, en una cuestión jurídica, que no da lugar a discrecionalidad técnica.”*

Expone que respecto del lote 26, cuyas características técnicas reproduce que son las antes trascritas en la exposición de los antecedentes, el Informe Técnico motiva la exclusión *“porque no cumple con las especificaciones técnicas: para diámetros de 9 y 10 mm. aporta longitudes de balón a partir de 3 cm., y se solicita desde 2 cm., siendo igualmente por el mismo motivo excluida otra licitadora Cardiolink; y otras cinco también son excluidas porque solo presentan guías o bien de 0,018 o bien de 0,035 pulgadas, y no las dos”*.

Añade que si se excluye a la empresa porque para los diámetros de 9 y 10 mm. no aporta longitud de balón de 2 cm., ello quiere decir que los licitadores que concurren al lote han de presentar 9.900 catéteres diferentes.

Seguidamente aclara este extremo exponiendo que: *“Para los de diámetro de balón 3 mm., los licitadores habrán de presentar un total de 990 catéteres: uno por cada longitud variable de balón que va de 2 a 10 cm. (puesto que al poner el PPT la característica de longitudes variables de balón de 2 a 10 cm., y siguiendo con el razonamiento que consta en el Informe Técnico, deberían presentar los licitadores un catéter por cada longitud de balón que va de 2 a 10 cm.), multiplicado por 55 (uno por cada longitud de catéter que va de 80 a 135 cm.) y multiplicado, a su vez, por 2 (al deber ser de dos tipos de pulgadas las guías: 0,018 y 0,035 pulgadas)”*.

Siguiendo con este criterio, concluye que cada licitador que concorra al lote deberá ofertar un total de 9.900 catéteres, teniendo cada uno de éstos diferentes medidas. Considera tal obligación irracional y alega que *“es seguro que ninguna de las empresas que han concurrido al Lote número 26 han presentado ese número de catéteres; es más, seguramente en el mercado no haya ninguna empresa que tenga ese número de productos”*.

(...) Continua: *“y todos los catéteres ofertados por mi representada a ese Lote número 26 cumplen todas esas características, por lo que su exclusión por ofertar longitud de balón a partir de 3 cm. y no de 2 cm. en los de diámetro de 9 y 10 mm. es contraria a las características fijadas en el PPT”.*

Seguidamente reitera el carácter de *lex contractus* del PCAP y del PPT, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en este sentido, deben ser aplicadas las prescripciones por la entidad convocante a todos los licitadores de la misma manera, que no han sido igualmente aplicadas entre los licitadores que concurriendo a ese lote no han sido excluidos y se ha excluido a la recurrente por un literalismo excesivo y no igualitario en la interpretación de las prescripciones técnicas del lote 26.

Finalmente expone que *“posiblemente, tal como están reflejadas las características técnicas del lote número 26 en el PPT, éstas no sean las más acertadas, pero son las que son dado que nadie las ha impugnado previamente, por lo que, tal como hemos dicho, la entidad contratante las deberá tener plenamente en consideración y su aplicación deberá ser igualitaria y no discriminatoria para todos los licitadores.”*

Solicita se realicen las actuaciones oportunas y se declare la nulidad de la Resolución, de 31 de mayo de 2013, del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de Madrid, por la que se acuerda la adjudicación del Lote 26 y se retrotraigan las actuaciones al momento oportuno para la valoración de la proposición presenta por Cook España, S.A. a ese lote.

El informe del órgano de contratación sobre el fondo del recurso propone la desestimación remitiéndose al informe de 27 de junio de 2013, de la Jefe del Servicio de Cardiología Pediátrica del Hospital, que copia literal, en el que se informa que las características establecidas en el PPT no las cumplía la oferta de la recurrente para el lote 26, ya que en la oferta de balones que presentó faltaban los

de 2 cm. de longitud en las medidas de 9 y 10 mm. de diámetros de balón, que dicho balón es uno de los más utilizados para la angioplastia de los pacientes pediátricos, y la utilización de los de 3 cm. puede derivar en complicaciones, por lo que se consideró que la oferta no cumplía con las especificaciones técnicas requeridas para el lote 26.

El artículo 115 del TRLCSP dispone que los PCAP contienen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y en este caso la cláusula 1 del PCAP dispone expresamente que *“las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en su correspondiente de prescripciones técnicas particulares”*. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo reitera el carácter de ley del contrato que tienen los pliegos y cuyo contenido vincula a ambas partes.

Sobre el contenido del PPT, como la propia recurrente manifiesta los Pliegos no fueron impugnados por lo que las partes se encuentran obligadas a su cumplimiento y el PPT establecía las características técnicas que el producto del lote 26 debía cumplir.

No obstante el Tribunal considera, en relación con el número de productos que el PPT exige ofertar, que procede recordar que si bien el contenido de dicho Pliego es competencia del órgano de contratación, cumpliendo lo establecido en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debe permitir el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo manifestada en Sentencias de 14 de mayo, 26 de septiembre y 30 de octubre de 1990 ( RJ 1990, 4905 y 7558) donde dice (...) *la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, doctrina ésta ya fijada en las Sentencias de 24 noviembre 1987 ( RJ 1987, 8240) y 15 marzo*

1988 ( RJ 1988, 2293)".

El Tribunal sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas que dieron lugar a la exclusión de la oferta, observa que de la documentación por ella presentada y del propio contenido del escrito del recurso, resulta acreditado que no cumplía la prescripción contenida en el PPT al no ofertar balones de 2 cm. de longitud en las medidas de 9 y 10 mm. de diámetros de balón, como pone de manifiesto el informe técnico de 27 de junio. De ello resulta que efectivamente se incumplía dicha característica y que el incumplimiento de lo exigido en el PPT implica la exclusión de la oferta sin que pueda ser objeto de valoración.

La misma recurrente reconoce el carácter insubsanable de estos incumplimientos al afirmar textualmente en su escrito *“Que las proposiciones que presenten los licitadores que incumplan esas prescripciones deben ser excluidas del procedimiento de adjudicación, siendo esta una cuestión insubsanable”*.

En cuanto a lo alegado en el recurso sobre el incumplimiento de las ofertas de otras empresas, son meras presunciones que no acreditan la existencia de tales incumplimientos y sobre ello el Tribunal estima, que en este caso cabe aplicar lo previsto en el artículo 1.214 del Código Civil, que establece el principio que incumbe la carga de probar los hechos a quien ejercita la pretensión y en este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de Tribunal Supremo de 27 de enero de 1995, Sala 3ª Sección 5ª. En el ámbito procedimental el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil sobre carga de la prueba dispone: *“Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas a ello aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”*.

Por otra parte tales incumplimientos, en caso de haber existido, no alterarían la constatación del incumplimiento de la oferta de la recurrente que justifica su

exclusión.

**Quinto.-** En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal aprecia que las especificaciones exigidas en el PPT tienen por objeto el suministro de productos que cumplan con el fin de interés público perseguido en el contrato, su incumplimiento, admitido por la recurrente, en cuanto que no presentaba balones de 2 cm. de longitud en las medidas de 9 y 10 mm. de diámetros de balón, y que dicho balón según la Jefe del Servicio de Cardiología Pediátrica es uno de los más utilizados para la angioplastia de los pacientes pediátricos, la oferta fue rechazada justificadamente sin que procediese acceder a la fase de valoración de los criterios de adjudicación.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

### **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don E.C.G., en nombre y representación de Cook España, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 31 de mayo de 2013, por la que se acuerda la adjudicación del lote 26 del contrato de "Suministro de catéteres, guías e introductores para la Unidad de Arritmias y Hemodinamia Adultos e Infantil del Hospital Universitario Ramón y Cajal" Expte: 2013000004.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática del expediente, respecto del lote

26 prevista en el artículo 45 del TRLCSP y mantenida por acuerdo del Tribunal de 3 de julio de 2013.

**Cuarto.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.