

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

En Madrid, a 1 de octubre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don J.T.S., en nombre y representación de la empresa Biomerieux España, S.A., contra la Resolución del Gerente del Hospital Universitario La Paz, de fecha 21 de agosto de 2014, por la que se acuerda la adjudicación del Lote 6 del contrato convocado para el “Suministro de reactivos de diagnóstico, discos y tiras de antibiótico para el Laboratorio de Microbiología del Hospital Universitario La Paz” Expediente nº 2014-0-45, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 21, 31 de mayo y 2 de junio de 2014, se publicó respectivamente en el DOUE en el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 280.780,10 euros, dividido en 6 lotes a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio único, precio.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato que el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares establece en la Cláusula 1.1:

“Definición del objeto del contrato:

Este contrato tiene por objeto la adquisición de Material Laboratorio: Reactivos de diagnóstico, discos y tiras de antibiótico para Laboratorio de Microbiología, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

División en lotes: SI.

Número y denominación de los lotes: SEIS LOTES (Ver Pliego de Prescripciones Técnicas).

Número máximo de lotes a que los empresarios podrán licitar: Se puede ofertar a uno o varios o todos los lotes del contrato. La oferta debe realizarse para el lote completo.

Código CPV: 33696500.

Ampliación a un número mayor de unidades por la baja de adjudicación: SI”.

En cuanto a los requisitos de los productos a suministrar, para el lote 6 el Pliego de Prescripciones Técnicas determina:

“Tira de antibiótico estándar p/cuantificación de susceptibilidad antimicrobiana p/determinar cim (concentración mínima inhibitoria). El licitador deberá adjuntar en su oferta técnica relación detallada de todas las tiras que incluye su oferta y deberá ofertar tiras de todos los antibióticos comercializados.

Unidad Medida: Unidad.

Precio máximo unitario IVA incluido: 2,6700 euros.

Cantidad para 24 meses: 6.160.

Importe estimado IVA incluido:16.447,20 euros”.

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

Tras los trámites oportunos la Mesa elevó propuesta de adjudicación al órgano de contratación que dictó Resolución de adjudicación el día 21 de agosto de

2014, a favor de la empresa Tec-Laim, S.A., por ser la económicamente más ventajosa.

Dicha Resolución fue notificada a la recurrente con fecha 3 de septiembre de 2014.

El 15 de septiembre de 2014 tiene entrada en el Tribunal, escrito de Biomerieux España, S.A. mediante el que interpone recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato, de conformidad con el artículo 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público, en adelante TRLCSP.

En el recurso se solicita que se declare nula la adjudicación del lote 6 al considerar que la empresa adjudicataria incumple lo establecido en el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas al no haber presentado oferta la adjudicataria por la totalidad del lote sino por una cantidad inferior de las unidades establecidas en los Pliegos. La adjudicación se ha hecho en consecuencia por un importe menor que el reflejado en la oferta económica de Tec-Laim S.A. El resto de unidades del lote se habían ofertado a un precio unitario diferente y que excede del de licitación por lo que la empresa debió ser excluida y no como hace el órgano de contratación, simplemente rechazar ese precio y unidades y adjudicar únicamente el primero de ellos que es inferior a las 6.160 unidades del PPT.

Tercero.- Con fecha 24 de septiembre de 2014 se remite a este Tribunal el expediente administrativo, aportando el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el indicado informe el órgano de contratación manifiesta que las unidades ofertadas por la adjudicataria son inferiores a las fijadas en el PPT pero que se trata de un contrato de suministro en el que las cantidades son orientativas, siendo determinante el precio unitario ofertado, que es menor del que ofertó la recurrente.

Consideran que el único criterio de adjudicación es el precio y por fuerza tiene que ser el precio unitario ofertado.

Cuarto.- Con fecha 24 de septiembre se concedió a la empresa adjudicataria trámite de audiencia, habiendo presentado escrito en el que reconoce que la adjudicación ha sido por 6.100 tiras y que el precio unitario ofertado fue el más bajo. Por otro lado ofrece suministrar los dos envases de 30 tiras sin cargo para completar la cantidad establecida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de Biomerieux España, S.A., para la interposición del recurso al 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), habiendo quedado clasificada en segundo lugar su oferta.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 280.780,10 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la Resolución de adjudicación se produjo el 3 de septiembre por lo que el recurso presentado el día 15 de septiembre, se interpuso en plazo.

Cuarto.- 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 recurso considera que la oferta presentada no comprende todas las unidades exigidas para el lote por lo que no se ha cumplido la exigencia del PCAP de licitar por el lote completo, por otro lado la adjudicación se ha hecho por un importe inferior al que resultaría de aplicar el precio unitario ofertado a las 6.160 unidades del lote sino en realidad a un número inferior (6.100). En consecuencia considera la recurrente que su oferta, aún siendo superior en precio unitario, como se refiere a las 6160 unidades da un total inferior al ofertado por Tec-Laim al lote completo ya que ofertaba dos precios unitarios uno para las 6.100 unidades y otro para las 60 restantes.

“Así se desprende de la Resolución de Adjudicación, en la que el importe que figura es el resultante de aplicar el precio unitario ofertado por TEC-LAIM, S.A. al número de 6.100 unidades (14.763,00 euros + I.V.A., esto es, 16.238,20 euros). De esta manera, se adjudica el contrato en clara contravención de lo dispuesto en los pliegos, en los que se solicitaba un número de unidades mayor al que cabe deducir de la adjudicación que por el presente se impugna”.

“En el presente caso, por tanto, en aras de poder aplicar los criterios de valoración en términos de igualdad a todos los licitadores, la oferta presentada por TEC-LAIM, S.A., al incluir dos referencias cuya suma alcanza el número de unidades solicitado, debió evaluarse aplicando tal suma, de manera que el precio que tuvo que ser considerado es el anteriormente indicado: 14.942,00 euros I.V.A. no incluido.

Si se aplica el I.V.A. a dicho importe resulta la cantidad de 16.436,00 euros, importe que no coincide con el consignado en la resolución de adjudicación y que además es superior al ofertado por mi representada, razón por la cual no resulta ajustada a derecho la adjudicación del Lote 6 a TEC-LAIM, S.A”.

Por todo ello concluye que la oferta debió ser rechazada por la mesa o en su caso considerar el precio total ofertado por las 6.160 unidades, en cuyo caso no podría ser adjudicataria por no ser la económicamente más ventajosa.

Como es sabido, los Pliegos 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.

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.

Igualmente debe tenerse en cuenta la regulación del contrato de suministro que según lo establecido por el art.9 a) del TRLCSP comprende: *“Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario”*.

Sentado lo anterior debe considerarse si la oferta para el lote en cuestión cumple las exigencias de los Pliegos.

Resulta acreditado en el expediente que la oferta económica de Tec-Laim presenta dos productos, uno para 6.100 test, en envases de 100, con precio unitario, sin IVA, de 2,42 euros y otro para 60 test, en envases de 30, con precio unitario de 3,00 euros.

La oferta totaliza el importe sumando las dos cantidades resultantes de multiplicar el precio unitario por las unidades, por lo que total de la oferta es 16.436,20 euros, sin IVA.

El órgano de contratación en su informe manifiesta lo siguiente:

“1. Que efectivamente, el importe de adjudicación del Lote 6, a la mercantil TEC-LAIM, S.A. se corresponde con las cantidades indicadas por la recurrente, al precio unitario de 2,42 euros, sin IVA, (2,662 euros, IVA incluido) por la cantidad de 6.100 test.

Que no se tuvo en consideración la segunda oferta formulada por TEC-LAIM, S.A. a un precio superior, ya que, a los efectos tendría que ser tenida como variante, sin que las mismas estuvieran admitidas en el procedimiento, y por lo tanto tiene que ser rechazada, conforme al artículo 147 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

2. Que dicho precio unitario es inferior al ofertado por la recurrente, que hizo constar un precio unitario de 2,4220 euros, sin IVA (2,6642 euros, IVA incluido).

3. Que de ningún modo se ha comparado la oferta presentada por la adjudicataria para 6.100 unidades con la oferta presentada por la recurrente para 6.160 unidades.

Como se puede deducir de una simple operación matemática, la oferta económicamente más ventajosa, considerando que en el procedimiento regía como único criterio de adjudicación el criterio precio, una vez cumplidos los requisitos técnicos, es la presentada por la que resultó adjudicataria, la mercantil TEC-LAIM,

S.A., dado que su precio unitario es inferior al ofertado por la recurrente, desechada, como queda dicho más arriba, la variante ofertada”.

En primer lugar conviene destacar que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781).

En este caso, la oferta de Tec-Laim oferta dos productos para completar el lote con distintos precios unitarios y distintas cantidades a suministrar, el órgano de contratación interpretó que se trataba de dos ofertas y que la segunda era una variante, prohibida por el Pliego.

Pero del documento de oferta económica presentado no se deduce tal consideración puesto que en ningún momento se ha expresado que se trate de dos ofertas independientes al lote y además la oferta contiene un precio total que es la suma de ambas cantidades de manera que la oferta es única y así debe considerarse.

Cabe mencionar que el artículo 145 del TRLCSP recoge que “1. *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.*

Por lo tanto la mesa debió considerar la oferta en su totalidad, es decir, los precios unitarios de los dos productos y el total ofertado, sin admitir uno y rechazar otro según su criterio.

En ese caso, al no estar permitidas variantes, no cabe más opción que rechazar la oferta.

Cuestión distinta, aunque relacionada, es si el órgano de contratación puede adjudicar el suministro por una cantidad de unidades inferior a la indicada en el PCAP, considerando que esa cantidad es orientativa y no vinculante y que lo esencial es el precio unitario ofertado, al amparo de lo establecido en el art. 9 a) del TRLCSP.

Este Tribunal discrepa de la anterior interpretación por los siguientes motivos:

De conformidad con el art. 9 a), la cantidad a suministrar establecida en los Pliegos, no es vinculante para el órgano de contratación que efectivamente puede, según las necesidades, no agotar la misma y en ese sentido no tiene la consideración de cantidad total.

Sin embargo, sí es vinculante para los licitadores que tienen que comprometerse en sus ofertas a suministrar ese máximo previsto, caso de ser requeridos, a los precios unitarios que constan en su oferta. La oferta es un compromiso de suministro de un total de unidades, independientemente de que al final del contrato no haya sido necesario suministrar ese número previsto o que debido a las bajas de la licitación puedan finalmente suministrarse más unidades con cargo al presupuesto del contrato.

Cualquier interpretación distinta significaría dejar el cumplimiento del contrato en manos del adjudicatario, que podría ofertar cantidades inferiores a las previstas y cuando se agotasen no estaría obligado a mantener el precio de adjudicación para las siguientes.

Esto nos lleva considerar que la adjudicación del lote por un importe distinto al que aparece en la oferta económica presentada, correspondiente a un número

inferior de unidades de las fijadas en el PPT, supone una vulneración de las disposiciones del TRLCSP y por lo tanto el recurso debe estimarse y anularse dicha 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don J.T.S., en nombre y representación de la empresa Biomerieux España, S.A., contra la Resolución del Gerente del Hospital Universitario La Paz, de fecha 21 de agosto de 2014, por la que se acuerda la adjudicación del Lote 6 del contrato convocado para el “Suministro de reactivos de diagnóstico, discos y tiras de antibiótico para el Laboratorio de Microbiología del Hospital Universitario La Paz”, anulando la adjudicación recaída debiendo ser excluida la oferta de Tec-Laim S.A., y previas las actuaciones a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP se adjudique el contrato a la oferta que cumpliendo los requisitos técnicos resulte mejor clasificada.

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.- Levantar la suspensión acordada el 17 de septiembre de 2014.

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.