

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

En Madrid, a 22 de febrero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Medical, S.A., contra la Resolución de adjudicación por la que se excluye a la recurrente de la licitación de los lotes 8 y 9 del contrato denominado “Suministro de medicamentos antineoplásicos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, expediente número 2016-0-85, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 18 de octubre de 2016 se publicó en el BOCM, el 20 de octubre en el BOE y 30 de septiembre en el perfil de contratante, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en treinta lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, todos ellos objetivos. El plazo de ejecución es de doce meses con posibilidad de prórroga por otro periodo de igual duración. El valor estimado del contrato asciende a 2.500.078,09 euros, pudiendo los empresarios licitar a uno o a todos los lotes.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en su punto 4 relativo

a las “características del suministro” requiere entre otras condiciones:

“ La entrega del suministro se hará de acuerdo con las programaciones que establecerá el Servicio de Farmacia correspondiente de cada Hospital.

- *Compromiso de colocación del pedido, una vez recepcionado, en la zona específica de almacenamiento dentro del Servicio de Farmacia.*

- *Los productos tendrán, al menos, el margen de caducidad establecido por la legislación vigente.*

- *Plazo máximo de entrega: 48 horas desde el envío del pedido al proveedor. Compromiso de servicio de entrega urgente en un plazo de 24 h desde el envío del pedido.*

- *Los medicamentos termolábiles deberán transportarse debidamente acondicionados de forma que se impida la rotura de la cadena de frío e incluir un sistema indicador de temperatura que en la recepción permita verificar que la temperatura se ha mantenido en el rango adecuado”.*

Por otra parte el PCAP en su cláusula 1.15, en relación con las condiciones de entrega estipula que: “Las entregas se realizarán en el **SERVICIO DE FARMACIA. Sótano 1 de la Residencia General del Hospital Universitario “12 de Octubre” - Avda. de Córdoba s/nº Madrid.**

- *Las entregas se realizarán de forma parcial según necesidades del Hospital una vez efectuada la petición.*

- *Las entregas programadas, se ajustarán a las fechas especificadas en el pedido.*

- *Las entregas no programadas se efectuarán dentro de un plazo máximo de 48 horas desde la fecha del envío del pedido.*

- *Los pedidos calificados como urgentes serán suministrados en un máximo de 24 horas desde la fecha del envío del pedido”.*

La licitadora presentó oferta al lote 8 “Agua estéril para inyección 10 ml ampolla de plástico” y al lote 9 “Cloruro sódico 0,9% 10 ml ampolla de plástico”. A estos lotes presentaron ofertas dos licitadores, la recurrente y Fresenius Kabi España, S.A.U., que ha resultado adjudicataria.

Tercero.- El 7 de diciembre de 2016 se reúne la Mesa de contratación y acuerda respecto de la oferta presentada por B. Braun Medical, S.A., “*excluirla técnicamente*”.

El acta de la Mesa fue publicada en el perfil de contratante el 23 del mismo mes. Habiendo solicitado el recurrente, primero por correo electrónico y luego por escrito ante el registro del órgano de contratación, el motivo de su exclusión, se le notificó el 23 de enero que el motivo de exclusión técnica de la proposición presentada a los lotes 8 y 9 es, en ambos casos, que “no aporta compromiso de condiciones de suministro”.

El 27 de enero de 2017 se publica en el perfil del contratante y se envía por fax la Resolución por la que se adjudica el referido contrato en la que se especifica los licitadores excluidos y motivos de la exclusión: “*No aporta compromiso de condiciones de suministro*”.

Cuarto.- Con fecha 6 de febrero de 2017, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de los lotes 8 y 9.

El recurso alega la incorrecta exclusión de la oferta de la recurrente a dichos lotes ya que “*No se especifica en ningún momento ni en el Pliego Administrativo como en el Técnico que sea causa de exclusión no aportar Compromiso del suministro en las condiciones establecidas en el Pliego, considerando que existe cierta ambigüedad en éste sentido*” y “*significativo que muchos licitadores queden excluidos por el simple hecho de no aportar un compromiso*”, y que siendo posible la subsanación debió ser requerido para ello. Por lo que solicita la nulidad del Acuerdo de exclusión y del acto de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones al momento de valoración de las ofertas.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el 13 de febrero de 2017, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto

refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Sexto.- Con fecha 15 de febrero de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los restantes interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiéndose recibido las formuladas por Fresenius Kabi España, S.A.U., que se opone al recurso y solicita la desestimación confirmando la procedencia y validez de la Resolución de adjudicación. Considera necesaria la declaración expresa de compromiso de cumplimiento de las condiciones de ejecución del suministro y comparte con el órgano de contratación que la subsanación solo está prevista en la ley para la documentación administrativa.

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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa 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 a los lotes 8 y 9 *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al resultar excluida del procedimiento.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que este se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso especial al amparo del artículo 40.1a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 23 de enero de 2017, practicada la notificación el 27 del mismo mes e interpuesto el recurso el 6 de febrero de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la oferta de B. Braun Medical, S.A., debió ser admitida a la licitación de los lotes 8 y 9, por considerar que *“La omisión del compromiso no hace inviable la oferta, debiendo ser considerada a lo sumo, como un defecto que puede ser objeto de aclaración o subsanación ya que en ningún momento se menciona en los pliegos que la ausencia de dichos compromisos sea causa de exclusión del licitador”*.

La recurrente sostiene que sin modificar en absoluto el contenido de la oferta se hubiera podido subsanar el cumplimiento del compromiso de colocación del suministro, conforme establece el art 56.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y según doctrina de este Tribunal manifestada en su Resolución nº 168/2015.

Por su parte el órgano de contratación defiende lo actuado señalando que según lo establecido en la cláusula 12, el apartado B) SOBRE Nº 2 “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA” del PCAP, y dentro del marco legal establecido en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, el licitador debe acreditar de manera documental y fehaciente, los requisitos exigidos en el PPT, para su posterior valoración por los técnicos encargados de elaborar el correspondiente informe técnico para la Mesa de Contratación, por cualquier medio que se considere adecuado. Y el apartado 4 “Características del Suministro” del PPT, contiene 12 requisitos que no han sido

acreditados en modo alguno por el licitador recurrente al que la Ley y el Pliego le permitía acreditarlos *“por cualquier medio que se considere adecuado”*. Es por ello que tras ponerse de manifiesto en el Informe Técnico, este licitador fue excluido, porque debió aportar el correspondiente compromiso/declaración sobre su cumplimiento y forma de llevarlo a cabo, respecto de cada uno de los 12 requisitos exigidos. En el informe emitido por el Jefe de Servicio de Farmacia del Hospital se considera que no basta el mero hecho de la aceptación de los Pliegos en el momento de licitar mediante la firma de la instancia de presentación de la oferta con la manifestación expresa de la conformidad a las condiciones del pliego por parte del licitador, para garantizar que todas esas especificaciones se cumplen. De hecho, la experiencia en diferentes concursos, e incluso en este que es objeto del recurso, ha mostrado que algunos laboratorios presentan sus ofertas a pesar de que sus productos incumplan especificaciones tan relevantes como las referidas a presentación o identificación. El Servicio de Farmacia considera que no menos importante que la garantía del cumplimiento de las características técnicas de los lotes ofertados es la de las características de suministro que aparecen también en el PPT, y que están motivadas en poder adecuar los sucesivos pedidos al adjudicatario a las necesidades reales del Hospital y consiguientemente reducir el inmovilizado. La garantía de cumplimiento por el licitador de todas las características del suministro exigidas en el PPT debe estar documentada con un compromiso explícito, que incluya todas las recogidas en el pliego o bien con compromisos específicos para cada una de ellas. Respecto a la alegación que hace el recurrente sobre que antes de su exclusión, debería de habersele conferido plazo de subsanación, el informe del órgano de contratación indica que la normativa de aplicación sólo recoge dicha posibilidad de subsanación en los supuestos de defectos observados respecto de la documentación que deba incluirse en el sobre nº 1 de documentación administrativa.

El escrito de alegaciones de Fresenius Kabi España, S.A.U., mantiene que el Pliego regulador del procedimiento resulta lo suficientemente claro y explícito a la hora de indicar los elementos que precisan de un pronunciamiento específico por parte de los licitadores. Las “Características del Suministro” relacionadas en el apartado 4 del PPT no dependen de unos estándares técnicos prefijados sobre la

base de un sistema producción en serie como ocurre con los medicamentos ofertados que son objeto de suministro, sino que suponen una ordenación voluntaria de medios personales y organizativos que cada empresa debe acreditar y en su caso estar dispuesta a asumir o no como parte de su oferta por medio de la acreditación correspondiente. Tales aspectos no pueden dejarse al arbitrio de la interpretación que de los mismos haga cada laboratorio, sino que por su vital importancia se impone por lógica, un pronunciamiento expreso sobre el nivel de cumplimiento por parte de los licitadores.

La exclusión del recurrente aunque ha sido calificada como “técnica” no se fundamenta en el incumplimiento de las condiciones requeridas, sino en un defecto formal consistente en no aportar una declaración de compromiso que, por otra parte, no se especifica en qué sobre debía incluirse, aparte de requerirse en el PPT como contenido obligatorio para la realización de la prestación por el adjudicatario.

Si bien es cierto, que el artículo 160 del TRLCSP permite solicitar informes para verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego, esto no puede llevarse a extremos de exigir documentación no prevista en los pliegos ni se puede pretender verificar el cumplimiento de obligaciones que se corresponden con la fase de ejecución del contrato. Una cosa es comprobar que el producto y/o servicio ofrecido se ajusta a los requerimientos técnicos y la procedencia de exclusión de aquellas ofertas que no se adecúan a lo requerido para satisfacer las necesidades del órgano contratante y otra cosa es pretender verificar el cumplimiento de obligaciones cuyo cumplimiento se demora a la fase de ejecución contractual.

En este caso debemos señalar que, tal como sostiene la recurrente, ningún precepto de los pliegos indica que deba incluirse una declaración expresa asumiendo las condiciones de suministro. El apartado 4 del PPT recoge entre otras condiciones de ejecución del contrato, el compromiso de colocación del pedido, una vez recepcionada, en la zona específica de almacenamiento del Servicio de Farmacia; que la adjudicataria aceptará la devolución en caso de ser rechazada alguna de las entregas; o que los productos tendrán, al menos, el margen de caducidad establecido

por la legislación vigente. Todas estas obligaciones se asumen por la mera formulación de oferta sin que sea necesaria ninguna declaración enumerativa de cuáles son las que se asumen o cuáles no. Al efecto consta en el modelo de oferta económica que *“don (...) enterado de las condiciones, requisitos y obligaciones establecidas en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente (...) se compromete a tomar a su cargo la ejecución del contrato, en las siguientes condiciones (...)”*. Salvo que alguna de las condiciones que se señalen por el licitador sea distinta, condicionada, o exceptúe el cumplimiento de alguna de las contenidas en dichos pliegos, su oferta asume todas las impuestas en ambos. Ninguna referencia consta en la oferta condicionando el precio a un pedido mínimo, que no procederá a cumplir con la colocación de los suministros, alguna objeción contraria, o que no acepta alguna otra de las obligaciones impuestas en el PPT, por lo que la Mesa de contratación no pudo dudar sobre la voluntad contractual de la recurrente.

En el mismo sentido se ha presentado por la recurrente la instancia de presentación de la oferta en la que expresamente *“Solicita su admisión como LICITADOR en el expediente arriba indicado, convocado por este Hospital, manifestando previamente su conformidad con todas y cada una de las Condiciones del Pliego del mismo”*.

Las condiciones de ejecución del suministro se recogen en el PPT y todas quedan comprendidas dentro de las declaraciones de asunción del mismo sin que se solicite desarrollar alguna de ellas y sin que de la documentación aportada se compruebe la declaración de excepción o salvedad de ninguna, por lo que no se puede apreciar el incumplimiento en el momento de formular la oferta. Incorporado el PPT al contenido obligacional del contrato, su cumplimiento deberá comprobarse en la fase de ejecución. Sería desproporcionado exigir que las proposiciones hagan una declaración explícita y exhaustiva de cada una de las condiciones de ejecución o condiciones técnicas previstas en el PPT.

La interpretación de las causas de exclusión como contraria al principio de concurrencia ha de ser restrictiva.

Aun considerando la necesidad de presentación de una declaración explícita tampoco procedería la exclusión automática. Como hemos dicho no hay una declaración contraria y por ello, la omisión podría ser objeto de aclaración.

El artículo 56.3 de la Directiva 2014/24/UE establece: *“3. Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia”.*

Una vez presentada una oferta no puede ser modificada ni por el licitador ni por el poder adjudicador. Sin embargo, la línea marcada por la doctrina del TJUE, como la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (Asunto C- 599/10, SAG ELV Slovensko a.s.) del Tribunal de Justicia, viene a reconocer la posibilidad de aclaración y subsanación, al señalar que *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”.* Esta línea doctrinal aparece respaldada en la Sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2009 (Asunto T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV), que señala que es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime las ofertas sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones: *“Ello sucede, en particular, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente”.*

Como hemos señalado anteriormente, conforme al artículo 115 del TRLCSP que establece que los PCAP incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y el artículo 145.1 que la presentación de proposiciones por los interesados supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, solo cabe entender que el licitador asume el compromiso motivo de la exclusión, por lo que, aún siendo posible la solicitud de aclaraciones no modificativas, en este caso, siendo clara la voluntad de B. Braun Medical, S.A. de aceptar las condiciones de ejecución del contrato en los términos del PPT, manifestada de forma explícita en el expediente de contratación e implícita en la formulación del recurso, se hace innecesario solicitar aclaración de la oferta para incluir la declaración que motivó la exclusión.

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 nombre y representación de B. Braun Medical, S.A., contra la Resolución de adjudicación por la que se excluye a la recurrente de la licitación de los lotes 8 y 9 del contrato denominado “Suministro de medicamentos antineoplásicos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, expediente número 2016-0-85, procediendo la retroacción del procedimiento para la admisión y valoración de su oferta.

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.