

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña A.R.P. y doña M.B.H., en nombre y representación de Aurovitas Spain, S.A., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 13 de febrero, por la que se adjudica el contrato “Suministro de medicamentos anti infecciosos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente P.A. 2016-0-141, lotes 14, 27, 28, 29, 34 y 35, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 24 de septiembre de 2016 se publicó, en el DOUE, 11 de octubre de 2016 en el perfil de contratante, 18 de octubre de 2016 en el BOCM y 24 de octubre de 2016 en el BOE, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, todos ellos objetivos. El valor estimado del contrato asciende a 2.500.078,09 euros.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en su punto 4 relativo a las “*características del suministro*” enumera las características del contrato y en su

párrafo quinto advierte *“No se admitirá la exigencia de cantidades y/o importes mínimos”*.

Tercero.- El 15 de febrero de 2017 se notifica a la recurrente la Resolución de la directora gerente del Hospital de fecha 8 de febrero de adjudicación del contrato y su exclusión de los lotes 14, 27, 28, 29, 34 y 35 por el siguiente motivo *“No compromiso de no exigencia de pedido mínimo”*. Además, respecto de los lotes 28 y 29 figura *“no presentación en bolsa”*.

Cuarto.- Con fecha 3 de marzo de 2017, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de los lotes 14, 27, 28, 29, 34 y 35.

El recurso alega la incorrecta exclusión de la oferta ya que se no presentó ninguna declaración comprometiéndose a no exigir pedidos mínimos porque el Pliego ni lo especificaba, ni los permitía sino que expresamente no los admitía. Por lo que solicita la nulidad de la Resolución de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones al momento de valoración de las ofertas para su adjudicación a la oferta que, cumpliendo con el PPT, resulte más ventajosa.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el 8 de marzo 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 8 de marzo 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,

no habiéndose formulado ninguna.

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 Aurovitas Spain, 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 objeto de recurso *“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 las firmantes 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 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 8 de febrero de 2017, practicada la notificación el 15 del mismo mes e interpuesto el recurso el 3 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El motivo de exclusión de la recurrente de los lotes 14, 27, 28, 29, 34 y 35 fue: *“No compromiso de no exigencia de pedido mínimo”*.

Se alega por la recurrente el criterio doctrinalmente aceptado que *“la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna”* y estando además expresamente prohibido en el PPT que los licitadores impongan la exigencia de un pedido mínimo, su no presentación no supone ningún incumplimiento.

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 el requisito de que *“no se admitirá la exigencia de cantidades y/o importes mínimos de pedido”*, lo cual no ha sido acreditado 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. 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.

Concluye que siendo un requisito exigido en el PPT, por tanto de obligado cumplimiento, al no quedar acreditado, la oferta queda automáticamente excluida del procedimiento conforme establece el artículo 83 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas.

La exclusión de la recurrente 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, el PPT no especifica la obligación de presentarlo, ni en qué sobre debía incluirse, aparte de requerirse en el PPT como contenido obligacional 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.

El incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro, de modo que no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de la prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la Mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones

técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. La exclusión debió quedar limitada a aquellas ofertas que incluyeran una declaración contraria a las exigencias del pliego, es decir, que incorporaran una condición de pedido mínimo, vulnerando lo dispuesto en las cláusulas del PPT. Por tanto, la Mesa debió entender que la proposición presentada por la recurrente cumplía íntegramente con lo solicitado en el PPT, y por ello no debió ser excluida, por este motivo, de los lotes 14, 27, 28, 29, 34 y 35.

Debemos señalar que 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, *“No se admitirá la exigencia de cantidades y/o importes mínimos”*. Esta obligación se asume 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, 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.

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.

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, procede estimar el motivo de recurso.

Sexto.- Según la resolución de adjudicación impugnada, además del motivo de exclusión relativo al compromiso de pedido mínimo ya analizado en el punto anterior, AUROVITAS ha sido excluida de los lotes 28 y 29 por *“No presentación en bolsa”*.

Según la recurrente la causa de exclusión se debe a un error de apreciación del órgano de contratación.

El anexo 1 del PPT, define el objeto de los lotes 28 y 29:

Lote 28: MEROPENEM 500 MG VIAL.

Lote 29: MEROPENEM 1 GR VIAL.

Como se puede apreciar, la descripción del medicamento se hace acompañar de la palabra *“vial”* al final, al contrario de otros lotes en los que se requería presentación en bolsa, y para los que se hizo constar expresamente *“bolsa”* al lado de la descripción.

El informe del órgano de contratación reconoce que no debería haber figurado esta causa de exclusión en la Resolución de adjudicación que tal como afirma la

recurrente y así lo ratifica el Jefe de Servicio de Farmacia en el informe técnico de valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento y en el informe emitido para la resolución de este Recurso, todas las presentaciones comerciales de los medicamentos incluidos en los lotes 28 y 29 son en vial.

Queda probado que el órgano de contratación incurre en un manifiesto error de apreciación, al considerar que la oferta presentada por Aurovitas incumple una condición del PPT que sin embargo no se exigía para los lotes 28 y 29. En consecuencia, se debe estimar el motivo de recurso y anular la exclusión de la recurrente en dichos lotes 28 y 29, también por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 A.R.P. y doña M.B.H., en nombre y representación de Aurovitas Spain, S.A., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 13 de febrero, por la que se adjudica el contrato “Suministro de medicamentos anti infecciosos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente P.A. 2016-0-141, lotes 14, 27, 28, 29, 34 y 35, procediendo la retroacción del procedimiento para la admisión y valoración de su oferta en dichos lotes.

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.