

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

En Madrid, a 4 de abril de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por doña I.F., en nombre y representación de Medtronic Ibérica, S.A.U., contra la Resolución de la Viceconsejería de Sanidad, por la que se adjudica el lote 1 del acuerdo marco para el “Suministro de grapadoras de piel y quitagrapas con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud y centros de atención primaria”, Expediente nº PA SUM-29/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 25 y 27 de octubre de 2017, se publicó en el DOUE y en el Portal del Contratación de la Comunidad de Madrid el anuncio por el que se hace pública la licitación, poniéndose los Pliegos a disposición de los interesados. La convocatoria también se publicó en el BOE el día 31 de octubre de 2017 y en el BOCM de 2 de noviembre de 2017. El Acuerdo Marco está dividido en dos lotes para el suministro de dos productos declarados por Orden 327/2017, de 6 de abril, del Consejero de Sanidad, de compra centralizada, mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios, todos ellos objetivos. El valor estimado del acuerdo marco asciende a 2.141.334 euros.

Segundo.- En relación con el motivo de recurso debe señalarse el apartado 8 de la

cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), entre los criterios de adjudicación establecidos asigna al precio el 80% del total de la puntuación y a las características técnicas el 20% restante. En cuanto a las características técnicas del lote 1, se valora entre otras, la siguiente: *“Cabezal en ángulo transparente para una perfecta visibilidad de la zona de aplicación de la grapa en la piel SÍ: 5 puntos NO: 0 puntos”*.

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece entre los requisitos del producto correspondiente al lote 1, los siguientes: *“El cabezal debe tener un diseño en ángulo para visualizar perfectamente el punto de aplicación que, junto con el indicador de centrado, debe permitir una colocación exacta de la grapa.*

(...)

Con visibilidad lateral del contenido de grapas para permitir saber en todo momento el número de estas que quedan disponibles”.

A la licitación del lote 1 del acuerdo marco, concurrieron 8 empresas entre ellas la recurrente.

Tercero.- Tras los trámites oportunos con fecha 21 de diciembre de 2017, la mesa de contratación hizo públicos los resultados de valoración técnica de las ofertas presentadas al lote 1, resultando que respecto del criterio *“Cabezal en ángulo transparente para una perfecta visibilidad de la zona de aplicación de la grapa en la piel”*, todas las empresas obtuvieron 0 puntos excepto B. Braun Surgical, S.A.

Con fecha 23 de febrero de 2018, mediante Resolución del Viceconsejero de Sanidad se adjudicó el acuerdo marco. Dentro de las adjudicatarias del lote 1 se encuentra Medtronic Ibérica, S.A.U., clasificada en segundo lugar y en primer lugar, B. Braun Surgical, S.A.

La Resolución fue notificada a los interesados ese mismo día

Cuarto.- Con fecha 13 de marzo de 2018, Medtronic Ibérica, S.A.U. (en adelante

Medtronic), interpuso ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de adjudicación del lote 1 del acuerdo marco, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El mismo día se requirió al órgano de contratación copia el expediente administrativo y el informe a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que cumplimentó el 21 de marzo de 2018.

La recurrente solicita la anulación de la Resolución de adjudicación puesto que considera que ha sido erróneamente valorada en el mencionado lote ya que el producto ofertado cumple el criterio de tener cabezal en ángulo y transparente por las razones que expone en su escrito de recurso.

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala que debe cumplirse el criterio en todos sus términos por lo que resulta acreditado a la vista del producto que no cuenta con cabezal en ángulo transparente, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Cuarto.- Se ha procedido a conceder el trámite de audiencia a los interesados, previsto en el artículo 46.3 del TRLCSP, habiendo presentado escrito de alegaciones Braun Surgical, S.A., de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

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 la legitimación activa de Medtronic 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”*, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP, por ser una empresa adjudicataria del acuerdo marco pero que al resultar clasificada en segundo lugar ve muy reducidas sus posibilidades de obtener contratos según las normas rectoras del acuerdo que priman la contratación con el primer clasificado.

Así mismo resulta acreditada la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo de interposición, habiéndose dictado la Resolución de adjudicación con fecha 23 de febrero y siendo notificada ese mismo día, el recurso interpuesto el día 13 de marzo se encuentra en plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se contrae a determinar, si la aplicación del criterio de valoración mencionado en los hechos, se ha realizado conforme al Pliego.

Debe recordarse que 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.

Alega la recurrente que ni la Resolución ni el informe técnico de valoración incluyen las razones por las que Medtronic no puede recibir la máxima puntuación en el citado criterio, y procede a revisar cada uno de los apartados que lo componen.

- Cabezal en ángulo: el cabezal es la parte delantera de la grapadora, (se aporta una fotografía) *“A primera vista, ya puede apreciarse claramente que la grapadora de piel ofertada por Medtronic dispone del ángulo requerido por lo que cumple este primer apartado”.*

- Cabezal transparente: *“en este caso, es importante puntualizar que no existe en el mercado ningún cabezal completamente transparente.*

En puridad, ya que estamos ante una mera aplicación de fórmulas, por lo tanto no sujeta a un juicio de valor, ninguna empresa debería haber recibido puntos en este apartado. Sin embargo, el órgano de contratación ha interpretado este requisito de forma extensiva y a pesar de no ser completamente transparente, la oferta de Braun ha sido valorada de forma favorable por parte del órgano de contratación. Todo ello indica que la interpretación del órgano de contratación es que el cabezal ha de disponer de al menos una zona transparente. Insertamos una imagen de dicha grapadora para acreditar que el cabezal no es completamente transparente sino que dispone de una ventana en el extremo delantero del cabezal”.

El órgano de contratación sostiene que cabe invocar en este caso la doctrina de la discrecionalidad técnica y además que *“no se debe realizar, como pretende el recurrente, una valoración separada del criterio en tres apartados. La valoración es global y lo que se pretende con la valoración de este criterio está perfectamente definido en el mismo (una perfecta visibilidad de la zona de aplicación de la grapa en la piel), para lo cual la grapadora debe cumplir, inexcusablemente, la condición de tener un cabezal en ángulo transparente. La valoración de este criterio con CERO PUNTOS no solo afectó a la empresa recurrente. Afectó al resto de licitadores”*

Respecto a la oferta de presentada, expone también que *“en lo referente al punto (ii) cabezal transparente, en los criterios evaluables se cita cabezal en ángulo*

transparente para una perfecta visibilidad de la zona de aplicación de la grapa en la piel (punto (iii) del recurso). En ningún caso se especifica la necesidad de que el cabezal sea completamente transparente puesto que lo que se precisa, es la visibilidad de la zona de aplicación de la grapa. Las fotografías aportadas por MEDTRONIC (página 7) sirven para justificar, en efecto, el cumplimiento, las características técnicas detalladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en cuanto a que su grapadora cumple con el requisito esencial de:

‘Con visibilidad lateral del contenido de grapas para permitir saber en todo momento el número de grapas que quedan disponibles’.

Pero no sirven para justificar el cumplimiento del criterio de cabezal en ángulo transparente. Lo que debe ser transparente, para una perfecta visibilidad de la zona de aplicación de la grapa en la piel, debe ser el cabezal en ángulo”.

En ese mismo sentido se manifiesta B. Braun Surgical, S.A., en su escrito de alegaciones puesto que considera que “para el ‘cabezal en ángulo transparente’, su grapadora APPOSE ULC ofertada, tiene cabezal en ángulo, pero no es transparente en esa zona (sólo en la parte de las grapas), según se acredita mediante las fotografías del catálogo adjunto. Realmente (el producto de la recurrente) no cumplen la característica, y por tanto la puntuación debe ser 0 puntos. Nuestro producto cumple esa característica, ya que es un cabezal en ángulo transparente lo que permite una perfecta visibilidad de la zona de aplicación de la grapa en la piel, aparte de que pueden verse las grapas, al ser ésta una parte también transparente, lo que permite ver el número de grapas todavía disponibles”.

Debe señalarse que nos encontramos en este caso con dos características diferentes si bien relativas ambas al cabezal de la grapadora.

Por un lado el PPT define dos de las características técnicas, el cabezal en ángulo para visualizar perfectamente el punto de aplicación y con visibilidad lateral del contenido de grapas. Por otro lado, el PCAP valora como criterio de apreciación objetiva, que posea cabezal en ángulo transparente para una perfecta visibilidad de la zona de aplicación de la grapa en la piel.

La oferta de la recurrente cumple obviamente, con las características del PPT y por eso ha sido admitida a la licitación, por lo que no procede en este momento discutir si el cabezal es o no en ángulo o si tiene visibilidad lateral. Cumple todos esos requisitos.

Cuestión distinta es el criterio de valoración automática reseñado. En este caso lo que debe apreciarse es si además es un cabezal en ángulo transparente, de forma que permita la visibilidad de la zona de aplicación.

Tras el examen de las fotografías aportadas tanto por la recurrente como por el órgano de contratación y por la empresa alegante, se puede apreciar que el producto ofertado por Medtronic no cuenta con esa característica.

No se exige que el cabezal sea totalmente transparente como señala el recurso, tampoco es objeto de valoración que alguna de sus partes sea transparente, por ejemplo la zona de carga de las grapas como argumenta la recurrente. Lo que se valora es que la zona transparente *“permita la visibilidad de la zona de aplicación”*.

El Tribunal comprueba que las zonas transparentes que indica la recurrente respecto de su producto, son la parte delantera frontal inferior y la zona de carga de las grapas, que no permiten tener visibilidad sobre la zona de aplicación y de ahí que debamos concluir que la valoración que le otorga cero puntos por ese criterio, ha sido correcta de acuerdo con el Pliego, por lo que el recurso debe ser desestimado

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por doña I.F., en nombre y representación de Medtronic Ibérica, S.A.U., contra la Resolución de la Viceconsejería de Sanidad, por la que se adjudica el lote 1 del acuerdo marco para el “Suministro de grapadoras de piel y quitagrapas con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud y centros de atención primaria”, Expediente nº PA SUM-29/2017.

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 mantenida por el Tribunal con fecha 22 de marzo de 2018.

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.