

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

En Madrid, a 19 de abril de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don F.Z.F., en representación de la empresa Palex Medical, S.A. (en adelante PALEX), contra la Resolución por la que se adjudica el lote 1 del contrato para el “Suministro de Material de Laboratorio: Determinaciones Analíticas de Carga Viral de Citomegalovirus, Esptein Barr y Poliomavirus BK, para el Hospital Universitario de La Paz”, expediente nº P.A. 2016-0-42, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 7, 20 y 23 de septiembre de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOE y en el BOCM y en el perfil de contratante, la convocatoria del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 2.292.892,56 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que la cláusula 2.1 del PPT establece que *“Los licitadores incluirán en su oferta los equipos necesarios para*

la realización de las determinaciones objeto de este Procedimiento con las siguientes características (...)

- *Compatibilidad de perfil térmico: diferentes determinaciones y muestras en la misma serie analítica*".

En cuanto a la documentación a presentar para acreditar el cumplimiento de tales características la cláusula 1.9 del PCAP establece que se acompañará:

"- Relación de productos ofertados en el ANEXO A, con descripción técnica de los mismos.

- *"insert" (ficha técnica) de los productos ofertados.*

- *Descripción de los productos a suministrar mediante catálogos, ficha técnica de los mismos (con indicación expresa del lote y/o número de orden al que concurren) y otra información necesaria, con la que se pueda verificar cada una de las especificaciones técnicas exigidas.*

- *Certificado del mercado CE, conforme a lo establecido en la legislación vigente reguladora de los productos sanitarios.*

Forma de presentación de toda la documentación exigida:

Toda la documentación necesaria para la verificación del cumplimiento de las características recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, deberá proporcionarse en documento original o fotocopia compulsada y en castellano, incluyendo un índice de documentos que contendrá los números de página o ficheros".

Segundo.- A la licitación se presentaron cuatro empresas, una de ellas la recurrente.

Abierta la documentación técnica tal y como consta en el acta de la Mesa de contratación de 10 de noviembre de 2016, para proceder a la valoración de las ofertas, con fecha 25 de noviembre se remite un fax a la recurrente solicitando aclaraciones en relación con el requisito "Compatibilidad de perfil térmico: diferentes determinaciones y muestras en la misma serie analítica", ya que según se especifica en dicho requerimiento, *"en la oferta técnica aportada el perfil térmico de CMV es*

distinto al ofertado para VEB y BR'. Asimismo se requiere que presente el marcado CE en castellano.

Dicho requerimiento fue atendido mediante el envío de determinada documentación mediante fax el 28 de noviembre siguiente, siendo discutida precisamente la circunstancia del envío y recepción de uno o dos faxes para cumplimentar el requerimiento.

Tras los trámites oportunos, con fecha 6 de marzo de 2017, se dictó Resolución por el Director Gerente Atención Especializada Área V, por la que se adjudica el contrato, en la que consta, que la adjudicación ha recaído en la empresa Werfen España, S.A.U. Igualmente se hace constar la exclusión de la oferta de Palex, con la siguiente motivación: *"Palex Medical, S.A." lote nº 1, "Compatibilidad de perfil térmico: diferentes determinaciones y muestras en la misma serie analítica". En las fichas técnicas incluidas en la oferta técnica de Palex Medical el perfil térmico de la determinación de Citomegalovirus (CMV) no coincide con los perfiles térmicos de las otras 2 determinaciones solicitadas en el procedimiento (BK y VEB). Se ha enviado una aclaración al proveedor para que aportara toda la documentación acreditativa en la que se manifestara la compatibilidad de perfil térmico.*

En la documentación enviada en la aclaración se adjuntan 2 tablas de perfil térmico, una para el equipo ABI 7500 y otra para el equipo ABI 7300. El equipamiento ofertado solo es el ABI 7500. Ambos perfiles térmicos, no coinciden con los que aparecen en las fichas originales de los reactivos incluidos en la oferta técnica".

Esta Resolución fue notificada el día 7 de marzo siguiente, a la vista de la cual y previa solicitud de acceso al expediente Palex, dirige un escrito al órgano de contratación en el que aclara que la documentación requerida se envió el día 28 por fax a las 9:46, y que entre la documentación enviada existe un anexo donde se explica que las tres técnicas de PCR tiempo real ofertadas, Citomegalovirus, Esptein Barr y Poliomavirus BK, tienen entre sí los mismos perfiles térmicos de trabajo,

información que puede comprobarse en el apartado procedimiento de las hojas de producto de cada una de las técnicas adjuntas, donde se especifica cual es perfil térmico para cada técnica con el equipo ABI 7500 que es el producto ofertado.

Tercero.- El 27 de marzo de 2017 tuvo entrada, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 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 recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que lo remitió al HULP ese mismo día requiriéndole para que remitiera el expediente y el informe a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP, lo que verificó el día 4 de abril.

En el recurso se solicita se anule la decisión de exclusión al haber subsanado debidamente el cumplimiento del requisito determinante de su exclusión mediante el envío de dos faxes, no habiendo sido tenido en consideración el segundo, y en consecuencia se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiendo a PALEX continuar en la licitación

El órgano de contratación solicita la desestimación del recurso formulado por la empresa Palex Medical, S.A. por no ser cierta la afirmación de que se remitió y extravió un segundo fax de 72 páginas en el que se fundamenta toda su aclaración de la documentación técnica solicitada. Afirma que en cualquier caso, dicha documentación no habría podido ser tenida en cuenta para acreditar el cumplimiento de las prescripciones técnicas por los motivos que se verán al analizar el fondo del recurso. Finalmente solicita se declare el levantamiento de la suspensión automática y se acuerde la imposición de la multa correspondiente a la recurrente por falta de fundamentación del recurso.

Cuarto.- Con fecha 29 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.

Quinto.- 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, sin que se haya recibido ninguna en plazo.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, 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), al resultar excluida del procedimiento.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues la Resolución de adjudicación se adoptó el 6 de marzo de 2017, se notificó el día 7 del mismo mes y el día 27 de marzo se ha interpuesto el recurso, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del lote 1 de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la oferta de PALEX debió ser admitida a la licitación ya que cumplía los requisitos técnicos

exigidos, en concreto *Compatibilidad de perfil térmico: diferentes determinaciones y muestras en la misma serie analítica.*

En primer lugar advierte la recurrente que finalizado el plazo de presentación de ofertas, y concluida la primera fase de tramitación del expediente administrativo, con fecha de 25 de noviembre de 2016, el Servicio de Suministros del Hospital Universitario La Paz, remitió una solicitud concediendo un plazo hasta las 14:00 del 28 de noviembre de 2016 para aportar, entre otros, la documentación que acreditara el cumplimiento del requisito referido, debiendo cumplimentarlo por fax e indicando el número del mismo.

Debido a la extensión de la documentación técnica a aportar, se remiten dos faxes al ser ese el único medio habilitado por el Organismo. Uno enviado el 28/11/2016 a las 09:46, que consta de 12 páginas y tiempo transcurrido en la comunicación 04',04" El segundo enviado el 28/11/2016 a las 09:52, que consta de 72 páginas y tiempo transcurrido en la comunicación 19',36". De ambos aporta acuse o reporte de recibo en el que consta que el resultado de envío ha sido correcto.

Manifiesta que durante el trámite de acceso a la documentación que consta en el expediente de contratación, tuvo la oportunidad de comprobar que en el mismo solo consta la documentación aportada en el primer fax, lo que ha generado el error del órgano de contratación en cuanto a la concurrencia del motivo de exclusión de su oferta, correspondiendo únicamente al órgano de contratación la carga de demostrar qué pudo ocurrir con ese segundo fax.

En cuanto al fondo aclara que el equipamiento ofertado es el ABI 7500, que la información sobre el equipamiento ABI 7300 se incluye a título meramente informativo en el manual aportado con la oferta y reconoce que en las tablas incluidas en los manuales aportados contenían un error en cuanto a los perfiles térmicos de BKV y EBV.

Por este motivo en el trámite de subsanación aportó la declaración denominada Anexo 1, en la que se presenta una tabla del perfil térmico de los parámetros ofertados (fax 1º) que acreditaba que los perfiles térmicos de los parámetros (CMV ELITE, EBV ELITE y BK ELITE) para la obtención de resultados de carga viral de CMV, EBV, BK, son idénticos y el nuevo manual actualizado (fax 2º) en el que se constata la compatibilidad del perfil térmico es una característica presente en todos los equipos disponibles en el mercado.

Alega que conforme artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), no debió rechazarse su oferta ya que *“el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”* lo que fundamenta en la doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso que consideran que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible siendo 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.

Concluye que *“la rectificación de los valores incluidos en dos de las tablas de perfil térmico que aparecían en las fichas originales de la oferta técnica no supone bajo ningún concepto una modificación de la oferta, ya que ni se modifica el equipamiento ofertado ni las cantidades, ni las características. Se lleva a cabo una simple rectificación de una parte de la información contenida en las fichas del equipo y que ha sido objeto de actualización”* sin que ello suponga vulnerar el principio de igualdad de los licitadores ya que la subsanación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad, máxime cuando se trata de un error manifiesto y fácilmente identificable.

Por su parte el órgano de contratación opone que no tiene constancia de un segundo fax, enviado unos minutos más tarde el mismo día, ni siguientes, de 72 páginas, como indica Palex. Afirma que el fax estuvo operativo todo el día, aportando para acreditar tal extremo el reporte de entradas de documentación en el que tan solo figura un envío de PALEX de 12 páginas recibido a las 10:01 y en el que se hace referencia a tres documentos, que son los que se aportan, sin que en ningún caso manifieste su intención de enviar un segundo fax, y sin que por otra parte haya hecho alusión a este hecho con anterioridad al recurso, especialmente en el escrito dirigido a la Mesa del 26 de enero de 2017, que aporta.

Añade que el único fax recibido fue remitido al Jefe de Servicio de Microbiología y Parasitología de dicho Hospital, para que informara sobre su cumplimiento o no con lo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, el cual indica lo siguiente:

“Compatibilidad de perfil térmico: diferentes determinaciones y muestras en la misma serie analítica. En las fichas técnicas incluidas en la oferta técnica de Palex Medical 1, el perfil térmico de la determinación de Citomegalovirus (CMV) no coincide con los perfiles térmicos de las otras 2 determinaciones solicitadas en el procedimiento (BK Y VEB). Se ha enviado una aclaración al proveedor para que aportara toda la documentación acreditativa en la que se manifestara la compatibilidad del perfil térmico.

En la documentación enviada en la aclaración, se adjuntan 2 tablas de perfil térmico, una para el equipo ABI 7500 y otra para el equipo ABI 7300. El equipamiento ofertado solo es el ABI 7500. Ambos perfiles térmicos no coinciden con los que aparecen en las fichas originales de los reactivos incluidos en la oferta técnica.”

Manifiesta que la propia recurrente reconoce el error y que, aun el caso de haber recibido la documentación que indica en su recurso no habría podido ser tenido en cuenta porque el manual ha sido revisado hasta en 12 ocasiones, modificándose los parámetros ofertados y siendo la última de fecha 07/11/2016,

posterior a la finalización del plazo de recepción de ofertas (21-octubre-2016) y porque se encuentra en un idioma distinto al castellano, siendo éste el único idioma admitido según se indica en el apartado 9 del Capítulo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

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 del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contienen 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. Por lo que su contenido, no habiendo sido recurridos, vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

El análisis del objeto del debate de fondo pasa en primer lugar por el examen de la cuestión fáctica relativa al envío y recepción del segundo fax. Considera el Tribunal debidamente acreditado por el recurrente el envío de la documentación relativa a la actualización del manual mediante el reporte de transmisión correspondiente, idéntico al del primer envío, sin que se encuentre una explicación razonable de la causa de que dicho fax no aparezca en el reporte aportado por el órgano de contratación, sin practicar prueba ulterior. En todo caso no es imputable al licitador la posible existencia de algún problema técnico o los posibles errores humanos que hayan impedido su recepción efectiva en el órgano de contratación, toda vez que el reporte aportado por el órgano de contratación no contiene ningún dato alegado. En todo caso la circunstancia que en la aclaración efectuada el 26 de enero se haga referencia a un fax enviado a las 9:46 no permite tener por acreditado que se envió solo un fax ya que la referencia al apartado “procedimiento” de las hojas de producto, se encuentra en el segundo fax, y a diferencia de lo alegado por el órgano de contratación en el escrito de aclaraciones en ningún momento se indica el número de hojas del fax. De todo ello se deduce que el escrito de aclaraciones se refiere a un único fax considerando ambos como una continuidad cuyo envío comenzó a las 9:46.

Por otra parte, respecto de la afirmación del órgano de contratación de que la fecha de la última corrección del manual es posterior a la fecha de presentación de ofertas (07/11/2016), cabe recordar que el cumplimiento de los requisitos debe concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, al objeto de respetar el principio de seguridad jurídica y de igualdad entre los licitadores y no puede suponer un cumplimiento ex post respecto de los

demás interesados en la licitación correspondiente siendo necesario que los datos aportados existieran antes de la fecha límite de presentación de solicitudes.

La fecha límite de presentación de ofertas en que debía cumplirse el requisito era 21 de octubre de 2016, y en el manual remitido por el recurrente para subsanar el error que él mismo reconoce existía en el manual adjuntado inicialmente a su oferta, se hace constar *“Notice of change dated 07/11/2016”*. Sin embargo no podemos tener por cierto que el requisito se cumpliera con posterioridad al 21 de octubre en primer lugar porque el formato de fecha, es el habitual en inglés indicando los dígitos la fecha con referencia al mes/día/año y no como en castellano al día/mes/año. Pero es que además el hecho de que en el manual no constara el requisito no implica que el producto no lo cumpliera o fuera otro.

Sentadas las circunstancias fácticas del recurso, concluyendo que debe tenerse por atendido el requerimiento de subsanación, debe considerarse si se atendió o no en los términos solicitados.

El órgano de contratación no se pronuncia sobre el concreto cumplimiento del requisito a la vista de la nueva documentación, pero sí hace referencia a que gran parte del documento se encuentra redactado en inglés. A este respecto cabe señalar que es cierto que el PCAP y el requerimiento de información no ofrecen lugar a dudas en cuanto al idioma en que debe estar redactada la documentación aportada, por lo que, en principio, la mera circunstancia de haber sido entregado en inglés permitiría no tener por aportado el manual revisado. Esto no obstante en el primer fax se incluye una declaración responsable de compatibilidad de perfil térmico en la que se indica que *“los perfiles térmicos de dichos parámetros ofertados para la obtención de resultados de carga viral de CMV, EBV, BK son idénticos, tal y como indica el apartado procedimiento de las hojas de producto adjuntas, y por lo tanto pueden procesarse simultáneamente en la misma serie”*, incluyendo a continuación un cuadro con los pasos del procedimiento en el producto ABI 7500 y en el ABI 7300, y las temperaturas de cada uno.

Las hojas de producto se incluyen en el segundo fax es cierto que están en inglés pero recogen el mismo cuadro numérico más arriba reproducido (por ejemplo en la página 25 del manual para la determinación del CMV), con lo que cabe considerar correctamente atendido el requerimiento, atendiendo a los principios de concurrencia competitiva, el antiformalismo en los procedimientos de licitación y muy especialmente a la necesaria eficiencia en la licitación pública, que no permite desechar una oferta que pudiera ser ventajosa para la Administración contratante, por el pretendido incumplimiento de una formalidad.

Esto no obstante, este Tribunal carece de la competencia técnica para, a la vista de la declaración y de la documentación que la acompaña, tener por acreditado el requisito de Compatibilidad de perfil térmico: diferentes determinaciones y muestras en la misma serie analítica, que solo puede ser apreciado por el órgano de contratación, debiendo por lo tanto retrotraerse el procedimiento para que el órgano de contratación determine si se ha cumplido o no el requisito.

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 por don F.Z.F., en representación de la empresa Palex Medical, S.A., contra la Resolución de adjudicación del expediente para el “Suministro de Material de Laboratorio: Determinaciones Analíticas de Carga Viral de Citomegalovirus, Esptein Barr y Poliomavirus BK, para el Hospital Universitario de La Paz” expediente nº P.A. 2016-0-42, en los términos más arriba expuestos.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe.

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.