

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

En Madrid, a 20 de junio de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por don I.V.V., en nombre y representación de Convatec, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se le excluye de la licitación del lote 3 del “Suministro de bolsas de alimentación parenteral, orina y sistemas de irrigación para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: A/SUM-000571/2018 (14/2018), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 27 de febrero y 1 de marzo de 2018, fue publicado en el DOUE y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y el 8 de marzo en el BOE y en el BOCM, la convocatoria de licitación del contrato de suministro mencionado dividido en 14 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación. El valor estimado del contrato es de 248.898,73 euros.

Segundo.- A la licitación del lote 3, Bolsas colectoras de orina circuito cerrado para medición horaria, se presentaron nueve empresas incluida la recurrente.

El Anexo A del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) especifica las características comunes y las específicas de todos los suministros. Para el lote 3 se requiere, entre otras, “-*Bolsa de drenaje graduado milimetrada de 100 a 2500 ml aproximadamente de fácil lectura. Grifo de vaciamiento con sistema de recogido incorporado*”.

Tras los trámites oportunos, con fecha 8 de mayo de 2018, se celebra sesión pública de la Mesa de contratación en la que, de conformidad con el informe técnico de fecha 20 de abril de 2018, se comunican los licitadores admitidos y excluidos, resultando excluidas cuatro licitadoras por el mismo motivo: “*Presenta bolsa de drenaje de 2000 ml*”. El 9 de mayo 2018 fue comunicada a todas las empresas excluidas el motivo de su exclusión y publicado en el Tablón de anuncios y en el Perfil de contratante del Hospital.

Tercero.- Con fecha 23 de mayo de 2018, la representación de Convatec S.L., interpone ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Mesa, de 8 de mayo por el que se le “*excluye del procedimiento*”, solicitando su anulación.

La copia del expediente administrativo junto con el informe preceptivo, en los términos del artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), tuvo entrada en este Tribunal el 29 de mayo de 2018.

La recurrente solicita que se anule su exclusión puesto que considera que la presentación de su producto con un graduado milimetrado de 100 a 2000 ml no supone un incumplimiento de pliego de prescripciones técnicas, tal y como aparece redactado.

Por su parte el órgano de contratación en su informe explica las razones de la exclusión señalando que el PPT constituye la base del contrato y por ello la Administración ha tenido que excluir la oferta del recurrente, ya que la capacidad de

las bolsas presentadas por la misma es menor en un 20 por ciento a la solicitada en el PPT, lo que no puede interpretarse como medida aproximada de ninguna forma.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiéndose presentado escrito de alegaciones por la empresa Prim, S.A. que solicita la desestimación del recurso al considerar que la presentación de una bolsa de 2000 ml constituye un incumplimiento de un requisito obligatorio y por tanto ha de comportar la exclusión de la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 al tratarse de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la exclusión de la licitadora, fue acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El acto objeto de recurso es el Acuerdo de la Mesa por el que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación.

Establece el artículo 44 de la LCSP que son susceptibles de recurso especial los relacionados en el apartado 2 del mismo: *“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores o la admisión o exclusión de ofertas (...)*” por lo tanto el Acuerdo impugnado es un

acto recurrible.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Convatec S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al lote impugnado del que ha sido excluida y por tanto *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue publicado el 9 de mayo y comunicado a la empresa en la misma fecha, e interpuesto el recurso el 23 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto se concreta en determinar si la oferta de la recurrente presentada al lote nº 3, debió ser admitida a la licitación, por considerar que el producto ofertado presentado milimetrado entre 100 y 2000 ml, cumple las especificaciones técnicas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas PPT, en concreto la que establece *“-Bolsa de drenaje graduado milimetrada de 100 a 2500 ml aproximadamente de fácil lectura. Grifo de vaciamiento con sistema de recogido incorporado”*.

Alega la recurrente que en la aplicación del PPT no se otorga un trato igualitario a los licitadores al excluir su oferta sin atender al literal de las propias especificaciones técnicas marcadas que establecen un rango aproximado y no fijo, lo que fue entendido por todas las licitadoras como medidas orientativas, sin que ninguna formulara preguntas al respecto.

Afirma que la mayoría de los ofertantes, presentaron productos con escala entre 100 y 2000 ml ya que este es el estándar del mercado, y todos fueron excluidos por incumplimiento técnico, dándose la circunstancia de que la única

empresa no excluida por motivos técnicos es la actual suministradora del Hospital, quedando así, como única ofertante en este nuevo procedimiento, lo que supone una clara arbitrariedad que resulta en el beneficio de una empresa frente al resto de concurrentes. Cita la Resolución nº 441/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Constata además que la capacidad de las diferentes bolsas de recogida de orina de los urinómetros, va de 500 en 500 ml, las hay de 1500 ml, de 2000 ml (estándar del mercado) y la adjudicada de 2500 ml, no existen medidas intermedias.

El informe del órgano de contratación indica que un tamaño menor en un 20 por ciento del requerido no puede interpretarse como medida aproximada, y se basa en el informe que la Supervisora de Recursos Materiales ha emitido en contestación al recurso de fecha 29 de mayo. Respecto a la alegación de trato no igualitario sostiene que el Pliego no ha sido recurrido, ni solicitado aclaraciones, y para su diseño *“se ha tenido en cuenta prioritariamente las necesidades asistenciales, para concretar el objeto y características del contrato. Y estas son, el bienestar y autonomía del paciente, porque al tener una capacidad superior permite una deambulación más autónoma, sin estar pendiente del vaciado de la sonda, siendo absolutamente beneficioso para pacientes con diuresis cuantiosa. Y por otro lado la seguridad, porque un mayor número de manipulaciones en la bolsa puede llevar aparejado un riesgo de contaminación con consecuencias claramente perjudiciales.”*

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas 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 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuando señala que *“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”, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Comprueba el Tribunal que las medidas de capacidad de las bolsas objeto del contrato, más habituales en el mercado son dos, 750 ml para las bolsas que se adhieren a la pierna del paciente y 2000 ml para los demás tipos de bolsa de drenaje, circunstancia que no puede desconocer el órgano de contratación, concedor sin duda del mercado.

Por lo tanto, debe concluirse que al establecer el PPT como capacidad, 2500 ml aproximadamente, se asume que la única aproximación que puede presentarse es la de la capacidad de 2000 ml, no existiendo productos de capacidades intermedias en el mercado, tal y como ha puesto de manifiesto la recurrente. De hecho todas las demás licitadoras fueron excluidas por esa misma causa, presentar productos de 2000 ml de capacidad.

Por lo tanto, a la vista del tenor del Pliego y de las circunstancias concurrentes en la presentación del producto, debió admitirse la oferta de la recurrente ya que ha de considerarse que cumple los requisitos del PPT, *“100 a 2500 ml aproximadamente”*, con la presentación de 2000 ml, y el recurso debe ser estimado.

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 don I.V.V., en nombre y representación de Convatec, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 8 de mayo del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 3 del contrato “Suministro de bolsas de alimentación parenteral, orina y sistemas de irrigación para el Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: A/SUM-000571/2018 (14/2018), anulando la adjudicación y recaída y retro trayendo el procedimiento al momento de admisión de las ofertas para incluir a la recurrente en la licitación.

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 58 de la LCSP.

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.