

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

En Madrid, a 6 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña C.C.P., en nombre y representación de Werfen España, S.A.U., contra la Resolución, de 28 de junio de 2017, por la que se adjudica el contrato para el “Suministro de reactivos para bioquímica general e inmunoquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, número de expediente: (BIQ) PAPC 2017-1-8, lote 4, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de diciembre de 2016 se publicó el anuncio de licitación del citado contrato en el DOUE, el 27 de diciembre en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 4 de enero de 2017 en el BOE y el 12 de enero de 2017 en el BOCM, con un valor estimado de 5.130.618,48 euros, IVA excluido y dividido en seis lotes.

Con fecha 18 de enero de 2017 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de Siemens contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de

Prescripciones Técnicas (PCAP y PPT), que fue estimado mediante la Resolución 44/2017, de 8 de febrero, obligando *“a modificar el PPT en cuanto a las exigencias técnicas del lote 4, y el PCAP en cuanto a la supresión de la mención de la forma de baremar los criterios objetivos teniendo en cuenta la mejor oferta, y la procedencia de concretar y aclarar las expresiones que definen los criterios de valoración objetivos de los lotes 1, 2 y 3, en los términos del fundamento de derecho sexto”*.

Mediante Resolución de 27 de febrero de 2017, de la Dirección-Gerencia del Hospital Universitario de Getafe, se procede a la modificación de los pliegos que rigen la convocatoria del procedimiento abierto para la contratación del suministro de reactivos para bioquímica general e inmunoquímica y a la apertura de un nuevo plazo de licitación (PAPC 2017-1-8), hasta las catorce horas del 7 de abril de 2017.

Interesa conocer, a efectos de la resolución del recurso, que el PPT en su apartado 3.2 relativo a las especificaciones técnicas de los reactivos de coagulación, establece lo siguiente:

“ Tromboplastina.- Ha de ser una tromboplastina recombinante humana con ISI entre 0,95 y 1,05. Estabilidad entre 2º a 8º C una vez reconstituida de mínimo 10 días”.

Segundo.- A la licitación del lote 4 presentaron ofertas 2 empresas, una de ellas la recurrente.

Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Getafe, de 28 de junio de 2017, se adjudica el contrato de acuerdo con la propuesta de la mesa de contratación (acta número 22, de 27 de junio), notificada a los interesados el 3 julio de 2017 y publicada en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid el mismo día.

Tercero.- El 20 de julio de 2017, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por

la representación de Werfen, en el que solicita que declare la nulidad de la Resolución de adjudicación así como la exclusión de Siemens Healthcare, S.L.U., del lote 4 por incumplir los requisitos fijados en el PPT y que se adjudique el referido lote a Werfen.

El 26 de julio de 2017, el órgano de contratación remitió el recurso junto con 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 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el que teniendo en consideración el informe técnico, de 25 de julio de 2017, emitido por el Jefe del Servicio de Análisis Clínicos del HUG, afirma que el producto ofertado por la empresa Siemens Healthcare, S.L.U., al lote 4, cumple con las características técnicas requeridas, y que se produjo una equivocación, en la aportación de la documentación general introducida en el insert correspondiente, lo cual queda manifiesto al corresponder el resto de la documentación al producto, que actualmente se está consumiendo en el Hospital y que cumple con las prescripciones técnicas exigidas.

Cuarto.- Con fecha 4 de agosto de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión automática, ex artículo 45 del TRLCSP, del expediente de contratación.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de alegaciones el día 2 de agosto de 2017, recibéndose el 8 de agosto de 2017 las formuladas por Siemens de las que se dará cuenta al analizar 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) al haber concurrido solo dos a esta licitación.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la resolución impugnada fue adoptada el 28 de junio de 2017, notificada el 3 de julio, publicada en el perfil de contratante el mismo día 3, e interpuesto el recurso el 20 de julio de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- 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 de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En el recurso se alega como único motivo de nulidad de la adjudicación, el incumplimiento de determinadas especificaciones técnicas de los reactivos, en concreto las tres relativas a la tromboplastina. Se alega por la recurrente que el producto debe:

- (i) Tratarse de tromboplastina recombinante humana; mientras que la ofertada por Siemens es TROMBOREL S y se compone de un extracto liofilizado de placenta humana, tal y como se indica en su hoja de composición.
- (ii) Debe tener un ISI de entre 0,95 y 1,05.
- (iii) Su estabilidad reconstituida debe ser de entre 2°C y 8°C durante un mínimo de 10 días; pero la ofertada por Siemens tiene una estabilidad -una vez reconstituido- de cinco días, según figura en su insert, la mitad de lo que se exige en el PPT.

Estos incumplimientos determinan la exclusión de la oferta de la adjudicataria a juicio de la recurrente conforme a la doctrina consolidada de los Tribunales de recursos contractuales.

El órgano de contratación en su informe afirma que el producto cumple con las características técnicas requeridas, si bien se produjo una equivocación, en la aportación de la documentación general introducida en el insert correspondiente, lo cual queda manifiesto al corresponder el resto de la documentación de la oferta al producto, y advierte que se trata del mismo que actualmente se está consumiendo en el Hospital. Así el informe de evaluación del Jefe del Servicio manifiesta que el Insert que aporta Siemens, y se adjunta, en la carpeta 2 (Folletos e inserts genéricos) del sobre 1B, debe ser un error, ya que en la página 30 de la carpeta 1 (documentación elaborada para el expediente) del sobre 1B, en el clasificador 2, en “Memoria detalle del cumplimiento del pliego de presentaciones técnicas para reactivos para bioquímica general e inmunoquímica” expediente: 2017-1-8, cuando se refiere al lote 4 “Analizador de Coagulación”, en el apartado especificaciones técnicas de los reactivos de coagulación, se recoge “Reactivo ofertado para TP: INNOVIN, reactivo recombinante con ISI=1 y estabilidad en nevera de 10 día”, y adjunta documentación que acredita tales extremos.

En su escrito de alegaciones Siemens afirma, en los mismo términos, que se trata de un error de transcripción, que en realidad el que ha ofertado es el reactivo INNOVIN que sí cumple con todas las prescripciones técnicas del PPT, tal como se acredita en la documentación técnica aportada en concreto en el documento de Detalle del cumplimiento del PPT (Documento número 2, página. 28) y en el Anexo XI (Documento número 3), y que es evidente que la verdadera intención de Siemens es ofertar lo mismo que ha venido suministrando hasta el momento, aplicando los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, a la interpretación de los contratos públicos. Tal error de transcripción, argumenta, se ha debido a que ambas tienen el mismo precio, pero considera que es posible su subsanación, citando diversas

Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales que ha rechazado la exclusión de aquéllas ofertas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada, como afirma es el caso. Sostiene que la exclusión de Siemens supondría una vulneración del principio de concurrencia.

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.

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 y que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, 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”*.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

Comprueba el Tribunal que en la documentación aportada inicialmente para el lote 4, Siemens hace constar *que “Siemens dispone de diversas presentaciones de estos reactivos”* y que en el sobre 2B figura el reactivo Thromborel S, y en la oferta económica con código 32613 oferta, para la determinación “Tiempo de Protombina”, REF. OUHP495, Cantidad 2 años, 215.000; Precio unitario s/IVA 0,1940 €; Precio Unitario c/IVA 0,2347 €; Tipo IVA 21%; Importe total s/IVA 41.710,00 €; Importe total IVA Incluido 50.469,10 €. Ascendiendo el total de su oferta para el lote 4 a 110.053,49 euros con IVA, (90.953,30 € sin IVA +19.100,19 € IVA).

Sin embargo en el sobre de documentación administrativa tanto en formato papel como en CD, figura en la documentación técnica-memoria detalle cumplimiento del Pliego y Anexo XI Modelo Proposición Técnica, que el reactivo ofertado es INNOVIN REF B4212-5 y sus características.

En la Resolución de adjudicación, se adjudica a Siemens el lote 4 por un importe total 110.053,49 euros.

Es consolidada doctrina, sentada entre otros en Informe 5/1999, de 24 de noviembre, 4/2007 o 3/2009, de 10 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, que cuando se trate de errores que permitan a la Mesa conocer la oferta real, sin modificación de los elementos de la misma, por un simple cálculo matemático o corrección, serán subsanables.

Además, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso la de considerar que en los procedimientos

de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGLCAP, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo).

De la jurisprudencia también se desprende que es 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. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (Sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 (TJCE 2002, 383), Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 72/2013 de 14 de mayo, *“con carácter general cuando las ofertas económicas contengan inconsistencias o errores, corresponderá al Órgano de Contratación delimitar la existencia y el alcance del error, y su calificación como subsanable o no, teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos quede clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos. Pero esta actuación del Órgano de Contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún*

extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición. Por lo tanto, a la vista del error padecido por la recurrente en la proposición económica, a la Mesa de contratación se le plantean dos opciones, o bien rechazar automáticamente la oferta o bien solicitar aclaraciones al licitador, habiendo señalado la junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre el modo de instrumentalizar una posible solicitud de aclaración de las proposiciones, en su Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008 [JUR 2008, 342037] la posibilidad de utilizar el trámite previsto en el art. 87.1 RGLCAP, cuando señala que “Determinada por la Mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado” (...).”

Considera acreditado el Tribunal que se ha producido una discrepancia en la oferta de Siemens, al constar en dos documentos diversos, distintas denominaciones para el mismo producto, una de las cuales cumpliría las exigencias del PPT mientras que la otra no, siendo ambas del mismo precio. Esta discrepancia podría haber exigido la solicitud de aclaraciones por parte del órgano de contratación, si bien la circunstancia de que el producto que actualmente se suministra al Hospital sea el reactivo INNOVIN, pudiera ser la causa de no haber solicitado aclaración en el convencimiento de que se continuaría con el mismo producto suministrado.

De acuerdo con el artículo 1282 del Código Civil *“Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”*. Así cabría, aplicando este precepto, considerar para interpretar la declaración de voluntad vinculante que constituye la oferta, que los actos anteriores como es el suministro continuado al Hospital de INNOVIN indican que la voluntad de la adjudicataria es precisamente, como se corrobora en

su escrito de alegaciones, aportar ese producto, tal y como por otro lado resulta de la oferta administrativa y técnica, siendo únicamente discrepante la oferta económica. A ello cabe añadir que se trata de productos del mismo precio cuyas características técnicas resultan indubitadas precisamente en la oferta técnica y son conformes a lo requerido en el PPT, manteniéndose la oferta económica en todo caso inalterable a pesar del error, que el órgano de contratación entiende subsanado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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 interpuesto por doña C.C.P., en nombre y representación de Werfen España, S.A.U., contra la Resolución, de 28 de junio de 2017, por la que se adjudica el contrato para el “Suministro de reactivos para bioquímica general e inmunoquímica para el Hospital Universitario de Getafe”, número de expediente: (BIQ) PAPC 2017-1-8, lote 4.

Segundo.- Declarar que no procede apreciar la posible 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 automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 4 de agosto.

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.