

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.B.R., en representación de la empresa FISHER SCIENTIFIC, S.L. (en adelante Fisher), contra la Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social por la que se adjudica el lote 1, “Vitrinas de recirculación con filtro” del contrato de suministro “Adquisición de vitrinas de recirculación con filtro y trituradores profesionales para la preparación de medicamentos en los centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (2 lotes)”, Expediente A/SUM-024054/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM de fecha 12 de marzo de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia, dividido en dos lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

El valor estimado de contrato asciende a 344.616,00 euros.

Segundo.- A la licitación del lote 1 se presentaron 6 licitadoras, entre ellas el recurrente.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, la Mesa de contratación celebrada el día 8 de abril de 2019, tras la apertura de las proposiciones económicas, considera que las empresas Tecnología para Diagnóstico e Investigación S.A. (en adelante TDI) y Fisher incurren en supuesto de baja anormal o desproporcionada respecto del lote 1 y acuerda requerir a las mismas la correspondiente justificación de la viabilidad. Las empresas cumplieron en plazo el requerimiento.

Reunida le Mesa nuevamente el 3 de junio de 2019, a la vista del informe técnico emitido, acuerda admitir a ambas empresas previa aclaración por parte de Fisher sobre determinados extremos de su oferta.

Tercero.- El 13 de mayo de 2019, la Mesa aprueba la clasificación del lote 1, resultando en primer lugar TDI con 98 puntos y en segundo Fisher 66,86. En consecuencia propone la adjudicación del contrato a TDI.

La empresa propuesta acreditó el cumplimiento de la solvencia técnica exigida en el Pliego mediante determinada documentación y el catálogo de sus productos.

La Mesa, con fecha 29 de mayo, considerando que existen imprecisiones en la documentación presentada, le requiere para que subsane los siguientes aspectos:

“1.- Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

Fotos de los elementos a suministrar o su identificación en un catálogo de fábrica donde figuren las características técnicas: se requiere ampliación de la información en relación a lo siguiente, dado que de la documentación aportada no se infieren las siguientes características especificadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas:

1.- Caudal del aire: m³/hora.

2.- Características de Paneles y fachada: material, espesor y respuesta a la corrosión química.

3.- *Cuadro de mandos luminoso y por sonidos: Tiempo de funcionamiento y nivel de ventilación.*

4.- *Alarma de Aviso por defecto de ventilación y por obstrucción del filtro para partículas”.*

La empresa presentó con fecha 31 de mayo la subsanación requerida, aportando las fotos y aclaraciones sobre las características indicadas. Se emitió informe técnico sobre la subsanación, concluyendo que se ha acreditado *“la solvencia técnica requerida en la licitación, siendo en el requisito del caudal de aire, considerado una mejora en la oferta de dicho caudal del aire, circunstancia contemplada en el punto 2.1 de pliego prescripciones técnicas”.*

En consecuencia, la Mesa propone la adjudicación del lote 1 del contrato a TDI, el 11 de mayo de 2019.

Cuarto.- El día 17 de junio de 2019, Fisher presenta escrito ante la Mesa de contratación en el que advierte que el producto ofertado por TDI incumple determinadas prescripciones técnicas, concretamente una normativa UNE distinta de la exigida en el PPT y además no cuenta con los dos filtros requeridos.

La Mesa se reúne con fecha 25 de junio de 2019 y según consta en el acta:

“A la vista del informe de la Coordinación Médico-Asistencial de la Agencia Madrileña de Atención Social que refleja los siguientes puntos:

1.- El punto 2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas de este procedimiento determina: “Las especificaciones técnicas mínimas que deben cumplir cada uno de los elementos del contrato se recogen en el Anexo I del presente pliego. Las calidades de los productos suministrados solo podrán ser mejoradas. La baja ofertada por el licitador no justificará calidades inferiores a las estipuladas, que en ningún caso serán aceptadas.

Las características técnicas particulares del material ofertado incluirán todos aquellos elementos y accesorios que puedan ser necesarios para un correcto funcionamiento.

Las especificaciones técnicas mínimas que deben cumplir las vitrinas de recirculación (LOTE 1) se rigen por la norma UNE-EN 14175, norma AFNOR NF X 15 211:2009 y BS 7989:2001 según la Nota Técnica de Prevención NTP 1.055 del Instituto de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSBBT, 2015); recomendando asegurar la conformidad del producto con la norma francesa NF X 15-211:2009”.

2.- En el apartado 3 del Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas, recoge que el modelo ofertado debe poseer: “Registro y Certificación: “Obligatorio: CE, norma UNE-EN

14175, norma AFNOR NF 15 211:2009 y BS 7989:2001 (NPT 1.055 del INSBBT, 2015”.

3.- En el apartado 2 del Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas, se establece la obligatoriedad de la presencia en el modelo ofertado, de un filtro de vapores de seguridad, que junto con el filtro de vapores principal y filtro de partículas HEPA H14, son los de descritos (copia el apartado del PPT)

(...) de acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Mesa de Contratación acuerda proponer al órgano de contratación que requiera a la empresa TECNOLOGÍA PARA DIAGNÓSTICO E INVESTIGACIÓN, S.A., que acredite el cumplimiento del modelo ofertado de las especificaciones técnicas descritas”.

El 3 de julio de 2019, TDI presenta nueva documentación explicativa y la ficha técnica de la cabina modelo EUROAIRE CBKG.

El Coordinador Médico emite nuevo informe en el que expone que TDI ha dado respuesta a los apartados que planteaban dudas *“declarando expresamente que efectivamente su producto cumplirá todos y cada uno de los requisitos normativos en el momento de la entrega.*

Se compromete a entregar un “Informe de validación y control de calidad” de cada una de las vitrinas expedido por el Laboratorio de Ensayo de TDI S.A., que está acreditado por ENAC según UNE-EN ISO/IEC 17025, para realizar ensayos en cabinas de seguridad y salas limpias.

Si bien no presenta en este momento acreditación expresa sobre el

cumplimiento normativo especificado en el Pliego de Prescripciones Técnicas, se constata que la documentación aportada relativa a su oferta describe los equipos ofertados con las características técnicas y funcionalidades requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, cuyas especificaciones son las establecidas en las normas técnicas referidas.

Con la información de la que disponemos, desde esta Coordinación Médico Asistencial, consideramos que vistas las aclaraciones expresadas, no existen argumentos que impidan la adjudicación, si bien ha de verificarse la idoneidad del Informe de validación que deberá entregarse con cada vitrina”.

A la vista del informe anterior, la Mesa acuerda considerar correctamente acreditada la solvencia técnica.

Mediante Resolución de 9 de agosto del 2019, del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social se adjudica el contrato de acuerdo con la propuesta de la Mesa.

Quinto.- El 30 de agosto de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Fisher en el que solicita la anulación de la adjudicación del contrato al no cumplir su oferta con varios de los requerimientos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El 6 de septiembre de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (en adelante LCSP). En el informe se solicita la desestimación del recurso puesto considera que la oferta de la adjudicataria cumple con todas las exigencia técnicas establecidas en el PPT.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Séptimo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del lote 1, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de alegaciones de la adjudicataria del que se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 9 de agosto de 2019, no consta notificación pero el recurso se interpone el 30 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso la recurrente alega que la oferta de TDI incumple varios requisitos establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

1.- Argumenta la recurrente que *“Según el Pliego de Prescripciones técnicas, el objeto del lote 1 del concurso es el siguiente (extracto textual del pliego técnico):*

LOTE 1:

Partida 1: Vitrinas de Recirculación con Filtro o Vitrinas de Contención por Ventilación (CVE

1.- Descripción y componentes:

Dispositivo sanitario de contención primaria para la protección de trabajadores que deben manipular medicamentos considerados peligrosos que no requieren unas condiciones de esterilidad para su administración. Son dispositivos de filtración, no de extracción, de seguridad Clase 1, es decir, constarán de un sistema de filtros complementarios

Además, se requiere que la vitrina esté registrada y certificada como cumplidora de las siguientes normativas (extracto textual del pliego técnico):

3.- Registro y Certificación:

a) Obligatorio: CE; norma UNE-EN 14175, norma AFNOR NF X 15 211:2009 y BS 7989:2001 (NTP 1.055 del INSBBT, 2015).

b) Recomendable: conformidad con la norma francesa NF X 15- 211:2009 (Sorbonne à recirculation); ISO 9001.

Sin embargo, el modelo propuesto en la adjudicación, “Cabina de Seguridad Biológica Clase I de la línea EUROAIRE de TDI, con referencia 00-CBK80-G con Filtro HEPA H14 y Filtro de Carbón”, según toda la documentación disponible sobre el mismo es una cabina de seguridad biológica Clase 1, según la normativa europea UNE EN 12469. Así consta en la propia página web del adjudicatario”

El órgano de contratación manifiesta que “El modelo del producto referido en la totalidad de los documentos presentados es el EUROAIRE CBK 80 G, que cumple las exigencias del anexo I del PPT en todos sus términos, según se deduce del conjunto de la documentación presentada y de los informes emitidos.

La determinación del contenido de la información técnica de los catálogos es una decisión propia y comercial de cada empresa. El hecho de que en algunos productos no figuren determinados aspectos técnicos no implica que no los posean, sino que la política de la empresa no ha considerado oportuna su inclusión. Por lo tanto, la ampliación de la información contenida en los catálogos en relación a los aspectos requeridos no implica una modificación del producto sino una aclaración de sus características. Lo relevante es que de la documentación obrante en el expediente se constate que el equipo oferta”.

Por su parte TDI en se escrito de alegaciones manifiesta que “de todos y cada uno de los elementos que componen el lote adjudicado, TDI ha certificado su adecuación tanto a las características técnicas requeridas en el pliego como a la normativa que regula dichos aparatos (normas UNE-EN 14175, norma AFNOR NF X 15 211:2009, BS 7989:2001...), aportando los correspondientes certificados, sin que sean ni necesarios ni precisos certificados distintos de otras entidades distintas o del gusto de Fisher”.

Respecto a las características de las cabinas argumenta que “se dice que el pliego exige que los aparatos ofertados sean Vitrinas de aspiración de gases de seguridad Clase I y que los aparatos de TDI no pueden cumplir dicha misión, por tratarse de Cabinas de seguridad biológica Clase I. Y que la una es absolutamente

incompatible con la otra, siendo imposible que se cumplan las características de ambas al mismo tiempo.

Pues bien, en primer lugar y tal como se ha expuesto y se ha documentado en la aclaración técnica requerida, todo depende de la configuración que en cada momento se haga de dicho elemento, para que pueda actuar tanto como cabina de seguridad biológica Clase I (según UNE EN 12469, EN 1822) o como de vitrina de seguridad Clase I con recirculación (según UNE EN 14175, NF X 15 211, BS 7989, EN 1822). En el presente caso, evidentemente se han configurado los aparatos como vitrina de seguridad Clase I con recirculación. Aplicando a la vitrina los parámetros de programación de velocidades, alarmas detección, así como los filtros necesarios en este modelo para el cumplimiento de las normativas indicadas.

Si se tratara de Cabinas de Seguridad Biológica Clase I, se aplicarían los parámetros de programación y filtración correspondientes para el cumplimiento de sus normas específicas, anteriormente citadas”.

En primer lugar este Tribunal ha de señalar, como es doctrina unánime, que los pliegos conforman la ley del contrato, y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, así como a los órganos de contratación, obligando a las partes 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 139.1 de la LCSP, la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) dispone que *“La presentación de proposición supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas particulares que rigen el presente contrato, sin salvedad o reserva alguna”.*

La oferta de TDI para este lote, según consta en el expediente y es admitido por la empresa, es el modelo Euroaire CBK-G que según la ficha técnica aportada para acreditar la solvencia, tiene las siguientes características: *“Cabina de seguridad*

biológica de tipo: Clase I según normativa EN 12469, con filtración mixta de vapores y gases”.

Así consta en el catálogo de productos 2019, que forma parte de la documentación citada.

Además en esa documentación se incluye el certificado de acreditación de AENOR 560/LE 936. En dicho documento se recoge el alcance de la acreditación y en la verificación de equipos componentes y recintos, consta: *“Cabinas de seguridad biológica, cabinas de aspiración de gases y laboratorios de seguridad biológica (...) Norma o Procedimiento de Ensayo UNE12469”*

En la documentación aportada como ampliación el 31 de mayo, vuelve a constar que la cabina ofertada es la anteriormente descrita *“según normativa EN 12469”*, vuelve a incluirse el catálogo dónde consta igual referencia a la normativa. Igualmente se vuelve a incluir el certificado de AENOR anteriormente descrito.

Por el contrario, en la documentación complementaria presentada el 3 de julio tras el escrito de Fisher a la Mesa, TDI afirma: *“UNE EN 14175- AFNOR NF X 15- BS 7989. TDI ha diseñado la Unidad 00-CBK-G bajo dichas normas, cumpliendo los distintos apartados que la conforman con el objeto de garantizar la seguridad del usuario y del medioambiente”.*

Añade una ficha técnica del modelo ofertado de cabina en la que aparece además de la UN EN 12469, la 14175. La certificación ENAC se aporta pero esta vez sin incluir el documento de alcance.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, la acreditación del cumplimiento los requisitos técnicos debe realizarse mediante la correspondiente documentación y cuando se entregan fichas técnicas de los productos su contenido es el que debe tenerse en cuenta para esa acreditación.

En este caso se ha aportado por dos veces un catálogo y las fichas correspondientes al modelo ofertado, indicando una norma (UNE-E 12469) distinta de la requerida en el PPT (UNE-E 14175). Norma que se recoge igualmente en el documento de los ensayos realizados al producto.

Solamente en la última documentación se ha modificado esa ficha, sin embargo la empresa no ha explicado el cambio y lo que es más importante no ha acreditado de ninguna manera que el cambio en el catálogo se deba a un error y que el producto se ha realizado conforme a la norma descrita además de conforme a la anterior. Es cierto que en alegaciones se indica que pueden existir dos configuraciones pero eso tampoco consta ni constaba en el catálogo ni en la ficha.

Las características técnicas recogidas en el PPT constituyen prescripciones de carácter obligatorio conforme a lo dispuesto en los artículos 124 y 125.1 de la LCSP, cuyo incumplimiento debe suponer la exclusión del licitador, por ser las reglas de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definir sus características y calidades. Concretamente en los contratos de suministro fijan los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como 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 fijar el contenido de la relación contractual, correspondiendo al órgano de contratación su determinación, sin que quepa relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En el presente caso, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, debemos concluir que no se ha acreditado el cumplimiento de las condiciones técnicas del PPT. A mayor abundamiento el propio informe emitido por la Coordinación Técnica señala que *“Si bien no presenta en este momento acreditación expresa sobre el cumplimiento normativo especificado en el Pliego de Prescripciones Técnicas (...)”*, por lo que viene a reconocer que no se ha acreditado el cumplimiento normativo.

En consecuencia procede estimar el motivo recurso lo que supone la anulación de la adjudicación realizada por incumplimiento del PPT y la retroacción de actuación al momento anterior para proceder a la exclusión de la oferta de TDI y realizar la adjudicación que corresponda.

La estimación del motivo de recurso con la consiguiente exclusión de la oferta de TDI, hace innecesario analizar los restantes incumplimientos alegados en el escrito de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 en materia de contratación interpuesto por don A.B.R., en representación de la empresa FISHER SCIENTIFIC, S.L. (en adelante Fisher), contra la Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social por la que se adjudica el lote 1 “Vitrinas de recirculación con filtro” del contrato de suministro “Adquisición de vitrinas de recirculación con filtro y trituradores profesionales para la preparación de medicamentos en los centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (2 lotes)”, Expediente A/SUM-024054/2018.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.