

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

En Madrid, a 3 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Ortopedia y Cirugía, S.L., contra la adjudicación del Lote 8 del contrato “Suministro de Compresas y Gasas con destino a los Centros de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS)” acordada mediante Resolución, de 15 de diciembre de 2022, de la Gerente Asistencial de Atención Primaria, número de expediente A/SUM-029593/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 9 de agosto de 2022, en el DOUE, el 11 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 22 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en ocho lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.020.544,40 euros y su plazo de duración será de 12 meses, con posibilidad de prórroga por otros 12 meses.

A la presente licitación, en concreto al Lote 8, se presentaron siete empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizadas las actuaciones correspondientes del procedimiento de licitación mediante Resolución, de 15 de diciembre de 2022, de la Gerente Asistencial de Atención Primaria, se adjudica el Lote 8 del presente contrato a Textil Planas Oliveras, S.A.

Tercero.- El 3 de enero de 2023, se presenta ante el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Ortopedia y Cirugía, S.L.

El 11 de enero el órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso junto con 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 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 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, para el Lote 8, 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 (RPERMC), 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.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del Lote 8 de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la

LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

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 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 15 de diciembre de 2022, practicada la notificación el 16 de diciembre, e interpuesto el recurso el 3 de enero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministros 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.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en relación con los criterios de adjudicación evaluables de forma automática:

“Lote 8.- Código 100396 GASA TEJIDO SIN TEJER 15X20CM PLEGADA A 7,5X10CM 30 GRAMOS 4 CAPAS SOBRE 5 UNIDADES ESTÉRIL.

- Tamaño de la pestaña de apertura del sobre de al menos 2 cm, que permita la separación íntegra, sin rasgarse ninguna de las partes del envase (15 puntos).*
- Entramado de la gasa uniforme en toda su extensión (15 puntos)”.*

Alega el recurrente que no está de acuerdo con la puntuación otorgada en cuanto al criterio relativo al tamaño de la pestaña de apertura del sobre de al menos 2 cm y que su oferta ocupa el segundo lugar en puntuación 85 puntos frente a los 85,33 de la adjudicatario y precisamente el precio de la oferta de la adjudicataria es superior a la suya.

Opone que en el criterio de la pestaña de apertura del sobre se le han otorgado 0 puntos de los 15 posibles. A su juicio, de la simple lectura de este criterio, no cabe duda de que lo único que se puede exigir a los licitadores es lo que indica, es decir, que el tamaño de la pestaña de apertura del sobre sea de al menos 2 cm. En la documentación técnica aportada en su oferta se detalló que el tamaño de la pestaña es de 10 cm.

El sellado de los sobres y la banda ancha de apertura de 10 cm y 1,5 de fondo permiten una limpia apertura.

La descripción del tamaño de la pestaña de apertura del sobre de las gasas, dice lo que dice, sin que pueda pretenderse que se entienda por los licitadores otra cosa distinta, ni como pretende el órgano de contratación entender que los 2 cm eran de profundidad o ancho de la pestaña y no del largo.

Como es sabido, las especificaciones del PCAP deben comprender el nivel de detalle necesario para que los licitadores no deban tener que interpretar nada ni puedan inducir a error. La exigencia de que los 2 cm se refiriese al ancho de la pestaña

y no al largo, dicha exigencia carecería de sentido técnico y objetivo. De no ser así se estaría convirtiendo un criterio objetivo de valoración en un criterio subjetivo, que requiere una interpretación o extralimitación respecto lo establecido en el PCAP para realizar la valoración del criterio, lo que llevaría no solo a la anulación de las valoraciones realizadas en el informe, retrotrayendo el procedimiento hasta ese momento, sino toda la licitación procediendo a dar una nueva redacción al pliego en el siguiente sentido, *“Tamaño de la pestaña de apertura del sobre de al menos 2 cm de profundidad, que permita la separación íntegra, sin rasgarse ninguna de las partes del envase (15 puntos)”*.

Señala que existe una normativa aplicable para los sobres estériles que es la norma EN 868-5 y que en ella se detalla básicamente que la soldadura de ancho debe tener (mínimo 6 mm), requisito que cumple el producto ofertado.

Manifiesta que ha venido suministrando al hospital el mismo producto que ahora oferta con plena conformidad del órgano de contratación por lo que no puede entender que en unos casos valga ese producto y en otros no. Añade que también ha suministrado millones de estas unidades al Institut Catalá de la Salut a plena satisfacción de éste.

Por ello considera que se debe retrotraer el procedimiento al momento de valoración de su oferta para que se le otorguen los 15 puntos y subsidiariamente se declare nulo el PCAP por falta de especificación y claridad respecto del referido criterio.

Por su parte el órgano de contratación alega que el tamaño de la pestaña de apertura ofertada por los licitadores fue la siguiente:

	Licitador	Puntuación del criterio	Medida de la pestaña
B83720029	ALBINO DIAS ANDRADE S.L.	15	2 cm
A25017666	GASPUNT, S.A.	15	2,2 cm
B08707010	ORTOPEDIA Y CIRUGIA,S.L.	0	1,2 cm
A45002516	LABORATORIOS INDAS, S.A.U	0	1,2 cm
B66827163	TEGOSA MEDICA, S.L.	15	2,3 cm
A08564502	TEXTIL PLANAS OLIVERAS S.A.	15	2,2 cm

A la vista del recurso la Comisión de Adquisiciones, procede a la revisión de la documentación valorada en el expediente y alega que la redacción del criterio objeto de recurso no ha sido motivo de solicitud de aclaración por ninguno de los licitadores del expediente ni por su empresa durante el plazo de presentación de ofertas, por lo que considera que el criterio está bien definido como expone a continuación.

La medida del tamaño de la pestaña a la que se refiere el criterio no es la del ancho del blíster, que oscila entre 10 y 13 cm en todos los licitadores, en función de la medida de plegado de la gasa y del tamaño del sobre.

En el sentido alegado por la recurrente, si consideramos la medida tal y como pretende, la medida del criterio de al menos 2 cm resultaría totalmente desproporcionada comparada con los 10 o 13 cm del ancho del blíster por lo que resulta obvio que no se podía referir a esa medida sino a la medida de profundidad de la pestaña.

Por otro lado, la normativa vigente aplicable para los sobres estériles Norma EN 868-5, Materiales de envasado para productos sanitarios esterilizados en su fase final. Parte 5: Bolsas y rollos sellables de materiales porosos y de lámina de plástico. Requisitos y métodos de ensayo, en el punto 4.3 Construcción y diseño, puntos 4.3.3, detalla lo siguiente:

4.3.3. La distancia entre el extremo de una bolsa y el borde más cercano del ancho del sellado deberá ser suficiente para permitir que las dos bandas se separen y despeguen.

La propia norma está indicando cómo debe tomarse la medida del ancho (del borde de la bolsa al borde del sellado) para permitir la separación y el despegue de las dos bandas.

No estableciendo la norma ninguna medida mínima que haya que cumplir, para objetivar el valor del criterio “suficiente” se le ha marcado con un valor de al menos 2 cm que se recoge como criterio de valoración, para mejorar la separación íntegra, sin rasgarse ninguna de las partes del envase en la apertura del blíster de la gasa en los procedimientos quirúrgicos de los profesionales.

La gasa presentada por la recurrente tiene una profundidad inferior a 2 cm, en concreto 1,2 cm, por lo tanto, al ser inferior no reúne los requisitos establecido en el pliego. Al respecto aporta unas fotografías.

En cuanto a las alegaciones del recurrente sobre que está suministrando este producto al Hospital, opone el órgano de contratación que lo que se pretende con esta licitación es conseguir una mejora en el sobre que facilite una apertura limpia al profesional y que ello no ha de vincular a futuras licitaciones. Igual sucede con los suministros al Instituto Catalán pues cada órgano es independiente para satisfacer sus necesidades dentro de los límites de la contratación.

Por su parte el adjudicatario señala que si tomamos en consideración los 2 cm exigidos para cumplir con el criterio se corresponde con el ancho del sobre y no con el fondo, se podría introducir una gasa de 7,5cm x10cm -medidas exigidas en el Lote 8- en un sobre de 2 cm de ancho, lo cual es indiscutiblemente, imposible.

En cuanto a la falta de claridad de pliego opone que la recurrente ha presentado oferta al Lote 3 del presente contrato y que el criterio objeto de controversia está redactada para este Lote en los mismos términos, obteniendo en este caso los 15 puntos. También cita la participación del recurrente en otros procedimientos de licitación, en los que se puntúa el mismo criterio de adjudicación con el objetivo que demostrar que ORTOPEDIA es perfectamente conocedor de qué es lo que se valora y qué es la pestaña del sobre.

En relación con la normativa EN-865-5 esta norma establece un mínimo de 6 mm, pero esto no demuestra el cumplimiento de lo exigido en los pliegos.

Vistas las posiciones de las partes, este Tribunal no puede más que acoger las pretensiones del órgano de contratación y del adjudicatario del contrato.

Como manifiesta la Consejería no se realizó ninguna consulta sobre el criterio de adjudicación en liza, lo que hace presumir que la cláusula era clara para los suministradores de este tipo de producto. En cuanto a la medida de la pestaña todo indica que se refiere al fondo pues la mayor o menor profundidad es la que permite el manejo de apertura.

Como indica el órgano de contratación si el tamaño del blíster es entre 10 y 13 cm en todos los licitadores, carece de sentido interpretar que los 2 cm se refieren al ancho del blíster. Es más, los 6 mm citados por el recurrente de la norma EN 868-5, se refiere al ancho de la soldadura, esto es el sellado, y no al de la pestaña de apertura.

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 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

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 y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En el presente supuesto no aprecia este Tribunal que la cláusula sea oscura, sobre todo considerando que los licitadores son conocedores de los productos a ofertar por lo que la interpretación del recurrente no tiene ningún fundamento lógico.

Sobre la referencia de que la oferta económica del adjudicatario es superior a la suya, olvida el recurrente que nos encontramos ante un procedimiento de licitación con varios criterios de valoración además del precio.

En cuanto a lo alegado por el recurrente sobre otras licitaciones, es preciso recordar que las mismas se rigen por sus propios pliegos que reflejan las necesidades del órgano de contratación en cada momento, no pudiendo hacerse valer para declarar la nulidad de los pliegos, ni otorgar otra interpretación a la cláusula objeto de controversia.

En consecuencia, se desestima el 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Ortopedia y Cirugía, S.L., contra la adjudicación del Lote 8 del contrato “Suministro de Compresas y Gasas con destino a los Centros de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS)” acordada mediante Resolución, de 15 de diciembre de 2022, de la Gerente Asistencial de Atención Primaria, número de expediente A/SUM-029593/2022.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática, para el Lote 8, 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.