

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

En Madrid, a 25 de enero de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por, Doña A.G.G., en nombre y representación de BIOLINE SUPPY, S.L. contra la decisión de la Mesa de Contratación, reunida el 24 de noviembre de 2011, por la que se la excluye de la licitación al lote 8 en el expediente de contratación 2011000036 “Contrato de suministro de Endoprótesis y reservorios para los Servicios de Gastroenterología, Radiología y Hemodinamia Infantil del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) correspondiente al contrato de referencia, divide la prestación objeto del mismo en 29 lotes, siendo objeto de impugnación únicamente la valoración correspondiente al lote 8. El indicado contrato tiene un presupuesto máximo estimado de 660.888,89 euros, siendo el importe del lote afectado por el recurso de 26.642 euros.

Con fecha 24 de noviembre de 2011, la Mesa de contratación en sesión

pública celebrada ese mismo día, pone en conocimiento de los licitadores al contrato de referencia la valoración previa de los criterios de adjudicación cuya valoración depende de un juicio de valor, indicándose asimismo las empresas que habían superado la puntuación mínima establecida en el PCAP, para que su proposición fuera valorada en la siguiente fase del procedimiento.

A tal efecto el PCAP correspondiente al procedimiento objeto del presente recurso establece que para que la oferta sea valorada en fase decisoria, es preciso que la misma haya obtenido un 55% de la puntuación asignada a los criterios de calidad.

Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), exige para el lote 8, endoprótesis biliar metálica sin recubrimiento, *“Varias longitudes (40-100mm) aprox.*

Radio de 8-10 mm aprox

Bordes redondeados atraumáticos

Reposicionable

En envase individual estéril.”

La oferta de la recurrente fue excluida, dado que según resulta del informe técnico de valoración la misma *“No cumple especificaciones técnicas. Ofertan longitudes 40-60-80. Se solicita 40-100 mm”*

No consta en el expediente administrativo, que se diera traslado del informe de valoración a la recurrente, aunque se indica en el informe remitido en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 del del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) que se dio lectura del mismo en el acto público del día 24 de noviembre.

El día 14 de diciembre de 2011 se solicitó por la recurrente acceso al informe de valoración, presentándose el mismo día anuncio previo de recurso especial en

materia de contratación contra la decisión de la Mesa de contratación de excluir su oferta de la siguiente fase de licitación.

Segundo.- Con fecha 16 de diciembre de 2011 BIOLINE SUPPLY, interpone recurso especial en materia de contratación contra la decisión de la Mesa de contratación de 24 de noviembre de 2011, antes referida.

El recurso presentado se fundamenta en una única causa, cual es la de la incorrecta valoración de su oferta en tanto en cuanto las especificaciones técnicas de la prótesis biliar ALIMAXX –B presentada por Bioline Supply al lote 8, se corresponde con todos y cada uno de los requisitos exigidos en el PPT ya que no se especifica en el mismo la obligatoriedad de disponer de una prótesis de una medida de 100 mm de longitud, sino que la misma se ajuste a las medidas comprendidas en el intervalo de 40-100 mm aproximado.

Por su parte el Hospital Universitario Ramón y Cajal, en el informe preceptivo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, únicamente afirma que la actuación de la Mesa fue correcta por lo que respecta a la comunicación del acuerdo de exclusión de la recurrente y que, por lo tanto, el recurso se habría interpuesto fuera del plazo que establece el artículo 314.2.b) de la LCSP.

Tercero.- Con fecha 28 de diciembre se requirió a la recurrente para que aportara el documento acreditativo de la representación con que actúa la firmante del recurso, siendo atendido tal requerimiento el mismo día 28 de diciembre, mediante escrito en el que se indica que dicho documento constaba junto con el recurso interpuesto ante el Hospital General Ramón y Cajal, extremo que fue comprobado mediante el examen de la parte del expediente remitido a este Tribunal el mismo día 28 de diciembre.

Con fecha 12 de enero de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia, no habiéndose recibido ningún escrito de

alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo resulta acreditada la representación de los firmantes del recurso, al haber sido atendido el requerimiento de subsanación.

Segundo.- Respecto de su objeto debe indicarse que el recurso se ha interpuesto contra el acto en el que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación, correspondiente a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada por lo que debe considerarse que el recurso ha sido interpuesto contra un tipo de contrato susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) y 2.b), en relación con el artículo 15.b del TRLCSP.

Tercero.- Debe hacerse un especial examen de la interposición en plazo o no del recurso en tanto en cuanto el órgano de contratación aduce que el mismo sería extemporáneo.

A este respecto el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*. Así, en principio, parece lógico entender que el cómputo del plazo de interposición del recurso se iniciará de acuerdo con el artículo 44.2.b), es decir, a partir del día siguiente a aquel en que el licitador haya tenido conocimiento de su exclusión por la Mesa de contratación.

Ni el TRLCSP, ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, y el régimen de recursos que cabe contra ella, lo que permitiría que comenzará a contar el plazo para la interposición del recurso especial.

Interesa indicar en este punto que el TRLCSP en su artículo 151.4 impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, en el acto de calificación de la documentación efectuado por la Mesa, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4 del TRLCSP obliga a concluir que la Ley 34/2010, refundida por el RD Legislativo 3/2011, estableció en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordadas por las mesas de contratación: contra el acto de trámite cualificado, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario y así, si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

Este Tribunal en anteriores Resoluciones como la 37/2011, de 13 de julio o la Resolución 67/2011, de 19 de octubre, trayendo a colación la Circular 3/2010 de la Abogacía General del Estado, cuyas conclusiones comparte, considera que si consta notificación formal del acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, el licitador excluido no podrá interponer recurso especial respecto de la adjudicación, en los siguientes términos: *“La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial en contra el acto de trámite cualificado (artículo 310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, (...) y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato (...). Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario*

Sentado lo anterior, debe examinarse si el acto de 24 de noviembre de 2011, en el que la Mesa de contratación comunica de forma pública el resultado del informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación susceptibles de juicio de valor, reúne los requisitos anteriormente señalados.

En este caso no se indica en el acta elaborada por la Mesa de contratación que se hubiera dado traslado del informe de valoración a la recurrente, ni tampoco que hubiera un representante de la misma en dicho acto. Tampoco consta que el indicado informe se hubiera hecho llegar en dicho momento a la recurrente de cualquier otra forma. Únicamente consta, porque así se reconoce por el propio órgano de contratación en el informe preceptivo remitido, que personado un representante de la recurrente en el Hospital solicitando el informe de valoración, el mismo le fue facilitado el día 14 diciembre de 2011.

Por otro lado además de contener los motivos de la exclusión, para que la notificación surta efectos como dies a quo del término inicial del cómputo del plazo, la misma debe cumplir todos los requisitos formales para ello previstos en los

artículos 58 y 59 de la (LRJ-PAC), -singularmente la indicación del régimen de recursos procedente contra el acto de trámite de exclusión impugnado. De esta forma en el caso que ahora nos ocupa al no reunir la comunicación de la exclusión en el acto de la apertura de plicas del día 24 de noviembre de 2011, los requisitos expuestos, dicha fecha no puede ser tenida en cuenta como días a quo para el cómputo del plazo de presentación del recurso especial, debiendo considerarse que el mismo se interpuso dentro del plazo.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- El fondo del asunto se contrae a determinar si la valoración de la oferta de la adjudicataria y su exclusión de la licitación por no reunir el producto ofertado los requisitos técnicos previstos en el Pliego es o no ajustada a Derecho.

Con carácter general, en cuanto al contenido de los pliegos el artículo 115.3 del TRLCSP dispone que los contratos se ajustaran al contenido de los pliegos particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos. Como viene manifestándose de forma reiterada por la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato que obligan a las partes, tanto a los licitadores como a los órganos de contratación. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863) cuyo fundamento de derecho tercero dice:“(..) si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es

incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00 (RJ2004/5448), y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00).

En este caso, como más arriba señalábamos el PPT establece para el lote 8 una serie de requisitos mínimos entre los que se encuentra el de las longitudes de la endoprótesis biliar metálica sin recubrimiento a suministrar, exigiendo que la misma se presente en “*Varias longitudes (40-100mm) aprox.*”

De acuerdo con la ficha técnica del producto ofertado por la recurrente los stent (endoprótesis biliar metálica) ALIMAXX-B que proponen suministrar, “*ofrecen dos diferentes diámetros: 8 y 10 mm por tres longitudes cada uno: 40, 60 u 80 cm*”

Con carácter previo debe señalarse que la mención en centímetros de la medida de las prótesis constituye un claro y obvio error de transcripción que no fue tenido en cuenta por los técnicos a la hora de elaborar el informe, puesto que indican “*ofertan longitudes 40-60-80. Se solicitan 40-100 mm*”. Por lo tanto las longitudes del producto ofertados son de 40-60-80 mm.

Ciertamente, cuando la medida no es clínicamente relevante, a fin de admitir la máxima concurrencia, las dimensiones de los productos a suministrar pueden ser aproximadas, es decir, dentro del baremo que se establezca o en un rango de aproximación a la medida establecida. Lo que sucede en este caso es que esa variable queda relativamente indefinida, al indicar que se trata de longitudes aproximadas, por lo que hay que recurrir a criterios interpretativos para determinar si el producto ofertado por Bioline Supply S.L, cumple la prescripción técnica exigida relativa a las longitudes *(40-100mm) aprox*

En cuanto a la interpretación de dicha prescripción técnica, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define aproximadamente: “Con proximidad, con corta diferencia.” Y aproximado como “lo que se acerca más o menos a lo exacto”.

Debe tenerse en cuenta también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo manifestada en Sentencias de 14 de mayo, 26 de septiembre y 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 4905 y 7558) cuando establece que (..) la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, doctrina ésta ya fijada en las Sentencias de 24 noviembre 1987 (RJ 1987, 8240) y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293) .

Pues bien, a la luz de todo lo anterior este Tribunal considera que no puede apreciarse incumplimiento por parte de la recurrente de las prescripciones técnicas previstas en el PPT que justificase su exclusión del procedimiento de licitación, puesto que como es patente, ofertó un producto con tres longitudes 40-60-80 mm, la menor de las cuales coincide con la menor exigida por el Pliego y siendo la mayor de las ofrecidas solo 20 mm inferior a la exigida como máximo por el PPT, de manera que de forma aproximada como exige el Pliego se cumplen las medidas mínimas y máximas exigidas. Como consecuencia de ello este Tribunal considera que la exclusión de la recurrente por no cumplir el PPT no es ajustada a Derecho, sin perjuicio de la ulterior valoración del producto por parte de los técnicos a la vista de las medidas ofertadas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

ACUERDA

Primero.- Estimar recurso especial en materia de contratación formulado por, Doña

A.G.G., en nombre y representación de BIOLINE SUPPY S.L contra la decisión de la Mesa de Contratación, reunida el 24 de noviembre de 2011, por la que se la excluye de la licitación al lote 8 en el expediente de contratación 2011000036 “Contrato de suministro de Endoprótesis y reservorios para los Servicios de Gastroenterología, Radiología y Hemodinamia Infantil del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, procediendo la retroacción del expediente, en relación con dicho lote, para la admisión de la oferta de la recurrente y la valoración de la misma.

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada respecto del lote 8 por este Tribunal, con fecha 13 de enero de 2012.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la formulación de la cuestión de nulidad por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 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 319 LCSP.