

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

En Madrid, a 23 de enero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Doña M.F.T., en nombre y representación de B.BRAUN MEDICAL, S.A, contra la Resolución de adjudicación de fecha 20 de diciembre de 2012, de la Gerencia Adjunta de Gestión y Servicios Generales de Atención Primaria del SERMAS, (Lote 20), dictada en el expediente de contratación "Suministro de suturas manuales y mecánicas para los Centros de Atención Primaria". PA SUM 17-2012 GAP, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 11, 13 y 18 de septiembre de 2012, se publicó respectivamente en el BOCM, en el DOUE y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de "Suministro de suturas manuales y mecánicas para los Centros de Atención Primaria". PA SUM 17-2012 GAP, convocado por Gerencia de Atención Primaria del SERMAS, en el uso de las facultades que como órgano de contratación le atribuye la Resolución de 25 de febrero de 2011 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria sobre delegación de competencias en materia de

contratación y gestión económico presupuestaria, dividido en 22 lotes, con un valor estimado de 254.732,50 euros, IVA excluido y un plazo de ejecución de doce meses.

A la licitación convocada para el lote 20 (adhesivo tisular tópico biológico con cánula aplicador) se presentaron seis empresas, entre ellas la recurrente.

Para este lote, cuyo objeto eran 5000 unidades, se establecía el precio máximo por unidad en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) en 9,8131 euros, fijándose como características técnicas del producto a suministrar: *“Adhesivo líquido de uso tópico con aplicador estéril de un solo uso. Composición 2-octil-cianocrilato más N-Butil-2 cianocrilato, que no requiera conservación en frío. Presentación igual o inferior a 0,50 gr”.*

Como criterios de valoración se establecen en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), el precio, al que se asigna 70 puntos, según la fórmula que se indica, y un criterio de calidad al que se asignaba hasta un total de 30 puntos, y que para el lote 20 se concretaban en:

- Presentación aplicador que facilite la aplicación15 puntos
- Nº capas necesarias ≤ 1 15 puntos.

No se admitían variantes en las ofertas a presentar.

Interesa destacar, en relación con el objeto del recurso, que en el Anexo I del PCAP se ofrece información sobre el órgano de contratación, indicando que la entrega de las proposiciones y muestras deberá hacerse ante la Dirección Técnica de Compras Suministros y Gestión Económica de la Gerencia de Atención Primaria, facilitando asimismo una dirección de correo electrónico para evacuar consultas.

Segundo.- El día 27 de septiembre, la recurrente dirige un correo electrónico a la Unidad de Contratación Administrativa de la GAP, que aporta junto con su recurso,

pero que no consta incorporado en el expediente administrativo, en el que solicita que se informe si en la fórmula de valoración económica se tendrá en cuenta el precio referido a las diferentes presentaciones que se oferten, a fin de que el reparto de puntos se realice de forma igualitaria, es decir si se calculará el precio por gramo fin de ponderar las diferentes ofertas.

Dicha consulta es contestada el día 1 de octubre, con el siguiente tenor literal *“En respuesta a tu consulta te comunicamos que la valoración económica se realizará en función de los gramos presentados siempre y cuando no sobrepasen los establecidos como máximos en el pliego de prescripciones técnicas”*.

Tercero.- Una vez presentadas las ofertas, con fecha 8 de noviembre, se emite el informe de valoración correspondiente a los criterios valorables mediante juicio de valor, que fue recibido por la recurrente, según la misma aduce, el día 19 del mismo mes. A la vista del indicado informe, la recurrente solicitó información relativa a las marcas comerciales que habían sido ofertadas por cada una de las licitadoras. En concreto respecto de la oferta de la adjudicataria se responde que la misma había ofertado el producto ÓPTIMA 0,35 gr. Debe señalarse a este respecto que revisado el expediente de contratación por este Tribunal y en concreto la oferta técnica de la adjudicataria, constan dos productos OPTIMA 0,50 gr (ref. MDL000OPT001), y OPTIMA 0, 35 gr. (ref. MDL000OPT002), si bien la oferta económica aparece referida únicamente al segundo de los productos indicados.

Una vez recibida la indicada documentación, la recurrente presentó un escrito de alegaciones el día 23 de noviembre, en el que pone de manifiesto una serie de incumplimientos de las exigencias del PPT en alguno de los productos ofertados.

Teniendo en cuenta las citadas alegaciones y una vez comprobados los extremos aducidos en las mismas, con fecha 30 de noviembre, se procede la corrección del informe técnico emitido.

Con fecha 20 de diciembre de 2012, se dictó Resolución de adjudicación a favor de la empresa AMEVISA que había realizado una oferta económica de 6,7 euros por unidad, tal y como consta en el informe de valoración, frente a los 9,35 euros ofertados por la recurrente. Dicha Resolución fue notificada a la recurrente el día 21 de diciembre de 2012.

Cuarto.- Frente a dicha Resolución y previa la realización del anuncio previsto en el artículo 44 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), la empresa B.BRAUN MEDICAL S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación el 9 de enero de 2013, ante a este Tribunal, que requirió al órgano de contratación ese mismo día para que remitiera el expediente de contratación y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que se verificó el 11 de enero.

La recurrente solicita que se rectifique la valoración del criterio precio realizando la valoración por gramo, tal y como se le indicó en la contestación a la consulta efectuada ante el órgano de contratación, con lo que resultaría adjudicataria del contrato.

Asimismo se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, que fue adoptada por este Tribunal el 16 de enero de 2013.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, sin hacer ninguna referencia a la consulta efectuada por la recurrente, manifiesta que *“El adhesivo tisular se utiliza en Atención Primaria en las heridas de pequeño tamaño (entre 2-4 cm.). Las heridas de mayor tamaño se remiten al hospital de referencia.*

Al ser un producto estéril, se utiliza una sola vez por paciente, motivo por el cual con el uso de presentaciones de mayor volumen se desecha mayor cantidad de producto.

Por tanto, la oferta más ventajosa para Atención Primaria es aquella que tenga el menor coste por envase con independencia del volumen de presentación, es decir la de la empresa AMEVISA, S.A”.

Quinto.- Con fecha 15 de enero de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia, habiéndose presentado escrito de alegaciones por la adjudicataria del contrato el día 21 de enero, en las que solicita la desestimación del recurso, aduciendo que la resolución de adjudicación es adecuada a derecho puesto que el producto por ella ofertada tiene menor importe siendo suficiente el volumen de 35 gr, del producto por ella ofertado que permitiría cerrar convenientemente heridas de hasta 10 cm.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación del firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, 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. (...)”*.

Habiéndose remitido la notificación de la Resolución de adjudicación del contrato, el día 21 de diciembre y siendo interpuesto el recurso el día 9 de enero, el mismo se presentó en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de adjudicación de un contrato de suministro, con un valor estimado de 254.732,50 euros, por lo tanto

sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40. 1. a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.

Quinto.- Como más arriba indicábamos, el recurso se fundamenta en la, a juicio de la recurrente, incorrecta valoración de las ofertas presentadas al no haberse tenido en cuenta el criterio que le fue comunicado por el órgano de contratación relativo a la fórmula de aplicación del criterio “precio” en función del contenido de los tubos en que se presentaría el producto.

Por su parte el órgano de contratación justifica la exigencia de una cantidad máxima de producto por unidad señalando que se utiliza una sola vez por paciente, motivo por el cual con el uso de presentaciones de mayor volumen se desecha mayor cantidad de producto, pero como más arriba se ha indicado sin hacer referencia alguna a la contestación realizada a la consulta planteada por la recurrente.

Debe tenerse en cuenta, como este Tribunal viene reiterando en sus Resoluciones, que 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) debiendo incorporarse al contrato tal y como señala el artículo 115. 3 del TRLCSP para el caso de los PCAP, que es el documento en que se recogen los derechos y obligaciones de las partes, y donde deben consignarse los criterios de adjudicación, siendo en este caso el criterio precio el elemento, que propicia la controversia objeto del presente recurso.

Respecto de tales criterios, el artículo 150 del TRLCSP, en lógica congruencia con los principios de publicidad y transparencia que deben regir la contratación pública (artículo 1 y 139 del TRLCSP), previene en su apartado 2 que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se detallarán en el anuncio, en los PCAP, o en el documento descriptivo.

Por otro lado, es cierto que el precio, de acuerdo con el PCAP debía venir referido al producto ofertado, que debía presentarse en unidades, por lo que en principio a la vista de la fórmula establecida para su valoración,- que no contiene ningún parámetro relativo al volumen,- parece claro que el mismo no iba a tenerse en cuenta; pero no lo es menos que la determinación de un gramaje máximo, pero no mínimo en el PPT de la forma de presentación del adhesivo tisular, podría plantear dudas en los licitadores sobre la forma de valoración del criterio precio, puesto que es claro que la posibilidad de que los productos ofertados tuvieran diferente cabida, -que lógicamente incide de forma directa en el precio- origina una desigualdad al comparar, con los mismos parámetros, productos que no son iguales, pudiendo incluso en hipótesis producirse el efecto de tener que adjudicar el contrato a un licitador que presentara un producto de 1gr., debiendo utilizarse varios tubos por aplicación. De todo ello resulta que la cuestión planteada por la recurrente aparece como lógica, y pone de manifiesto la existencia de un defecto a la hora de definir el criterio precio a aplicar, que no olvidemos, era el mismo para todos los lotes del contrato, en los que no tenía incidencia la cuestión del volumen.

Ante esta circunstancia la recurrente plantea la cuestión sobre la forma de valorar el criterio precio ante el órgano designado en el propio PCAP para resolver las consultas, y obtiene la contestación más arriba recogida. El apartado segundo del artículo 158 del TRLCSP permite a los licitadores solicitar información adicional sobre los pliegos o sobre la documentación complementaria, pero no previene la existencia de un trámite de consultas y el carácter de las respuestas que se evacúen. Únicamente se regula esta cuestión para los contratos de concesión de

obra pública y de gestión de servicios públicos, en los artículos 131.2 y 133.3 del TRLCSP respectivamente, que establecen que las mismas sean públicas y vinculantes, siempre que así se haya previsto en los pliegos, precepto que podría aplicarse analógicamente, al resto de los contratos.

Ahora bien, como hemos indicado en este caso el PCAP no prevé de forma indubitada este trámite de consulta vinculante, pero sí ofrece los datos del centro ante el que puede solicitarse información, opción que utiliza la recurrente. Por lo tanto, aunque no nos hallamos estrictamente ante una consulta vinculante, es claro que dicha contestación determina la realización de una oferta por parte del recurrente, que en este caso resulta perjudicial para su interés de obtener la adjudicación del contrato, por lo que este Tribunal considera que en principio la pretensión de la recurrente debería estimarse en virtud del principio de confianza legítima.

Sin embargo, cabe tener en cuenta otras consideraciones, en tanto en cuanto el resto de los licitadores y singularmente el adjudicatario, también en virtud del principio de confianza legítima, con base a la literalidad del PCAP, efectuaron sus ofertas sin conocer el contenido de la consulta y de la contestación efectuada, y no pueden ver perjudicados sus intereses, por una eventual resolución estimatoria de este Tribunal que no tuviera en cuenta, la actuación de la unidad de contratación en torno a la consulta efectuada, sin observar precaución alguna relativa a la salvaguarda de los principios de igualdad, libre concurrencia y publicidad de la contratación pública.

Sexto.- Sentado lo anterior este Tribunal considera que es imprescindible analizar la incidencia de la respuesta efectuada a la consulta realizada por la recurrente, sobre el PCAP.

Efectivamente como más arriba indicábamos en la fórmula establecida para la valoración del precio, no se contemplaba ningún parámetro para valorar o tener en

cuenta la cantidad de producto que contuvieran las unidades ofertadas, siendo la fórmula:

$$\text{Puntuación de licitador} = \frac{\text{Baja de licitador}^*}{\text{Mayor baja de todas las ofertas presentadas}} \times 70$$

*Baja del licitador=Presupuesto de licitación-Oferta económica del licitador.

Aplicando el resultado de la consulta a la fórmula, resultaría que habría que introducir un nuevo elemento. En concreto:

$$\text{Baja del licitador} = \text{Presupuesto de licitación} - \frac{\text{oferta económica del licitador}}{\text{gramos ofertados}}$$

Por lo tanto en el cálculo del numerador de la ecuación necesario para aplicar la fórmula, siguiendo el criterio de la aclaración efectuada, habría que introducir un denominador que permitiera la ponderación de la cantidad de producto ofertado, lo que a juicio de este Tribunal, claramente constituye una modificación de la fórmula y por ende del PCAP.

Además de constituir la ley de contrato, los pliegos son inalterables, de manera que una vez que estos han sido definitivamente aprobados y publicados deben ser observados por los licitadores y no pueden ser modificados por los órganos de contratación ni durante la licitación, ni una vez adjudicado el contrato. En caso contrario se atentaría contra el principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación administrativa, así como el de transparencia, vulnerando además del procedimiento de contratación, el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los actos administrativos.

Así el artículo 115 del TRLCP establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares se aprobarán con anterioridad a la licitación del contrato,

de manera que tanto los derechos y obligaciones de las partes del contrato, como el resto de las menciones que deben contener de acuerdo con la Ley, entre ellas los criterios de valoración, deben fijarse con carácter previo, como es obvio, a la realización de las ofertas.

Cabe traer a colación la jurisprudencia de la Unión Europea recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, que tiene por objeto una cuestión prejudicial en el Asunto EVN AG/ Wienstrom GmbH, referida a la inalterabilidad de los criterios de adjudicación en los procedimientos de licitación, cuando señala: *“Se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido, la sentencia Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 9” (...). “Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación”.*

Cualquier alteración de los requisitos, exigencias u obligaciones previstas en los documentos por los que debe regirse la contratación, tanto durante el procedimiento de licitación, como una vez concluido este, debe producirse en los términos legalmente establecidos. Así la ley prevé el procedimiento y los casos en que es posible la modificación de los contratos, una vez adjudicados los mismos, como indica el artículo 219 de TRLCSP; que a su vez remite al título V del Libro primero, mientras que en el caso de que antes de adjudicarse el contrato se detecte una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, singularmente en los pliegos, el artículo 155.4 del TRLCSP permite al órgano de contratación desistir del procedimiento de licitación iniciado, siempre que el desistimiento esté fundado, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. Todo ello en aras al principio de transparencia e igualdad de trato a los licitadores que debe regir en

los procedimientos de licitación, de acuerdo con los artículos 1 y 139 del TRLCSP: *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*.

Por lo tanto, considerando que la contestación efectuada a la recurrente implica una modificación del PCAP, solo para aquella, resulta claro que se ha realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, lo que determina la nulidad de tal modificación, ex artículo 32 del TRLCSP en relación con el artículo 62.1. e) de la LRJ-PAC, de manera que no podría aplicarse el criterio que implica la alteración de los pliegos, como solicita la recurrente, lo que llevaría a la desestimación del recurso.

No obstante lo anterior, como hemos señalado resulta patente el perjuicio de la recurrente que actuó en la confianza de la adecuación a derecho de la actuación de la unidad de contratación, para cuyo resarcimiento puede ejercitar las acciones que considere pertinentes, sin que este Tribunal pueda pronunciarse al respecto, en virtud del principio de congruencia que debe presidir sus resoluciones, dado que el artículo 46 del TRLCSP al regular el contenido de las mismas, requiere la solicitud del recurrente para que la resolución pueda imponer al órgano de contratación la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 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 formulado por

Doña M.F.T., en nombre y representación de B.BRAUN MEDICAL, S.A, contra la Resolución de adjudicación de fecha 20 de diciembre de 2012, de la Gerencia Adjunta de Gestión y Servicios Generales de Atención Primaria del SERMAS, (Lote 20), dictada en el expediente de contratación "Suministro de suturas manuales y mecánicas para los Centros de Atención Primaria". PA SUM 17-2012 GAP.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del expediente que este Tribunal mantuvo respecto del lote 20 en Acuerdo de 16 de enero de 2013.

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 TRLCSP.