

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

En Madrid, a 11 de marzo de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don R.G.N., en representación de Tedec-Meiji Farma, S.A., contra el Acuerdo del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada de fecha 2 de febrero de 2015, por el que se adjudica el contrato de “Suministro de material para esterilización” expte PA SUM 14/022, lote 16: “Solución de ácido paracético estabilizada”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas, 17, 23 de septiembre y 20 de octubre de 2015 respectivamente, se publicaron en el DOUE, el BOCM y el BOE, el anuncio y la convocatoria del contrato de Suministro de material para esterilización, expte PA SUM 14/022, dividido en lotes, con un valor estimado de 385.430,54 euros, IVA excluido y un plazo de duración de 24 meses.

Respecto del lote 16: Solución de Ácido Paracético Estabilizada (desinfectante para material clínico). Desinfectante de alto nivel para instrumental

clínico, que es el objeto del recurso, el Pliego de Prescripciones Técnicas, en adelante PPT, establece entre otras, las siguientes características:

“Preparación: En caso de diluirse, que permita hacer diluciones de 3 litros de solución.

La cantidad prevista para 24 meses son diluciones de litros de solución independiente.

(...)

El precio se refiere a la dilución de litros de solución.

El precio que se utilice para valorar las ofertas será el precio de la dilución de solución independiente.

Cantidad estimada: 17.000 litros de dilución.

Precio unitario (IVA excluido) 0,98 €/litro de dilución.

Total del lote: 16.660,00€ (IVA excluido)”.

La cláusula segunda del mismo Pliego especifica lo siguiente:

“Los licitadores deberán ofertar por precios unitarios para cada uno de los lotes, según modelo de Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Cuando el Precio Unitario, sin IVA ofertado, supere el precio unitario, sin IVA de licitación, la proposición será desechada”.

Segundo.- A la licitación convocada del lote 16, se presentaron dos empresas, Steris Iberia, S.A.U. y la recurrente.

Tras los trámites oportunos, la Mesa de contratación el día 14 de enero de 2015 propone la adjudicación del lote 16 del contrato a la empresa, Steris Iberia, S.A.U. notificándose tal Acuerdo a la recurrente el día 2 de febrero de 2015.

Tercero.- Frente a dicho Acuerdo la empresa Tedec-Meiji Farma, S.A. interpuso recurso que califica de reposición, ante el órgano de contratación con fecha 26 de febrero de noviembre de 2015. Dicho recurso tuvo entrada en este Tribunal

acompañado del expediente y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, el día 27 de febrero.

El recurso interpuesto se fundamenta en la incorrecta admisión, a juicio de la recurrente, de la oferta realizada por Steris Iberia, S.A.U. ya que solo oferta 3.000 litros de solución independiente, que además con la dilución que indican del 1:5 darían 15.000 litros y no los 17.000 litros que solicita el expediente y que el precio unitario ofertado por Steris Iberia, S.A., es de 4,5 €, superando el precio de licitación.

Por su parte el Hospital, en el informe preceptivo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, argumenta que *“el importe adjudicado a la empresa STERIS IBERIA, S.A. se encuentra por debajo del importe de licitación que asciende a 16.660€ y menor que la oferta de Tedec MeijiFarma, S.A. de 15.640,00€. Las disoluciones del producto son distintas por lo que el precio unitario no se puede comparar”*.

Quinto.- Con fecha 5 de marzo de 2015, se concedió a la adjudicataria trámite de audiencia, que presentó, en el plazo concedido, escrito de alegaciones en el que argumenta, en esencia, que el número de litros exigidos en los Pliegos es estimado por lo que no se puede considerar una cantidad mínima como afirma la recurrente. Por otro lado, considera que STERIS ha fundamentado en su oferta la suficiencia de la cantidad ofertada, ya que su producto no precisa dilución. Además, alega que su producto permite un mayor aprovechamiento y que el precio de su oferta respeta respete el precio máximo de la licitación. En definitiva, considera que *“tanto en términos absolutos (precio total) como relativos (precio por litro de dilución) la oferta presentada por STERIS, (i) no sólo respeta el precio máximo de licitación, sino que (ii) es inferior a la presentada por TEDEC y, por consiguiente, es justa adjudicataria, sino que también resulta más rentable para el órgano de adjudicación, ya que (iii) se puede aprovechar más tiempo que otras (concretamente el periodo de validez o duración es 4,2 veces superior al de la oferta presentada por TEDEC) y, además, (iv) permite un mayor aprovechamiento”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de Tedec-Meiji Farma, S.A. 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. (...)”*.

En el expediente que ahora se examina consta que el Acuerdo de adjudicación se notificó el día 2 de febrero de 2015, que por lo tanto debería considerarse como días a quo del cómputo del plazo. No siendo hasta el día 26 de febrero que se interpuso el correspondiente recurso, el mismo *prima facie* sería extemporáneo. Esto no obstante, también consta que en la notificación efectuada a los licitadores, del indicado Acuerdo, se señala que contra el mismo cabe recurso potestativo de reposición, cuyo plazo de interposición es de un mes, por lo que al no prever la procedencia del recurso especial cuyo plazo de interposición es de 15 días, aquella adolece de un defecto generador de indefensión para el recurrente, que confiadamente pudo interponer recurso en el plazo de un mes. Sin que esta circunstancia pueda producirle merma de derechos.

Es por ello que este Tribunal, ante las circunstancias descritas, considera que el recurso debe entenderse presentado en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro, con un valor estimado de 385.430,54 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. b) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.- Como más arriba indicábamos, el recurso se fundamenta en la incorrecta admisión de la oferta de la adjudicataria, al no cumplir a juico de la recurrente las condiciones técnicas establecidas en el PPT y superar el precio unitario exigido en el mismo.

El artículo 145.1 del TRLCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, establece que: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, proposiciones cuya apreciación, como decimos corresponde a la Mesa de contratación.

En la oferta de la adjudicataria y en la ficha técnica del producto aportada, se detalla que el mismo: *“Se presenta Listo-para-usar No hay que diluir: Se presenta en una solución formulada al 2% de peróxido de hidrógeno Lista-para-Usar, donde no hay que diluir, lo que se traduce en una mayor rapidez y simplicidad de los procedimientos”*.

La cantidad estimada que se ofrece son 3.000 litros y el precio unitario 4,5 euros IVA excluido.

En la proposición también se aclara lo siguiente respecto de la presentación del producto ofertado: *“Sobre la base de los 17.000 litros de dilución solicitados y, considerando que esta cantidad está fundamentada en un rango de dilución típico de 1:5, la cantidad necesaria para un desinfectante que no precise disolución, es decir, Listo-pasa-Usar (ready to use), estimamos que signifique una cantidad equivalente a*

los 3.000 litros (con casi toda probabilidad, esta cantidad puede ser aún inferior ya que al pasar a utilizar un producto listo-para-usar, sólo se consume la cantidad o volumen necesario en cada momento sin ceñirse a la cantidad mínima necesaria para realizar la dilución)”.

Sexto.- 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.

En cuanto a los Pliegos de Condiciones Técnicas, el artículo 116 de TRLCSP establece que han de contener las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades. Por su parte, el número 2 del artículo 117, especifica: *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”.*

Ello significa que debemos diferenciar aquellas características que constituyen verdaderas condiciones técnicas del producto que definen su calidad o su utilización de aquellas otras que por referirse a su presentación o a otras condiciones no constituyen una auténtica prescripción técnica y por lo tanto su incumplimiento no sustrae al producto ofertado de las cualidades que exige el PPT.

En las condiciones técnicas establecidas en el PPT para el producto del lote 16, se determina:

“Preparación: en caso de diluirse, que permita hacer diluciones de 3 litros de solución”.

Esto nos lleva a la conclusión de que deben admitirse preparaciones que no impliquen dilución. Sin embargo, posteriormente el propio Pliego para calcular la cantidad prevista para 24 meses y el precio unitario, parte de la consideración únicamente de *diluciones de litros de solución independiente*, con lo que convierte en condición técnica del producto lo que en realidad es una forma de presentación del mismo, que no influye para nada en su funcionalidad o características esenciales como ya hemos visto en la ficha técnica y en el informe del órgano de contratación.

Cabe destacar que si se pretendían admitir ofertas de productos que podían presentarse sin necesidad de diluir no debía haberse configurado el lote basándose en diluciones, tanto respecto de las cantidades previstas como del precio unitario máximo establecido.

En definitiva, nos encontramos ante una contradicción del propio PPT y la misma debe interpretarse a la luz de lo establecido en el art.117.2 antes citado. Es decir, sin establecer obstáculos o restricciones no justificadas a la libre competencia entre licitadores.

En el caso planteado, considera la recurrente que la oferta de la adjudicataria incumple el Pliego, tanto respecto de los litros ofertados, 3.000 en vez de los 17.000 previstos en el Pliego, como respecto del precio unitario del litro de dilución. Sin embargo, como ya se ha indicado el producto que oferta la adjudicataria tiene otros parámetros de cálculo y así lo recoge en el informe del órgano de contratación ya que al no requerir dilución ni los litros estimados ni el precio a tener en cuenta pueden ser los recogidos en el Pliego. Por otro lado, tampoco puede rechazarse la oferta presentada pues las condiciones técnicas establecidas, como ya se ha indicado, permiten los productos sin dilución, si bien no se ha establecido, en ese

caso, un método alternativo de cálculo de los litros precisos que, evidentemente, serían menores y del precio, que no puede ser por lógica euros/litro de dilución.

En conclusión, teniendo en cuenta la discrepancia en los términos del PPT en cuanto a los litros estimados y el precio unitario del litro de dilución, que solo contempla un producto que precisa de la misma, admitiéndose sin embargo otros que no la requieren, consideramos que debe interpretarse que las dos ofertas, aún cumpliendo los requisitos establecidos no pueden compararse puesto que se basan en parámetros distintos (productos con o sin dilución) como reconoce el propio órgano de contratación lo que impide valorarlas de acuerdo con el único criterio establecido, el precio de la dilución de la solución, lo que impide determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa.

Esto nos lleva a la necesaria estimación del recurso, debiendo anularse tanto la adjudicación del contrato como su formalización, así como las prescripciones técnicas establecidas para el lote 16.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación formulado por don R.G.N., en representación de Tedec-Meiji Farma, S.A., contra el Acuerdo del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada, de fecha 2 de febrero de 2015, por el que se adjudica el contrato de “Suministro de material para esterilización”, expte PA SUM 14/022, lote 16: “Solución de ácido paracético

estabilizada”, anulando la adjudicación y el contrato formalizado, que deberá entrar en liquidación, y anulando igualmente las condiciones técnicas establecidas en el PPT para el lote 16, que deberá contemplar, en su caso, las distintas formas de presentación del producto a efectos de su valoración.

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.- 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.