

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

En Madrid, a 10 de octubre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Doña C.C.G., en calidad de administradora y en representación de la empresa Dismeval, S.L., contra su exclusión de la licitación para contratar el “suministro de jabones y desinfectantes para tratamiento de instrumental quirúrgico” del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, expte. 40/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 24 de junio de 2011, la Gerencia del Hospital General Universitario Gregorio Marañón dispone la publicación en los boletines oficiales y en el perfil de contratante de la convocatoria del “suministro de jabones y desinfectantes para tratamiento de instrumental quirúrgico”, expte. 40/2012. El valor estimado del contrato asciende a 907.188,67 euros.

Segundo.- Según el Pliego de Prescripciones Técnicas el lote 9 denominado “envases lubricante manual” debía tener una presentación en forma de aerosol de 400 ml. y el lote 13 denominado “litros detergente no embiótico”, en envases de 5

litros máximo.

El apartado 5.2 del Anexo I del PCAP exige para acreditar la solvencia técnica la presentación de muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar. Así mismo, establece que: *“Junto con la solvencia técnica introducida en el sobre 1 “documentación administrativa” los licitadores deberán incluir dos relaciones donde aparezca el nº de expediente, nº de lote de la muestra y nombre o denominación social del licitador y especificar con claridad, los lotes a los que se presentan”*.

El apartado 8 del Anexo I del PCAP establece los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor entre los que figura la calidad para cuya valoración se tendrá en cuenta que el producto sea ecológico y biodegradable, la toxicidad, la seguridad en el manejo y la dispensación y la claridad en las instrucciones de uso en el envase. El apartado 9 del PCAP señala la documentación técnica a presentar en relación a los criterios de adjudicación, entre las que figura la relación de productos ofertados, fichas técnicas, descripciones, catálogos, fotos, con indicación clara de los aspectos valorables e identificación de los lotes a que se corresponden.

Dismeval presentó en el Registro del Hospital la relación de muestras aportadas al expediente 40/2012:

- Lote 9, oferta base, con la Rfª 00-104-010.
- Lote 9, oferta variante, con la Rfª 00-104-020.
- Lote 13, con la Rfª 00-108-005.

En cambio en el sobre de documentación administrativa se incluye la relación de lotes ofertados y la declaración de productos sanitarios con marcado CE en la que se hace constar que licita a los lotes 9 y 13 con los siguientes productos:

- Lote 9: Instruplus. Rfª 00-108-005.
- Lote 13 oferta base: Special ölspray envase de 1 litro. Rfª 00-104-010.
- Lote 13 oferta variante: Special ölspray envase de 2 litros. Rfª 00-104-020.

Abierto el sobre con la documentación administrativa y transcurrido el plazo de subsanación, la Mesa de contratación acuerda la admisión de la empresa Dismeval.

Posteriormente la Mesa de contratación, en su reunión de 4 de octubre de 2011, procedió a la apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor pasando dicha documentación al Servicio de Compras para la elaboración del informe técnico correspondiente. El informe, fechado el 4 de septiembre de 2012, señala que la oferta de Dismeval a los lotes 9 y 13 no cumple las condiciones exigidas en el pliego de prescripciones técnicas.

La Mesa de contratación en su reunión de 24 de septiembre de 2012, da a conocer la puntuación de los criterios dependientes de un juicio de valor asignada a cada empresa licitadora y de conformidad con el informe técnico de evaluación acordó la exclusión de la empresa Dismeval, S.L. de los lotes 9 y 13.

La exclusión fue notificada el 26 de septiembre de 2012, constando el siguiente motivo:

“Lote 9 Base: se solicita presentación en aerosol y presentan en litros.

Lote 9 Variante: se solicita presentación en aerosol y presentan en litros.

Lote 13: se solicita presentación en litros y presenta en spray.”

Tercero.- El 26 de septiembre de 2012 Dismeval anuncia al órgano de contratación la presentación del recurso especial en materia de contratación.

El 27 de septiembre de 2012 tuvo entrada en este Tribunal el escrito Dismeval, S.L., calificado como recurso, en el que manifiesta que han detectado varios errores por los cuales se ha producido la exclusión:

- Las muestras fueron etiquetadas de forma errónea, (en el lote 9 se indicó lote 13 y en el lote 13 y su variante se indicó el lote 9).
- Debido al error en las etiquetas se entregó una relación de muestras incorrecta
- En la declaración de productos sanitarios con marcado CE hay un error en la descripción del nombre comercial, únicamente.

Manifiesta que teniendo en cuenta que el resto de documentación presentada refleja que el material licitado *“en consecuencia presentamos este recurso dentro del plazo establecido junto con la declaración CE y la relación de muestras entregadas correcta junto con las fichas para que se pueda comprobar su presentación”*.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal procedió a la remisión del recurso al órgano de contratación a los efectos del artículo 46.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

El órgano de contratación remitió el expediente de contratación y su correspondiente informe, el 4 de octubre de 2012. En el citado informe manifiesta que el acuerdo de exclusión tiene su fundamento en el informe de evaluación técnica de las propuestas presentadas y otras cuestiones que serán tenidas en cuenta al analizar el fondo del asunto.

Quinto.- Con fecha 3 de octubre de 2012, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal da traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b), en relación al 15 del TRLCSP.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación con que obra la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 24 de septiembre de 2012, practicada la notificación el 26 e interpuesto el recurso el 27, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se trata de determinar si la presentación de forma errónea de las muestras solicitadas supone la exclusión del procedimiento de la recurrente, o si por el contrario la Mesa de contratación pudo o debió solicitar la subsanación, aclaraciones o incluso corregir de oficio el error.

La posibilidad de exigir la presentación de muestras como elemento acreditativo de la solvencia técnica y como criterio de adjudicación ha sido admitida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal en sus informes 41/05, de 26 de octubre y 4/06, de 20 de junio, cuando determinadas características de las muestras pueden utilizarse como criterios de solvencia técnica y otras distintas de las mismas muestras, como reflejo de la calidad, como criterio de adjudicación.

Según consta en los hechos expuestos la recurrente presentó en el sobre 1 correspondiente a documentación administrativa, a efectos de acreditar la solvencia técnica requerida, una relación de los lotes a que se presenta y por otro lado las muestras de los productos ofertados con los lotes y referencias equivocados e intercambiados. Se consideró que la empresa acreditaba los requisitos de solvencia y fue admitida a la licitación.

Si se hubiera advertido que las muestras no se correspondían a los productos de los lotes correspondientes, en virtud de los artículos 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RDPLCSP); del artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP); así como el 20.6 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGPCM), hubiera procedido conceder plazo para la subsanación de este requisito de solvencia, al igual que se

hizo con los defectos apreciados en otra documentación. La posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto, tal como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en el informe 2/2012, de 22 de febrero. No obstante las muestras y su correspondencia con los lotes a los que se decía licitar se consideró adecuada, no concediendo la posibilidad de subsanación.

Una vez admitida a la licitación se abrió el sobre 2 correspondiente a la documentación que ha de servir para la valoración de los criterios de adjudicación, en el que la recurrente incluyó la “declaración de productos sanitarios con marcado CE” manifestando los productos ofertados a los lotes 9, denominado “envases lubricante manual” y 13, “litros detergente embiótico”. La oferta comprendía los siguientes productos:

Lote 9: Instruplus. Rfª 00-108-005.

Lote 13 oferta base: special ölspray, envase de 1 litro. Rfª 00-104-010.

Lote 13 oferta variante: special ölspray, envase de 2 litros. Rfª 00-104-020.

Esta declaración no se corresponde con la relación de muestras presentadas y contiene un error en la denominación del producto comercial al haberse intercambiado el del lote 9 con el 13.

Asimismo la recurrente aportó entre otra documentación, las fichas técnicas, las fichas de seguridad, folletos descriptivos y catálogos de los productos special ölspray e Instruplus. Dicha documentación se corresponde con los productos ofertados y los números de referencia señalados en la oferta a cada lote y cumplen las prescripciones técnicas exigidas en los pliegos en cuanto a la forma de presentación: aerosol para el lote 9 y estado líquido para el lote 13. Sin embargo, la relación de lotes no se corresponde con la relación de muestras que presentó en el

sobre 1 para acreditar la solvencia técnica y que es la que figura en las etiquetas de las muestras.

Los técnicos encargados de la valoración técnica hicieron constar en su informe que las muestras no se correspondían con lo solicitado y propusieron a la Mesa de contratación la exclusión de Dismeval.

El órgano de contratación en su informe refleja el error existente en la relación de muestras presentadas adjuntando muestras etiquetadas con los lotes y referencias indicadas y el error en la denominación del producto comercial existente en la “declaración de productos sanitarios con marcado CE”. Señala que el proceso de valoración se hace por siete técnicos y el método de valoración se inicia una vez comprobado que se cumple con lo requerido como documentación administrativa. El primer paso es comprobar que las muestras aportadas cumplen los requisitos mínimos exigidos en el PPT. Si es así se procede a la valoración de los criterios de adjudicación. De no ser así quedan excluidas. Reconoce que nadie reparó que las muestras estaban etiquetadas de forma errónea. Considera que si cada vez que se detecta que las muestras no reúnen las condiciones mínimas exigidas en el PPT se debiera pedir informe aclaratorio sobre si la muestra es realmente la que presentan al lote, o si la relación y el etiquetado es erróneo se agravaría el ya complejo proceso de evaluación técnica, *“es decir, que los técnicos y, en su caso, la Mesa de contratación deberían sustituir la voluntad de la empresa en el proceso de licitación”*, citando en su apoyo el informe 9/2006, de 20 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en el que se considera que de los términos de una concreta oferta que se analiza en el mismo no puede determinarse el precio total que ofrecía para la ejecución del contrato y el error no es susceptible de subsanación.

Existe, por tanto, un error material reconocido por la recurrente. El error es ostensible y evidente por sí mismo que se pone de manifiesto al relacionar unas muestras con otras y de la sola contemplación del mismo escrito de notificación de la

exclusión de donde se evidencia que lo requerido para el lote 9 se ha incorporado al 13 y viceversa. Eso sin el apoyo del análisis resto de la documentación técnica presentada por la recurrente donde se manifiesta expresamente cuál es el producto ofertado y su falta de correspondencia con lo reflejado en la relación de lotes a los que se oferta.

Procedería que ante la evidencia del error se hubiera admitido la oferta y procedido a la valoración de las muestras en el informe del lote al que se corresponden. Sin embargo, en esta fase no se advirtió el error o se consideró como un defecto insubsanable.

Tanto el artículo 84 del RGLCAP, como el 20.6 del RGPCM, regulan el rechazo de proposiciones cuando no guarden concordancia con la documentación examinada y admitida, o varíen sustancialmente el modelo establecido, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, si ello no altera el sentido. En caso de discrepancia entre el importe en la oferta expresado en letra y el expresado en número, prevalecerá aquél sobre éste, salvo que de los documentos que componen la proposición se desprenda otra cosa. En consecuencia, cabe concluir que aunque no está previsto un trámite de subsanación de la oferta, en nada se impide la posibilidad de aclaraciones o la integración de los diferentes documentos que componen la proposición para permitir conocer la oferta. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiende a que en los procedimientos de adjudicación se logre la mayor concurrencia posible siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.

Está también admitida la posibilidad de aclaraciones referidas a las proposiciones que ofrecen duda en su interpretación siempre que las aclaraciones no supongan alteración, por leve que sea, de las condiciones ofertadas o subsanación de los defectos y omisiones de la proposición, pues en ese caso se violaría los principios de transparencia y no discriminación entre los licitadores.

Los principios de libertad de acceso a las licitaciones y asegurar una eficiente utilización de los fondos enunciados en el artículo 1 del TRLCSP son contrarios a un excesivo formalismo siempre que las ofertas cumplan los requisitos exigidos. La Mesa de contratación que según el artículo 22.b) del Real Decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tiene la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP debe actuar de forma que no limite la concurrencia, evitando, en la medida de lo posible, excluir a licitadores por cuestiones formales, respetando a la vez, los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, dictada en el asunto T-211/02, en su apartado 37, ha señalado que aún cuando los comités de evaluación no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, siendo contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta de que se trate sin ejercitar la facultad de solicitar aclaraciones.

Además, el principio de proporcionalidad aplicado a un procedimiento de adjudicación exige que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga a que al enfrentarse a una oferta que es ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de la misma podría garantizar la seguridad jurídica, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta (en este sentido la sentencia de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal General de la Unión Europea, dictada en el asunto

T-195/08, apartado 57). Una interpretación estricta de los requisitos formales llevaría a la desestimación por errores materiales manifiestos e insignificantes de ofertas económicamente ventajosas lo cual no puede conciliarse con el principio de eficiente utilización de los fondos públicos.

Las circunstancias de la forma de presentación de las muestras evidencian un intercambio de las etiquetas correspondientes a los lotes 9 y 13 pues los productos etiquetados como 9 se corresponden a los del lote 13 y viceversa. Eso debió dar lugar, en primer lugar a ponerlo de manifiesto al valorar la documentación relativa a la solvencia técnica y posteriormente a que los técnicos encargados de la valoración, al ponerlas en relación con el resto de documentación presentada, advirtieran el error y valorasen los productos de las muestras en el lote al que se corresponden o al menos solicitasen aclaraciones, en lugar de proceder a la exclusión.

Evidentemente procede el rechazo de toda proposición que no cumple los requisitos técnicos exigidos pero no cuando en la oferta se han producido errores materiales que serían susceptibles de aclaración. La actuación de la Mesa de contratación acordando la exclusión de la recurrente sin haber solicitado aclaraciones sobre el contenido de las muestras o haber puesto de manifiesto el error en el etiquetado de las mismas es desproporcionada, pues por las razones expuestas no puede ser considerado un error esencial que impida la valoración de la oferta, y su aceptación en nada supone corrección, ni modificación, ni mejora, ni siquiera de carácter leve, del contenido de la oferta puesto que versa sobre un elemento accesorio como es el etiquetado de las muestras y no afecta a ningún elemento ya presente en la oferta. La admisión de las muestras conteniendo el error material no supone merma alguna en las garantías de la contratación pues no habría supuesto un trato privilegiado ni vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia recogidos en el artículo 139 del TRLCSP.

Por lo expuesto procede la estimación del recurso formulado por Dismeval.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 el recurso especial, interpuesto por Doña C.C.G., en calidad de administradora y en representación de la empresa Dismeval, S.L., contra su exclusión de la licitación para contratar el “suministro de jabones y desinfectantes para tratamiento de instrumental quirúrgico” del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, expte. 40/2012, procediendo la valoración de las muestras presentadas a los lotes 9 y 13 no por las referencias erróneas del etiquetado, sino conforme a los productos correspondientes a lo ofertado a cada lote.

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.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 3 de octubre.

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 del TRLCSP.