

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don E.C.G., Doña C.S.P. y Doña M.E.M., en nombre y representación de Cook España S.A., contra la adjudicación de los Lotes 8 y 10, del contrato PA SUM 2013-00012 “Suministro de catéteres, guías, cestas, sondas y diverso material de urología”, del Hospital Universitario de Fuenlabrada, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ente Público Hospital Universitario de Fuenlabrada se encuentra sometido en su contratación, según lo dispuesto en el artículo 3.2 de sus Estatutos al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), al Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Mediante Resolución de 10 de abril de 2013 de la Dirección Gerencia del

Hospital se acordó el inicio del expediente de contratación, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) y se convocó procedimiento abierto, mediante pluralidad de criterios para la contratación del suministro, dividido en 25 Lotes con un valor estimado de 580.026,10 €.

La adjudicación tuvo lugar por Resolución de 15 de julio de 2013, resultando adjudicado el Lote 8 a la empresa MTW Ibérica S.L. y el Lote 10 a Boston Scientific Ibérica S.A.

Segundo.- La cláusula 2 del PCAP dispone que el objeto del contrato es el suministro descrito en el apartado 1 de su anexo I y que *“La descripción y características de los bienes y la forma de llevar a cabo la prestación por el adjudicatario serán las estipuladas en el PPT, en el que se hace referencia igualmente a las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y a los factores de todo orden a tener en cuenta.*

El contenido de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares revestirá carácter contractual, por lo que deberán ser firmados, en prueba de conformidad por el adjudicatario, en el mismo acto de formalización del contrato”.

El anexo I, en su apartado 11, establece de conformidad con el artículo 147 del TRLCSP, que las empresas licitadoras, en sus proposiciones económicas podrán presentar variantes consistentes en:

“• Variante 1: Se podrán ofertar precios unitarios más bajos que los incluidos en la oferta base, condicionados a la adjudicación conjunta de dos o más Lotes.

En este caso, deberán indicarse con claridad:

- Los Lotes incluidos en la variante, a cuya adjudicación conjunta ésta se condiciona.*
- Los precios unitarios de cada uno de estos Lotes, que se tomarán como referencia para la valoración del criterio precio.*

- *Variante 2: Se podrá ofertar un descuento sobre el importe total adjudicado, condicionado a que este supere un determinado umbral.*

En este caso, deberá indicarse con claridad:

- *El umbral a que se condiciona el descuento.*
- *El porcentaje de descuento ofertado, en el caso de que el importe total de la adjudicación supere dicho umbral.*

Para la valoración del criterio precio en esta variante, los precios unitarios de los Lotes admitidos se minorarán en dicho porcentaje”.

En el Anexo I del PCAP se establecen los criterios de adjudicación fijando una valoración de hasta 70 puntos al criterio precio y hasta 30 puntos a la calidad técnica, desglosando este criterio respecto del Lote 8 en los subcriterios: Resistencia de 0 a 10 puntos, Facilidad de deslizamiento de 0 a 10 puntos y Manejabilidad de 0 a 10 puntos. En el Lote 10 se fijan los subcriterios: Manejabilidad de 0 a 5 puntos, Facilidad de deslizamiento de 0 a 12,5 puntos y Retirada atraumática del balón de 0 a 12,5 puntos.

El PPT en su prescripción primera define el objeto de cada Lote y contiene las especificaciones técnicas. Respecto del Lote 8, cuyo objeto corresponde a suministro de “Catéter balón de dilatación del tracto de nefrectomía y colocación de la vaina de trabajo en un solo paso”, el PPT establece las características técnicas siguientes:

- *Con vaina de PTFE de 30 FR y 17 cm de longitud.*
- *Llave de paso e inflador de Leven de 20 ce para alcanzar presiones de inflado superiores a 17 atm.*
- *Marcas radiopacas que confirman la localización.*
- *Perfil de resistencia bajo para facilitar su avance.*
- *Balón de dilatación de 15 cm de longitud y hasta 20 atm de presión (a 10 atm, calibre igual a 30 Fr) y recubierto de silicona para disminuir la fricción con la vaina.*
- *Catéter de 6 Fr y 55 cm de longitud.*

- *Exento de látex*”.

Fija además la cantidad estimada en 10, precio unitario IVA excluido 280,25 €, importe total 2.802,50 €, IVA excluido.

El objeto del Lote 10 consiste en el suministro de “Balón de dilatación reteral de alta presión”, y el PPT fija las características técnicas siguientes:

- *De cubierta hidrofílica para facilitar su ascenso y retirada atraumática.*
- *Con marcas radiopacas.*
- *Llave de paso e inflador de Leven de 20 cc para alcanzar presiones de inflado superiores a 17 atm.*
- *Balón de dilatación de 6 cm de longitud y hasta 20 atm de presión (a 14 atm, calibre igual a 15 Fr) y recubierto de silicona para disminuir la fricción con la vaina.*
- *Catéter de 6 Fr y 65 cm de longitud.*
- *Exento de látex.*
- *Jeringa de presión para facilitar la replección del catéter de dilatación ureterallote”.*

El informe de valoración del criterio calidad técnica fue emitido por los facultativos del Servicio de Urología, el 19 de junio de 2013, que respecto de la oferta de MTW al Lote 8 señala que la casa comercial presenta documentación técnica y muestras al Lote y nº de orden, le asigna 5 puntos justificando la puntuación y sobre las características técnicas añade: *“El producto presentado por la casa comercial cumple con las características técnicas del procedimiento”*. Excluye la variante ofrecida por MTW indicando como causa de exclusión que presenta un producto como variante y *“El producto no se valora porque en el pliego administrativo del procedimiento se especifica que no se admiten variantes de tipo técnico”*.

A la oferta de la recurrente le asigna 30 puntos.

La oferta de la empresa Boston al Lote 10 resulta valorada con 25 puntos. En el informe de valoración se indica que la empresa presenta documentación técnica y muestras al Lote y nº de orden y respecto de la puntuación consta:

“Justificación de la puntuación:

Se dan 5 puntos a la manejabilidad del catéter porque es ligeramente más largo, lo que puede dificultar su manejo.

La casa comercial presenta un producto cuya facilidad de deslizamiento es correcta y sin producir traumatismos en la retirada del balón.

El producto presentado por la casa comercial cumple con las características técnicas del procedimiento”.

La Mesa de contratación efectúa propuesta de adjudicación el 28 de junio de 2013 y por Resolución de 15 de julio se adjudica, de acuerdo con dicha propuesta, el Lote 8 a la empresa MTW Ibérica S.L. y el Lote 10 a Boston Scientific Ibérica S.A.

Tercero.- Con fecha 2 de agosto de 2013, se presentó ante el órgano de contratación, escrito de la representación de la empresa Cook España S.A., formulando recurso especial en materia de contratación, contra la Resolución del Director Gerente, de 15 de julio, por la que se adjudican los Lotes 8 y 10 del contrato referido por entender que las ofertas de las empresas adjudicatarias no cumplen las prescripciones técnicas.

El recurrente no presentó el anuncio previo de interposición del recurso que establece el artículo 44.1 del TRLCSP.

El recurso fue remitido al Tribunal donde se recibió el día 5 de agosto.

En el recurso se alega que el producto ofertado como base al Lote 8 no cumple la característica de llevar incorporado un inflador de Leven 20cc. y que la variante presentada no hace referencia a los precios unitarios más bajos que los incluidos en la oferta base condicionados a la adjudicación conjunta de dos o más Lotes, ni a un descuento sobre el importe total adjudicado.

Sobre el Lote 10 considera que el producto ofertado por la adjudicataria Boston Scientific Ibérica S.A., no cumple los parámetros de ser un catéter de 6 Fr y 65 cms. de longitud.

Solicita la retroacción de las actuaciones y que se adjudiquen los Lotes a la siguiente oferta que haya obtenido mayor puntuación que considera se trata de la presentada por la recurrente.

Solicita igualmente la suspensión de la tramitación del expediente respecto de la adjudicación de los Lotes 8 y 10.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió el expediente de contratación el día 5 de agosto con su correspondiente informe, en el que alega que la adjudicación se basó en el informe técnico realizado el día 19 de junio de 2013, donde se expone de forma razonada la puntuación obtenida por cada licitador.

Sobre la adjudicataria del Lote 8 manifiesta que no consta en el cuerpo del informe técnico que la oferta base de MTW no guardara correspondencia con las prescripciones técnicas exigidas en el Pliego. En cuanto a la variante presentada por MTW al citado Lote, no fue objeto de valoración por presentar variantes de tipo técnico no autorizadas por los Pliegos.

Informa que presentado el recurso especial y revisados por el órgano de contratación los documentos de la oferta técnica, como la muestra presentada por MTW al citado Lote, *“se ha constatado que la mercantil ha presentado una documentación técnica para su oferta base que no reúne los requisitos exigidos en los Pliegos, extremo que no fue considerado en el informe al entender que la muestra sí reunía los requisitos porque independiente a ambas se presentó el manómetro (inflador de Leven)”*.

Respecto al Lote 10, informa que efectivamente la oferta técnica presentada señala unas medidas que no se corresponden con lo exigido en el Pliego de

Prescripciones Técnicas, “*circunstancia que incluso, en una de las medidas (75 de longitud frente a los 65 exigidos) redundará en perjuicio de la manejabilidad del producto, implicando una menor puntuación técnica, aunque se admite como válida y se le asigna puntuación que sumada al resto de criterios implica la adjudicación del Lote*”.

Quinto.- Con fecha 11 de septiembre de 2013, el Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del expediente de contratación respecto de los Lotes 8 y 10.

Sexto.- El Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, 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 han recibido alegaciones.

Séptimo.- Mediante Resolución 1/2013, de 29 de julio de 2013 de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se prevé la suspensión de los procedimientos de recurso especial en materia de contratación pendientes ante el Tribunal, durante el mes de agosto de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Cook España S.A., para interponer el recurso especial por tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”. Igualmente resulta acreditada la representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Segundo.- El licitador recurrente no ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente la interposición de dicho recurso. No obstante este defecto se considera subsanado al presentar el recurso ante el órgano de contratación.

En el escrito de interposición del recurso la recurrente expone que la Resolución de adjudicación le fue notificada el 15 de julio y el recurso fue interpuesto el día 2 de agosto, por lo que el recurso se planteó dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- 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.

Cuarto.- En cuanto al fondo del recurso la recurrente alega lo siguiente:

Invoca los principios de igualdad de trato y de libre concurrencia. Cita los artículos 116 y 117 del TRLCSP y que el PPT debe contener *“las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato”* y que el principio de igualdad de trato significa, relacionándolo con las prescripciones técnicas, que éstas han de estar incluidas en el citado Pliego para que sean conocedores de las mismas todos los potenciales licitadores y que esas prescripciones han de ser cumplidas por igual por los que concurren a la contratación, debiendo ser aplicadas por la entidad contratante a todos los que concurren.

A través de esas características se está delimitando el objeto del contrato, que, como dispone el artículo 86.1 del TRLCSP, debe ser determinado y transcribe las cláusulas 1 y 2 del PCAP y la remisión de éstas al contenido del PPT en cuanto al objeto de cada Lote y sus características técnicas.

Alega que el Lote 8 fue adjudicado a la empresa MTW Ibérica S.L. por su oferta base y no por su variante y que dejando a un lado el precio ofertado, la única diferencia entre la oferta base y la variante está en que en esta última, MTW Ibérica S.L., oferta el manómetro presión, de lo que se extrae claramente que en la oferta base no se oferta ese manómetro. Ello significa que éste producto no cumple con las prescripciones técnicas dispuestas en el PPT, ya que para este Lote el Pliego exige que el producto que oferten las empresas licitadoras lleve inflador de Leven de 20 cc.

Por último, señala que al concurrir a la contratación MTW Ibérica S.L. aceptó incondicionalmente el contenido de la totalidad de las bases de la contratación, por tanto su objeto y la descripción técnica de éste en el PPT y en consecuencia, las prescripciones dispuestas en éste Pliego para el Lote número 8, así como las condiciones en que queda autorizada la presentación de variantes.

El órgano de contratación, respecto de Lote 8, informa que presentado el recurso y revisados por el órgano de contratación los documentos comprensivos de la oferta técnica como la muestra presentada por MTW al Lote 8, se ha constatado *“que la mercantil ha presentado una documentación técnica para su oferta base que no reúne los requisitos exigidos en los Pliegos, extremo que no fue considerado en el informe al entender que la muestra si reunía los requisitos porque independiente a ambas se presentó el manómetro (inflador de Leven)”*.

Consideradas las alegaciones de la parte recurrente y el informe del órgano de contratación que admite el incumplimiento de la oferta de la empresa MTW, el Tribunal entiende que el cumplimiento de las características técnicas mínimas exigidas en el PPT son condiciones necesarias que deben acreditarse y en la oferta base no se cumplía el requisito de presentar el inflador de Leven de 20 cc., que se ofertaba en la variante técnica que no estaba admitida en los Pliegos. Al incumplirse estas prescripciones la oferta debe ser rechazada, sin que proceda acceder a la fase de valoración de los criterios de adjudicación.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el asunto T4/01, Renco SpA, contra el Consejo de la Unión Europea, sobre criterios de adjudicación en su apartado 68 y respecto del criterio *“conformidad de la oferta”* dice: *“Dado que el criterio relativo a la conformidad de la oferta es absoluto, se debe rechazar una oferta cuando no se ajusta al Pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

En consecuencia, el incumplimiento de la oferta de EMTV sobre el inflador Leven determina que debe anularse la adjudicación efectuada del Lote 8 por incumplimiento de las prescripciones técnicas

En cuanto a la adjudicación del Lote 10, *“Balón de dilatación ureteral de alta presión”*, el recurrente manifiesta que la cláusula 1 del PPT establece las características técnicas que debe reunir el producto, que reproduce en su escrito, y entre ellas se exige un catéter de 6 Fr. y 65 cm de longitud, exigiéndose el cumplimiento de estos parámetros sin ningún tipo de excepción, por lo que los licitadores deberán presentar un catéter con esos parámetros y la entidad contratante solo podrá adjudicar el producto ofertado por el licitador a este Lote siempre que cumpla exactamente con la descripción y características dispuestas en el PPT reproduce la página 9 del catálogo presentada por el adjudicatario donde figura *“Balón de dilatación ureteral de alta presión marca Boston Scientific - Uromax kit, referencia M0062251270”* y, Fr 5,8 y 75 cms. longitud.

Cita la Sentencia de Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 sobre el reconocimiento de que los Pliegos tanto de Cláusulas Administrativas Particulares como de Prescripciones Técnicas, constituyen la ley entre las partes, en tanto no se han vulnerado las normas de derecho necesario, como recogen, otras sentencias, por lo que al no cumplir el producto ofertado al Lote número 10 por Boston Scientific Ibérica S.A. todas las características técnicas exigidas, para el bien que comprende ese Lote por el PPT, en cuanto a las medidas del catéter ofertado por lo que debió ser excluido de la licitación a ese Lote.

El órgano de contratación, respecto del Lote 10, admite que efectivamente la oferta técnica presentada por Boston Scientific señala *“unas medidas que no se corresponden con lo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, circunstancia que, incluso, en una de las medidas (75 de longitud frente a los 65 exigidos) redunda en perjuicio de la manejabilidad del producto, implicando una menor puntuación técnica, aunque se admite como válida y se le asigna puntuación que sumada al resto de criterios implica la adjudicación del Lote.”*

El Tribunal, sobre lo alegado en el recurso, comprobada la documentación aportada por la adjudicataria con las características del producto ofertado y el informe del órgano de contratación, advierte que la exigencia de las medidas del catéter establecidas en el PPT, constituyen como antes se ha puesto de manifiesto, características técnicas de obligado cumplimiento que no se cumplen en la oferta presentada por la adjudicataria. El incumplimiento de estas determinaciones no puede comportar que se valore la oferta aplicando la mínima puntuación.

El artículo 150 del TRLCSP establece los criterios de adjudicación para valoración de las proposiciones y determinar la oferta económicamente más ventajosa, disponiendo que los criterios deberán estar directamente vinculados al objeto del contrato y venir establecidos en el PCAP y cita entre otros la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o prestaciones del servicio, (...).

Conforme con lo previsto en el artículo 150 citado, es posible establecer en el PCAP, como criterio de adjudicación, determinadas características relativas a la calidad de la oferta, partiendo del cumplimiento mínimo de las prescripciones técnicas previstas en el PPT y que mejoren los mínimos exigidos en éste.

En este caso, resulta contradictorio el informe de valoración emitido que asigna 5 puntos a la manejabilidad del catéter porque es ligeramente más largo del exigido en el PPT, reconociendo *“que esto puede dificultar su manejo”* y que además afirme que *“la casa comercial cumple con las características técnicas del*

procedimiento”, cuando resulta que el producto no reúne las características exigidas en el PPT, lo que reconoce el órgano de contratación en su informe.

Por todo lo anterior se estima que la adjudicación de Lote 10 debe ser igualmente anulada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 Don E.C.G., Doña C.S.P. y Doña M.E.M., en nombre y representación de Cook España S.A., contra la adjudicación de los Lotes 8 y 10, del contrato PA SUM 2013-00012 “Suministro de catéteres, guías, cestas, sondas y diverso material de urología”, del Hospital Universitario de Fuenlabrada, anulando la Resolución de de 15 de julio de 2013 por la que se adjudican ambos Lotes.

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 de la tramitación del expediente cuyo mantenimiento fue acordado por el Tribunal el día 11 de septiembre.

Cuarto.- Notificar el 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.