

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

En Madrid, a 20 de enero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de PRIM S.A., contra el acuerdo de exclusión de su oferta por la Mesa de contratación, de fecha 4 de diciembre de 2019, al Lote 37 “Venta neuromuscular” del contrato de suministro de “Material de fisioterapia con destino a los centros de salud de Atención Primaria dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, dividido en 37 lotes, expediente número A/SUM-022218/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de octubre de 2019, se publicó la convocatoria de licitación pública del contrato de suministro de referencia en el perfil de contratante alojado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 204.343,16 euros, con un plazo de duración de 12 meses con posibilidad de prórroga hasta un máximo de 24 meses.

Segundo.- Al procedimiento de contratación concurren 13 empresas licitadoras, presentando oferta al lote 37 objeto de recurso nueve empresas, entre ellas la recurrente.

El 4 de diciembre de 2019, la Mesa de contratación acuerda excluir a las empresas que relaciona en Anexo al acta por no ajustarse sus características técnicas a las establecidas como mínimas en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que rige el contrato, entre ellas la recurrente por los motivos que refleja el informe técnico de la Comisión de Adquisiciones de la Gerencia de fecha 18 de noviembre de 2019. Según la valoración técnica del lote 37 la recurrente no cumple el PPT porque *“en la ficha técnica no se especifica el grado de preestiramiento”*.

Tercero.- Con fecha 2 de enero de 2019, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de PRIM interponiendo recurso especial en el que solicita la nulidad del acuerdo de exclusión de su oferta de fecha 4 de diciembre, retrotrayéndose las actuaciones al momento procedimental oportuno con el objeto de readmitir su proposición. Asimismo, interesa esta parte la suspensión de la ejecutividad de la actuación administrativa impugnada.

Cuarto.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 8 de enero de 2020, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por los interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo

establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación de PRIM para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, por tratarse de una empresa excluida de la licitación del lote 37 al que ha presentado oferta.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación que determina la imposibilidad para el recurrente de continuar en el procedimiento de licitación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 2 de enero de 2020, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP, dado que el acuerdo de exclusión se acordó por la Mesa de contratación el 4 de diciembre y el acta fue publicada en el perfil de contratante el 11 de diciembre de 2020.

Quinto.- Con carácter previo a entrar a analizar el fondo del asunto, que se concreta en determinar si la oferta presentada por PRIM es contraria a las características técnicas previstas en el PPT, se detallan a continuación las cláusulas de los pliegos que resultan de interés en la resolución del recurso.

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

En la caratula señala los sobres en que el licitador presentará su oferta, determinando que el sobre nº 1 contendrá la documentación administrativa, que el sobre nº 2: documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor no procede, y que el sobre nº 3: proposición económica y documentación técnica para evaluar criterios evaluables mediante fórmulas se dividirá en tres sobres incluyendo la siguiente documentación:

- Oferta económica: proposición económica.
- Documentación técnica: incluirá la requerida y necesaria para la verificación del cumplimiento de las prescripciones técnicas: catálogos, fichas técnicas, etc.
- Criterios por aplicación de fórmulas: incluirá aquella documentación correspondiente a los criterios objetivos por aplicación de fórmulas.

“Cláusula 1. Características del contrato.

(...) 8.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato.

- 8.1 Criterios relacionados con los costes:

Descripción del criterio: precio.

Ponderación: 70 puntos. (...).

- 8.2 Criterios cualitativos:

Ponderación: hasta 30 puntos.

Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

La puntuación se otorgará en función al informe de evaluación técnica

efectuado por los profesionales asignados al efecto.

(...).

Lote 37, VENDA NEUROMUSCULAR.

Sublote 37.1 Código 100242 VENDA NEUROMUSCULAR 5CMX5M AZUL.

Sublote 37.2 Código 100158 VENDA NEUROMUSCULAR 5CMX5M BEIGE.

Sublote 37.3 Código 100243 VENDA NEUROMUSCULAR 5CMX5M ROSA.

Sublote 37.4 Código 100284 VENDA NEUROMUSCULAR 5CMX5M NEGRO.

Grado de preestiramiento menor del 8% (30 puntos).

TOTAL 100 PUNTOS

(...).

9.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:

En el sobre número 3 'Documentación Técnica' se incluirá la siguiente documentación para la Acreditación cumplimiento prescripciones técnicas:

(...).

Ficha Técnica del fabricante descriptiva de los productos ofertados. Deberá incluir referencia a cada uno de los puntos técnicos referidos en el pliego de prescripciones técnicas.

Fotografía de cada uno de los artículos que forman parte de la licitación, con vistas generales y detalles de cada artículo.

Certificados acreditativos del cumplimiento de la Directiva 93/42/CEE, actualizado por el RD 1591/2009 de productos sanitarios.

Declaración responsable expresa sobre si el producto ofertado está exento de látex, según se requiera en el pliego de prescripciones técnicas.

Muestras de los productos a suministrar que permita verificar el cumplimiento de todas las características técnicas mínimas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas.

(...).

La no presentación de esta documentación o la presentación de documentación defectuosa que no permitan la verificación del cumplimiento de prescripciones técnicas supondrán la exclusión del licitador en el lote correspondiente.

(...).

No se valorarán los criterios objetivos de aquellas empresas cuyos lotes no acrediten el cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas exigidas con la documentación aportada en el lote correspondiente y en consecuencia no continuarán en el proceso de licitación, en dicho lote”.

PPT.

Especificaciones técnicas que deben cumplir los artículos del Lote 37 Venda neuromuscular.

- Medidas: 5 cm x 5 m.
- Colores negro, azul, rosa y beige.
- Grado de preestiramiento 8% -10 %.
- Máxima elongación.
- Máxima adhesividad.
- Hipoalérgico.
- Sin látex.
- Una elasticidad mayor o igual al 140%.
- Alta porosidad.
- Alta capacidad impermeable.

El recurrente en su escrito de interposición alega que no solo cumple escrupulosamente las prescripciones técnicas requeridas sino que las mejora, puesto que ofrece un grado de preestiramiento del 6% siendo, por lo que considera la exclusión improcedente y solo responde a un actuar de la administración estrictamente formalista.

Asimismo indica que en el Sobre 3 “*documentación técnica*” presentó una ficha técnica en la que, además de demostrar fehacientemente que cumplía con varios de los requisitos mínimos, manifestaba expresamente que cumplía con todas las prescripciones técnicas requeridas, incluyendo en el Sobre 3 “*criterios por aplicación de fórmulas*” la justificación expresa y visual de cuál era el grado de preestiramiento

del producto ofertado que tiene un grado de preestiramiento del 6%, lo cual suponía una puntuación extraordinaria de 30 puntos.

Por otra parte, reconoce que la presentación de la oferta no especificaba el cumplimiento de la prescripción técnica que hacía referencia a que el grado de preestiramiento estaba entre el 8 y el 10%, no obstante considera que esto debería haberse interpretado en sentido favorable, o ante la duda por la no especificación el órgano de contratación debería haber requerido subsanación o aclaración, no la exclusión del procedimiento. Además, el órgano de contratación tenía en su poder unas muestras del producto con las que podría haber confirmado que el grado de preestiramiento estaba dentro de los límites exigidos, al constar toda la documentación en el Sobre 3, que abrió en el mismo acto, y siendo toda ella valorable mediante fórmulas, no entiende por qué el órgano de contratación no se cercioró que tal justificación estaba contenida en otra parte del sobre, como es el caso.

PRIM concluye que la actuación del órgano de contratación, restringe gravemente la competencia, cuestión que colisiona con los principios generales de la contratación pública, concretamente el principio de concurrencia, añadiendo que no es la única casa comercial que ha sido excluida por no especificar el cumplimiento de esta prescripción técnica, hecho que pone de manifiesto que la configuración de la oferta evocaba al error.

Por su parte el órgano de contratación informa que la ficha técnica de la recurrente para el lote 37 no especifica una de las características técnicas solicitadas: *“Grado de preestiramiento de 8-10 %”*, por lo que a juicio de la Comisión de Adquisiciones de atención Primaria no cumple el mínimo exigido en este lote (primera fase de la valoración), y al no cumplir esta prescripción no pasa a la valoración de los criterios evaluables por aplicación de fórmulas, (segunda fase de la valoración), porque tal como se especifica en el PCAP: *“La no presentación de esta documentación o la presentación de documentación defectuosa o incompleta que no permitan la*

verificación del cumplimiento de prescripciones técnicas supondrán la exclusión del licitador en el lote correspondiente”.

Asimismo, indica que con motivo del recurso examina la documentación técnica incluida por la empresa PRIM en el Sobre 3 *“criterios por aplicación de fórmulas”* observando que el licitador incluye una ficha técnica del lote número 37 diferente de la aportada en la *“documentación técnica”*, en la que sí se hace mención de la prescripción del *“Grado de preestiramiento”*, de lo que concluye que en la documentación técnica presentada hay dos fichas técnicas con datos distintos para el lote recurrido entendiéndose que debe desestimarse el recurso por lo dispuesto en el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP al prever la exclusión del licitador que no presente la documentación o la presente defectuosa sin permitir la verificación del cumplimiento de prescripciones técnicas, y que no se valorarán los criterios objetivos de aquellas empresas cuyos lotes no acrediten el cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas exigidas con la documentación aportada en el lote correspondiente y en consecuencia no continuarán en el proceso de licitación.

Este Tribunal al examinar la documentación que consta en el expediente administrativo constata que la oferta presentada por la recurrente cumple con las especificaciones técnicas previstas en el PPT para el lote 37, puesto que en el sobre 3 presentado por PRIM consta tanto una declaración expresa sobre el cumplimiento de todas las especificaciones técnicas exigidas en el PPT como una ficha técnica en la que se especifica que el grado de preestiramiento es del 6%, por lo que a la vista de lo dispuesto en el apartado 8.2 del PCAP y las especificaciones del PPT a la venta neuromuscular solo cabe concluir que no se aprecia que los productos ofertados por la recurrente incumplan los pliegos que rigen la contratación del suministro.

Si perjuicio de la constatación anterior, vista la documentación y muestras aportadas por PRIM, además coincidimos con la alegación efectuada por la recurrente relativa a que de haber tenido dudas sobre el cumplimiento el órgano de contratación debería haber solicitado aclaración o subsanación de la documentación técnica, como

ha mantenido este Tribunal en numerosas resoluciones. A estos efectos resulta de interés citar que, la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57) señala que cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por la desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

Respecto a la alegación del órgano de contratación relativa a las fases para no analizar toda la documentación contenida en el sobre nº 3 relativo a *“Proposición económica y documentación técnica para evaluar criterios evaluables mediante fórmulas”* no procede, dado que el artículo 146.3 de la LCSP en relación a la aplicación de los criterios de adjudicación dispone que *“En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”*, previsión que no recoge el PCAP del contrato recurrido, y sin que se puedan deducir fases del mero hecho de subdividir en tres sobres más la presentación del sobre nº 3.

Por otra parte, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, al regular el rechazo de proposiciones expresamente dispone que *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o*

existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”, y este Tribunal, considera que en el presente supuesto no se dan las circunstancias reglamentariamente previstas para rechazar la oferta presentada por la recurrente.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que procede estimar el recurso presentado por PRIM admitiendo su oferta y anulando el acuerdo de exclusión con retroacción del procedimiento de adjudicación del contrato al momento de valoración y clasificación de las ofertas.

Por último se ha de señalar que este Tribunal no ha considerado necesario proceder a adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, solicitada por la recurrente en su escrito de interposición, debido al carácter excepcional de la medida cautelar de suspensión, y dado que la resolución del recurso se va a emitir antes de que pueda llegar a acordarse por el órgano de contratación la adjudicación del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 en materia de contratación interpuesto por la representación de PRIM S.A., contra el acuerdo de exclusión de su oferta por la Mesa de contratación, de fecha 4 de diciembre de 2019, al Lote 37 “Venta neuromuscular”

del contrato de suministro de “Material de fisioterapia con destino a los centros de salud de Atención Primaria dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, dividido en 37 lotes, expediente número A/SUM-022218/2019, debiendo admitirse su proposición al procedimiento de adjudicación, con anulación del acuerdo de exclusión adoptado, y consecuente retroacción del procedimiento al momento de clasificación de las ofertas presentadas.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 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 59 de la LCSP.