

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

En Madrid, a 5 de abril de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.P.G., en nombre y representación de Distrauma Medical, S.L., contra el Acta de la mesa de contratación, de 1 de marzo de 2017, de apertura de las ofertas económicas en la que consta su exclusión del lote 3 del contrato “Suministro de material especial de punción, catéteres periféricos, jeringuillas y equipos de infusión para los Centros Sanitarios de Atención Primaria”, de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria, número de expediente: A/SUM-013528/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 3, 11 y 12 de enero de 2017, fue publicada en el DOUE, BOCM, Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid y el BOE, la convocatoria de licitación del contrato de suministro mencionado dividido en 11 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y un único criterio de adjudicación, el precio. El valor estimado del contrato es de 322.137,97 euros.

Segundo.- A la licitación del lote 3 “*Cureta dermatológica desechable*”, se presentaron ocho empresas incluida la recurrente.

Tras los trámites oportunos, con fecha 1 de marzo de 2017, se celebra sesión pública de la mesa de contratación en la que se comunica los licitadores admitidos y excluidos y se procede a la apertura de las ofertas económicas de los admitidos.

Tercero.- El Acta de la Mesa correspondiente a dicho acto, fue publicada con fecha 3 de marzo de 2017 en el Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid, sin que haya sido notificada.

La representación de Distrauma Medical, S.L., previo anuncio al órgano de contratación, interpone ante Tribunal el 23 de marzo de 2017, recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Mesa, de 1 de marzo por el que se le *“excluye del procedimiento”*.

Copia del expediente administrativo junto con el informe preceptivo, en los términos del artículo 46.2 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), tuvo entrada en este Tribunal el 27 de marzo de 2017.

La recurrente solicita que se anule su exclusión puesto que considera que la presentación de su producto en cajas de 20 unidades, no supone un incumplimiento de pliego de prescripciones técnicas, tal y como aparece redactado.

Por su parte el órgano de contratación en su informe explica las razones de la exclusión señalando que *“ante la notificación del recurso interpuesto por Distrauma Medical, S.L., esta Gerencia solicita a la Comisión de Adquisiciones confirmación del informe técnico de fecha 16 de febrero de 2017. Se obtiene la siguiente respuesta:*

Se han excluido aquellos licitadores que presentaron cajas superiores a 10 unidades por entender que al indicar en prescripción técnica aproximadamente 10 unidades, se acepta de 1 a 5 unidades más, pero no el doble de lo indicado. Dado que el pedido a los Centros de Salud se realiza por cajas para evitar la manipulación, se considera en exceso 20 unidades por caja”. Y añade que “Actualmente el expediente se encuentra en fase de requerimiento de

documentación a la oferta más ventajosa cuyo plazo terminó el día 24 de marzo de 2017. Está previsto que la Mesa de contratación se reúna el próximo 26 de marzo con el fin de calificar la documentación presentada y en su caso, elevar propuesta de adjudicación”.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiéndose presentado escrito de alegaciones por Helianthus Medical, S.L. en las que afirma, en primer lugar que el pliego constituye la ley del contrato y que no habiendo sido recurridos deben aplicarse en su términos, además sostiene que *“en el precio de estos productos, una parte muy importante es la presentación en el número de unidades, que a su vez determina el número de cajas. Efectivamente, se puede hacer un precio más bajo cuantas menos cajas se necesiten, si el producto en lugar de cajas de 10 Uds. lo forman cajas de 20 unidades el precio varía en favor de esta última opción y lo haría mucho más sin envases, a granel. En definitiva, las condiciones exigidas de presentación conforman, entre otras, el precio final del producto”*. Por todo ello solicita le desestimación del recurso

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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 al tratarse de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada.

Segundo.- Especial análisis merece el acto objeto de recurso, el Acuerdo de la mesa en la que procede a la apertura de las proposiciones económicas y se excluye a varias licitadoras entre ellas a la recurrente.

Establece el artículo 40 del TRLCSP que son susceptibles de recurso especial los relacionados en el apartado 2 del mismo:

“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.”

En el caso que analizamos, el acta de la mesa ha sido publicada en el perfil del contratante y en la misma consta que *“Quedan excluidas del procedimiento de contratación todas aquellas proposiciones cuyas características técnicas no se ajustan a las establecidas como mínimas en el pliego de prescripciones técnicas”*.
(...)

B61435079 DISTRAUMA MEDICAL

Lote 3 CURETA DERMATOLOGICA DESECHABLE Motivo: Presentación en envases de 20 unidades.

Dicho acto no se ha notificado de manera formal ni consta que contra el mismo pueda interponerse recurso especial.

La recurrente recurre su exclusión alegando que cumple las especificaciones del pliego, y que el hecho de ofertar un producto con una presentación en envases de 20 unidades no supone incumplimiento ya que el PPT se refiere a cajas de aproximadamente 10 unidades.

En principio el acuerdo de la mesa por el que se le excluye en tanto que no ha sido notificado, se trata de un acto de trámite no susceptible de recurso especial. Debería esperar a la adjudicación del contrato que como se ha señalado aún no se ha producido, acto que se le ha de notificar debidamente motivado y contra el que podrá interponer recurso especial.

En este sentido debe citarse lo dispuesto por el artículo 19.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y

de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre: *“Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión”*.

Sin embargo, en este caso concurren dos circunstancias que modifican esa calificación. En primer lugar la recurrente se ha dado por notificada y en segundo lugar el acuerdo está suficientemente motivado para poder interponer recurso especial con todas las garantías.

En consecuencia, debe admitirse el recurso interpuesto contra la exclusión, acto susceptible, en este supuesto, susceptible de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Distrauma Medical, S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al lote impugnado del que ha sido excluida y por tanto *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue publicado el 3 de marzo de 2017, e interpuesto el recurso el 23 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto se concreta en determinar si la oferta de la recurrente presentada al lote nº 3, debió ser admitida a la licitación, por considerar

que el producto ofertado presentado en envases de 20 unidades cumple las especificaciones técnicas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas PPT, en concreto la que establece *“Presentación: Caja de aprox. 10 unidades”*.

Alega la recurrente que la *“La inclusión del adverbio aproximadamente solo puede llevar a la conclusión de que el órgano de contratación quería introducir un criterio flexible, evitando así la determinación de características técnicas excluyentes, teniendo en cuenta el límite fundamental del respeto al principio de libre concurrencia”*. Añade que el número de unidades por caja no afecta a ninguna de las cualidades o características intrínsecas del producto objeto de licitación y que el órgano de contratación debe justificar que la opción técnica elegida es ineludible.

El informe del órgano de contratación indica que respecto del requisito mencionado se han aceptado de 1 a 5 unidades más, entendiendo que el término aproximadamente no permite aceptar un exceso de 10 unidades. Es decir, el doble de lo previsto en el PPT.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas 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, cuando señala 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”*, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En el presente caso los pliegos no fueron objeto de recurso en su momento ni tampoco consta que se formularan preguntas aclaratorias sobre el contenido de los mismos, por lo que debemos concluir que fueron aceptados por los licitadores.

Sentado lo anterior y si bien el término aproximadamente no es, sin duda, el idóneo para determinar una forma de presentación de los productos, tampoco da pie a pensar que cualquier presentación fuera admisible.

Una presentación con el doble de unidades de las que fija el Pliego no puede considerarse aproximada, por muy amplio que sea el sentido que queramos darle al adverbio. Por otro lado, el órgano de contratación justifica la exigencia en su utilización por los Centros de Salud y la necesidad de realizar los pedidos por cajas para evitar manipulaciones.

Por todo ello, a la vista del tenor del Pliego y de la oferta presentada debe considerarse que la oferta de la recurrente no cumple los requisitos del PPT, en cuanto a las condiciones de presentación y el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 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, interpuesto por don J.P.G., en nombre y representación de Distrauma Medical, S.L., contra el Acta de la mesa de contratación de 1 de marzo de 2017, de apertura de las ofertas económicas en la que consta su exclusión del lote 3 del contrato “Suministro de material especial de punción, catéteres periféricos, jeringuillas y equipos de infusión para los Centros

Sanitarios de Atención Primaria”, de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria, número de expediente: A/SUM-013528/2016.

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 del TRLCSP.