

Recurso nº 155/2017

Resolución nº 171/2017

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

En Madrid, a 7 de junio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.I.B., en nombre y representación de Becton Dickinson, S.A.U. (en lo sucesivo BD), contra la Resolución de la Viceconsejería de Sanidad de fecha 19 de abril de 2017 por la que se adjudica el “Acuerdo Marco para el suministro de agujas y jeringas con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM-11/2016, lotes 24, 26, 27, 28, 42 y 51 y se excluye su oferta de dichos lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 de septiembre de 2016 se publicó en el DOUE y el 14 del mismo mes en el BOE, en el BOCM y en Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación con acceso a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del expediente de suministro mencionado. El procedimiento de adjudicación se tramita de manera ordinaria, por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación, dividido en 65 lotes, con entrega de 20 muestras para cada producto ofertado y tiene un valor estimado de 9.575.994,76 euros. Los empresarios podrán licitar a uno, varios o todos los lotes.

Segundo.- El PPT, en relación con las características técnicas de todos los productos, dispone.

1. *Envasado: Envase unitario estéril de fácil apertura que garantice la liberación completa del producto.*
2. *Etiquetado en el que figure de forma legible, en castellano y/o con simbología internacional normalizada.*
 - a. *Denominación del artículo.*
 - b. *Método de esterilización utilizado.*
 - c. *Indicación de que el producto es de un solo uso.*
 - d. *Fecha de caducidad del producto.*
 - e. *Número de lote.*
 - f. *Referencia comercial.*
 - g. *Marcado C.E.*
3. *Las jeringas y aguja hipodérmicas deberán ajustarse a las normas de referencia:*
 - a. *RD 1591/2009, Por el que se regulan los productos sanitarios(...).*
 - e. *UNE-EN-ISO 8537. Jeringuillas estériles para un solo uso con o sin Aguja hipodérmica de insulina.*
4. *Material exento de Látex, PVC y/o ftalatos.*

Dispone además como prescripciones generales para todas las jeringas, entre otras, las siguientes:

- “1. *Todas deberán llevar escala graduada, indeleble y de fácil lectura. La escala será en centímetros cúbicos o unidades internacionales dependiendo del lote al que se opte.*
2. *Para valorar la inclusión o exclusión dentro de un lote de jeringas en relación con el volumen, se tendrá en cuenta la ficha técnica.”*

A continuación establece las características de los lotes 24 al 29:
Jeringa de dos piezas (Cuerpo y émbolo).

- *Cono Luer excéntrico, excepto en el lote 24 y 25*

Los lotes cumplirán las mismas características, excepto que:

En el lote 24 el volumen total será de 2 cc.

- *Cono Luer concéntrico.*
- *La escala será graduada en ml. Fraccionada de 0,1 ml en 0,1ml, marcas más amplias cada 0,5 ml y números cada ml de acuerdo con el Sistema Internacional de Medida.*

- En el lote 25 el volumen total será de 5 cc.

- *Cono Luer concéntrico.*
- *La escala será graduada en ml. Fraccionada de 0,2 ml en 0,2ml, marcas más amplias cada 1ml y números cada ml de acuerdo con el Sistema Internacional de Medida.*

- En el lote 26 el volumen total será de 5 cc.

- *Cono Luer excéntrico.*
- *La escala será graduada en ml. Fraccionada de 0,5 ml en 0,5 ml, marcas más amplias cada 1ml y números cada 2ml de acuerdo con el Sistema Internacional de Medida.*

- En el lote 27 el volumen total será de 10 cc.

- *Cono Luer excéntrico.*
- *La escala será graduada en ml. Fraccionada de 1 ml en 1ml, marcas más amplias cada 5ml y números cada 5ml de acuerdo con el Sistema Internacional de Medida*

- En el lote 28 el volumen total será de 20 cc.

- *Cono Luer excéntrico.*
- *La escala será graduada en ml. Fraccionada de 1 ml en 1ml, marcas más amplias cada 5ml y números cada 5 ml de acuerdo con el Sistema Internacional de Medida*

-En el lote 29 el volumen total será de 50-60 cc.

- *Cono Luer excéntrico.*
- *La escala será graduada en ml. Fraccionada de 1 ml en 1ml, marcas más amplias cada 5ml y números cada 10ml de acuerdo con el Sistema Internacional de Medida.*

Así mismo establece las características de los lotes 40 al 45.

Jeringas de tres piezas (Cuerpo, émbolo, junta de estanqueidad).

- *Embolo de polipropileno, con base circular para facilitar el empuje*
- *Cono Luer concéntrico.*

Los lotes cumplirán las mismas características, excepto que

- *El lote 42*

- *La escala será graduada en ml. Fraccionada de 0,5 ml en 0,5ml, marcas más amplias cada 1ml y números cada ml de acuerdo con el Sistema Internacional de Medida.*

Por último establece las características generales de los lotes 50 al 53.

Jeringa de tres piezas (Cuerpo, émbolo, junta de estanqueidad)

- *Embolo de polipropileno, con base circular para facilitar el empuje.*
- *Cono luer -lock.*

Los lotes cumplirán las mismas características, excepto que

- *El lote 51*

- *La escala será graduada en ml. Fraccionada de 0,5 ml en 0.5ml, marcas más amplias cada 1ml y números cada -ml de acuerdo con el Sistema Internacional de Medida.*

A la licitación para todos los lotes han concurrido 18 empresas licitadoras, una de ellas la recurrente.

Tercero.- En fecha 19 de abril 2017 por Resolución de la Viceconsejería de Sanidad y Dirección General del Servicio Madrileño de Salud se adjudica el Acuerdo Marco del PA 11/2016 para la contratación del suministro de “AGUJAS Y JERINGAS PARA

TODOS LOS CENTROS SANITARIOS DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD", asimismo se excluye a BD de los lotes 24, 26, 27, 28, 42 y 51, por no cumplir el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Cuarto.- Con fecha 12 de mayo de 2017, previo anuncio al órgano de contratación el día 5, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra la referida Resolución de la Viceconsejería de Sanidad y Dirección General del Servicio Madrileño de Salud en el que solicita la anulación de la adjudicación de los lotes 24, 26, 27, 28, 42 y 51 a otras empresas licitadoras y la anulación de su exclusión y así mismo se acuerde la retroacción del procedimiento para la valoración de su oferta.

El 23 de mayo de 2017 el órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el 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, (TRLCSP), remitió al Tribunal el recurso y el expediente junto con su informe preceptivo. En el informe se solicita su desestimación al considerar que conforme a la valoración técnica realizada, la exclusión es correcta. Solicita además que se aprecie temeridad y mala fe en la presentación del recurso ya que la suspensión puede deparar perjuicios de imposible o difícil reparación.

Quinto.- Con fecha 17 de mayo del 2017, el Tribunal acordó suspender la tramitación del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP.

Sexto.- La Secretaría del 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, sin que se haya recibido ninguna en plazo.

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.

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), al ser un licitador excluido del procedimiento.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El plazo para interponer el recurso especial viene establecido en el TRLCSP que en el apartado 2 del artículo 44 dispone: “*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 151.4*” y en su apartado b) dispone “*Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción*”.

El Acuerdo de la Mesa de contratación fue adoptado el 16 de diciembre de 2016, de conformidad con el informe técnico de la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, de fecha 14 de diciembre de 2016, y publicado en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el 4 de enero de 2017, sin que se haya practicado su notificación formal.

Como concluía este Tribunal en la Resolución 61/2013, de 24 de abril “*ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin*

perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma.

El TRLCSP, en su artículo 151.4, sí impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4, obliga a concluir que la Ley ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince hábiles días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

En este sentido se pronuncia la Circular 3/2010, de la Abogacía General del Estado y este Tribunal en diversas Resoluciones entre las que cabe citar la 56/2011, la 67/2011 o la 77/2012. Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado y también lo comparte este Tribunal, como lo ha manifestado en las Resoluciones mencionadas, que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con inclusión de los recursos que procedan. Si el licitador no recurriera el acto de exclusión en plazo, debidamente notificado, el acto devendría firme, y no podrá impugnarla en ocasión de la adjudicación.”

En este caso, resulta acreditado que no se ha notificado separadamente el acto de exclusión, notificándose la resolución de adjudicación el mismo día de su adopción, 19 de abril de 2017, siendo interpuesto el recurso el 12 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión del licitador 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.

Quinto.- Son dos las causas de exclusión que afectan a distintos lotes, una por el incumplimiento de las prescripciones técnicas atinentes al etiquetado del envase individual y la otra por incumplir el intervalo de la escala.

En cuanto a la primera de las cuestiones afirma la recurrente que es improcedente su exclusión de los lotes 24, 26, 27 y 28, todos ellos jeringas de dos piezas, por el hecho de no constar en el envase individual de las jeringas la referencia comercial de cada una de éstas.

Añade que el PPT se limita a requerir que los productos ofertados cuenten con un “*etiquetado en el que figure de forma legible, en castellano y/o con simbología internacional normalizada*” entre otras indicaciones la “*referencia comercial*” propia de cada uno de éstos. El tenor literal del precepto es claro: se pide exclusivamente que la aludida referencia comercial figure en el etiquetado del producto sin concretar el lugar en el que haya de encontrarse la etiqueta ni especificar exactamente donde ha de hacerse visible -si en la caja o en el envase individual-, lo contrario supone interpretación restrictiva y contraria al principio general de *favor concurrentiae* tal y como según aduce se establece en la Sentencia de 19 de septiembre de 2000 y en el informe de la Junta Consultiva del Estado nº 23/08, de fecha 29 de septiembre, que lo reconocen. Así mismo considera vulnerados los principios de proporcionalidad, según la Resolución nº 203/2014, de 26 de noviembre, de este Tribunal; y contrario a los principios que deben regir la

contratación pública enunciados en el artículo 1 TRLCSP, conforme el criterio del TACRC de sus Resoluciones nº 35/2014, de 17 de enero y nº 237/2012, de 31 de octubre.

Añade que el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios tampoco precisa en su art 4.2 ni en el apartado 13 del anexo I, el punto exacto del producto en el que situar la etiqueta, ciñéndose a indicar el contenido obligatorio de ésta -en el que podría entenderse incluida la referencia comercial-.

Aporta fotografías de las etiquetas unidas a las cajas contenedoras de los envases individuales de los productos ofertados donde figura la referencia comercial de éstos para acreditar el cumplimiento de las condiciones del PPT.

Subsidiariamente sostiene la escasa entidad, puramente formal, del supuesto incumplimiento advertido en el etiquetado de los productos ofertados, consistente en no indicar la referencia comercial en el envase individual del producto así como el carácter excepcional de la exclusión de un licitador, doctrina ampliamente aceptada por los Tribunales de contratación y cita abundantes resoluciones adoptadas por dichos órganos.

Al respecto, el órgano de contratación, en su informe al recurso afirma que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, su incumplimiento conlleva la exclusión del licitador, criterio doctrinalmente asentado y que cuando se trata de determinar si una oferta cumple o no el PPT - sobre todo, si se aportan muestras de los productos ofertados como sucede en el caso examinado- el análisis debe recaer físicamente sobre el producto, lo que reduce el margen de discrecionalidad porque no se trata de valorar o evaluar una proposición, sino de verificar objetivamente si la misma cumple unos requisitos técnicos concretos.

En este caso afirma que el PPT exige que el envase debe ser unitario y posteriormente señala los requisitos que debe tener el etiquetado, por lo que es innegable que se refiere a que el etiquetado figure en cada envase unitario y sostiene que habitualmente la información del envasado siempre está referida al envase individual, de acuerdo con lo establecido en el R.D. 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regula el uso de Productos Sanitarios, en el Anexo I - Requisitos esenciales- Punto II “Requisitos relativos al diseño y a la fabricación” y en concreto en su apartado: “13. Datos proporcionados por el fabricante según el cual “13.1 *Cada producto deberá ir acompañado de la información necesaria para su utilización con plena seguridad y adecuadamente, teniendo en cuenta la formación y los conocimientos de los usuarios potenciales, y para identificar al fabricante.*

Esta información estará constituida por las indicaciones que figuren en la etiqueta y las que figuren en las instrucciones de utilización.

Los datos necesarios para la utilización del producto con plena seguridad deberán figurar, siempre que sea factible y adecuado, en el propio producto y/o en un envase unitario o, en su caso, en el envase comercial. Si no es factible envasar individualmente cada unidad, estos datos deberán figurar en unas instrucciones de utilización que acompañen a uno o varios productos.”

Sostiene que término de “envase” se refiere también a envasado individual y que, como conoce la empresa recurrente, los embalajes externos por razones sanitarias, no llegan a la unidad final de dispensación, solo llegan los envases individuales, porque en los bloques quirúrgicos está prohibida la introducción del cartón retirándolo antes de realizar la entrada del material motivo por el que en el PPT la referencia al etiquetado esta debajo de la denominación del envasado en el que se identifica claramente que es un envase unitario, ya que en esta forma llega a los profesionales y si el envase individual estéril no lleva la referencia, no se garantiza la necesaria trazabilidad del producto. Añade que en caso de que se generara una alerta sanitaria, la Administración debe velar por todos los medios a su alcance para preservar la seguridad del paciente y la falta de referencia comercial lo dificultaría mucho.

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.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

En la Resolución constan los siguientes motivos de exclusión:

LOTE	DENOMINACION	MOTIVO INCUMPLIMIENTO
24	JERINGA 2 PIEZAS CON LUER CONCÉNTRICO 2ML	No presenta referencia envase individual
26	JERINGA 2 PIEZAS CON LUER EXCÉNTRICO 5ML	No cumple por la escala. Se pide 0,5 y presenta 0,2. Y no presenta envase individual
27	JERINGA 2 PIEZAS CON LUER EXCÉNTRICO 10ML	No cumple por la escala. Se pide 1 y presenta 0,5. Y no presenta envase individual
28	JERINGA 2 PIEZAS CON LUER EXCÉNTRICO 20ML	No presenta referencia envase individual

Los motivos de incumplimientos son dos diferentes:

1. No presenta envase individual en el lote 26 y 27, hecho que no admite discusión en contra porque el requisito exigido es envase unitario estéril
2. No presenta referencia envase individual en el lote 24 y 28, sin especificar si la información omitida es total o parcial y en ese caso cuál: denominación, método

de esterilización, la indicación de un solo uso, fecha de caducidad, nº lote, referencia comercial, o marcado CE.

Comprueba el Tribunal que el PPT establece unas características técnicas que son comunes para todos los productos, entre las que se encuentra su presentación en envase unitario estéril con carácter obligatorio y la información del etiquetado.

Por otro lado el RD 1591/2009, de 16 de octubre, que resulta de aplicación dispone tanto en su anexo I como en su art 4.2

- a) *como regla general que siempre que sea factible y adecuado, conste la información de la etiqueta en el propio producto y/o en un envase unitario o, en su caso, en el envase comercial, refiriéndose en ese último caso a cuando por las características del producto se suministre en envase o recipientes utilizados para contener productos de uso y consumo exclusivo de las empresas farmacéuticas, entidades de distribución, oficinas de farmacia y centros asistenciales u hospitalarios, en el entendimiento de que se refiere a sustancias o medicamentos en su estado líquido, sólido o gaseoso, producto que es diferente a un instrumental o material médico como son las jeringas.*
- b) *Como excepción, si no es factible envasar individualmente cada unidad, estos datos deberán figurar en unas instrucciones de utilización que acompañen a uno o varios productos.*

No discute ni acredita la recurrente que no sea factible ni adecuado el etiquetado de los productos en el envase unitario, sino simplemente que su oferta no cumple esa característica en lo relativo a la referencia comercial que califica de “escasa entidad”.

Por su parte el órgano de contratación informa que “*si el envase individual estéril no lleva la referencia, no se garantiza la necesaria trazabilidad del producto.*”

Según establece el RD 1591/2009, de 16 de abril, en el anexo 1 apartado 13.3 “*La etiqueta deberá incluir los siguientes datos:*

- a) *El nombre o la razón social y la dirección del fabricante. Por lo que respecta a los productos importados en el territorio comunitario con vistas a su distribución en el mismo, la etiqueta, el envase exterior o las instrucciones de utilización deberán incluir, además, el nombre y la dirección del representante autorizado, cuando el fabricante carezca de domicilio social en la Comunidad.*
- b) *La información estrictamente necesaria para identificar el producto y el contenido del envase, en particular por parte de los usuarios.*
- c) *Cuando sea apropiado, la palabra «estéril».*
- d) *El código del lote precedido por la palabra «lote» o el número de serie, según proceda.*
- e) *Cuando sea apropiado, la fecha antes de la cual deberá utilizarse el producto para tener plena seguridad, expresada en año y mes.*
- f) *La indicación, cuando sea apropiado, de que el producto es de un solo uso. La indicación del fabricante de que el producto es de un solo uso debe ser homogénea en toda la Comunidad.*
- g) *En el caso de los productos a medida, la indicación «producto a medida».*
- h) *Si se trata de un producto destinado a investigaciones clínicas, la indicación «exclusivamente para investigaciones clínicas».*
- i) *Las condiciones específicas de almacenamiento y/o conservación.*
- j) *Las instrucciones especiales de utilización.*
- k) *Cualquier advertencia y/o precaución que deba adoptarse.*
- l) *El año de fabricación para los productos activos no contemplados en la anterior letra e). Esta indicación podrá incluirse en el número de lote o de serie.*
- m) *Cuando sea apropiado, el método de esterilización.*

n) Cuando se trate de uno de los productos que se citan en el apartado 5 del artículo 3, una indicación de que el producto contiene como parte integrante una sustancia derivada de la sangre humana”

Por tanto, la exigencia en cuanto a la información que debe figurar en la etiqueta ha de ser completa sin omitir ninguno de los aspectos descritos, ya sea la referencia comercial u otros. Y siendo el envase exigido unitario la etiqueta debe figurar en el mismo, por ser esta la regla general -siempre que sea posible- teniendo su incumplimiento el carácter de defecto esencial por lo que tanto insubsanable.

Si bien es cierto como señala la recurrente que en el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, sin que sea posible exigir requisitos excesivamente formales, o que se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables, cabe recordar que este Tribunal ha manifestado que la posibilidad de subsanación no se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, esto es, no puede afirmarse con carácter general que todos los requisitos de solvencia sean subsanables, ni tampoco que no lo sean aquéllos que se refieren a las ofertas. Antes bien la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma la modificación de las ofertas a través del mecanismo de la subsanación o la ampliación del plazo para el cumplimiento de determinados requisitos, por ejemplo, constituirían límites que no podrían ser superados por una subsanación de los eventuales defectos padecidos, así mismo sería un límite a la subsanación el hecho de que los pliegos dejaran bien claro que la falta de aportación de un documento determinado llevaría consigo la no valoración o la exclusión de la oferta, en su condición de rectores de la licitación, de no haber sido impugnados.

En este caso la oferta de la recurrente incumplía las exigencias del PPT en cuanto a la necesidad de que el etiquetado contuviera toda la información

legalmente exigible y que esta figurara en el envase unitario del material sanitario suministrado. Al tratarse de un incumplimiento, no es posible su subsanación puesto que como ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, son subsanables los defectos u omisiones en las ofertas que no constituyan incumplimientos.

De conformidad con lo dispuesto en art 13 del TRLCSP “*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.*”

Por consiguiente debe desestimarse el recurso por este motivo.

Sexto.- En cuanto al segundo motivo del recurso alega la improcedencia de la exclusión de la oferta de BD para los lotes 26, 27, 42 y 51 por el hecho de presentar las jeringas una escala a efectos de dosificación distinta de la fijada en el PPT.

Los motivos de incumplimiento que figuran en la resolución de adjudicación en este caso son:

LOTE	DENOMINACION	MOTIVO INCUMPLIMIENTO
26	JERINGA 2 PIEZAS CON LUER EXCÉNTRICO 5ML	No cumple por la escala. Se pide 0,5 y presenta 0,2. Y no presenta envase individual
27	JERINGA 2 PIEZAS CON LUER EXCÉNTRICO 10ML	No cumple por la escala. Se pide 1 y presenta 0,5. Y no presenta envase individual
42	JERINGA 2 PIEZAS CON LUER CONCÉNTRICO 2ML	No cumple por la escala. Se pide 0,5 y presenta 0,2
51	JERINGA 2 PIEZAS CON LUER CONCÉNTRICO 2ML	No cumple por la escala. Se pide 0,5 y presenta 0,2

Afirma la recurrente que el PPT requiere, para los lotes 26, 42 y 51, que la escala esté “fraccionada de 0,5 ml en 0,5 ml” y para el lote 27, que lo esté “de 1 ml en 1 ml”, y aunque BD ofertó productos con una escala menor a la especificada en el PPT -de 0,2 ml en los primeros, y de 0,5 ml en los segundos-, no solo cumple con las exigencias del PPT sino que incluso las supera porque una menor escala conlleva, siempre y en todo caso, una mayor precisión a la hora de dosificar el

medicamento, ofreciendo una solución mejor al mismo precio. Entiende que lo que establece el PPT no son las exigencias máximas de los productos a suministrar, sino solo las exigencias mínimas que ha de cumplir un producto para ser aceptado por la Administración.

Concluye que la exclusión acordada es totalmente contraria a las reglas y principios de la contratación pública y advierte que choca con la realidad del propio órgano de contratación ya que precisamente a día de hoy está suministrando esos mismos productos sin que exista absolutamente ningún tipo de problema. Alega además que el intervalo ofertado es conforme con la norma UNE-EN ISO78861 que lo fija como mínimo y que entender que el PPT exige únicamente el intervalo señalado sin fracciones menores sería injustificado y contrario a derecho por resultar limitativo de la competencia.

El órgano de contratación sostiene que el propio licitador reconoce que sus jeringas presentan una dosificación diferente a la fijada en el PPT, lo cual es motivo suficiente a tenor de la doctrina que anteriormente cita para su exclusión.

Como reiteradamente han afirmado los tribunales de contratación, la regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación

de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación. Pero estas consideraciones deben considerarse a la luz del principio de concurrencia, y a la vista de la finalidad de la exigencia.

Considera el Tribunal que los intervalos establecidos en el PPT lo son taxativamente (*fraccionada de...xml en...xml*) siendo por tanto la única división permitida, en tanto que no indica otra alternativa. Ahora bien cabe considerar como aduce la recurrente que en la subdivisión de 0,5, si se agrupa por tramos, dos subdivisiones de 0,5 se contienen en una de 1, lo que permitiría su admisión siempre que gráficamente fuera identificable la subdivisión. En este caso no se han remitido muestras ni se han solicitado para comprobar este extremo, dado que en el producto del lote 27 concurre otra causa de exclusión.

Por todo lo anterior debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 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 en materia de contratación interpuesto por don R.I.B., en nombre y representación de BECTON DICKINSON, S.A.U., contra la Resolución de la Viceconsejería de Sanidad de fecha 19 de abril de 2017 por la que se adjudica el “Acuerdo Marco para el suministro de agujas y jeringas con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM-11/2016, lotes 24, 26, 27, 28, 42 y 51 y se excluye su oferta de los lotes 24, 26, 27, 28, 42 y 51, por incumplir las prescripciones técnicas.

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 respecto de los lotes 24, 26, 27, 28, 42 y 51cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 17 de mayo.

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.