

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

En Madrid, a 7 de junio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don C.M.L., en nombre y representación de CM Tecma, S.L contra el Acuerdo de la mesa de contratación de fecha 3 de mayo de 2017, por el que se acuerda su exclusión del lote 19, “Parches multifunción y electrodos monitorización”, del procedimiento de licitación, “Adquisición de diverso material sanitario fungible con destino al servicio SAMUR-Protección Civil”, número de expediente: 300/2016/01783, lote 19, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 23 y 28 de diciembre de 2016 se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, respectivamente en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el BOE, poniéndose los pliegos a disposición de los licitadores el 23 de diciembre, mediante procedimiento abierto a adjudicar mediante único criterio, el precio y dividido en 25 lotes. El un valor estimado del contrato es 587.724,59 euros.

Segundo.- El apartado 1.13 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) exige para la acreditación de la solvencia técnica o profesional, de acuerdo

con el artículo 77.1 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) que se aporten *“Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante”*, estableciendo como requisitos mínimos de solvencia *“Muestra y documentación técnica, de cada uno de los artículos a suministrar. Medio de acreditación: 1. Presentación de una unidad productos a suministrar según se indica en el PPT; se entenderán productos distintos los de distinta capacidad o medida. 2. Ficha técnica o folleto informativo según se indica en el PPT, suscrita por el representante legal de la empresa, donde figuren las características técnicas de cada uno de los productos, de forma que pueda comprobarse que éstos son acordes con las exigencias de este pliego. La ficha técnica o el folleto informativo incluirán las recomendaciones de uso y almacenamiento para aquellos artículos que no lo tengan especificado en el envase”*.

Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en sus págs. 17-74 define las características técnicas de los productos incluidos en el lote 19, *“parche multifunción y electrodos monitorización”*, indicando para este lote que *“Deberán acompañar a cada una de las muestras una ficha técnica y un folleto informativo”*, a diferencia de otros productos en que no se especifica que deban aportarse las fichas o muestras. Las exigencias objeto del este lote, respecto del electrodo de monitorización infantil, son:

“1. DESCRIPCIÓN

Electrodos de un solo uso pediátricos para monitorización.

2. FINALIDAD DE USO

Para monitorización y diagnóstico ECG en pacientes pediátricos mayores de 4 kg.

3. REQUERIMIENTOS

Características:

- *Forma rectangular*
- *Medidas: 22x33 mm*
- *Gel sólido de contacto para conexión al paciente.*

- *Conexión al monitor a través de corchete de 4 mm y rebaje de 2 mm para mejor ajuste con el cable del monitor.*

4. PRESENTACIÓN

Envase:

En blíster de 3 unidades.

Etiquetado:

- *Número de lote.*
- *Fecha de caducidad (mínimo 12 meses).*
- *Marcado **CE**".*

Tercero.- Mediante diligencia fechada el 19 de enero de 2017, se hace constar que en la oficina del Registro se han presentado 32 ofertas, indicando respecto de la oferta de la recurrente que presenta *"1 sobre y 1 caja"*.

De las ofertas admitidas en la licitación, una de ellas es la de la recurrente, según consta en el informe de apreciación de la solvencia técnica de fecha 22 de febrero de 2017, cuyo objeto era el análisis de la documentación y de las muestras presentadas. En dicho informe se hace constar *"Presenta declaración relativa al cumplimiento de lo establecido en el apdo.4 del art. 146 del R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP. Según lo previsto en la cláusula 10 del PCAP, la acreditación de la solvencia técnica objeto de este informe le será requerida si es propuesto como adjudicatario y, por tanto, será objeto de un nuevo informe"*.

De acuerdo con dicho informe que fue elevado a la mesa de contratación celebrada en esa misma fecha para la apertura en acto público de las proposiciones económicas presentadas a la licitación, se acordó *"admitir al procedimiento por haber presentado el documento europeo único de contratación (DEUC) la declaración responsable que figura en el Anexo VIII de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen esta contratación, indicando que cumple con las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración, comprometiéndose en caso de resultar propuesto como adjudicatario a acreditar la*

posesión y validez de los documentos señalados en los apartados 1 a 7 de la Cláusula 20 de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen este procedimiento a las siguientes empresas: Plica 23 CM TECMA, S.L. (lote 19), (lote 21) y (lote 22)”

Con fecha 8 de marzo de 2017, la mesa efectúa propuesta de adjudicación a favor de AB MEDICAL GROUP, S.A., por ser la oferta económica más ventajosa con un porcentaje de baja del 18,97 %, siéndole requerida el 14 de marzo de 2017 la documentación establecida en los artículos 151 .2 y 146.1 del TRLCSP. Reunida la Mesa de Contratación con fecha 5 de abril de 2017, para calificar la documentación presentada, determinó, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, que la oferta de la recurrente debía ser excluida del procedimiento, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP, de conformidad con el informe de solvencia técnica emitido por el servicio promotor del contrato con fecha 5 de abril de 2017, y se acuerda efectuar al órgano de contratación propuesta de adjudicación a favor de la empresa CM TECMA, S.L., por ser la siguiente oferta económicamente más ventajosa.

Habiendo sido requerida el 11 de abril de 2017, la documentación preceptiva a CM TECMA, S.L., reunida la Mesa de Contratación con fecha 3 de mayo de 2017 para su calificación, acuerda que la oferta debía ser excluida del procedimiento igualmente, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PACP de conformidad con el informe de solvencia técnica emitido por el servicio promotor del contrato con fecha 3 de mayo de 2017.

Notificada la exclusión a CM TECMA, S.L., con fecha 5 de mayo de 2017, la misma, presenta reclamación ante la Mesa de Contratación el día 8 de mayo siguiente. Dicha reclamación fue objeto de análisis mediante informe técnico de fecha 12 de mayo de 2017, en el que se concluye *“Los parches que oferta la empresa son de 22mmx22mm por tanto, más pequeños que los exigidos en el pliego y con forma cuadrada en vez de rectangular, siendo las medidas exigidas de 22mmx33mm. El incumplimiento es claro por referirse a elementos objetivos,*

perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la muestra, sin ningún género de dudas, además de que ha sido admitido por el propio reclamante. De todo ello se deduce la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

Por ello, se considera que no acredita la solvencia técnica objeto de este informe para el lote 19 y en consecuencia se propone la desestimación de la ‘reclamación’ realizada por el licitador”.

A la vista del cual, la Mesa de contratación en su sesión celebrada el 17 de mayo de 2017, acordó mantener la exclusión de CM TECMA, S.L., lo que le fue notificado con fecha 18 de mayo de 2017 a la citada empresa.

Cuarto.- El 25 de mayo de 2017, la empresa CM TECMA, S.L. presentó recurso especial en materia de contratación, ante este Tribunal previo el anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP.

En el recurso se solicita que se anule el acuerdo de exclusión toda vez que se ha incurrido en una irregularidad administrativa al haber sido propuesto como adjudicatario y solicitado que presentara la documentación acreditativa de la solvencia, el justificante del depósito de la garantía definitiva del 5% (5.052.25 euros) y el pago de los gastos de la publicación en el BOE, y haber incurrido en otros gastos necesarios para la firma del contrato como si fuera el adjudicatario definitivo, antes de comprobar las muestras y por lo tanto asegurarse de que el material es el adecuado, y antes de causar un perjuicio económico a la empresa (costes adicionales de intereses, comisiones de apertura y de cancelación anticipada del aval bancario).

Con fecha 30 de mayo de 2017 el órgano de contratación remitió el expediente administrativo junto con el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, en el que sostiene el incumplimiento de las prescripciones técnicas en la muestra aportada y la obligación de tal aportación de acuerdo con lo establecido en los pliegos para acreditar la solvencia técnica.

Quinto.- Con fecha 30 de mayo de 2017 por la Secretaria del Tribunal se concede a los interesados trámite de alegaciones sin que se haya presentado escrito alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- CM TECMA, S.L. ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso 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”* (artículo 42 del TRLCSP), al haber sido excluida de la licitación.

Asimismo resulta acreditada la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación en un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 587.724,59 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Conviene no obstante advertir al órgano de contratación que contra el acuerdo de exclusión de fecha 3 de mayo de 2017, no cabía la interposición de reclamación al ser el recurso especial en materia de contratación un recurso exclusivo cuando se interponga contra los actos y contratos que se enumeran en el artículo 40 del LTRLCSP, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo. De esta forma en este caso al ser el acto recurrible un acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, es por tanto impugnabile únicamente o en vía jurisdiccional o en vía administrativa ante este Tribunal, tal y como se manifestara en la Resolución nº 238/2016, de 10 de noviembre, *“como ha señalado este Tribunal en distintas ocasiones, como en la Resolución 74/2012, de 18 de julio y la Resolución 130/2012, de 17 de octubre, que*

la posibilidad de realizar reclamaciones u observaciones a la Mesa de contratación solo cabe en aquellos supuestos en que no procede recurso especial, como ha sido en este caso contra el acto de admisión de ofertas, puesto que el recurso tiene carácter de exclusivo.”

Tercero.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la notificación del acuerdo de exclusión se produjo el 5 de mayo de 2017 y el recurso se presentó el día 25 del mismo mes, dentro del plazo de los quince días.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.- El recurso fundamenta en un único motivo la pretensión de nulidad del acto impugnado, haber acordado su exclusión por incumplimiento de las prescripciones técnicas después de haber sido admitida la oferta en el momento procedimental oportuno -el de calificación de las ofertas- previa valoración de las muestras requeridas para acreditar la solvencia técnica, resultando propuesta adjudicataria y llegando a requerirle y llevar a cabo los trámites y gastos previstos en el art 151 del TRLCSP.

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.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

El artículo 77 del TRLCPS permite para acreditar la solvencia técnica de los empresarios presentar *“e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante”*. Además cabe considerar, como decíamos en nuestra Resolución 18/2015, de 28 de enero, que las muestras pueden ser solicitadas asimismo para proceder a valorar su calidad como criterio de adjudicación tal y como señalábamos en nuestra Resolución 78/2011, de 23 de noviembre, y específicamente en los contratos de suministros como el que nos ocupa para la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas al producto a suministrar. Así que las muestras pueden ser aportadas para apreciar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, para apreciar la calidad del producto a efectos de su valoración y como acreditación de la solvencia técnica, debiendo ajustarse su tratamiento al régimen jurídico de cada uno de tales aspectos.

En relación con las prescripciones técnicas como reiteradamente han afirmado los tribunales de contratación, la regulación legal de PPT y las reglas que para el establecimiento de las mismas se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, deben 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. 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.

La comprobación de ambos requisitos, tanto del cumplimiento de las prescripciones técnicas como de la solvencia exigida, corresponde a la Mesa de contratación según lo dispuesto en el artículo 22.1.a) 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, que calificará la documentación de carácter general acreditativa de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores debiendo al efecto examinar las muestras presentadas y su adecuación a la prescripciones técnicas que rigen la licitación. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de demorar la comprobación para su exigencia únicamente al adjudicatario de acuerdo con lo establecido en los apartados 4 y 5 del artículo 146 del TRLCSP, introducidos por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y 151.2 del TRCLSP. Posibilidad que tal y como se explica en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del estado relativa a la utilización del DEUC, que considera *“es conceptualmente la declaración responsable del artículo 146.4 del TLRCSF”*, tiene por objeto favorecer la participación de las PYMES, en los procedimientos de licitación a través de la reducción de cargas administrativas.

Es precisamente la circunstancia de presentación de declaración responsable, con comprobación ulterior, la que en este caso ha determinado, que aplicando el régimen jurídico de acreditación de la solvencia, la Mesa de contratación haya seguido el siguiente *íter*:

- Admisión del licitador;
- Notificación y convocatoria para la apertura de las ofertas (15-2-2017),
- Apertura de la proposición presentada (22-2-2017) dando a conocer su contenido en acto público y el del informe técnico de la misma sobre la adecuación a los requisitos de solvencia técnica exigidos y al cumplimiento del pliego de

prescripciones técnicas, haciendo constar *“Presenta declaración relativa al cumplimiento de lo establecido en el apdo. 4 del art. 146 del R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP. Según lo previsto en la cláusula 10 del PCAP, la acreditación de la solvencia técnica objeto de este informe le será requerida si es propuesto como adjudicatario y, por tanto, será objeto de un nuevo informe”*.

- Propuesta de adjudicación el 5 de abril de 2017, tras haber excluido la oferta clasificada en primer lugar.

- Requerimiento de la documentación exigible previa a la formalización.

- Exclusión el 3 de mayo de 2017, previa revisión de las muestras presentadas según informe de la misma fecha y calificación de la documentación aportada por el licitador propuesto como adjudicatario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 146.4 TRLCSP *“toda vez que para acreditar la solvencia a la que se refiere el artículo 77.1 apartado e) del TRLCSP, presenta la documentación requerida en el anexo I del PCAP; y una vez examinada se comprueba que la oferta presentada para el electrodo de monitorización infantil no es conforme con las prescripciones del pliego técnico por lo siguiente (...) La muestra del electrodo presentado es de forma cuadrada de 22 mm x 22 mm, por lo que no cumple las dimensiones expuestas en el pliego de 22mmx33mm”*.

La normativa contractual y el propio PCAP prevén que cuando la acreditación de la solvencia se realice mediante una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato, también lo es que en este caso se exigía la entrega de muestras junto con dicha declaración, con el objeto no solo de acreditar la solvencia sino el cumplimiento de las exigencias técnicas de los productos a suministrar. Sin embargo no se contiene una previsión semejante respecto del cumplimiento de las prescripciones técnicas de los productos a suministrar indicando únicamente el PCAP en la descripción de los

requisitos de solvencia y su acreditación respecto de las fichas técnicas *“de forma que pueda comprobarse que éstos son acordes con las exigencias de este pliego”*, finalidad que por su ubicación sistemática debe entenderse referida asimismo a las muestras, que en buena lógica debería producirse en el momento es que se tenga conocimiento del incumplimiento, lo que en función de los pasos y de los criterios de valoración establecidos, podrá tener lugar en momentos distintos del procedimiento de licitación.

Siendo así que como venimos diciendo en este caso la recurrente incluye una declaración responsable del cumplimiento de los requisitos de solvencia que exigen la demora de su comprobación al momento de la propuesta de adjudicación, y siendo el requisito controvertido un requisito de solvencia, no se advierte que la Mesa de contratación se haya desviado del procedimiento establecido en la apreciación del cumplimiento de las indicadas prescripciones técnicas.

Esto no obstante a la vista de las alegaciones de la recurrente sobre los perjuicios que le ha deparado su exclusión *“tardía”* cabe señalar, desde la óptica de la eficiencia en la contratación, y de la finalidad de la medida para favorecer a las PYMES, que la generalización del examen de las prescripciones técnicas acreditadas mediante muestras, junto con la valoración de la solvencia, puede distorsionar la concurrencia al permitir que se admitan ofertas incumplidoras que deben ser tenidas en cuenta para el cálculo de las ofertas incursas en presunción de temeridad, ya que como señalábamos en nuestra reciente Resolución 155/2017, de 17 de mayo, si bien que referida al caso de las ofertas incursas en presunción de temeridad, pero con igual fundamento que *“La valoración y clasificación de las ofertas, debe realizarse exclusivamente respecto de las admitidas a la licitación, es decir, una vez descartada la considerada temeraria”*, o añadimos ahora, una vez comparadas que cumplen los requisitos mínimos exigidos al producto o servicio a suministrar, *“ya que valorar las ofertas que presenten valores desproporcionados o anormales que finalmente podrían ser inválidas puede alterar la puntuación y determinar la adjudicación de un contrato a empresa distinta a la que resultaría si se hubieran excluido previamente dichas ofertas”*, tal y como ha señalado el Tribunal

Central de Recursos Contractuales en su Resolución 333/2011, cuya fundamentación es aplicable al caso que nos ocupa.

En todo caso, resulta acreditado que la referencia ofertada y la muestra presentada no reúne las características requeridas del producto, lo cual supone un incumplimiento del PPT. En este caso el incumplimiento resulta indubitado al ser reconocido por la propia recurrente, aunque la misma lo califique de irrelevante.

A la vista de lo anterior, este Tribunal considera que la oferta de la recurrente incumplía las exigencias del PPT debiendo desestimarse el recurso

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, interpuesto por don C.M.L., en nombre y representación de CM TECMA, S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 3 de mayo de 2017 por el que se acuerda la exclusión en el lote 19 del procedimiento “Adquisición de diverso material sanitario fungible con destino al servicio SAMUR- Protección Civil”, número de expediente: 300/2016/01783.

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.