

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

En Madrid, a 18 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Medical, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario de Getafe de fecha 5 de junio de 2018, por el que se propone la exclusión de su oferta del lote 1 del contrato de suministros de Fungibles para bombas de infusión, nutrición, bolsas EVA y de fotoprotección para el Hospital Universitario de Getafe, número de expediente: PACP2018-1-12, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 5 de marzo fue publicado en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 6 de marzo en el BOCM, el 7 de marzo en el DOUE y el 9 de marzo en el BOE, la convocatoria del servicio mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de valoración. El valor estimado del contrato asciende a 392.470,89 euros.

Este contrato se encuentra dividido en 11 lotes, haciendo referencia el presente recurso al lote 1 denominado “Fungible para bomba de infusión volumétrica”.

Interesa destacar a los efectos de la resolución del recurso que el cuadro de las especificaciones técnicas del producto exige, entre otras, para el *lote 1: bombas de infusión volumétrica o peristáltica para terapia intravascular*.

Contarán al menos con los siguientes requisitos:

- *Bomba de infusión volumétrica o peristáltica que infunda de forma lineal y constante, con una velocidad mínima de 0,1 ml/h y una velocidad máxima de 999 ml/h con un error de precisión de +/- 5%.*
- *Volumen para infundir desde 1 ml a 9.999 ml (en incrementos de 0,1 ml en modo micro y 1 ml en modo macro).(…)*
-

Segundo.- A la licitación del lote 1 se presentaron tres empresas.

Con fecha 5 de junio de 2018, se celebra sesión de la Mesa de contratación en la que se da a conocer el informe técnico elaborado sobre los productos ofertados y los criterios de valoración mediante la aplicación de fórmula establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Dicho informe concluye que una vez examinadas por los servicios técnicos correspondientes las proposiciones presentadas, se consideró que la oferta de la empresa B. Braun Medical, S.A., así como la presentada por la otra licitadora Hospira Productos Farmacéuticos, S.L., ofrecían un producto que no se ajustaban a los requisitos establecidos en el PPT. A la vista de lo cual se propone por unanimidad excluir a ambas empresas de la licitación a lote 1 del contrato que nos ocupa. En concreto, se expone respecto de la oferta de la recurrente B. Braun Medical.

No consta en el expediente que el Acuerdo de la Mesa haya sido publicado.

Tercero.- Con fecha 22 de junio de 2018, se recibió en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por B. Braun Medical, S.A., en el que alega su desacuerdo con la exclusión del producto presentado en su oferta por incumplimiento de los requisitos establecidos en el PPT. Por tanto solicita la anulación del Acuerdo adoptado por la Mesa de contratación sobre la exclusión de su oferta presentada al lote 1.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación para que remitiera copia del expediente administrativo 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 transponen 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 (LCSP), recibidos el Tribunal el 26 de junio de 2018.

Del expediente recibido se desprende que el Acta de la Mesa de contratación celebrada el día 5 de junio de 2018, fue suscrita en fecha 18 de junio y el día de presentación del recurso fue el 22 de junio.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Con fecha 9 de julio se recibe en este Tribunal comunicación electrónica de don A.M. en nombre de Fresenius Kabi España, S.A.U., en la que comunica su intención de no presentar alegaciones en este recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, el Acuerdo de la Mesa, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de B. Braun Medical, S.A. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *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.*

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación, efectuada por la Mesa de contratación, al considerar que no cumple los requisitos mínimos establecidos en los Pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares.

El Acuerdo de la Mesa, por el que se excluye a un licitador en base al incumplimiento de los requisitos mínimos del PCAP y por extensión al de PPT, es un acto de trámite que produce un perjuicio irreparable al interesado, por lo que se engloba dentro de los actos recurribles de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 b) de la LCSP.

La exclusión de las ofertas que no cumplan con los requisitos establecidos en los PCAP y por extensión en los PPT son una de las funciones de la Mesa de

contratación, establecidas en el artículo 22.b) 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.

Es de suma importancia advertir que al día de la fecha de la presentación del recurso por parte de B. Braun Medical, S.A. ante este Tribunal, dicho Acto, cuya expresión documental es el Acta, no había sido notificado, sin embargo, la recurrente ha tenido conocimiento de la actuación de la Mesa de contratación al verificarse en sesión pública y haber participado en su celebración.

Conviene destacar en este punto la naturaleza del Acta de una sesión de una Mesa de contratación, su valor y sobre todo el *dies a quo* para cómputo de plazos a efectos de posibles interposiciones de recursos.

En la legislación propia de la contratación pública, solo encontramos una referencia al contenido de las actas de las sesiones de las Mesas de contratación, concretamente en el artículo 87.3 del Real Decreto 1098/2001, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho artículo establece que una vez concluido el acto de apertura de las proposiciones, se levantará acta que refleje fielmente lo sucedido y que será firmada por el Presidente y el Secretario de la Mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presente sus declaraciones o reservas.

Esta redacción dio origen a la consulta que la Confederación Nacional de la Construcción formuló a la Junta Consultiva de Contratación del Estado que al respecto emitió el Informe 54/2010, de 15 de diciembre de 2011. En dicho dictamen la Junta Consultiva después de afirmar que el contenido del acta será el de reflejar fielmente lo sucedido en el acto de la licitación y hacerlo constar así, señala *que el contenido del acta deberá respetar lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, hoy art. 28 de la Ley 40/2015 de Régimen*

Jurídico del Sector Público y por lo tanto deberá especificar los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y el tiempo en que se han celebrado, los puntos del orden del día así como los acuerdos adoptados. Respecto a los licitadores y en referencia al artículo 87.3, la Junta sostiene que en el acta solo pueden aparecer las manifestaciones u observaciones hechas por los miembros de la Mesa (enumerados en las distintas normas específicas de contratación pública), añadiendo que a solicitud de estos y previa autorización por el Presidente podrán hacerse constar las manifestaciones de los licitadores, pero sin su rúbrica en el documento.

En parecidos términos se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 1999, en la que concluye que *el acta es la expresión documental de la voluntad del órgano colegiado Y ese documento debe estar redactado y autorizado por el Secretario y visado por el Presidente del órgano. Sin que tenga que firmar ningún miembro de la mesa además de los indicados, pues en la medida en que no forman parte del órgano colegiado no sesionan, solo asisten. En consecuencia desde un punto de vista del régimen de funcionamiento de los órganos colegiados, los licitadores acuden, se presentan comparecen o se personan en la sesión de la mesa de contratación pues esta es pública y conocen de su celebración en virtud de la publicidad que se hace de la convocatoria de la misma pero no se integran en la sesión porque no forman parte del órgano que la celebra. En consecuencia los licitadores no firman el acta ni siquiera deben figurar en ella. El acta la firman quienes la suscriben y únicamente la pueden suscribir los miembros que integran el órgano que la hace suya porque recoge fielmente los acuerdos y propuestas en la forma que han sido adoptados.*

De lo anterior puede desprenderse en primer lugar que el Acuerdo de exclusión por parte de la Mesa de contratación constituye un acto administrativo, que respondería a la categoría de actos verbales, puesto que no se fundamenta por escrito, sino al contrario se documenta una vez adoptado, como se desprende con claridad de la circunstancia de que de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de

la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cabe la posibilidad de certificar el contenido sobre los acuerdos adoptados con anterioridad a la aprobación de las actas en que se da cuenta de su contenido. Ello exige distinguir dos momentos, el de producción en sí del acto y el de su eficacia. Como decimos el acto se produce en el momento de la toma de decisión que en el caso de las Mesas de contratación que tengan por objeto la apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación, tiene la peculiaridad de que se trata de actos que se producen en una sesión pública, a la que pueden asistir terceros no miembros de la Mesa, en concreto los licitadores.

En cuanto al momento en que el acto despliega su eficacia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los actos producen efectos desde el día en que se produzcan, salvo que su eficacia esté demorada al día de la publicación o notificación o a aprobación del órgano superior o así lo exija el contenido del acto.

En el caso que nos ocupa, como hemos indicado nada dice la ley al respecto, pero pueden distinguirse dos tipos de efectos del acto de exclusión de ofertas que compete a la Mesa y respecto del que por tanto, podemos descartar que su eficacia se encuentre supeditada a la aprobación el órgano superior. Así se producen una serie de efectos *ad intra*, desde el mismo momento de la toma de decisión por ejemplo que la oferta de la excluida no computa para el cálculo de la media de las ofertas, y otros efectos *ad extra*, singularmente en este caso la posibilidad de ejercer el derecho de defensa mediante la interposición de recurso especial en materia de contratación. En este caso la notificación o la publicación se revelan como instrumentos fundamentales para que el acto comience a surtir efectos, sin perjuicio de la posibilidad de que el interesado se dé por notificado al haber asistido al acto público, en virtud de lo establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP, que establece que el plazo para la interposición del recurso cuando el mismo se dirija contra actos

de trámite comenzará a computar desde que se tenga conocimiento de la posible infracción.

Cabe introducir aun otro matiz, (no aplicable al contrato que nos ocupa que se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) dado que desde el día 9 de marzo de 2018 la tramitación de los procedimientos de licitación es electrónica, salvo excepciones muy restrictivas, tal y como establece la Disposición Adicional decimoquinta y sexta de la LCSP y su Preámbulo. Esta forma de tramitación alcanza también a la elaboración de actas de las sesiones de las Mesas de Contratación donde se trata cada contrato, de manera que a partir de la entrada en vigor de la LCSP, las actas se publicarán en el perfil de contratante, de acuerdo con lo establecido en su artículo 63, por lo que en la generalidad de los supuestos el *dies a quo* para el inicio del cómputo de plazos de interposición de recursos contra los actos de la Mesa de contratación, coincidirá con dicha publicación, si bien es cierto que la notificación individual podría ser anterior, o darse la circunstancia de que el eventual recurrente compareciera al acto público y se diera por enterado de su exclusión.

En cuanto a la legislación anterior a la vigente ley y que rige este procedimiento concreto, si bien no se menciona la necesidad de publicar las actas de las sesiones de las Mesas de contratación, bien es cierto que en la práctica se ha venido publicando en los perfiles de contratantes de los poderes adjudicadores, obedeciendo más a una cuestión de transparencia de la actividad pública que por la culminación de la tramitación de un acto administrativo.

Por último cabe destacar, como ya ha hecho este Tribunal en numerosas ocasiones la imposibilidad de impugnar de forma sucesiva los actos de exclusión de los licitadores, en su condición de actos de trámite cualificados, y los actos de adjudicación de los contratos, entre otras en las Resoluciones 37/2011, de 13 de julio o 52/2011, de 15 de septiembre, 155/2015, de 30 de septiembre, al tratarse de

posibilidades subsidiarias, pero no acumulativas, de acuerdo con la Circular 3/2010, de la Abogacía del Estado. De esta forma solo cabrá recurso contra la exclusión o bien cuando la misma se notifique específicamente (de forma autónoma o con el acto de adjudicación) o cuando el interesado se dé por notificado.

En este caso como hemos indicado en el relato fáctico de hechos, si bien el Acto se adoptó en la Mesa de contratación en sesión de 5 de junio de 2018, y por tanto desde ese momento desplegó efectos internos, no se notificó a los interesados. Eso no obstante conforme a todo lo anterior el Acto se produjo y la recurrente se dio por notificada mediante su asistencia al acto público, por lo que el *dies a quo* del plazo para la interposición de recurso es aquel en que se produce dicho efecto, esto es el 5 de junio.

Ninguna virtualidad tiene que el Acta no haya sido firmada por los asistentes al acto tal y como se deduce de la doctrina y jurisprudencia más arriba citadas.

Cuarto.- En cuanto al fondo de la pretensión de la actora, en su escrito de interposición del recurso, se basa en el cumplimiento por parte del producto ofertado con los requisitos técnicos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

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 definen 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.

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 éste 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.

Recae por tanto en los poderes adjudicadores la responsabilidad de definir en los Pliegos las exigencias que delimitarán la ejecución del contrato de forma que resulten proporcionadas y permitan la ejecución del mismo en sus propios términos, comprobando su cumplimiento en fase de licitación y posteriormente de adjudicación. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad. Concretamente en el recurso que estamos conociendo, la existencia de puerta automatizada, o su inexistencia, así como la velocidad de inicio de la infusión no está determinada en los Pliegos de Prescripciones Técnicas que rigen la contratación y en consecuencia no pueden ser motivo ni de valoración ni de admisión de ofertas.

De acuerdo al informe técnico suscrito por la Supervisora de Recursos Materiales del Hospital Universitario de Getafe, se reducen las causas de exclusión a las siguientes:

1º.- Considerar que la existencia de tres rangos de velocidad de infusión, en lugar de dos, podría llevar a equivoco a los profesionales que manejan este material.

2º.- Considerar que la existencia de una puerta automatizada de inicio de infusión, ralentiza en casos de urgencias la administración del fármaco. Para la acreditación de esta aseveración se realizan en el hospital distintas pruebas que efectivamente ratifican lo dicho.

Vistas estas consideraciones, en relación a la primera de ellas, este Tribunal entiende que el requisito mínimo establecido en los Pliegos es de dos rangos, por lo tanto el incumplimiento de los requisitos mínimos se daría en el caso que el producto ofreciera solo uno, en este caso al ser tres, se encuentra por encima del mínimo solicitado. La argumentación del error entre un personal profesional de la actividad que nos incumbe, es cuanto menos un juicio de valor carente de relevancia técnica. Es necesario así mismo indicar que según consta en el recurso presentado por B. Braun, su oferta abarcaba también la personalización del instrumento a las necesidades propias del departamento promotor de la contratación.

En cuanto al segundo de los motivos, según consta en el informe técnico se han efectuado diversos ensayos con las muestras de las tres licitadoras comprobando que la velocidad de inicio de infusión, al existir puerta automatizada, es superior en el caso del producto ofertado por la recurrente que en las otras dos muestras. No obstante se ha de destacar que esta característica, del tiempo de inicio de la infusión, no aparece recogida en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares tal y como destaca la recurrente en su escrito de interposición del recurso.

Por todo lo anterior procede estimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Medical, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario de Getafe, de fecha 5 de junio de 2018, por el que se propone la exclusión de su oferta del contrato de suministros de Fungibles para bombas de infusión, nutrición, bolsas EVA y de fotoprotección para el Hospital Universitario de Getafe, número de expediente: PACP2018-1-12, por el que se excluye de la licitación la oferta presentada por incumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, retrotrayendo el procedimiento de licitación al momento de la aplicación de los criterios de valoración a las ofertas, incluyendo entre estas a la recurrente.

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 58.2 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 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 59.1 de la LCSP.