

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

En Madrid, a 22 de noviembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.V.G., en nombre y representación de Textil Planas Oliveras, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal, de fecha 7 de octubre de 2016, por la que se adjudica el contrato “Suministro mediante adquisición de material de esterilización: tejido sin tejer para el almacén general del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, número de expediente: 2016000024, lotes 1 y 2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 19 de abril 4 y 5 de mayo de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, BOE y BOCM, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en cinco lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 362.998,18 euros.

Segundo.- Interesa destacar a efectos del presente recurso las exigencias cuyo cumplimiento es cuestionado en el recurso establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), respecto de los lotes 1 y 2.

El lote 1 tiene por objeto el suministro de apósito quirúrgico de tejido sin tejer estéril plegado 10 x 20, 50gr/m², envase de 5. En cuanto a las prescripciones técnicas del producto se exige:

“Composición: Viscosa 70% poliéster 30%.

Dimensiones plegado: 10 cm x 20 cm (± 2%).

Dimensiones superficie: 40 cm x 45 cm (± 2%).

Nº telas /capas: 2 telas / 8 capas.

Peso (gr/m²): 50 (± 2%).

Marcado CE.

Certificado CE. Clase II a.

Uso Quirúrgico.

Envasado Estéril.

Nº de Unidades por envase: 5.

Cumplimiento norma EN 1644-1. 1997. (...).”

El lote 2 tiene por objeto el suministro del mismo producto con las mismas características pero en envase de 1.

A la licitación del lote 1, se presentaron cuatro empresas, y a la del lote 2, tres, entre ellas la recurrente.

Con fecha 21 de septiembre de 2016 la empresa Textil Planas Oliveras, S.A. solicita *“informe técnico completo realizado para valorar las especificaciones técnicas del Pliego de Prescripciones Técnicas, así como los criterios dependientes de un juicio de valor del Expte. 2016000024”*. En fecha 4 de octubre se da cumplimiento a su solicitud remitiéndose el informe técnico del expediente referenciado.

Tercero.- Tras la realización de los trámites oportunos, en fecha 7 de octubre de 2016 se adjudica el contrato, lo que se notifica con fecha 13 de octubre de 2016 a todos los licitadores participantes en el procedimiento.

Cuarto.- Con fecha 26 de octubre de 2016, se recibe en el órgano de contratación escrito de anuncio de recurso especial en materia de contratación por parte de la empresa Textil Planas Oliveras, S.A. Por último el día 27 de octubre, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de los lotes 1 y 2.

El recurso alega la incorrecta admisión de las ofertas de los lotes 1 y 2 por incumplimiento de las prescripciones técnicas tanto de la primera como de la segunda clasificada para ambos lotes.

Requerido el órgano de contratación para que remitiera el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, dicho requerimiento fue atendido con fecha 3 de noviembre. En el informe remitido se explica que el Jefe de Servicio de Medicina Preventiva ha procedido a la revisión del informe técnico, que se adjunta, y se solicita la desestimación del recurso. Se envían asimismo muestras de los productos ofertados a los lotes 1 y 2.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento de licitación en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fechas 9 y 10 de noviembre, respectivamente se ha presentado escrito de alegaciones por las empresas Dispomedis, S.L. y Gaspunt, S.A. de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el objeto 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Textil Planas

Oliveras, S.A. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”, al tratarse de una persona jurídica licitadora a los lotes 1 y 2 clasificada en tercer lugar en ambos lotes, que invoca incumplimientos del PPT respecto de los productos ofertados por la adjudicataria y la segunda clasificada, por lo que de estimarse el recurso obtendría el claro beneficio de poder resultar adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta a la procedencia de recurso especial, afirma una de las alegantes que el mismo debe inadmitirse al no alcanzar el umbral necesario para ser considerado sujeto a regulación armonizada, en concreto considera que su valor es de 181.499,09 euros. Sin embargo dicha cantidad se corresponde con el presupuesto máximo estimado del contrato sin IVA, tal y como se establece en el punto 3 del Anexo I del PCAP, concepto que no es equivalente al de valor estimado, que de acuerdo con el artículo 88 del TRLCSP deberán incluir cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. En este caso tales prórrogas suponen 24 meses sobre los 24 iniciales, por lo que el importe de licitación sin IVA de 181.499,09 debe multiplicarse por dos, lo que arroja la cantidad de 362.998,18 euros de valor estimado que por otra parte aparece recogido en el mismo punto del PCAP, que indica expresamente que el contrato está sujeto a regulación armonizada.

Por lo tanto la adjudicación del contrato que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c).

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 7 de octubre de 2016, practicada la notificación el 13 de octubre de 2016 e interpuesto el recurso el 27 de dicho mes, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si las ofertas de Dispomedis, S.L. y Gaspunt, S.A., debieron ser admitidas a la licitación de los lotes 1 y 2. Debe advertirse que la legitimación activa de la recurrente, depende de la suerte estimatoria o no del recurso respecto de la oferta de la empresa adjudicataria en cada lote. El lote número 1 fue adjudicado a la empresa Gaspunt y el lote número 2 a Dispomedis.

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.

La regulación legal de 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.

- Productos ofertados por Gaspunt. Se aduce por la recurrente que los productos ofertados por Gaspunt, para los lotes 1 y 2, no se ajustan a lo requerido expresamente en el PPT, en cuanto al marcado CE, ya que según consta en declaración responsable que incorpora a su oferta los productos propuestos se encuentran en proceso de homologación y que mientras no disponga de los productos homologados para la clase II a, adquirirá productos sustitutivos equivalentes a un tercer fabricante del mercado que sí disponga de las homologaciones correspondientes.

Por su parte el órgano de contratación señala que ambas licitadoras aportaban un documento en el que indicaban que los productos ofertados estaban fabricados por Albino Dias de Andrade, Lda. y éstos sí disponen de esta clasificación, incluyendo además Gaspunt en su oferta que en el momento que obtuviera la certificación de sus productos, como fabricante, procedería a su comercialización. Por todo ello se consideró que los productos de ambas empresas cumplían con los requisitos solicitados.

Gaspunt en su escrito de alegaciones manifiesta que solicitada cierta información en fecha 11 de julio de 2016 en relación al certificado de la Clase II a, de sus productos, informó al órgano de contratación que Gaspunt, S.A. se encontraba a la espera de la resolución de su propio expediente de tejido no tejido para la Clase II a, de uso quirúrgico, por lo que para poder satisfacer las necesidades de sus clientes, compra momentáneamente el producto, a un fabricante comunitario que tiene el marcado CE para este producto que remite el órgano de contratación y adjunta a su escrito de alegaciones. *“Ese fabricante comunitario al que compra mi representada los productos del Lote 1 y 2 es Albino Dias Andrade, LOA, que consta como actividad concertada en la Licencia Sanitaria Previa de Funcionamiento de Instalación de Productos Sanitarios (se adjunta como documento 4), y con el que mi mandante tiene concertado contrato desde el año 2014 (se adjunta ese contrato como documento 5),*

fabricante que tiene, como ya hemos dicho anteriormente, para esos productos la Clase III, superior a la Clase II a, exigida en las prescripciones técnicas (adjunta a estas alegaciones como documento 3 esa Clasificación)”.

Además del carácter vinculante de los pliegos más arriba expuesto como base para fundamentar la presente resolución, debe tenerse en cuenta la imposibilidad de modificar la oferta presentada por las licitadoras, como consecuencia de aclaraciones o subsanaciones de la misma. El artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.*

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el artículo 84 del RGLCAP, más arriba transcrito, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta.

Por otro lado, de la jurisprudencia se desprende que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los

documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo cierto el contenido que corresponde efectivamente la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, asunto T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Por todo ello, admitir aclaraciones que vayan más allá de una mera explicación sobre los productos ofertados en este caso, supondría implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas y tal posibilidad es radicalmente contraria a los principios de la contratación del sector público. Los datos de la oferta pueden corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.

La actuación del órgano de contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, y en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición.

En este caso, consta que Gaspunt aclara un extremo de su oferta, el correspondiente al mercado CE, a solicitud del órgano de contratación. De los hechos expuestos resulta también que Gaspunt no se presenta a la licitación como fabricante, sino como distribuidora de un producto que fabrica otra empresa, cuyos productos sí que tienen el marcado CE para la clase II a, exigido, circunstancia que pone en conocimiento del órgano de contratación por escrito. Sin embargo, a diferencia de lo

que afirma la recurrente no consta en el documento de aclaración que durante la ejecución del contrato vaya a haber un cambio de producto, solo se afirma que Gaspunt *“compra momentáneamente el producto, a un fabricante comunitario que tiene el Mercado CE para este producto”*.

De acuerdo con lo anterior, no se aprecia por este Tribunal incumplimiento de las prescripciones técnicas del PPT, sin que de la aclaración remitida por Gaspunt pueda deducirse que se ha producido una modificación en el producto ofertado, ni que la misma vaya a producirse durante la ejecución del contrato.

- Productos ofertados por Dispomedis. En esta ocasión se aduce por la recurrente que los productos ofertados por Dispomedis para los lotes 1 y 2, no se ajustan a lo requerido expresamente en el PPT, en cuanto a las dimensiones del plegado y peso del producto. En concreto señala que solo se permiten variaciones de más o menos 2% respecto de lo solicitado en el pliego, siendo así que en las fichas técnicas aportadas por Dispomedis para los lotes 1 y 2, se indica:

- Peso (gr/m²): 50 ($\pm 10\%$).
- Dimensiones plegado 10 cm x 20 cm ($\pm 4\%$).

Por su parte el órgano de contratación afirma que *“la ficha técnica de sus productos indica que cumple con los requisitos técnicos, dado que las dimensiones de plegado solicitadas eran de 10 x 20 cm con un intervalo de confianza de esta medida de $\pm 2\%$, al expresar la firma en ficha técnica que las dimensiones de plegado de su producto eran de 10 x 20 cm.*

Por lo que se refiere al peso, los criterios técnicos especificados eran de 50 (gr/m²) con un intervalo de confianza de esta medida de $\pm 2\%$, dado que en ficha técnica indican que su producto tiene un peso de 50 gr con un intervalo de confianza de ± 10 gr, por ser éste el intervalo exigido por la Norma ISO 9073.1. Por ello se informó que cumplía con el requisito solicitado, puesto que lo fundamental que es el peso en sí mismo lo cumplían y que las discrepancias en el intervalo de confianza, por

otra parte indicado en una norma superior como es la ISO 9073.1, no era trascendente”.

A su vez Dispomedis en su escrito de alegaciones, considera que el acto no es susceptible de recurso al no tratarse de un suministro sujeto a regulación armonizada al tener un valor estimado de 181.499,09 euros y afirma genéricamente el cumplimiento por parte de sus productos.

Comprueba este Tribunal que en la ficha técnica que obra en el expediente administrativo de licitación, para los productos ofertados a los lotes 1 y 2 consta como peso en gramos/m²: 50 ($\pm 10\%$), como aduce la recurrente, lo que supone un incumplimiento del PPT en cuanto no queda dentro del margen de tolerancia permitido por el mismo de $\pm 2\%$, no le es dado al órgano de contratación relativizar las exigencias del PPT por aplicación de la Norma ISO 9073.1, puesto que muy bien podría ser que la exigencia del órgano de contratación fuera superior, de estar justificada, a la exigida en dicha norma. De tal forma que con independencia de su cumplimiento, pudiera haber habido empresas que al no cumplir los parámetros exigidos no hubieran acudido a la licitación, de manera que la admisión de los rangos de la norma ISO por encima de los de los del PPT supondría una vulneración del principio de libre competencia.

Por otro lado en cuanto a las medidas de plegado consta en la ficha técnica que las mismas son de 10 cm x 20 cm, sin margen, siendo el margen del 4% indicado por la recurrente referido a la medida de corte y no de plegado. Este Tribunal comprueba que el apósito se dobla en 4 con un borde saliente, lo que permite con las medidas indicadas cumplir el requisito de las dimensiones de plegado, que se ofrecen como exactas sin margen de tolerancia.

Respecto del alcance del incumplimiento de las exigencias de peso en la oferta de Dispomedis, cabe señalar que la misma ha sido adjudicataria del lote 2 y segunda clasificada respecto del lote 1 por lo que la estimación del recurso no beneficiaría en modo alguno a la recurrente, únicamente a Gaspunt, que no ha realizado alegaciones

en torno al cumplimiento por parte de la oferta de Dispomedis. Por lo tanto la recurrente que ninguna ventaja puede obtener respecto de la adjudicación del lote 2 carece de legitimación activa respecto del mismo, debiendo recordarse que la legitimación puede ser una cuestión de fondo cuya apreciación no puede verificarse, sino hasta el examen de las cuestiones invocadas por los interesados.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por doña M.V.G., en nombre y representación de Textil Planas Oliveras, S.A., contra Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal, de fecha 7 de octubre de 2016, por la que se adjudica el contrato “Suministro mediante adquisición de material de esterilización: tejido sin tejer para el almacén general del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, número de expediente: 2016000024, respecto del lote 2, por falta de legitimación activa de la recurrente y desestimarlos respecto del lote 1.

Segundo.- Levantar la suspensión mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de fecha 2 de noviembre de 2016.

Tercero.- 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.

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.