

Recursos nº 356 y 376/2017

Resolución nº 369/2017

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

En Madrid, a 4 de diciembre de 2017.

VISTOS los recursos interpuestos por doña M.F.T., en nombre y representación de la compañía B. Braun Surgical, S.A. (en adelante Braun), y doña C.V.B., en nombre y representación de Gestión y Trazabilidad del Instrumental Quirúrgico, S.L. (TRAZIN) contra la adjudicación del contrato de “Servicio para el mantenimiento y gestión del instrumental médico quirúrgico de la especialidad de Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre”, nº expte. P.A. 2017-0-101, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 27 y 30 de junio de 2017 se publicó respectivamente en el DOUE y en el perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid y el 7 y el 11 de julio en el BOCM y en el BOE, el nuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con CPV 33169400-6 y un valor estimado de 295.444 euros, en un lote único, a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios todos automáticos.

Interesa destacar que el objeto del contrato y las características técnicas de la prestación establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), son las siguientes:

“1. El contrato hace referencia a todo el instrumental y contenedores de la especialidad quirúrgica de Ginecología presentes en las Unidades.

2. El contrato incluirá la reparación y mantenimiento del instrumental objeto del contrato, de acuerdo con las necesidades surgidas por el uso del mismo en la prestación asistencial, recuperando su estado y función, así como la dotación inicial del instrumental necesario para completar el stock de la Unidad conforme el número de cajas que se recogen en el Anexo a este Pliego.

3. Se realizará un diagnóstico del inventario inicial y el registro del stock de instrumental.

4. La empresa adjudicataria repondrá todo el instrumental susceptible de ser sustituido o reparable de otras marcas, por la referencia equivalente de su marca.

5. La empresa adjudicataria recogerá en el Centro las cajas de instrumental para su reparación o reposición en su caso. La devolución de las cajas reparadas se debe producir como máximo en 10 días laborales.

6. Adicionalmente, se podrá enviar una cesta con un máximo de 50 instrumentos /envío de reparación urgente y/o de los instrumentos nuevos o de cajas ya revisadas.

7. Las cajas de instrumental que no puedan enviarse a las dependencias de la empresa adjudicataria por expresa necesidad del Centro, se revisarán “in situ”.

8. Todo el instrumental suministrado se entregará codificado con el sistema Data-Matrix. (...).

11. Se anexa a este Pliego relación de las Cajas existentes en el Centro.”

Por su parte el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en el apartado 1 de la cláusula 1^a define el objeto del contrato del siguiente modo *“prestación del servicio de mantenimiento y gestión del Instrumental médico quirúrgico de la especialidad de Ginecología del Hospital Universitario “12 de Octubre”.*

En el punto 8.2.1 contempla los criterios técnicos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, asignando hasta 20 puntos de acuerdo con la siguiente distribución:

- Garantía superior a la solicitada para las reparaciones....Hasta 10 puntos.
 - 9 meses2 puntos
 - 12 meses3 puntos
 - 15 meses5 puntos
- Garantía superior a la solicitada para el instrumental nuevo....Hasta 10 puntos.
 - 6 años2 puntos
 - 7 años3 puntos
 - 8 años5 puntos

Se indica asimismo que “*La documentación relativa al criterio 8.2.1 deberá incluirse inexcusablemente en el sobre Nº 2B de DOCUMENTACIÓN TÉCNICA*”.

En el punto 9 de la cláusula 1^a se establece la documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato y obliga a que “*Los licitadores deberán presentar toda la documentación técnica que consideren necesaria para la valoración de su oferta que comprenda como mínimo lo siguiente:*

- Oferta técnica con la información suficiente para su valoración
- Relación de instrumental incluido.
- Memoria sobre la prestación del servicio.

La documentación relativa a este criterio deberá incluirse inexcusablemente en el sobre Nº 2 A de PROPOSICIÓN TÉCNICA.”

El PCAP regula en la cláusula 6 los requisitos exigidos de capacidad para contratar y los criterios de selección de las empresas y en el párrafo segundo dispone “*Además, cuando se trate de personas jurídicas, las prestaciones del contrato objeto del presente pliego han de estar comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, conforme a sus estatutos o reglas fundacionales,*

les sean propios", exigiendo que acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, o su clasificación de conformidad con lo establecido en el apartado 5 de la cláusula 1, determinando que esta sea:

"Grupo/s: P (Servicios de mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones; Subgrupo/s: 1 (Mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones eléctricas y electrónicas; Categoría/s: 1 (anualidad media sea inferior a 150.000 euros)."

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cuatro empresas, de las que solo tres fueron admitidas, entre ellas las recurrentes. Trazin resultó clasificada en segundo lugar y Braun en tercer lugar.

Tras la tramitación oportuna, el día 19 de octubre de 2017, se dicta Resolución de adjudicación del contrato a Rudolf Medical España S.L., y se notifica a las recurrentes el día 25 de octubre, publicándose ese mismo día en el Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid.

El 15 de noviembre de 2017 la representación de Braun, previo anuncio al órgano de contratación, presenta recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal, contra la adjudicación del mencionado contrato, de conformidad con el artículo 40 y siguientes 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).

En el recurso se solicita que se anule la adjudicación y se rechacen las ofertas presentadas por la adjudicataria y la clasificada en segundo lugar alegando respecto de la primera que carece de la capacidad de obrar requerida ya que su objeto social no coincide con el del objeto del contrato y en relación con la segunda porque la oferta presentada incumple las características técnicas exigidas en el PPT.

En consecuencia solicita se acuerde la retroacción de las actuaciones para que por parte del órgano de contratación se adopte una nueva resolución por la que

previa exclusión de ambas licitadoras se proceda a adjudicar el contrato a la única que cumple con todos los requisitos.

Solicita así mismo la suspensión del procedimiento hasta que se dicte la resolución del recurso y subsidiariamente que, en el supuesto caso que Trazin no fuera excluida de esta licitación y debiera ser propuesta como adjudicataria, dado que la presente licitación no incluye criterios de juicio de valor que permitan contratar el servicio en las mejores condiciones de calidad, solicita que se anule el procedimiento.

Por su parte la representación de Trazin presentó recurso con fecha 17 de noviembre de 2017, aduciendo que la valoración de la oferta de la adjudicataria es incorrecta por lo que se refiere al criterio de ampliación de la garantía de los productos.

Tercero.- Con fecha 23 de noviembre de 2017 se remite a este Tribunal copia el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, respecto del primer recurso y con fecha 27 se recibe nuevo informe en el que se da respuesta al recurso interpuesto por Trazin.

En el primer informe el órgano de contratación advierte previamente que el representante de Braun solicitó acceso a la documentación técnica presentada por Rudolf Medical, teniendo lugar la vista de la documentación el día 7 de noviembre de 2017 en el Hospital Universitario 12 de Octubre, previo requerimiento a la empresa RUDOLF, de declaración de confidencialidad de su oferta.

Sostiene que la adjudicataria ha acreditado la solvencia mediante escritura de constitución de la sociedad y respecto del incumplimiento de las características técnicas exigidas en el PPT por la empresa Trazin informa que la relación de instrumental no es relevante para evaluar el servicio objeto del presente contrato.

En el segundo informe se pone de manifiesto que en la oferta económica de Rudolf Medical, en concreto en su pág. 98, se declara que todos los materiales que produce y vende son de alta calidad por lo tanto tienen garantía indefinida, por lo que se le otorgaron 10 puntos en relación con esta cuestión.

Cuarto.- Habiéndose concedido a las empresas interesadas trámite de audiencia, ha presentado alegaciones la empresa Rudolf Medical España en relación con ambos recursos, de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso, si bien Trazin no presenta escrito de alegaciones.

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 activa tanto de Braun, como de Trazin para la interposición del recurso 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), pues se trata de un procedimiento en el que existen solo tres licitadoras, en el que Trazin ha sido la segunda clasificada y Braun la tercera de manera que la exclusión de la adjudicataria y la clasificada en segundo lugar, colocaría a Braun en posición de poder serlo y la anulación de la valoración de los puntos otorgados a Rudolf, determinaría que la oferta mejor valorada fuera la de Trazin.

Asimismo se acredita la representación de cada una de las firmantes de los recursos.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto de los recursos debe indicarse que se han interpuesto contra la adjudicación de un contrato calificado por el órgano de

contratación de servicios, de importe superior a 209.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- Los recursos se han interpuesto ambos dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la Resolución de adjudicación se produjo el 25 de octubre de 2017, por lo que tanto el recurso presentado el día 15 de noviembre, como el del día 17 se interpusieron en plazo.

Quinto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Igualmente, el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados se aprecia identidad en el asunto, su fundamentación y petitum, se trata del mismo expediente de contratación, hay identidad en los interesados y la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría al otro, por lo que procede acordar la acumulación de la tramitación de los tres recursos para resolverlos en un solo procedimiento y por medio de una sola resolución.

Sexto.- Dado que los efectos de la resolución sobre los recursos dependen en cuanto a su alcance del orden en que se examinen las pretensiones de las recurrentes, comenzaremos por el examen de la oferta de la adjudicataria Rudolf.

En primer lugar examinaremos el recurso de la empresa Braun que alega que Rudolf carece de capacidad de obrar a la vista de la información general de dicha entidad que figura en el Registro Mercantil de Asturias -y que acompaña a su recurso-, en la que figura que el objeto social de Rudolf es “el comercio al por mayor de productos farmacéuticos”, señalando que a mayor abundamiento el CNAE es 4646 correspondiente al comercio al por mayor de productos farmacéuticos, es decir venta a intermediarios no a consumidores finales de la mercancía.

Solicita en consecuencia la nulidad de la adjudicación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 del TRLCSP por ser contraria a lo establecido en los artículos 54 y 57.1 del TRLCSP y cita la Resolución 988/205 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En sus alegaciones Rudolf citando abundante jurisprudencia señala que no es precisa la coincidencia literal de los términos en que están descritas las actividades del objeto social y las prestaciones objeto del contrato, indicando también que existe una actividad de mantenimiento y gestión del instrumental vendido o suministrado desde hace años y así consta acreditado en el expediente mediante listados de facturas en relación a esos mismos servicios prestados respecto a otros clientes, así como los correspondientes certificados de dichos clientes. Explica que en la Memoria Técnica que figura en el expediente administrativo, consta que se hará un análisis inicial del instrumental, se llevará a cabo una revisión de las cajas por los responsables del servicio técnico acompañados por el Director comercial de Madrid y asesor de instrumental en dicho centro, explicando de forma pormenorizada, cómo se llevará a cabo. Respecto del código CNAE señala que el listado de códigos solo es indicativo u orientativo de la actividad que desempeña la empresa, no existe un código que encaje a la perfección con la actividad que la empresa desarrolla, se escoge el más representativo de la actividad, añadiendo *“De hecho el CNAE que figura vinculado con B. BRAUN SURGICAL, S.A. es el 3250, "Fabricación de instrumentos y suministros médicos y odontológicos”*. Por último afirma que en todo caso sería un defecto subsanable mediante la aclaración del objeto social con el fin

de darle un perfecto encaje en él a lo exigido por los pliegos. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado.

Por su parte el órgano de contratación sostiene que la adjudicataria sí cumple el requisito de capacidad toda vez que en el artículo 2 de sus escrituras de constitución se establece que constituye el objeto social las siguientes actividades: “*Comercio al por mayor de productos farmacéuticos*” y añade que en la documentación aportada del Registro Mercantil de Asturias figura la CNAE: 446. “*En aquellas actividades que tuvieran carácter profesional la sociedad actuará como intermediaria o coordinadora. Objeto: Comercio al por mayor de productos farmacéuticos.*” Habiendo apreciado que las prestaciones del contrato tienen cabida en el objeto o ámbito propio de la entidad por existir una coincidencia parcial, tal y como tiene manifestado este Tribunal en su Resolución 146/2013 y 2/2016 y por acompañar certificados emitidos por distintos Hospitales públicos, que acreditan la prestación de servicios similares, así como su buena ejecución.

El artículo 54.1 TRLCSP, dispone que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

El requisito de capacidad específico para las personas jurídicas que desean contratar con la Administración aparece regulado en el artículo 57.1 del TRLCSP:

“*1. Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios. El régimen jurídico de la capacidad no se regula en la normativa de contratos del sector público, sino que ésta remite a otras normas y sectores del ordenamiento jurídico.*”

Para la acreditación de esta capacidad de obrar dispone el artículo 72.1 del TRLCSP: “*la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas*

se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda según el tipo de persona jurídica de que se trate.”

La finalidad perseguida por la norma es evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, y por ende no pueda ejecutar el objeto del contrato, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre concurrencia. En todo caso el examen de su concurrencia debe ser finalístico, esto es teniendo en cuenta si permite o no la indicada ejecución.

Por lo que lo determinante para apreciar la capacidad de obrar es la comparación con el objeto social que figura en la escritura de constitución y el definido en el PCAP y en el PPT y no solo la mera comparación del CPV que figure en el PCAP -33169400-6 Contenedores Quirúrgicos- con la CNAE que refleja la información registral -4646-aportada por la recurrente.

Como es sabido el CPV -cuyas siglas correspondientes a los términos en inglés Common Procurement Vocabulary -consiste en un sistema de identificación y categorización de todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación o concurso público en la Unión Europea. Por su parte la Clasificación Nacional de Actividades Económicas o CNAE de España permite la clasificación y agrupación de las unidades productoras según la actividad que ejercen de cara a la elaboración de estadísticas, referida a amplios sectores de producción que tampoco son todos los que hay.

Se trata por tanto de dos codificaciones con distinta finalidad que no pueden ni tienen que coincidir ni el detalle de manera que su comparación por sí sola tampoco resulta relevante a efectos de identificar la identidad del objeto social con el del objeto del contrato, no obstante se comprueba que el tipo de actividad en ambos

casos se refiere al sector sanitario, ya sea médico o farmacéutico.

Comprueba el Tribunal que Rudolf España presenta la escritura de constitución y los certificados de buena ejecución a que se refiere el órgano de contratación y además acompaña una declaración de fecha 6 de octubre de 2011 en la que manifiesta que siendo la fecha de creación el 14 de abril de 2015 “*continua con la misma estrategia de trabajo que su antecesora ALTERNATIVAS HOSPITALARIAS, S.L con CIF B-74214990 y por tanto desarrolla los mismos servicios que esta última, razón por la cual presentamos también las cifras de negocio de esta empresas por tratarse de los mismos productos y servicios desarrollados en años anteriores a su creación.*”

Figura en la escritura de constitución Rudolf Medical que se constituye con varios socios, uno de ellos es la mercantil Alternativas Hospitalarias, S.L. con CIF B-74214990 que suscribe la cantidad de 70.000 euros mediante la aportación de distinto material médico quirúrgico por dicho valor y comprendiendo su objeto social las siguientes actividades; comercio al por mayor de productos farmacéuticos.

Como alega el recurrente el criterio de este Tribunal ha sido manifestado entre otras en la Resolución 146/2013 de 2 de octubre “*Los términos en que está redactado el objeto social y las prestaciones amparadas por el mismo y el objeto del contrato precisan interpretarse conforme a criterios que han sido establecidos por los órganos consultivos en materia de contratación pública.*

Así el informe 11/2008, de la Junta Consultiva de las Islas Baleares afirma que “*cabe interpretar el artículo 46.1 LCSP (actual artículo 57 TRLCSP) en un sentido amplio, es decir, que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas en los fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato. Así, es suficiente que se pueda interpretar que las prestaciones objeto del contrato encajan o quedan amparadas o englobadas en estos fines, objeto o ámbito de actividad*”.

La redacción del objeto social en los estatutos de la licitadora no es preciso que sea en idénticos términos a los que definen las prestaciones objeto del contrato,

bastando con que se encuentren dentro del “ámbito de actividad” de aquélla.

El artículo 57.1 del TRLCSP no cita solo fines u objeto sino también el “ámbito de actividad” y está claro que las prestaciones del contrato licitado por el Ayuntamiento forman parte del ámbito de actividad de la Cooperativa.

La finalidad de la Ley en esta materia reside en evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una empresa cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero en este caso se aprecia que la Sociedad cooperativa tiene capacidad para licitar a este contrato ya que su objeto social coincide mayoritariamente con las prestaciones que constituyen el objeto del contrato (...).

La distribución comercial ya sea como mayorista o minorista supone actuar como intermediario entre el fabricante y el consumidor, intermediación que no se limita exclusivamente a la entrega de bienes sino que implica la obligación y responsabilidad de intermediar para el caso de ser necesaria su reparación por ser requisito que se realice por el propio fabricante del material así mientras dura el periodo de garantía legal o incluso tras su finalización -garantía comercial- o que se realice por profesionales del sector por tratarse de un servicio técnico especializado, inclusive la reparación puede tener a su vez un periodo de garantía. En este caso el distribuidor actúa como mero intermediario sin que al prestar este servicio pueda calificarse como subcontratación el trasladar al fabricante o servicio técnico el producto a reparar.

De hecho en el PCAP se valorara como criterio de adjudicación la ampliación del plazo de garantía tanto para las reparaciones como para el material de nueva adquisición, garantía que solo puede ofrecer el fabricante o el servicio técnico de mantenimiento.

Por todo lo cual, considera este Tribunal que la adjudicataria ha acreditado la capacidad requerida debiendo desestimarse el recurso por este motivo.

Séptimo.- Por lo que respecta al recurso de Trazin alega que la adjudicataria no

debió obtener la puntuación máxima en el criterio “Garantía superior a la solicitada para el instrumental nuevo”, al que se asignan hasta 10 puntos, puesto que según se aduce ofrece para el instrumental nuevo “garantía indefinida durante la duración del contrato”. De lo que, a nuestro juicio, se desprende que, al limitar de facto la garantía a la duración del contrato, incluso considerando las posibles prórrogas, en ningún caso la mencionada garantía excederá del plazo máximo de validez del contrato, es decir, 4 años, por lo que en ningún caso sería aplicable puntuación de 10 puntos que se ha concedido a esta empresa.

Rudolf aporta en trámite de alegaciones una copia del documento que adjunta a su oferta técnica en relación con la garantía de sus productos en que consta su carácter indefinido, solicitando la desestimación del recurso.

Por su parte el órgano de contratación indica que en la oferta página 98 consta que la garantía es indefinida. Comprueba el Tribunal que efectivamente en la oferta técnica de Rudolf consta un documento denominado información de la garantía de los productos Rudolf que declara que *“todos los materiales que produce y vende son de alta calidad por lo que tienen garantía indefinida ante cualquier defecto tanto de materia prima como de proceso de fabricación”*.

Por lo tanto debe decaer el motivo invocado por Trazin a la vista del documento indicado y por tanto procede desestimar el recurso.

Octavo.- Si bien Trazin en principio no podría resultar adjudicataria del contrato al no haber obtenido un pronunciamiento estimatorio del recurso, conviene examinar así mismo las alegaciones de Braun respecto de su oferta en virtud del principio de congruencia, teniendo en cuenta los efectos que podría tener en lo que resta de tramitación para la formalización del contrato.

Alega Braun que la oferta de Trazin no cumple las exigencias del PCAP por no aportar la relación de instrumental incluido en su oferta, como exige su cláusula 1^a apartado 9, lo que impide que sea valorada y lo que le permite ofertar el menor

precio, al no indicar dicha dotación, advirtiendo así mismo la recurrente que en su oferta sí consta dicha relación.

El órgano de contratación argumenta que la relación de instrumental no es un dato relevante para evaluar el servicio objeto del presente contrato y añade que “*la relación del instrumental que se incluye en cada caja de las recogidas en el anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas no es conocida a priori por los licitadores, ya que en cada hospital se concreta el contenido conforme a las necesidades específicas que se tengan en cuenta por los profesionales. Lo que realmente importa es que el adjudicatario realice un inventario. El instrumental se conocerá cuando el licitador se convierta en adjudicatario*”.

Acompaña a su informe el del Subdirector Médico Materno-Infantil en el que se indica que “*Es necesario aclarar que en la documentación presentada, existe un compromiso expreso por parte de la citada empresa licitante para elaborar una auditoría inicial del estado del instrumental existente en las 72 cajas objeto del concurso, así como su reparación o sustitución con la finalidad de proceder a la optimización de todo el material. Asimismo la oferta técnica de TRAZIN S.L. se ha valorado teniendo en cuenta que en la Memoria presentada consta la suficiente información que permite conocer la prestación del servicio a llevar a cabo, que es lo fundamental en este procedimiento.*”

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.

En este caso el PPT relaciona en su anexo las unidades y la descripción de las cajas de ginecología y de paritorio incluidas en el contrato y sobre las que se deberán realizar las actuaciones de reparación y mantenimiento, diagnóstico del inventario inicial y el registro del stock, reposición y codificación necesarias se refieran a todo el instrumental y contenedores de la especialidad quirúrgica de Ginecología presentes en las Unidades, exigiendo que en el caso que el material pertenezca a otras marcas, deberá ser sustituido por la referencia equivalente de su marca, de ahí la obligatoriedad de incluir en la oferta técnica la relación del instrumental ofertado.

Por su parte el PCAP en el apartado 9 de la cláusula 1^a establece que para la valoración de su oferta como mínimo se deberá aportar lo siguiente:

- Oferta técnica con la información suficiente para su valoración
- Relación de instrumental incluido.

- Memoria sobre la prestación del servicio.

Y advierte además que para valorar si la oferta cumple las prescripciones requeridas exige que dicha documentación se aporte inexcusablemente en el sobre Nº 2A de PROPOSICIÓN TÉCNICA.

De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 10 del PCAP “*Las proposiciones se presentarán en la forma, plazo y lugar indicados en el anuncio de licitación*”, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 17 del RGCPCM y 80 del RGLCAP y en este caso el PCAP exige que se aporte dicha relación en el sobre 2A. Siendo esa relación una documentación técnica imprescindible para valorar la oferta no resulta admisible el criterio manifestado en su informe por el órgano que considera no esencial la relación del instrumental.

Entiende este Tribunal que la mesa de contratación debió, de conformidad con lo establecido en el art 84 del RGLCAP rechazar la proposición. “*Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o 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 u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.*”

Por todo lo anterior, considera este Tribunal que el recurso debe ser estimado y la oferta de Trazin rechazada por no aportar en su oferta la documentación exigida para valorarla.

Noveno.- Por último Braun solicita para el caso de que no se estime el recurso contra la adjudicataria y segunda clasificada, que se anule la licitación por no incluir criterios de juicio de valor que permitan al órgano de contratación, contratar un

servicio de gestión de instrumental, reparación y suministro del mismo en las mejores condiciones de calidad.

Esta pretensión no es sino una impugnación de los pliegos en tanto en cuanto se discrepa de los criterios de valoración establecidos, sin perjuicio de que la pretensión se encuentra carente de toda argumentación, cabe señalar que como este Tribunal ha señalado de forma reiterada, no cabe la impugnación de los pliegos de forma extemporánea una vez tramitada la licitación dependiendo de la suerte de las ofertas presentadas, puesto que la participación en la licitación sin haber impugnado los pliegos rectores de la misma supone su aceptación incondicional (artículo 145 del TRLCSP) que se erigen en ley del contrato incluso cuando concurra un supuesto de nulidad de pleno derecho no hecho valer en plazo. Excepcionalmente se admite el recurso indirecto contra los pliegos al recurrir la adjudicación cuando la aplicación de lo dispuesto en ellos conduce a un acto de aplicación nulo porque permita un trato desigual o discriminatorio siempre que la nulidad del criterio no fuera apreciable por un licitador diligente. En este sentido se pronuncia la Sentencia del TJUE, de 12 de marzo de 2015, eVigilo Ltd, dictada en el asunto C-538/13. En el caso planteado la cláusula reguladora de los criterios de adjudicación es clara en su redacción y su aplicación se ha realizado tal y como venía expuesta en el PCAP, por lo que no se dan los presupuestos para aplicar la doctrina contenida en la mencionada Sentencia.

Por otro lado, tal como sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus Sentencias 232, de 14 de mayo de 2015 y 118, de 5 de mayo de 2016, “*el recurso contra los pliegos y el recurso contra la adjudicación no se solapan ni se interrelacionan, constituyendo recursos perfectamente diferenciados, con lo que, ni siquiera, puede considerarse que los pliegos o determinadas cláusulas de los mismos que no han sido impugnados en su momento y que, en consecuencia, han sido consentidos y firmes por no haber sido recurridos en tiempo, puedan ser indirecta o instrumentalmente valorados y afectados por el pronunciamiento de un recurso especial promovido contra la adjudicación*”.

Por lo tanto procede desestimar el recurso por este motivo.

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.- Desestimar los recursos especiales interpuestos por doña M.F.T., en nombre y representación de la compañía B. Braun Surgical, S.A. y por doña C.V.B., en nombre y representación de Gestión y Trazabilidad del Instrumental Quirúrgico, S.L. (TRAZIN) contra la adjudicación del contrato de “Servicio para el mantenimiento y gestión del instrumental médico quirúrgico de la especialidad de Ginecología del Hospital Universitario 12 de Octubre”, nº expte. P.A. 2017-0-101, y estimar el recurso interpuesto contra la clasificación de la oferta de TRAZIN.

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.