

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

En Madrid, a 13 de julio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don O.P.P. y don J.F.M., en nombre y representación de Sistemas Técnicos Endoscópicos, S.A., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Fuenlabrada de fecha 22 de junio de 2016, por la que se adjudica el contrato “Suministro de diverso material para el servicio de aparato digestivo del Hospital Universitario de Fuenlabrada”, número de expediente: PA SUM 15/026, lotes 1, 2, 3 y 25, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8, 9 y 11 de febrero de 2016, se publicó respectivamente en el BOCM, DOUE y BOE, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en treinta y cinco lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con un único criterio, el precio. El valor estimado del contrato asciende a 1.347.032,28 euros.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), establece las siguientes características técnicas de los lotes, 1, 2, 3 y 25.

Lote 1. Cód. 1228. Aguja inyectora para colonoscopia.

“La aguja seleccionada debe presentar las siguientes características:

Aguja para inyección de sustancias de colonoscopia.

Una vaina que minimice el roce y permita que pase fácilmente por el canal del endoscopio incluso cuando éste esté angulado.

Un mango con un sistema de apertura anatómico. Fácil de manejar con una sola mano.

Sistema de seguridad que evite que la aguja salga accidentalmente dentro del canal del endoscopio (causa de avería grave por pérdida de estanqueidad del endoscopio).”

Lote 2. Cód. 1227. Aguja inyectora para videogastroscopio.

“La aguja seleccionada debe presentar las siguientes características:

Aguja para inyección de sustancias de video gastroscopia.

Una vaina que minimice el roce y permita que pase fácilmente por el canal del endoscopio incluso cuando éste esté angulado.

Un mango con un sistema de apertura anatómico.

Sistema de seguridad que evite que la aguja salga accidentalmente dentro del canal del endoscopio (causa de avería grave por pérdida de estanqueidad del endoscopio).”

Lote 3. Cód. 7828 (7827-7830) Guías biliares de un solo uso.

“Guía de utilización biliar hidrofílica para que deslice fácilmente a través de catéter.

Aislada eléctricamente para que se pueda realizar la esfinterotomía con la guía colocada.

La punta debe ser flexible para facilitar la canulación sin requerir el uso de contraste (se favorecería la inyecciones dentro de la pared del intestino) y minimizar el riesgo de perforación en la papila y dentro de la vía biliopancreática.

La longitud de la guías debe ser de al menos 450 mm., para posibilitar el recambio de los siguientes accesorios.

Las guías deben presentar diámetros y forma del extremo distal flexibles variables, siendo imprescindible la disponibilidad de los siguientes tres modelos para facilitar las cateterizaciones: guías de 0,035" con punta distal recta, guías de 0,035" con punta distal curva y guías de 0,025" con punta distal recta.

El diseño de la vía debe ser fácil de ver en la imagen endoscópica (incluyendo marcas visuales) y radiológicas (incluyendo marcas radiopacas).

Las guías se deben presentar en envase estéril con fecha de envasado y caducidad."

Lote 25. Cód. 8424 Clips endoscópicos.

"Los clips endoscópicos deben presentar las siguientes características:

Clips para tratamiento endoscópico de hemorragias y perforaciones.

Facilidad para correcto posicionamiento frente a la lesión que se debe tratar.

Imprescindiblemente rotable para asegurar un correcto posicionamiento.

Posibilidad de apertura y cierre en más de una ocasión por la posibilidad de corregir un posicionamiento incorrecto.

Tiempo de permanencia del clip en su posición mayor de una semana para asegurar que ejerza su función.

Diámetro de apertura de al menos 10 mm. para una mayor facilidad de colocación y posibilidad de abarcar la lesión que se quiere tratar."

A la licitación de los lotes indicados se presentaron nueve empresas, entre ellas la recurrente.

Tercero.- Tras la realización de los trámites oportunos, con fecha 17 de mayo de 2016, se reunió la Mesa de contratación para proceder a la apertura de las ofertas económicas del concurso, dando cuenta previamente de las empresas que habían sido excluidas por incumplimiento de los Pliegos, indicando exclusivamente "no cumple". El correspondiente cuadro resumen fue publicado a efectos informativos en el Tablón de anuncios del Hospital.

Cuarto.- El día 9 de junio de 2016, el Presidente de la Mesa de contratación responde a la solicitud de información sobre los motivos de la exclusión, realizada por la empresa Sistemas Técnicos Endoscópicos, S.A., comunicando el contenido del informe de valoración técnica de las ofertas correspondientes a los lotes 1, 2, 3 y 25.

Finalmente, el 22 de junio de 2016, se dictó Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital por la que se adjudica el contrato, en la que consta que la empresa Sistemas Técnicos Endoscópicos, S.A. ha resultado excluida de los lotes mencionados ya que “*no cumple*”, debiendo entenderse que se trata de las prescripciones técnicas.

La Resolución de adjudicación fue notificada con fecha 24 de junio de 2016 a todas las empresas licitadoras.

Quinto.- Con fecha 1 de julio de 2016, se recibe en el Registro del SERMAS dirigido al Hospital Universitario de Fuenlabrada escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación por parte de la empresa Sistemas Técnicos Endoscópicos, S.A. contra la adjudicación de los lotes nº 1, 2, 3 y 25.

El día 4 de julio tuvo entrada en el Tribunal procedente del Hospital el escrito de interposición de recurso, expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

El recurso alega la indebida falta de notificación de la exclusión, el incumplimiento del procedimiento que obliga a conceder un plazo de subsanación de las ofertas y por último la incorrecta exclusión de la oferta respecto de los lotes impugnados, puesto que los productos cumplen las especificaciones técnicas requeridas.

Sexto.- El órgano de contratación en su informe, alega que no procede otorgar plazo de subsanación de las ofertas puesto que los defectos o carencias técnicas que

presentan, se consideran insubsanables y además se señala que *“La recurrente es rechazada en la fase de valoración técnica por cuanto las muestras presentadas no reúnen los requisitos exigidos en el Pliego. Es el examen de la muestra presentada por el propio licitador lo que determina su exclusión. Se trata de valorar, no sólo que la Ficha Técnica del producto de que se trate (en este caso los materiales presentados a los lotes 1, 3, y 25) se ajusta a lo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sino que la muestra de dicho producto confirma que efectivamente es real dicha correspondencia, confirmación que, de acuerdo a cuanto consta en el informe de valoración, no se produce en el caso del recurrente en los citados lotes. Por lo que afecta al Lote 2, ni la Ficha Técnica del producto ofertado, ni la muestra, presentan el requerimiento del Pliego relativo a “disponer de un sistema de seguridad que proteja el endoscopio”.*

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de Olympus Iberia, S.A.U., que, en síntesis, alega que la exclusión ha seguido el procedimiento establecido, que no cabe subsanación en este caso puesto que se trata de posibles incumplimientos de las prescripciones del PPT y por último que la valoración se ha realizado de acuerdo con los criterios del Pliego y es el resultado de un consenso técnico, por lo que el análisis que procede realizar en esta sede es si el órgano técnico de la Administración contratante ha rebasado o no los límites de la discrecionalidad técnica que le es reconocida jurisprudencialmente.

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 Sistemas Técnicos Endoscópicos, S.A., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora a los lotes impugnados *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de junio de 2016, practicada la notificación el 24 de junio e interpuesto el recurso el 1 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Debe señalarse respecto del acuerdo de exclusión y la falta de notificación del mismo, alegada por la recurrente, que como se puso de manifiesto por el Tribunal en su Resolución 51/2014, de 19 de marzo, el artículo 40.2.b) del TRLCSP dispone que son recurribles como actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores, y en el apartado c) del mismo los acuerdos de adjudicación. Sobre la posibilidad de impugnación de forma sucesiva de los actos de exclusión y de la adjudicación la Abogacía General del Estado en su Circular 3/2010, considera que si consta notificación formal del acuerdo de exclusión de la Mesa de contratación, el licitador excluido no podrá interponer recurso especial respecto de la adjudicación.

Por lo tanto, el acuerdo de exclusión no es de obligatoria notificación pudiendo

realizarse conjuntamente con la adjudicación del contrato. No obstante, si se optase por la notificación del mismo, podría recurrirse contra él, sin posibilidad de hacerlo posteriormente contra la adjudicación.

En este caso el acuerdo de exclusión no ha sido en principio notificado, si bien se le han puesto de manifiesto a la empresa recurrente las razones de la exclusión por lo que debemos entender que el recurso se interpone contra la adjudicación y que la falta de motivación que podría achacarse a la misma, ha sido subsanada por la información previa suministrada a la recurrente, de manera que no se ha producido indefensión al conocer la empresa los motivos de su exclusión y poder alegar en el recurso contra los mismos.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la oferta de la recurrente debió ser admitida a la licitación de los lotes indicados, por considerar que los productos ofertados cumplen las especificaciones técnicas establecidas en el PPT y si debió darse la oportunidad de subsanar o aclarar las condiciones de la oferta.

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 establecer 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 primer lugar, respecto a la posibilidad de subsanación de la oferta debe tenerse en cuenta que los defectos alegados en los informes técnicos de valoración, se refieren a las características de los productos ofertados por lo que no cabría subsanación alguna sin proceder a un cambio de los mismos.

Nos encontramos, como indica la recurrente, ante un procedimiento con un solo criterio, el precio, por lo que las condiciones requeridas a los productos ofertados son requisitos de admisión y no se trata aquí de requisitos de solvencia de la empresa, susceptibles de acreditación en fase de subsanación documental, sino de condiciones mínimas que debe reunir el producto. Por ello, aun siendo cierta la afirmación de la recurrente de que las calidades o cualidades técnicas de los productos no se configuran como elemento valorativo de las ofertas, sí son cuestiones atinentes a la admisión de las mismas, puesto que el incumplimiento de esos requisitos mínimos expresados en el Pliego supone la exclusión de la oferta que no es susceptible de sustitución sin ser modificada; circunstancia no permitida por el artículo 145 del TRLCSP.

Sentado lo anterior debe considerarse si los productos ofertados por la recurrente cumplen las características técnicas exigidas para cada lote.

Con carácter previo el Tribunal debe advertir de la parquedad del informe de valoración, que no es corregida en el posterior informe emitido con ocasión del recurso. El objeto de tal informe es ofrecer al Tribunal las razones pormenorizadas de la decisión, en este caso de exclusión de la oferta, argumentando sobre los extremos puestos de manifiesto por la recurrente. Si el informe no amplía o explica con la debida precisión, las razones que han llevado a considerar que la oferta presentada no cumple los requisitos del PPT, el Tribunal ha de resolver de acuerdo con su criterio y en base a los documentos, fichas técnicas y muestras. De ahí la obligación que compete al órgano de contratación de verificar que los informes de los recursos se elaboran con el debido detalle, claridad y motivación.

Lote 1. Aguja inyectora para colonoscopia.

El informe de valoración señala como incumplimiento que *“no se guarda bien la aguja lo que puede provocar problemas de seguridad para el endoscopio (especificado en el PPT)”*. Por su parte el informe del órgano de contratación señala que el examen de la muestra determina la exclusión.

La ficha técnica del producto presentada recoge la siguiente característica:

“Lock y sistema de fijación de la aguja cuando está completamente dentro o completamente fuera de la vaina”.

A falta de mayor precisión o detalle por parte de los informes técnicos, debemos concluir que se trata del *“Sistema de seguridad que evite que la aguja salga accidentalmente dentro del canal del endoscopio”*.

Comprobada la muestra por el Tribunal, aprecia que el sistema de fijación de la aguja existe y funciona aparentemente de forma correcta por lo que no puede sostenerse que el producto incumple la prescripción señalada. Es más comprobada la muestra del producto presentada por la empresa adjudicataria del lote, Olympus, se constata que es un sistema similar sin que se adviertan diferencias motivadoras de la exclusión.

En consecuencia, el recurso debe estimarse por este motivo.

Lote 2. Aguja inyectora para videogastroscopio.

El informe de valoración considera que *“no cumple porque no dispone de sistema de seguridad para proteger el endoscopio como pide el PPT”*.

El informe del recurso añade *“Por lo que afecta al Lote 2, ni la Ficha Técnica del producto ofertado, ni la muestra, presentan el requerimiento del Pliego relativo a ‘disponer de un sistema de seguridad que proteja el endoscopio’”*.

Sin embargo, lo que exige el PPT es *“Sistema de seguridad que evite que la aguja salga accidentalmente dentro del canal del endoscopio”* y no un sistema que proteja el endoscopio y la ficha técnica del producto, igual que en el lote 1, recoge la siguiente característica técnica. *“Lock y sistema de fijación de la aguja cuando está completamente dentro o completamente fuera de la vaina”*.

El Tribunal comprueba que la muestra incluye un sistema de bloqueo que dificulta el desplazamiento de la aguja que es lo exigido en el PPT por lo que debemos considerar que el producto cumple las exigencias y debe ser admitido. Cabe argumentar lo mismo que se ha dicho respecto del lote 1, el producto de la adjudicataria presenta un sistema de bloqueo similar.

En consecuencia, el recurso debe estimarse por este motivo, admitiendo la oferta a la licitación del lote 2.

Lote 3. Guías biliars de un solo uso.

El informe señala: *“no cumple. La guía es radiopaca pero no tiene marcas radiopacas como pide el PPT. No desliza con facilidad a través del catéter.”*

La ficha técnica del producto determina: *“Diseñada para facilitar la visión en la imagen endoscópica (marcas visuales) y radiológicas (marcas radiopacas)”*.

El Tribunal examina la muestra y comprueba que presenta unas marcas. Comparada con la muestra de la empresa adjudicataria del lote, no se observan diferencias reseñables. No siendo posible la verificación de la existencia de marcas radiopacas debemos remitirnos a los que figura en la ficha técnica del producto en donde consta expresamente, como se ha indicado, que cuenta con marcas radiopacas.

En cuanto al deslizamiento, el Pliego no hace referencia alguna, por lo que respetándose los diámetros y formas exigidos, debemos concluir que cumple las exigencias del Pliego.

Por lo tanto, el recurso debe estimarse por este motivo en cuanto al lote 3.

Lote 25. Clips endoscópicos.

El Informe alega que *“no cumple, ya que rota con dificultad, y abre y cierra mal, lo que dificulta su correcto posicionamiento tal y como se pide en el PPT”*.

En este caso las exigencias del PPT eran: *“Facilidad para correcto posicionamiento frente a la lesión que se debe tratar”* e *“Imprescindiblemente rotable para asegurar un correcto posicionamiento”*.

Tratándose de condiciones que necesariamente han de estar sometidas a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y teniendo en cuenta que la recurrente no aporta evidencia alguna que permita desvirtuar la presunción de acierto del mencionado juicio técnico, el Tribunal considera que debe prevalecer dicho criterio y el recurso debe desestimarse respecto de este lote.

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.- Estimar en parte el recurso especial, interpuesto por don O.P.P. y don J.F.M., en nombre y representación de Sistemas Técnicos Endoscópicos, S.A., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Fuenlabrada de fecha 22 de junio de 2016, por la que se adjudica el contrato “Suministro de diverso material para el servicio de aparato digestivo del Hospital Universitario de Fuenlabrada”, respecto de los lotes 1, 2 y 3 en los que deberá ser admitida la oferta de la recurrente y desestimarlos respecto del lote 25.

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.