

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

En Madrid, a 29 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.R.P., en representación de la empresa Biogen Diagnostica S.L. (en adelante Biogen), contra la resolución de adjudicación del Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 15 de abril de 2019, por la que se excluye su oferta a la licitación del contrato de “Suministros de agujas con aletas para la extracción de vacío” número de expediente 2018-0-177 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el DOUE de fecha 15 de enero de 2019 y en el Portal de Licitación de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 316.523,94 euros y su plazo de duración es de un año.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolución del presente recurso la cláusula primera del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) que establece las condiciones requeridas para el suministro objeto de contratación para el lote uno número de orden uno:

“AGUJA 0,6X19mm (23Gx ¾) CON ALETAS PARA LA EXTRACCION DE SANGRE (VACIO) CON DISPOSITIVO DE SEGURIDAD Y PORTATUBOS:

- *Aguja con punta triple bisel lo más a traumática en su inserción, con aletas flexibles para facilitar el manejo y sujeción, con tubo prolongador flexible sin efecto memoria con longitud entre 15 y 19cm (sin contar el cono de conexión al portatubos), conectando a portatubos con válvula protectora de la aguja interior que perfora el tubo de vacío.*

(...)

MUESTRAS SOLICITADAS PARA LA EVALUACION DE LOS PRODUCTOS:

Si, 20 unidades por cada lote/orden

- *No obstante y durante el periodo de evaluación técnica de los productos ofertados se podrán solicitar más muestras en aquellos casos que se consideren necesario, requisito imprescindible para poder valorar la calidad del producto”.*

A la presente licitación se presentaron seis licitadoras habiendo sido excluidas por distintos incumplimientos de los requisitos técnicos exigidos 4, entre las que se encuentra la recurrente.

Tercero.- El 10 de mayo de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Biogen en el que solicita la anulación de su exclusión y su continuación en el procedimiento. Alegando que la ficha técnica del producto ofertado cumple con las medidas solicitadas en el (PPT), por lo que su exclusión, considera errónea.

El 23 de mayo de 2015, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación 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 transpone 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 15 de abril de 2019, practicada la notificación al día siguiente mediante publicación en el portal de licitación de la Comunidad de Madrid, sin que conste ni en el expediente remitido por el órgano de contratación ni en el recurso, notificación individual al recurrente, e interpuesto el recurso, en este Tribunal , el 10 de mayo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación por el que se excluye la oferta presentada por el recurrente que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra exclusión de la oferta presentada por el incumplimiento de las condiciones técnicas establecidas en el PPT.

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 139.1 de la LCSP, 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 125 y 126 de la LCSP , 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 28 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

El recurrente admite que el PPT marca 19cm, como la longitud máxima del tubo prolongador de la aguja a suministrar. Alega en su defensa que las características técnicas del equipo indican dicha medida, 19 cm con una oscilación de +-20mm, aunque la muestra ofrezca una longitud de 20cm.

Justifica que el incremento de medida no es un impedimento para la utilización de dicho material, dudando de la necesidad de imponer tal medida por parte del órgano de contratación que con esta decisión limita la libre concurrencia a la licitación.

Menciona las distintas acreditaciones de calidad que han obtenido sus equipamientos y su empresa.

El órgano de contratación confirma que medida la muestra aportada, la longitud del tubo prolongador de la aguja es de 20 cm, no 19 como se exigía como

máximo en el PPT. Sobre la aportación de los certificados de calidad, muestra su desconcierto, pues en ningún momento se ha puesto en duda la calidad de los productos que componen la oferta. Alega el derecho del órgano de contratación a determinar las necesidades de sus contrataciones, sin que se entren los licitadores a valorar dichas opciones.

El artículo 99 de la LCSP establece en su apartado 1, *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”*.

Respecto al caso que nos ocupa, procede traer a colación la Resolución 468/2019, de 11 de mayo del TACRC señala *“El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del órgano de contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.*

(...)

En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, «que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico». Y señalábamos asimismo: «De la Directiva pues, se desprende que, si bien el órgano de contratación tiene discrecionalidad para definir el objeto del contrato, en aras de la igualdad y el libre acceso deben aceptarse ofertas que cumplan de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas; lo cual, si bien se refiere al momento de la selección de ofertas, entendemos que, impugnado el propio pliego, debe reflejarse preferiblemente en el mismo para mantener la regularidad y transparencia del proceso de selección; sobre todo si unimos lo dispuesto en la Directiva a la necesidad, reflejada en nuestra doctrina ya citada, de que el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad».

A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir el criterio de la Administración por el suyo propio”.

Resulta evidente de lo señalado anteriormente, que la controversia versa sobre un criterio eminentemente técnico, por lo el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “nos encontramos ante una

calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurrida en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

En el mismo sentido, la Resolución 823/2017, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales manifiesta lo siguiente: «Sobre la disconformidad con los requisitos, especificaciones y características técnicas detalladas en la cláusula tercera del PPT, hemos de principiar señalando que este Tribunal, en su Resolución 688/2015, señaló que: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”.

En el presente caso, por lo que resulta del expediente, el órgano de contratación ha fijado en los PPT, de un modo claro y razonable, las necesidades a satisfacer y en uso de la discrecionalidad que legalmente se le reconoce y de la experiencia acumulada, ha diseñado las características técnicas que considera más idóneas para la satisfacción del interés público, definiendo el objeto del contrato con precisión, a fin de garantizar que los bienes a suministrar sean adecuadamente utilizados por sus destinatarios, personal técnico, conocedores de una tecnología determinada y que redunde en una mayor calidad y seguridad en la prestación del servicio.

No queda acreditado por el recurrente que las prescripciones técnicas limiten la concurrencia, pues como señala el órgano de contratación, han sido seis las empresas licitadoras, de las cuales tres han sido inadmitidas por otros motivos y dos han visto calificada su oferta.

Todo ello, lleva a considerar a este Tribunal que se han cumplido las previsiones recogidas en los artículos 124, 125 y 126 de la LCSP respecto a las prescripciones técnicas del presente contrato y en consecuencia procede desestimar el recurso interpuesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.R.P., en representación de la empresa Biogen Diagnostica S.L., contra la resolución de adjudicación del Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de

fecha 15 de abril de 2019, por la que se excluye su oferta a la licitación del contrato de “Suministros de agujas con aletas para la extracción de vacío” número de expediente 2018-0-177.

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 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.