

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

En Madrid, a 6 de octubre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.O.A., en nombre y representación de Medtronic Ibérica, S.A., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario Santa Cristina por la que se adjudica el lote 13 del contrato “Adquisición de material desechable de laparoscopia con destino al Hospital Universitario “Santa Cristina”, expediente SC2/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de mayo de 2016, la Gerencia del Hospital Universitario Santa Cristina publicó en el perfil de contratante el anuncio de licitación mediante procedimiento abierto del contrato de suministro de material desechable de laparoscopia con destino al citado centro sanitario, con número de expediente SC2/16, CPV 33140000-3, con un valor estimado de 652.673,38 euros, y un plazo de ejecución de 12 meses. Asimismo la licitación se publicó en el DOUE, en el BOE y en el BOCM.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) exige para acreditar la solvencia técnica lo previsto en el apartado 1.e) del artículo 77 del TRLCSP *“muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante”*. Al efecto se establece como criterio de selección:

“Se aportarán muestras y la documentación redactada en castellano que se detalla a continuación con la finalidad de verificar el cumplimiento íntegro de las características técnicas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas regulador del presente procedimiento de contratación:

- Muestras: 1 unidad por artículo (en caso de ser necesario, se podrá solicitar más muestras a las empresas licitadoras). Cada producto deberá estar etiquetado con el nombre de la empresa, referencia del expediente, número de lote, nombre técnico del producto y código asignado por el hospital. Las muestras se entregarán en el Servicio de Suministros acompañadas de una relación de los lotes a los que se licita.

- Relación de los productos ofertados, con descripción técnica de los mismos.

- Fichas técnicas y/o catálogos de los productos ofertados redactados en castellano, en base a las cuales se comprobará el cumplimiento de las prescripciones técnicas mínimas exigidas en el PPT.

- Declaración de conformidad CE de los productos ofertados.”

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en relación al lote 13 “pinza para disección y sellado de vasos”, fija como requisitos que debe reunir “sellado de vasos hasta 7 mm”.

Applied Medical, S.A., presentó al lote 13 la pinza Voyant Fusion fine, referencia EB030, aportando ficha técnica, manual de usuario, y marcado CE en inglés. En dicho manual de usuario se hace constar que el dispositivo puede sellar y dividir vasos de hasta 5 mm de diámetro. Asimismo, en el mismo documento se indica expresamente: *“no intente sellar vasos de un diámetro mayor a 5 mm con este dispositivo”*.

La Mesa de contratación en reunión del 29 de junio de 2016 se procede a la lectura del informe de valoración, emitido por el Jefe de Servicio de Cirugía General, de las fichas técnicas y muestras presentadas para acreditar la solvencia técnica exigida. Los miembros de la Mesa acuerdan poner en conocimiento de las empresas las deficiencias observadas por el órgano evaluador de las fichas técnicas y muestras presentadas, junto con el resto de defectos u omisiones reflejados en el acta correspondiente al día 28 de junio de 2016, concediéndoles un plazo de 5 días naturales para que procedan a su subsanación. Las subsanaciones fueron comunicadas a los licitadores incursos en deficiencias mediante fax; además, se publicaron en el tablón destinado al efecto por el órgano de contratación.

El 1 de julio de 2016 se dirige un fax a Applied Medical, S.A., por el que se le advierte que no cumple con lo solicitado en el pliego de prescripciones técnicas dado que la pinza de disección y sellado presentada por la mercantil no cumple con el requisito de sellado de vasos de hasta 7 mm de diámetro previsto en el PPT. Ante tal circunstancia, se le concede un plazo de cinco días naturales para subsanar.

Tras el trámite concedido, Applied aporta un nuevo manual de usuario en el cual figura la capacidad de sellado es de 7mm. Acompaña un certificado emitido el 22 de marzo de 2016, por UL, organismo notificado y servicios de regulación médica de Estados Unidos, que indica que como resultado de la evaluación de las notificaciones de cambios significativos la modificación del modelo EB030 Voyant Fusion Fine para incluir la capacidad de sellar y dividir vasos de hasta 7 mm de diámetro y haces de tejido que se pueden capturar entre las bocas del dispositivo, presentado para su revisión el 15 de septiembre de 2015, aprueba los cambios significativos anteriores.

El día 12 de agosto de 2016, se dictó y notificó resolución por la que adjudica el contrato de suministro. En esta Resolución, figuraba la adjudicación del lote 13 a la mercantil Applied y simultáneamente también aparecía excluida Applied en el mismo lote por no cumplir los requisitos del PPT. El 17 de agosto se dicta nueva resolución por la que se procede a rectificar errores en la anterior del día 12,

eliminando la exclusión de Applied y confirmando por tanto la adjudicación del citado lote a la antedicha mercantil.

Tercero.- El 29 de agosto de 2016 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Medtronic Ibérica, S.A., que tiene por objeto una pretensión anulatoria de la Resolución de adjudicación del lote 13 a Applied por considerar que ha modificado su oferta una vez presentada y que no cumple determinados requisitos técnicos.

El 2 de septiembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 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).

Cuarto.- Con fecha 8 de septiembre, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio 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 alegaciones de Applied de cuyo contenido se dará cuenta al estudiar el fondo 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, 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). Al lote 13 presentaron oferta solo dos empresas siendo el único criterio de adjudicación el precio. De estimarse el recurso excluyendo la oferta de la adjudicataria la recurrente podría obtener el beneficio de resultar adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 17 de agosto, e interpuesto el recurso, el 29, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El primer motivo de recurso es la imposibilidad de subsanación y modificación de la oferta técnica por vulneración del principio de igualdad entre licitadores. Señala la recurrente que Applied concurre al procedimiento de licitación ofertando una pinza de sellado con una capacidad de hasta 5 mm de diámetro, y no de 7 mm como así exige el PPT.

Alega Applied que en esta licitación no ha habido propiamente una oferta técnica (el llamado sobre 2) de los licitadores, sino, tan solo, documentación administrativa y oferta económica. Los criterios para la subsanación de la documentación administrativa son distintos y mucho más flexibles que cuando la subsanación se refiere a la oferta técnica. Señala que formuló su oferta, proponiendo, la pinza de disección y sellado *Voyant Fusión Fine 13.5cm*. En relación con dicho dispositivo, se incluyeron, en el sobre número 1 -que debía recoger, entre otros documentos, los acreditativos de la solvencia técnica-, su ficha técnica, su

manual de usuario y una declaración responsable del cumplimiento de la normativa sanitaria -marcado CE-. Además, se proporcionaron las muestras correspondientes. En el manual de usuario que se adjuntó, constaba que el dispositivo únicamente podía sellar vasos de hasta 5 mm, no alcanzando los 7 mm previstos como requisito mínimo. Ello se debió a que, al incorporarse a la propuesta un manual de usuario que no había sido objeto de la debida actualización, siendo que, poco tiempo antes de que se presentara la oferta -en fecha 22 de marzo de 2016-, había sido emitido certificado de calidad que atestiguaba que el dispositivo tenía una capacidad de sellado superior a la inicialmente prevista, alcanzando vasos de hasta 7 mm de diámetro.

A este respecto cabe señalar que se trata de un expediente de suministro a adjudicar mediante criterio precio, cuyo requisito de solvencia técnica exigido es el establecido en el artículo 77.1. e) que establece que la solvencia técnica solicitada de los empresarios podrá acreditarse mediante muestras, descripciones y fotocopias de los productos a suministrar.

La presentación de una oferta, según el artículo 145 del RLCSP supone la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos. El incumplimiento de las condiciones técnicas de participación supone la presentación de una oferta alternativa a lo requerido por el órgano de contratación para satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. La sanción que se aplica al licitador que presente una oferta no ajustada a las prescripciones técnicas, es la exclusión de su oferta.

La cláusula 12 del PCAP establece que *“si observase defectos u omisiones subsanables”* en la oferta, ello se comunicará a los interesados, *“concediéndose un plazo no superior a cinco días naturales para que los licitadores los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios ante la propia Mesa de Contratación”*. En el mismo sentido el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El carácter o naturaleza que debe reconocerse a las muestras determina la posibilidad de subsanación o aclaración. Diversos informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa se pronuncian sobre la presentación de muestras de los productos suministrar con la doble función de verificar la solvencia y como criterio de adjudicación (Informe 4/06 de 20 de junio de 2006 de la Junta Estatal, dictamen 59/04 de 12 de noviembre de la misma Junta). El informe 2/2012, de 22 de febrero, sobre posibilidad de subsanación de la solvencia técnica, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, concluye “... *la posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa de cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se ajuste la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto y ha de concederse por igual a todos los licitadores, en cumplimiento de los principios de no discriminación e igualdad de trato establecidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP*”.

La posibilidad de adjudicar contratos de suministro mediante la valoración de un único criterio, el precio más bajo, exige que los productos estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato.

Tal como aceptan los informes 2/2012, de 22 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid y 4/06, de 20 de junio de la Junta consultiva estatal, es aceptable la presentación de muestras para verificar la solvencia de los licitadores y como criterio de adjudicación. No obstante, ambas fases se regulan por normas diferentes, estando la primera dirigida a identificar la aptitud de la empresa para producir un resultado determinado. Esta posibilidad de doble valoración permite que distintas características, no distintas muestras, tengan un tratamiento diferencial como criterio de solvencia y como criterio de adjudicación, pudiendo las últimas presentarse en sobre cerrado y mantenerse en secreto hasta la apertura de proposiciones.

La presentación de muestras como criterio de selección permite comprobar la capacidad de la empresa licitadora pero no puede ser empleado para seleccionar la oferta más ventajosa. El artículo 146 del TRLCSP enumera la documentación que deben aportar los licitadores acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos que han de acompañar a las proposiciones entre los que se encuentra la solvencia. Asimismo el artículo 160 del TRLCSP permite solicitar informes técnicos cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego.

Estando prevista en el PCAP la presentación de muestras como requisito de solvencia técnica a fin de comprobar la adecuación al PPT el tratamiento que debe seguirse respecto de la posibilidad de subsanación viene expresamente regulado en 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 (RGLCAP) tal como se reconoció en el anteriormente citado informe 2/2012, de la Junta Consultiva de Madrid.

La jurisprudencia ha interpretado que, con carácter general, dichas disposiciones se refieren a la subsanación de la documentación administrativa, y no de la oferta técnica o la económica. Sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen admitiendo la posibilidad de subsanar errores presentes tanto en la oferta técnica como, incluso, en la económica, siempre que de ello no resulte una verdadera modificación de la oferta.

No cabe obviar que además, la muestra se refiere al producto propuesto, es decir reúne a la vez la condición de oferta técnica. La posibilidad de modificación de la oferta está prohibida y sería contraria a los principios de igualdad de trato y concurrencia. No obstante, también respecto de la oferta técnica es posible solicitar aclaraciones tal como reconoce la doctrina de los tribunales en materia de contratación y la jurisprudencia. La subsanación de errores u omisiones, en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible, cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición, después de haber sido presentada.

La Sentencia, de 29 de marzo de 2012 (TJCE 2012, 75), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. y otros* que, entre otras cuestiones, admitía que *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta pueden corregirse o completarse de manera puntual, principalmente, porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta”*.

“Una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos”.

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas, pudiendo resumirse su doctrina del modo siguiente:

1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

3. El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

El Tribunal de Primera Instancia ha calificado como contraria al principio de buena administración la desestimación de las ofertas sin ejercer esa facultad de solicitar aclaraciones, cuando la ambigüedad detectada en la formulación de una oferta pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (Sentencia de 10 de diciembre de 2009 [TJCE 2009, 386]; As. T195/08, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión, apartado 56). Por lo tanto, no se vulnera el principio de igualdad de los licitadores por el mero hecho de que el órgano de contratación -la mesa de contratación en este caso- solicite aclaraciones a los licitadores sobre el contenido de las ofertas que han presentado, ya que dicha actuación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad, igualmente aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

En definitiva, a la luz de las consideraciones precedentes, debe entenderse que la actualización del manual de usuario del producto con el que se concurría a la adjudicación del lote 13 era subsanable al amparo de la cláusula 12 del PCAP. También es susceptible de aclaración el contenido de la oferta técnica.

Resulta, por tanto, indiscutible que determinadas cuestiones advertidas en la documentación integrante de la oferta técnica pueden ser subsanadas, a petición del órgano de contratación, siempre, claro está, que tal subsanación no suponga una modificación de la oferta.

El documento aportado como clave para dicha subsanación y considerado por la recurrente como modificación de la oferta es el manual de usuario adaptado al certificado de UL International fechado el 22 de marzo de 2016, cuando el plazo para presentar proposiciones finalizaba el día 21 de junio de 2016. Se trata por tanto de un documento de fecha anterior a la presentación de la oferta, por lo que aunque Applied habría debido aportar dicho certificado con su oferta inicial, la aportación dentro del plazo de subsanación o aclaración de la oferta no significa modificación de la misma sino acreditación de unos de los requerimientos técnicos. Ni el dispositivo propuesto ni la oferta sufrieron alteración alguna con posterioridad a la apertura del sobre que incluía la documentación técnica. La modificación aducida

por la recurrente no es tal, sino una mera subsanación de la documentación. De ninguna manera, puede entenderse que el hecho de identificar correctamente los datos técnicos de los productos ofertados suponga una ventaja indebida respecto del resto de competidores.

Sexto.- En relación también con el trámite de subsanación concedido cabe pronunciarse sobre la publicidad dada al trámite de aclaraciones o subsanación.

Destaca la recurrente que el acto de subsanación cuya licitud se discute ha sido ejecutado de forma velada, u oculta, sin concederle siquiera un ápice de la transparencia exigida en el ámbito de la contratación pública. En concreto, en ningún momento del procedimiento de licitación la Mesa de Contratación ha dado señal alguna de que efectivamente se había procedido a solicitar aclaraciones sobre la oferta de Applied, y por ende, a permitir su modificación. Entiende la recurrente que sería de aplicación la publicidad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG).

Sobre la ausencia de publicidad del trámite de subsanación, esta afirmación resulta totalmente improcedente puesto que en el trámite de subsanación se ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 81 del RD 1098/2001 y en la cláusula 12 del PCAP.

- *publicación en el tablón de anuncios dispuesto al efecto.*
- *comunicación mediante fax a todos los licitadores incursos en subsanaciones.*
- *constancia en el acta que necesariamente ha de extenderse.*

La única referencia normativa a la exigencia de esta publicación se realiza en el recurso a los términos generales de la LTAIPBG, pero no puede servir de fundamento para la alegación, pues esa normativa se dirige a regular la actuación de la Administración Pública de cara a sus administrados en términos generales, y no con el fin de determinar elementos de procedimientos administrativos concretos - materia que regula el TRLCSP y la normativa de aplicación supletoria-. Asimismo,

las consecuencias establecidas para los incumplimientos determinados en ese precepto están previstas en el artículo 9 de la Ley, que permite al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, u órgano autonómico, dictar resoluciones en las que se establezcan medidas para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan -pero no para anular resoluciones de procedimientos determinados-.

La supuesta irregularidad de la falta de publicación de la aclaración nunca podría entenderse en los términos de nulidad radical previstos en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pues no concurre una ausencia total de procedimiento. Tampoco se incurre en causa de anulabilidad al amparo del artículo 83 de dicha Ley ya que éste establece que los defectos formales únicamente determinan la anulabilidad cuando impiden a los actos alcanzar su fin o dan lugar a la indefensión de los interesados.

La falta absoluta de justificación de la indefensión causada a Medtronic o la imposibilidad de que el acto alcance su fin -únicamente se indica que la falta de publicación *“merma las posibilidades de control y examen de las actuaciones”* y *“fomenta y contribuye a un oscurantismo administrativo”*-, añadida al hecho de que cualquier indefensión se ha visto subsanada con el acceso al expediente, debe conllevar la desestimación de esta alegación.

Séptimo.- Argumenta la recurrente que la Resolución de adjudicación de 12 de agosto es incongruente por cuanto en la misma se adjudica el lote 13 a Applied y a la vez se la excluye por incumplimiento de las prescripciones técnicas. Entiende que resulta nula la resolución de 17 de agosto, rectificativa de la anterior, por cuanto en ella se considera como error la exclusión de Applied en el Lote 13 en vez de la adjudicación del mismo.

Como bien detalla la recurrente, constatado el error material de hecho por el órgano de contratación, tal y como se deduce y aprecia teniendo en cuenta

exclusivamente los datos obrantes en el expediente sin acudir a interpretaciones de normas jurídicas, se procedió a realizar la correspondiente rectificación. Se puede constatar, la voluntad del Órgano de Contratación de adjudicar el lote 13 a la empresa Applied Medical es clara y patente, no sujeta a ninguna interpretación. Por tanto, el error en el que incurre la Resolución de adjudicación tiene su encaje en la rectificación de errores, regulada en el artículo 105 de la Ley 30/1992.

Octavo.- Falta de motivación de la resolución de adjudicación.

Alega la recurrente que estamos en presencia de una Resolución de adjudicación y exclusión, que evidentemente no cumple con este requisito, pues la adjudicación del lote 13 únicamente recoge el importe de adjudicación previsto para el citado lote adjudicado, pero de forma totalmente ajena a de la más mínima explicación del origen de tal adjudicación, y por tanto no satisface el principio de transparencia que preside la contratación administrativa. Considera que la notificación de adjudicación realizada, insuficiente pues en modo alguno permite a la recurrente interponer recurso suficientemente fundado, incumplándose así tanto lo preceptuado en el artículo 151.4 del TRLCSP como el principio de publicidad y transparencia exigido en el art. 1 del TRLCSP. Asimismo afirma que la adjudicación en sí, no recoge de forma motivada las razones que han sido empleadas por el órgano de contratación para dar por válidamente cumplidas las exigencias técnicas del PPT.

En aplicación del artículo 151.4 del TRLCSP, toda resolución de adjudicación debe motivarse:

“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante. (...) En particular expresará los siguientes extremos: (...)

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.”

Lo determinante de la adjudicación son los criterios previamente establecidos en el PCAP, en consecuencia la motivación de la adjudicación contenida en la notificación habrá de hacer referencia a ellos. Así lo recoge el artículo 151.4. Ninguna obligación se establece de que conste el cumplimiento de las condiciones técnicas. Se trata de un análisis previo a la selección de la mejor oferta que determina la admisión o rechazo. Al igual que ocurre con los requisitos previos a que se refiere el artículo 146 son trámites del procedimiento que deben figurar en el expediente, pero que no se pueden reflejar con toda su extensión en la adjudicación. Pretender que en la notificación de adjudicación se justifique por qué cada oferta ha superado la fase de solvencia o cómo cumple las condiciones técnicas más allá de constatar su cumplimiento (en todo caso susceptible de comprobación y recurso) excede los límites exigibles a la motivación.

La Resolución de adjudicación señala lo siguiente: *“Motivación de la adjudicación.- Características de la proposición de los adjudicatarios determinantes de la adjudicación a su favor: Resulta la oferta económicamente más ventajosa, una vez aplicados los criterios establecidos en el PCAP”,* y a ello se acompañan tablas con el resumen de los precios ofertados por cada licitador adjudicatario (base imponible, IVA y total) y anexos que desglosan esos precios con información adicional (plazo, precios unitarios, cantidades, etc.).

Si bien es cierto que no se reflejan los importes de las ofertas de todos los licitadores, resultando que el único criterio de adjudicación es el precio y que las únicas ofertas presentadas al lote 13 son las de Applied y la de la recurrente cuyo importe conoce, la motivación resulta adecuada y suficiente. Los interesados conocen el importe ofertado por ambos licitadores y el contenido de la notificación no ha producido indefensión ni le ha impedido formular el recurso que estamos resolviendo en términos adecuados de fundamentación.

Por otro lado, mal puede conjugarse el estado de indefensión aducido en este punto por la recurrente con el proceso de vista del expediente efectuado por la

misma con fecha 27 de julio de 2016 y mediante la cual pudo examinar, dando satisfacción a su demanda, el expediente completo e incluso tomar notas de él, a excepción de la documentación señalada como confidencial y que le ha permitido la interposición de recurso fundado.

Noveno.- Se alega en el recurso que la oferta de Applied no supera las exigencias técnicas del concurso. El PPT especifica, del umbral mínimo técnico que debe contener la oferta técnica de cada licitadora.

1.- Incapacidad de sellado de hasta 7 mm.

El PPT exige para el lote 13 *“sellado de vasos hasta 7 mm”*.

El producto oferta por Applied es Voyant Fine Fusion. Según la recurrente en el Manual de usuario presentado en tiempo en la oferta inicial para el producto Voyant Fusion Fine se indica claramente que el dispositivo puede diseccionar y sellar vasos de hasta 5 mm de diámetro, pero en ningún caso los 7 mm que exige el PPT.

Tal como hemos concluido anteriormente, si bien es cierto que, en un primer momento, el manual de usuario del producto no indicaba que éste contara con la citada característica, al incorporarse a la propuesta un manual de usuario que no había sido objeto de la necesaria actualización, tras el trámite de aclaraciones, ninguna duda podía haber de que el producto con el que se concurría -el mismo en todo momento- sí cumplía con el requisito del sellado. La cuestión por tanto ya ha sido resuelta.

2.- Incapacidad para soportar tres veces la presión sistólica en el sellado de vasos y tejidos.

El PPT exige que las pinzas de disección y sellado sean capaces de soportar hasta tres veces la presión sistólica en el sellado de vasos y tejidos.

Según la recurrente nada dicen los documentos aportados por la adjudicataria sobre tal extremo, ni los correspondientes a la oferta inicialmente propuesta, ni a aquellos que se aportaron con su modificación lo que determina por sí sola la exclusión de la licitación.

En su escrito de alegaciones reconoce Applied que si bien es cierta la ausencia de mención expresa en la documentación presentada a la capacidad del dispositivo para soportar tres veces la presión sistólica, no lo es menos que tal capacidad se desprende con total claridad de las muestras aportadas, así como del contenido de la documentación -es una característica que se halla íntimamente conectada con otras muchas a las que sí se aludía de forma expresa-. Añade que el PPT no exigía la aportación de documentos específicamente acreditativos de la mentada capacidad, sino, única y exclusivamente, que, del contenido de la oferta técnica y de las muestras, ello pudiera inferirse. Obvia la recurrente que el certificado acreditativo de tal capacidad, tampoco lo incorporó Medtronic a su oferta. No obstante, Applied aporta junto al escrito de alegaciones certificado emitido por la propia empresa en el que dice que *“el dispositivo EB030 Voyant Fine Fusion es un dispositivo indicado para el uso con el generador Voyant electrosurgical generator en cirugías abiertas (...) este dispositivo puede sellar y cortar vasos sanguíneos de hasta 7 mm de diámetro (incluido) y haces de tejido que pueden capturarse con la pinzas del dispositivo (...) Las arterias porcinas selladas en las que se realizaron ensayos de laboratorio obtuvieron en un 100% de los casos una presión de rotura mayor a tres veces la presión sistólica”*.

Considera el Tribunal que la acreditación de todas las condiciones técnicas estaba prevista expresamente en el PCAP cuando exige que se presente la documentación que detalla (fichas técnicas y/o catálogos) con la finalidad de verificar el cumplimiento íntegro de las características técnicas.

Efectivamente la adjudicataria no aportó esta información, sin que se pueda entrar a valorar si lo hizo la recurrente. Sin embargo, la ausencia de información, no

sería suficiente motivo de exclusión, sino que se trataría de un defecto subsanable si se puede acreditar el cumplimiento del requisito a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.

El principio de economía procesal evita que se declare la retroacción de actuaciones para que por la Mesa de contratación se requiera de subsanación. La aportación junto con el recurso de la certificación de cumplimiento del requisito permite tenerlo por cumplido.

3.- Incompatibilidad con los generadores instalados en el hospital.

El PPT establece que las pinzas de disección y sellado han de ser compatibles con los generadores instalados en el Hospital.

Afirma la recurrente que según su información el Hospital Santa Cristina, destinatario del contrato de suministro cuya adjudicación se discute, no cuenta con ningún generador Voyant en propiedad, por lo que difícilmente puede satisfacerse el criterio de compatibilidad exigido por la Administración.

El informe del órgano de contratación no se pronuncia en relación a este ni los restantes requerimientos técnicos más allá de indicar que ya fueron analizados por el Jefe del Servicio de Cirugía General.

Cabe destacar que, para que las pinzas de disección y sellado funcionen correctamente y puedan utilizarse todas sus funcionalidades técnicas conforme a lo exigido en los pliegos, es necesaria su conexión a unos generadores compatibles.

Teniendo en cuenta la declaración aportada mediante la cual se compromete a la cesión de los generadores necesarios para la utilización de la pinza de disección y sellado de vasos, la oferta de la firma Applied Medical es completamente válida.

4.- Incumplimiento de la entrega de documentación en español.

Tanto el PCAP, como hemos recogido en los antecedentes de hecho al establecer el criterio de solvencia técnica, como el de Prescripciones Técnicas regulador del presente procedimiento de contratación requieren:

(...)

Fichas técnicas y/o catálogos de los productos ofertados en castellano, en base a los cuales se comprobará el cumplimiento de las prescripciones técnicas mínimas exigidas en el PPT.

El PCAP en su cláusula quinta, relativo a criterios de selección establece que:

“Se aportarán muestras y la documentación redactada en castellano que se detalla a continuación con la finalidad de verificar el cumplimiento íntegro de las características técnicas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas regulador del presente procedimiento de contratación”.

Por otro lado el artículo 12.2 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, establece que *“la presentación de escritos y documentos de cualquier clase redactados en lenguas extranjeras no producirá ningún efecto ante el Tribunal si no van acompañados de la correspondiente traducción al castellano con los requisitos reglamentariamente exigibles.”*

Afirma la recurrente que la documentación entregada por Applied, en particular, el manual de instrucciones y el marcado CE están en inglés, lo que pone de manifiesto un nuevo incumplimiento de los pliegos y cláusulas que rigen el expediente que impediría al órgano de contratación comprobar el cumplimiento de las prescripciones técnicas mínimas exigidas en el PPT, puesto que es así como viene justificada esta exigencia idiomática.

Sobre esta cuestión, alega Applied que aportó el grueso de la documentación técnica en castellano, incluida la ficha técnica del producto, y que la exigencia contenida en la citada cláusula del PPT no obligaba a aportar tanto la ficha como el manual de usuario en castellano, sino sólo uno de los dos documentos, al contemplar, entre la documentación a presentar redactada en castellano, las “*fichas técnicas y/o catálogos de los productos*”, alternativamente, en su caso.

El Tribunal comprueba que en la documentación consta la ficha técnica del producto Voyant en castellano y las instrucciones de uso en un documento redactado en varios idiomas entre los que figuran inglés, francés y castellano.

Además, no puede obviarse que la Administración no formuló objeción alguna en relación con el idioma empleado en la documentación técnica, por lo que cabe afirmar que la comprendió perfectamente y que la oferta fue valorada con pleno conocimiento de todos sus elementos. De hecho, pudo solicitar aclaraciones al respecto y, salvo por el requisito relativo a la capacidad de sellado, no lo hizo -sin que ello tuviera que ver con el idioma-.

Décimo.- La cláusula 5 del PCAP establece:

“Se entenderá acreditada la solvencia técnica con la presentación de una relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. El importe anual mínimo que el licitador deberá acreditar como ejecutado, en el año de mayor ejecución del periodo antes indicado, deberá ser igual o superior al doble del presupuesto de licitación de la suma de los lotes a los que liciten.

La citada relación de los principales suministros deberá ser avalada por al menos tres certificados de buena ejecución expedidos o visados por el órgano competente (...).”

Afirma la recurrente que *“La posición de mercado de Medtronic le permite asegurar con certeza que Applied no ostenta la facturación de referencia exigida por el PCAP para el lote 13 del que es adjudicataria. Esta parte se muestra tan segura*

que exige al órgano de contratación que en su informe acredite de forma irrechazable el cumplimiento de este criterio de facturación para el Lote 13 por parte de Applied.”

La adjudicataria, en su escrito de alegaciones afirma que la cifra económica exigida para acreditar la solvencia técnica de acuerdo con el artículo 77.1 a) del TRLCSP, es la de la totalidad de los suministros realizados por la empresa, no de manera singularizada los suministros realizados del lote 13, pinzas de disección y sellado de vasos. En ninguna parte del PCAP se establece que esta cifra deba estar referida únicamente a las ventas de este determinado artículo.

El artículo 62 del TRLCSP dispone que, para contratar con el sector público, los empresarios deberán acreditar que poseen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y técnica o profesional que se determinen por el órgano de contratación, requisito que será sustituido por la clasificación cuando sea exigible por dicha Ley. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determine por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79 del TRLCSP.

El fin que se persigue mediante la exigencia de la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, según se recoge en el considerando 39 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, constituye una de las facultades de los Estados miembros para garantizar la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato que se licita. Se trata, así pues, de un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren.

Siendo esto así, debe concluirse que lo que al poder adjudicador interesa desde la perspectiva de la solvencia técnica o profesional es que el licitador demuestre que está en posesión de los medios, de cualquier clase, que sean

necesarios para ejecutar el contrato, justificando sus conocimientos, pericia, eficacia o experiencia.

Para acreditar la solvencia técnica, la referencia a los principales suministros ha de entenderse referida de forma cualitativa y cuantitativa al objeto y volumen del contrato, es decir a la realización de suministros del mismo tipo o naturaleza al que se pretende contratar. Esta es la interpretación reglamentaria recogida en el artículo 11.4.b) del RGLCSP, para los supuestos en que los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para la acreditación de la solvencia. En el supuesto que nos ocupa el PCAP no distingue ni hace referencia a si la relación de los principales suministros ha de hacerse de forma determinada sino que reproduce lo dispuesto en el artículo 77, por tanto la interpretación adecuada será la sostenida por la normativa de desarrollo en el citado reglamento.

En el caso que estamos analizando el criterio de selección es la presentación de tres certificados de buena ejecución y que en el año de mayor ejecución de los cinco últimos el importe sea igual o superior al doble del presupuesto de licitación o de la suma de los lotes a que se licite.

Consta en el expediente que Applied aportó para acreditar su solvencia técnica una relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años indicando el importe –aunque omite el concepto-, fechas y destinatario de los mismos así como :

- un certificado del Hospital La Paz, acreditando un importe en la anualidad de mayor ejecución de 103.358,92 euros, correspondiente a diverso material quirúrgico.

- tres certificados del Servicio Andaluz de Salud, acreditando el suministro de material para videocirugía y material de quirófano, siendo el importe de la anualidad de máxima facturación 264.008,79 euros, 479.334,86 y 270.010,60 euros.

- un certificado del Hospital de Getafe acreditando que ha suministrado material al Hospital “comprometidas en su contrato” -sin especificar cual es el contrato ni su objeto- por importe de 108.11,83 euros en la anualidad de mayor importe.

A pesar de la deficiencia comentada de la relación de los principales suministros y de alguno de los certificados, considera el Tribunal que con la documentación aportada se puede comprobar la suficiencia de los importes requeridos, del número de certificados y su vinculación al objeto del contrato, no siendo necesaria la identidad de lo suministrado con el objeto del contrato, siendo suficiente que se trate del mismo tipo o naturaleza.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 doña M.O.A., en nombre y representación de Medtronic Ibérica, S.A., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario Santa Cristina por la que se adjudica el lote 13 del contrato “Adquisición de material desechable de laparoscopia con destino al Hospital Universitario “Santa Cristina””, expediente SC2/16.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado el 8 de septiembre.

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.