

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

Resolución nº 62/2011

En Madrid, a 28 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por D^a G. J. V. en nombre y representación de la empresa Smith & Nephew, S.A.U, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación para contratar el lote nº 1 del suministro consistente en la “adquisición de suturas manuales y suturas mecánicas con destino a los Centros de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 28 de julio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto para la contratación del suministro consistente en la “adquisición de suturas manuales y suturas mecánicas con destino a los Centros de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud” expediente PA SUM 21-2011-GAP, con un presupuesto de licitación de 216.036,07 euros. Los anuncios de convocatoria de licitación fueron publicados en el B.O.E. de 9 de agosto y Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 17 de agosto.

Segundo.- El 14 de septiembre Smith & Nephew, S.A.U, interpone ante el Servicio Madrileño de Salud, recurso especial en materia de contratación contra el pliego de prescripciones técnicas.

El recurso alega y fundamenta lo siguiente: el establecimiento de una prescripción técnica exigiendo como forma de presentación del producto que sea inferior a 0,5 gramos sólo se cumple por dos de los proveedores del mercado.

Entiende que el criterio de exclusión debería ser superar el precio máximo de licitación y no el límite del contenido del producto, que teniendo en cuenta que la mayoría de las heridas tratadas en atención primaria suelen ser pequeñas un mayor contenido de adhesivo tisular posibilita tratar heridas de mayor longitud o heridas múltiples en un mismo paciente con un solo producto, con el consecuente ahorro de costes. Finaliza solicitando la modificación de dicho pliego de modo que se acepte la presentación del producto en ml. sin

limitación del volumen o capacidad, o con una tolerancia de capacidad que sea la habitual en el uso sanitario para este tipo de productos (entre 0,25 y 0,75ml.).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Smith & Nephew, S.A.U, para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), pues se trata de una persona jurídica que manifiesta su intención de licitar y cuyos derechos o intereses legítimos se han visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Asimismo se acredita su representación.

Segundo.- Especial interés reviste el examen de la presentación o no en plazo del recurso, dadas las consideraciones efectuadas al respecto por el órgano de contratación en su informe que señala que los pliegos de condiciones fueron puestos a disposición de los licitadores el día 28 de julio en las direcciones y puntos de contacto señalados en el anuncio en el D.O.U.E. y el plazo para interponer el recurso comenzaría a computarse a partir del siguiente a la fecha indicada.

El plazo establecido en el artículo 314.2 de la LCSP para la interposición del recurso especial en materia de contratación será de “quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”, añadiendo en su apartado a) que “Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 de esta Ley”. Así, de acuerdo con el citado artículo 142 LCSP habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario se facilita el acceso por otros medios.

Concretamente el citado precepto dice que “cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”. La aplicación de este precepto en relación con el 314.2 nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede ser anterior, puede coincidir, o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, mientras que en el

caso de que se hubiera facilitado por tales medios se contaría a partir de la fecha de conclusión del plazo para presentar ofertas. Cuando el acceso a los pliegos haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos este Tribunal entiende que razones de seguridad jurídica aconsejan computar dicho plazo a partir de la fecha límite de presentación de proposiciones puesto que el citado artículo 314.2 establece como fecha de cómputo para la interposición del recurso el día siguiente a que los pliegos han sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores y ante la imposibilidad de acreditar de forma fehaciente en el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos, la única solución es considerar como fecha a partir de la cual comienza a computarse el plazo para recurrir el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no puede alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos, sin perjuicio de que el recurso se haya podido interponer con anterioridad a esa fecha. Una interpretación estricta de los plazos de cómputo para la interposición del recurso resultaría contraria al principio pro actione.

Por tanto la fecha de publicación en los boletines oficiales o en el perfil de contratante no puede ser considerada como puesta a disposición de los licitadores, ni utilizarse como fecha de cómputo para la interposición del recurso contra los pliegos. Para poder computar el plazo de 15 días hábiles señalado en la LCSP es necesario que se acredite fehacientemente el momento de recepción o de puesta a disposición de los pliegos o candidatos. En el expediente remitido no consta que el órgano de contratación haya remitido copia íntegra del pliego al recurrente, ni que este haya examinado su contenido en las dependencias del órgano de contratación.

Sí, que fue publicado en el perfil de contratante el 17 de agosto, desde donde se pudo tener acceso a los pliegos. En consecuencia, resulta lógico afirmar que el recurrente obtuvo por medios electrónicos los pliegos, a través del perfil de contratante, siendo la fecha límite de presentación de ofertas hasta el 19 de septiembre de 2011, por lo que debe entenderse que el recurso, registrado el 14 de septiembre, se presentó en plazo.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 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.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente a un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 310.1. a) y 310.2 .a) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en el rechazo de la especificación técnica del artículo del lote nº 1 “adhesivo líquido de uso tópico con aplicador estéril de un solo uso. Composición 2-octil cianocrilato. Que no

requiere conservación en frío. Presentación inferior a 0,5 g.”. Se alega que dicha forma de presentación sólo la cumplen dos proveedores de los existentes en el mercado, siendo la presentación de su producto de 0,7 ml. Afirma que solo dos de los proveedores existentes en el mercado de adhesivos tisulares cumplen con todos los puntos reflejados en la descripción y ello parcialmente puesto que sus presentaciones son en ml. y no en gramos tal como se especifica en el pliego técnico. Alega la recurrente que el artículo 101.2 de la LCSP establece que “las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores sin que se pueda tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.”

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la LCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, corresponde al órgano de contratación la definición de las necesidades a satisfacer y determinar las características de los productos a suministrar. El Servicio Madrileño de Salud tiene derecho a determinar el tipo de material que desea utilizar. Como límite a dicha determinación de las prescripciones técnicas figura y así lo alega la recurrente, el respeto a los principios de igualdad y concurrencia.

Señala el órgano de contratación que el envase de adhesivo tisular se utiliza en Atención Primaria en las heridas de pequeño tamaño (entre 2-4 cm) dado que las de mayor tamaño se remiten al hospital de referencia y al ser un producto estéril, se utiliza una sola vez por paciente. Por tanto, señala, la oferta más ventajosa para Atención Primaria es aquella que contenga el menor coste por envase, sin limitar en ningún caso la concurrencia de licitadores.

La competencia es una situación en la cual los agentes económicos tienen la libertad de ofrecer bienes y servicios en el mercado, y de elegir a quién compran o adquieren estos bienes y servicios. En general, esto se traduce por una situación en la cual, para un bien determinado, existen una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes.

Los oferentes se encuentran así en una situación de competencia para ser preferidos por los consumidores, y los consumidores, a su vez, para poder acceder a la oferta.

Esta situación supone, unos mecanismos de adaptación permanente de la demanda y de la producción, a fin de ajustarse al objetivo al que se quiere llegar.

Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La

Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida.

Todos los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

Por tanto, este Tribunal entiende que la exigencia de una determinada forma de presentación de un producto, a la cual pueden adecuarse los productores si lo desean, no limita la concurrencia.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Smith & Nephew, S.A.U., contra el Pliego de prescripciones técnicas de la licitación para contratar el lote 1 del suministro consistente en la “adquisición de suturas manuales y suturas mecánicas con destino a los Centros de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

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 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 319 LCSP.