

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

En Madrid, a 15 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don I.V.V., en nombre y representación de ConvaTec, S.L., contra la Resolución nº 212/2015, de 8 de junio del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad por la que se adjudica y se les excluye de la licitación de los lotes 23, 24 y 25, del Acuerdo Marco para el “Suministro de apósitos estériles, para el tratamiento y prevención de heridas y úlceras cutáneas”, número de expediente: A.M.P.A. 3/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 24, 31 de julio y 8 de agosto de 2014, se publicó respectivamente en el DOUE, el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al acuerdo marco de referencia, con un valor estimado de 13.370.368,10 euros, dividido en 58 lotes a adjudicar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

Interesa destacar en relación con el motivo del recurso determinadas características técnicas de los productos de los lotes 23, 24 y 25 establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

“LOTE 23. ESPUMA DE POLIURETANO SIN BORDES ADHESIVOS 10 Cm x 10 Cm y <15 Cm x 15 Cm. BAJA ADHERENCIA.

LOTE 24. ESPUMA DE POLIURETANO SIN BORDES ADHESIVOS 15 cm x 15 cm y <20 cm x 20 cm. BAJA ADHERENCIA.

LOTE 25. ESPUMA DE POLIURETANO SIN BORDES ADHESIVOS 20 cm x 20 cm. BAJA ADHERENCIA.

.....

Baja adherencia, entendiéndose por apósitos de baja adherencia aquellos que evitan la adherencia provocada por el exudado de las heridas que al secarse se fija al apósito de cura, y por tanto presentan espacio de protección en la interfase (Entre la herida y la superficie del apósito en contacto con la misma) y, facilitan además una retirada atraumática del mismo”.

Segundo.- Tras la tramitación correspondiente, mediante Resolución de fecha 8 de junio de 2015, del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, se adjudicó el acuerdo marco quedando la recurrente excluida respecto de los lotes indicados, especificándose en la Resolución como causa de exclusión en todos los casos:

“Excluidos por presentar un apósito no adherente a un lote de baja adherencia. No se adhieren absolutamente nada”.

El día 11 de junio de 2015 se notifica la Resolución de adjudicación y de exclusión a los licitadores.

El 23 de junio de 2015, ConvaTec, S.L., presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación y su exclusión de los lotes 23, 24 y 25 del acuerdo marco, de conformidad con el artículo 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público, en adelante TRLCSP. El recurso fue anunciado el mismo día al órgano de contratación.

En el recurso se solicita que se anule la exclusión acordada ya que sus productos cumplen las características que especifica el PPT para considerar que se cumple la característica de baja adherencia.

En consecuencia, solicita se acuerde la anulación de la adjudicación de los lotes mencionados y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la misma, al objeto de que se le incluya en la clasificación en la posición que le corresponda de acuerdo a los criterios de valoración.

Tercero.- Con fecha 7 de julio de 2015 se remite a este Tribunal el expediente administrativo, aportando el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Con fecha 8 de julio se concedió a los interesados trámite de audiencia, no habiéndose presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de ConvaTec, S.L., para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

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 Acuerdo Marco de suministro, cuyo valor estimado asciende a 13.370.386,10 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la Resolución de adjudicación se produjo el 11 de junio por lo que el recurso presentado el día 23 de junio se interpuso en plazo.

Quinto.- El recurso sostiene que los productos ofertados cumplen las especificaciones técnicas, teniendo en cuenta que el PPT determina las características que debe cumplir el producto para ser considerado de baja adherencia, características que cumple el producto ofertado.

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 definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican

los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Sentado lo anterior, debe considerarse si los productos ofertados para los lotes, cumplen las características técnicas exigidas, respecto del requisito de baja adherencia.

De acuerdo con el PPT, para apreciar que existe esa baja adherencia los productos deben:

- Evitar la adherencia provocada por el exudado de las heridas que al secarse se fija el apósito a la cura.
- Presentar espacio de protección en la interfase.
- Facilitar una retirada atraumática del mismo.

La recurrente alega que *“El apósito presentado por ConvaTec y que ha sido excluido, presenta estas tres características tal y como se indica en su ficha técnica que se remitió al órgano de contratación y que se adjunta como documento nº8, donde se dice textualmente que el producto se compone de una:*

Capa central de hidrofibras de Tecnología Hydrofiber: Capa formada exclusivamente de hidrofibras de carboximetilcelulosa sódica (Tecnología Hydrofiber), con una densidad de 100g/m2. Esta capa gelifica en contacto con el exudado de la herida y mantiene un medio húmedo, aportando:

1) *Bloqueo del exudado de la herida y cualquier agente nocivo, (cumpliendo así el requisito nº 1 ya que el bloqueo del exudado es lo que impide la adherencia provocada por dicho exudado).*

Continúa la ficha técnica clarificando que: La capa de Hydrofiber en contacto con la herida crea un gel suave y cohesivo (cumpliendo así el requisito nº 2 ya que el gel proporciona la solicitada protección en la interfase) que se adapta de forma íntima a la superficie de la herida, manteniendo un medio húmedo en la herida, (que favorece el proceso de cicatrización) y ayuda a la retirada del tejido no viable de la herida (desbridamiento autolítico) sin dañar el tejido (cumpliendo así el requisito nº 3 ya que la retirada sin dañar el tejido y sin adherirse es el requisito fundamental para provocar la retirada atraumática solicitada).

Por tanto está meridianamente claro que el producto presentado, cumple con los tres requisitos solicitados para ser aceptado como de baja adherencia y no procede su exclusión por los motivos indicados en la resolución, que sin entrar a valorarlos, son totalmente ajenos al propio pliego de condiciones técnicas”.

El órgano de contratación por su parte, indica en el informe lo siguiente:

“1.- Denominación del producto: ofertado: “Aquacel foam: No adhesivo”, según se recoge en su propia documentación y no de baja adherencia como se solicita en los pliegos. En su documentación en el apartado de “propiedades y beneficios”, dice textualmente “La captación fluido y las propiedades gelificantes proporcionan al paciente...no adherencia y cura húmeda.” (sic).

2.- En los apósitos de baja adherencia el producto que actúa en la interfase, ejerce su acción sin depender de la cantidad de exudado de la herida.

La capa denominada Hydrofiber, según su documentación es una capa de carboximetilcelusosa sódica (CMC Na), que gelifica en contacto con el exudado de la herida, mientras que lo que se especifica en la documentación técnica es que el espacio de protección debe estar presente antes de ser colocado. Tal y como ofertan las empresas que tienen materiales de estas características, hay una capa de material que no gestiona el exudado (eso es función de la espuma de poliuretano), sino que simplemente mantiene separada la espuma del lecho de la

herida, para evitar que esta se adhiera. Estos materiales (generalmente silicona o hidrogel) no dependen de la cantidad de exudado para mantener el grado de humedad, mientras que la CMC Na no genera un medio húmedo en sí misma, además si disminuye la cantidad de exudado. La CMC Na se seca y se adhiere al lecho de la herida, no ocurriendo con los apósitos de baja adherencia que al tener ese espacio de protección (silicona o hidrogel), no dependen de la cantidad de exudado para comportarse como apósitos de baja adherencia.

3.- La forma de actuación de los apósitos no adhesivos de baja adherencia, es que son apósitos que al no tener bordes adhesivos, deben mantener una baja adherencia al lecho de la herida, para facilitar su posicionamiento y mantenimiento del mismo en el lugar deseado. Sin embargo tal y como se solicitaba en los pliegos deben presentar una interfase que permita estas dos características exigidas: baja adhesividad y protección del lecho de la úlcera.

4.- La transformación de la CMC Na en una forma gelificada puede interferir en la absorción de la espuma de poliuretano, ya que ésta se extiende sobre toda la superficie de la espuma, mientras que en los apósitos de baja adherencia, las sustancias que separan el lecho de la herida de la espuma, se extiende en forma reticular de manera que permite el paso de exudado libremente desde el lecho de la herida hacia la espuma y no intervienen en la gestión del exudado”.

Cita además el informe, la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, que se refiere al respeto a la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y requeridos.

Examinadas las circunstancias, debe entenderse que nos encontramos ante una cuestión que afecta plenamente a la discrecionalidad técnica de la Administración.

Cabe citar en relación con el supuesto analizado, la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que

sostiene respecto de un caso análogo: *“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 incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de 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 este caso se discuten las características de un producto sanitario y sus propiedades desde un punto de vista terapéutico.

El informe de los servicios técnicos, aportado por el órgano de contratación, está debidamente motivado y argumentado por lo que el Tribunal, no tratándose de una cuestión jurídica sino técnica sanitaria, debe como ocurre siempre que existe una valoración técnica debidamente justificada, admitir el juicio expresado por los servicios técnicos sin poder sustituirlo.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don I.V.V., en nombre y representación de ConvaTec, S.L., contra la Resolución nº 212/2015, de 8 de junio del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad por la que se adjudica y se le excluye de la licitación de los lotes 23, 24 y 25 del Acuerdo Marco para el “Suministro de apósitos estériles, para el tratamiento y prevención de heridas y úlceras cutáneas”, número de expediente: A.M.P.A. 3/2014.

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.- Levantar la suspensión mantenida por el Tribunal con fecha 26 de junio de 2015, respecto de los lotes afectados.

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.