

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

En Madrid, a 3 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don L.V.G., en nombre y Representación de Molnlycke Health Care, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, números de orden 26, 27, 28 y 9, del lote 1, que han de regir contrato de “Suministro de cobertura quirúrgica desechable”, nº de expediente: PA 44/2014HUP, del Hospital Universitario de La Princesa, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 4, 11 y 15 de noviembre de 2014, respectivamente se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el BOCM y en el BOE, con un valor estimado de 496.844,60 euros. Los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el 11 de noviembre.

Segundo.- El 18 de noviembre de 2014, la empresa Molnlycke Health Care, S.L. presentó recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato, ante el órgano de contratación, junto con el anuncio a que se refiere el artículo 44.1

del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP.

En el escrito se alega que las características exigidas al producto a suministrar para los lotes objeto del recurso son no solo excesivos, sino excluyentes impidiendo la concurrencia en el mercado de gran parte de proveedores, en los términos que se detallarán al examinar cada una de las alegaciones.

Tercero.- Con fecha 21 de noviembre de 2014 se remite a este Tribunal el recurso junto con el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Molnlycke Health Care, S.L ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por 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), puesto que si bien no es licitadora, aun no ha concluido el periodo de presentación de ofertas, lo que se producirá el día 9 de diciembre, estaría en condiciones de presentar una oferta al constituir su objeto social *“el desarrollo producción, fabricación, comercialización y venta de todo tipo de productos sanitarios y de higiene, así como productos de plástico o papel para los mercados sanitarios y de la higiene (...)”*, tal y como consta en la escritura de apoderamiento aportada.

Asimismo resulta acreditada la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos correspondientes a un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 496.844,60 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Así la publicación de la convocatoria en el BOE se produjo el 15 de noviembre y los pliegos se ponen a disposición de los interesados mediante la publicación en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid el día 11 del mismo mes publicándose la convocatoria también en dicha fecha en el BOCM.

Cuarto.- 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.

Quinto.- El recurso se fundamenta en una pretendida vulneración del principio de concurrencia, como consecuencia de la descripción de los productos a suministrar en cada lote.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) 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.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente

más ventajosa.

El artículo 117 del TRLCSP establece con carácter de principio general que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

Procede pues examinar el contenido de las prescripciones establecidas para cada lote desde la óptica del respeto a los principios de igualdad y concurrencia plasmados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP. El examen se realizará con independencia del orden que corresponde a cada producto en el Lote 1, siguiendo el mismo que el recurrente, por claridad expositiva.

1.-Números de orden 27 y 28 del Lote 1, Batas Tipo 1 reforzadas.

El PPT exige para este producto que las batas tengan un gramaje $\geq 84\text{g/m}^2$, y sellado de mangas por ultrasonido y refuerzos termosellados. Aduce la recurrente que el requisito del gramaje es excesivo puesto que el gramaje de las batas reforzadas que tienen la totalidad de las casas comerciales oscila entre 35 y 55 g/m^2 . Aporta para acreditar su afirmación los pliegos de los procedimientos convocados por los Hospitales 12 de Octubre y Gregorio Marañón.

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala que se acepta la alegación modificando el PPT en tal sentido, cambiándolo por gramaje 55 g/m^2 .

Si bien no consta que se haya verificado esta modificación, lo que determinaría la satisfacción extra procedimental de esta pretensión de la recurrente que obligaría a este Tribunal a no entrar a conocer el fondo del asunto, lo cierto es que correspondiendo al órgano de contratación la determinación de las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, a la vista del contenido del informe del órgano de contratación aceptando la modificación de la prescripción

relativa al gramaje de las batas, no cabe más a este Tribunal que estimar el recurso por este motivo.

En cuanto al sellado de las mangas y refuerzos, la recurrente únicamente manifiesta que es excesivo sin apuntar las razones de tal aseveración, frente a lo que el órgano de contratación aduce que con estas características, se pretende ofrecer al profesional que las utiliza seguridad frente al contacto directo de agentes biológicos y productos químicos, dado que manos y brazos están siempre en contacto con la zona de incisión quirúrgica abierta al paciente.

La diferencia entre el cosido y el sellado, como ha tenido la ocasión de constatar este Tribunal con motivo de otros recursos en relación con este mismo producto, es que mientras el cosido presenta micro incisiones de aguja, por las que se podrían introducir microorganismos, con el sellado no se producen tales incisiones sino que ambas partes de tejido quedan totalmente unidas en las costuras, sin que permita el paso de aquellos.

Por lo tanto, queda justificada la exigencia, sin que se aprecie arbitrariedad o limitación de la concurrencia en su establecimiento, antes bien obedeciendo a las necesidades del órgano de contratación en los términos del artículo 22 del TRLCSP.

2.- Número de orden 9 del Lote 1 Sábana de aislamiento vertical.

El PPT exige que la sábana a suministrar no sea transparente, entendiendo la recurrente que dicha exigencia no tiene justificación técnica ninguna y su establecimiento impide la concurrencia en el mercado de una gran parte de proveedores, indicando que no posee en su catálogo un producto como el solicitado, lo que según afirma, nunca ha supuesto un obstáculo para resultar adjudicataria de numerosos contratos de la Administración, puesto que en el caso de que algún centro hospitalario considerara relevante crear una barrera visual entre la zona quirúrgica y el paciente, todos los proveedores disponen de paños quirúrgicos que se colocan detrás de la sábana impidiendo la visión.

El órgano de contratación indica, con cita de un informe de enfermería que señala que *“La justificación de solicitar la sábana de asilamiento vertical no transparente obedece a que son procedimientos quirúrgicos, que se realizan en su mayoría con anestesia loco-regional, es decir con el paciente despierto y con visión directa de lo que le están realizando. De esta manera se minimiza el estrés quirúrgico al paciente. Siempre que se utilice una sábana transparente es necesario colocar un paño que establezca una barrera visual entre el paciente y el campo quirúrgico. Por tanto, si se utiliza una sábana transparente, es preciso incluir en el equipo para ese procedimiento, un elemento más: Paño estéril”*.

Cabe indicar que la circunstancia de que un producto solo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la libre competencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab,-relativa a criterios de adjudicación, pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa- frente a la alegación de que se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador, podía proponer, afirma que *“el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Como hemos señalado en diversas ocasiones, la determinación de 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, si bien esta facultad encuentra un límite fundamental en el respeto al principio de libre competencia. La apreciación de si existe o no vulneración de este principio mediante el establecimiento de condiciones restrictivas, exige un examen de la justificación o motivación de la característica concretamente exigida. En este caso, resulta justificada la exigencia a juicio de este Tribunal, con el

informe elaborado por la Dirección de enfermería, tanto desde el punto de vista del tratamiento al paciente, como desde la racionalización de la contratación de suministros hospitalarios, al evitar la adquisición de dos productos para una funcionalidad que puede obtenerse con uno solo.

3.- Número de orden 26 del Lote 1 Bata de Protección Especial para RTU (EDCU).

El PPT exige en cuanto a su composición *“lámina de poliéster elastomérico laminado con un tejido multicapas de polipropileno, triple capa.”*

Señala la recurrente que estos requisitos de composición son específicos de cada casa comercial y no se pueden generalizar, explicando que Molnlycke Health Care tiene una bata de protección especial de RTU diseñada con unos componentes distintos, pero válida para la misma finalidad perseguida por el Hospital, y planteando por qué resulta más idónea una bata con lámina de poliéster elastomérico laminado con un tejido multicapas de polipropileno, triple capa, que una de polietileno y una capa de confort de poliéster/polietileno en spunbond, aduciendo que no existe ninguna ventaja técnica, teniendo en cuenta la finalidad de las batas de protección especial RTU, cual es la de ofrecer una barrera estéril entre el usuario y el cuerpo del paciente para evitar la dispersión de partículas contaminantes, lo que se consigue con el modelo que propone.

Añade que resulta sorprendente que se establezcan unos valores determinados en las pruebas de test, que reproduce, en vez de exigirse los valores de la normativa EN-13795, insistiendo que cada proveedor tiene composiciones diferentes y por tanto unos resultados de test diferentes todos dentro de la norma de calidad indicada.

El órgano de contratación respecto de la composición de la bata indica que se hace referencia a una bata transpirable e impermeable en la totalidad de la superficie fronto-lateral, y en la totalidad de mangas sin dejar áreas libres de la

impermeabilización siendo el tejido indiferente, aunque la capa de confort o polietileno spundbond no es adecuada porque al desplegarse produce partículas.

Dado que a juicio del propio órgano de contratación el tipo de tejido es indiferente, sin perjuicio de la capa de confort, cabe modificar el PPT en este extremo, con el objeto de que la definición de las características técnicas de las batas, no sean susceptibles de generar discriminación en los términos del artículo 117 del TRLCSP.

Respecto de los valores exigidos se acepta la alegación indicando que modificará el PPT para recoger los valores de la norma EN 13795. Se estima el recurso por este motivo, con los mismos fundamentos expuestos respecto de los números de orden y lotes 1.27 y 1.28.

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 parcialmente el recurso especial, interpuesto por don L.V.G., en nombre y Representación de Molnlycke Health Care, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, números de orden 26, 27, 28 y 9, del lote 1, que han de regir contrato de “Suministro de cobertura quirúrgica desechable”, nº de expediente: PA 44/2014HUP, del Hospital Universitario de La Princesa, debiendo modificarse los pliegos, en los términos indicados en los fundamentos de esta Resolución, procediendo, en su caso, a una nueva licitación.

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.