

Recurso nº 147/2020
Resolución nº 157/2020

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

En Madrid, a 2 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Temaer Hospitalaria, S.A contra la Resolución de la Gerente Adjunta de Gestión y Servicios Generales de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se adjudica y se la excluye del lote 2 del contrato “Suministro de bolsas de orina, sondas rectales, vesicales y tapón obturador con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Sermas” expediente A/SUM032623/2019 convocada por Consejería de Sanidad-Servicio Madrileño de Salud-Gerencia de Atención Primaria, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que con fecha 13 de diciembre de 2019 se publicó en el BOCM la contratación de referencia con un valor estimado de 181.562,80 euros.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso que el pliego de prescripciones técnicas establece las siguientes características mínimas que

debe de cumplir el artículo objeto del recurso (lote 2, sublote 2.1."bolsa orina pediátrica"):

"Bolsa cerrada, libre de PVC. Material uso médico

Adhesivo tisular libre de látex, hipoalergénico y atraumático testado clínicamente.

Bordes de sellado redondeados y atraumáticos

Válvula anitirretorno.

Sellado del film altamente resistente a presiones excesivas, de gran seguridad y estanqueidad, que permita sellar la zona perianal, evitar filtraciones de heces y garantizar la sujeción de la bolsa.

Facilidad de retirada y atraumática.

Capacidad minima 100 ml.

Presentación en envase individual estéril de fácil apertura.

Adecuación a normativa CE. Clase I estéril.

En el envase individual debe figurar fecha de caducidad y exento de látex"

Como documentación técnica para verificar el cumplimiento de las prescripciones técnicas se requería la recogida en el apartado 9 la cláusula 1 del PCACP debiendo incluirse la misma en el sobre número 3 "Documentación Técnica" para la Acreditación cumplimiento prescripciones técnicas

Tercero.- Con fecha 28 de enero de 2020 se emite Informe Técnico por la Comisión de Adquisiciones y Evaluación de Productos de esta Gerencia Asistencial de Atención Primaria haciendo constar que la empresa recurrente no cumple las prescripciones técnicas requeridas, por el siguiente motivo: "adhesivo traumático, con retirada traumática".

Cuarto.- Con fecha 09 de junio de 2020, se notifica electrónicamente la Resolución de Adjudicación donde figura el recurrente en el Apartado Licitadores excluidos y motivos. - Por no ajustarse a lo exigido en los pliegos de prescripciones técnicas: el motivo transcrita.

Quinto.- Con fecha 26 de junio de 2020, por la representación de la empresa Temaer Hospitalaria, S.A., se interpone recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 2 del contrato y su exclusión.

Sexto.- El 26 de junio de 2020 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). No se estima necesario para resolver el recurso dar alegaciones al adjudicatario, por ser una cuestión estrictamente técnica a discusión con la Administración, y no ser tenidos en cuenta otros elementos de juicio, todo ello a tenor del artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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 un licitador que quedó excluido de la licitación de un lote donde solo concurrían dos y por ello “*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 notificado el 9 de junio de 2020, y el recurso presentado el 26 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles prescrito por el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación y su exclusión de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 44. 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, este se basa en la existencia de un error en la valoración técnica al considerar que no es cierta la alegación de la Administración.

En el informe técnico se desarrolla la misma:

En primer lugar se afirma que la documentación de cierre 3M viene en inglés, y no traducida, por lo que no debe ser admitida.

En segundo lugar, que testadas las muestras clínicamente se comprueba que la retirada no es suave. Además se observa que la textura rígida del plástico y el sellado de la parte posterior no es atraumático, produce fricción en la piel que se ha observado a la retirada de la bolsa.

En la notificación no figura el motivo del idioma, al que sí refiere la contestación al recurso.

El recurrente argumenta diversos motivos:

1. El antiformalismo que debe regir el procedimiento administrativo y la aplicación del principio “pro actione”, citando doctrina incluso constitucional sobre la materia.
2. La vulneración del principio de concurrencia competitiva.
3. La falta de motivación del acuerdo de exclusión, citando al respecto el artículo 35 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común y el 84 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. El cumplimiento de las prescripciones técnicas y su larga experiencia. Y en concreto del requisito debatido:

"Bolsa cerrada, libre de PVC. Material uso médico. - Adhesivo tisular libre de látex hipoalergénico y atraumático testado clínicamente. Bordes de sellado redondeados y atraumáticos Válvula antirretorno. Sellado del filme altamente resistente a presiones excesivas, de gran seguridad y estanqueidad que permita sellar la zona perianal, evitar filtraciones de heces y garantizar la sujeción de la bolsa. Facilidad de retirada atraumática. Capacidad minina aproximada 100ml. Facilidad de retirada y atraumática Presentación en envase individual estéril de fácil de apertura. Adecuación a normativa CE. Clase I estéril. En el envase individual debe figurar fecha de caducidad y exento de látex".

Señala que el desde el momento en que su representada tiene registrado el producto como producto sanitario y cumple con el marcado CE de productos sanitarios, podemos entender que la manifestación hecha por la Mesa es un juicio de valor meramente subjetivo y que "la condición de traumático del adhesivo y por ende del producto , y la grave acusación que la Mesa de Contratación ha realizado sobre la bolsa Recogida de Orina TEMAPAR" como producto traumático no debe ser en ningún momento un hecho subjetivo o basado en la experiencia de la Mesa de Contratación, ha de ser cuantificado y basado en hechos e incidentes mesurables y acontecimientos que hayan ocasionado lesiones en pacientes debidamente reportados y documentados, puesta en conocimiento la Resolución de la Mesa de Contratación del mencionado concurso a la empresa proveedora del adhesivo 3M el Responsable científico de la Compañía Frank Ajuelos /Sales Engineer Medical Materials and Technologies, requiere a la mesa la siguiente información , dado que ha sido la Mesa de Contratación la que ha referido la condición de traumático al adhesivo 1525L Blenderm fabricado por dicha compañía y utilizado en múltiples aplicaciones sanitarias".

Al objeto de demostrar el no traumatismo aporta una serie de documentos en inglés del adhesivo 3 M.

En definitiva, afirma que no se ha reportado ningún caso de lesión en ningún usuario por esta circunstancia.

A las alegaciones 1 a 3 no contesta el Órgano de contratación. No obstante, este Tribunal entiende que no son atendibles. El principio “pro actione” como propiciador de la continuidad en el procedimiento no permite soslayar la igualdad de trato a los licitadores ni el cumplimiento de las prescripciones técnicas. Igualmente, el principio de concurrencia competitiva es la apertura a la misma, no la continuidad en el procedimiento independientemente del cumplimiento o no de las susodichas prescripciones.

En cuanto a la falta de motivación del acuerdo de exclusión, en el caso la motivación por remisión al incumplimiento de una prescripción técnica es suficiente. Aunque escueto el motivo, su suficiencia se acredita porque no ha generado indefensión alguna al recurrente, quien argumenta extensamente sobre el cumplimiento de la prescripción técnica.

La condición, como dice el Pliego se testa clínicamente, esto es, por los técnicos evaluadores del suministro. No cabe en un suministro sanitario diferir la evaluación del cumplimiento o no de las exigencias técnicas al reporte de los efectos nocivos para los pacientes o usuarios del empleo de los mismos. De otra parte, el marcado CE o el registro como producto sanitario son ajenos a la evaluación técnica sobre el elemento referido al adhesivo.

Este Tribunal, aunque el Órgano de contratación no lo recoja en su resolución, no puede hacerse cargo ni examinar la documentación en inglés del adhesivo 3M. Cualquier documentación en el procedimiento administrativo, ya contractual o en vía de recurso, tiene que presentarse en el idioma oficial, en el caso en castellano, tal y como señala el artículo 15 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares: *“Forma y contenido de las proposiciones. Las proposiciones se presentarán redactadas en lengua castellana, o traducidas oficialmente a esta lengua”*.

Este Tribunal no puede admitir los documentos en inglés que remiten de 3M como prueba de la no traumaticidad del adhesivo.

Por todas estas razones, no aportando ningún elemento de juicio que desvirtúe la discrecionalidad técnica de la Comisión de Evaluación, procede desestimar el recurso especial en materia de contratación.

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 la representación de Temaer Hospitalaria, S.A contra la Resolución de la Gerente Adjunta de Gestión y Servicios Generales de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se la excluye del lote 2 del contrato “Suministro de bolsas de orina, sondas rectales, vesicales y tapón obturador con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Sermas” expediente A/SUM032623/2019 convocada por Consejería de Sanidad-Servicio Madrileño de Salud-Gerencia de Atención Primaria.

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.