

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

En Madrid, a 8 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J. L. R., actuando en nombre y representación de la empresa 3M ESPAÑA, S.L., contra la Resolución de adjudicación del lote 2 a la casa comercial SMITH & NEPHEW, S.A.U. del expediente Nº PA SUM 18/038, convocado para el “Suministro de esparadrapos, apósitos, torundas y vendajes convocado por el Hospital Universitario de Fuenlabrada”, este Tribunal Administrativo ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 de octubre de 2018 se publicó en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid, el anuncio de convocatoria del procedimiento de licitación del referido contrato de suministros de referencia a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios todos ellos valorables mediante fórmula. El valor estimado del contrato es de 1.183.344,50 euros.

Segundo.- Con fecha 10 de abril de 2019 se ha recibido en este Tribunal escrito referido, formulando recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 2.

El lote 2 tiene por objeto “apósito transparente de poliuretano-fija catéter adultos, pediátricos y centrales”, correspondiendo a los números de orden 5, 6 y 7. En los dos primeros en el Pliego de Prescripciones Técnicas, entre las características se exige en los ordinales 5 y 7 : “con soporte de papel satinado que facilite la colocación”. Y en cuanto a las medidas, se comprenden las siguientes:

- 5: 7 x 8,5 cm
- 6: 5 x 5,7 cm
- 7: 8,5 x 11,5 cm

3M ESPAÑA alega el incumplimiento de las Prescripciones Técnicas de la adjudicataria, en lo que atañe a los siguientes elementos:

- a) La solución ofertada por la casa comercial SMITH & NEPHEW, S.A.U. no cumple con la exigencia técnica “con soporte de papel satinado que facilite la colocación”.
- b) Asimismo, atendiendo a las medidas fijadas en los pliegos rectores. SMITH & NEPHEW, S.A.U. no cumple para ninguna de las posiciones que oferta, con las medidas exigidas para los apósitos.
- c) Alega también falta de motivación y no haber podido acceder a las muestras para comprobar los datos.
- d) Finalmente, alega sobre la duración de los apósitos, que debe ser de siete días en condiciones normales sin que se despegue.

Por la Secretaría del Tribunal, se requirió el 11 de abril de 2019 al órgano de contratación la remisión del expediente y del informe preceptivo 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 transponen 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), que tuvo entrada en este Tribunal el 15 de abril, en el que acompaña el informe de los Servicios Técnicos que contesta:

- a) En cuanto al soporte con papel satinado que facilite la colocación:

- Todos los productos presentados por la casa comercial Smith & Nephew tienen soporte que facilita la colocación en toda la superficie del apósito, siendo este soporte transparente, viendo esta característica de transparencia como una ventaja por parte de los responsables de las unidades que han hecho la evaluación de los productos, ya que facilita la visualización tanto del catéter como de su recorrido a la hora de colocar el apósito no interfiriendo en el objeto de indicación del producto que es la fijación de catéteres.
- Que de los productos presentados por la casa comercial 3M solamente presenta esta característica de soporte de papel satinado en uno de ellos (apósito de fijación de vía adulto, orden 5) y que tanto en el apósito pediátrico como en el de vía central no lo llevan. Según los responsables de las unidades que han hecho la evaluación de los productos, el que no lleve soporte tanto el apósito pediátrico como el de vía central, no ha modificado ni la técnica ni el objeto de indicación del producto que es la fijación de catéteres.
- Se acuerda con los responsables de las unidades de evaluación dar como aptos a las dos casas comerciales.

En cuanto a las medidas del apósito se afirma que ninguna de las dos casas comerciales, 3M España S.L. y Smith and Nephew cumple con las medidas, pero que se han admitido las dos porque son las que más se aproximan a las medidas y para que no quedara desierto el lote.

Todo ello se afirma sobre fichas técnicas, que se vuelven a revisar con ocasión del recurso, ya que no se conservan las muestras, y reunidos los responsables de Pediatría, UCI, Urgencia y Resonancias Magnéticas.

En cuanto a la falta de motivación se alega que la misma se cumplimenta por remisión al PPT, “cumple” o “no cumple”. Y respecto de las muestras, que las

mismas se utilizaron para comprobar la realidad de las fichas técnicas, siendo utilizadas por las unidades de valoración, razón por la cual no ha podido acceder a las mismas el recurrente.

Tercero.- Con acuse de recibo del 17 de abril se da plazo de alegaciones al adjudicatario SMITH & NEPHEW S.A., no habiéndolas presentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora al contrato “cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

De resultar excluida Smith & Nephew S.A.U. la adjudicataria sería la recurrente, al ser los dos únicos licitadores del lote que cumplían con las especificaciones técnicas.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al acto objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, la adjudicación se publicó el 20 de marzo de 2019 en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid. En fecha 5 de abril la recurrente accede al expediente e interpone el recurso en fecha 10 de abril, dentro del plazo de los 15 días hábiles siguientes a que ha tenido conocimiento de la adjudicación, cumpliendo con el artículo 50 de la LCSP. La resolución de adjudicación no se comunica, en cualquier caso, por correo electrónico hasta el 20 de abril.

Quinto.- La cuestión jurídica estriba en el cumplimiento de las especificaciones técnicas por la empresa adjudicataria.

El órgano de contratación reconoce la inexistencia de muestras en el momento de dar vista del expediente al recurrente, cosa incomprensible aunque se hayan utilizado para comprobar sus especificaciones técnicas. Siempre deben quedar muestras no solo por si se formulan recursos, también para cotejar en caso de incumplimientos entre los productos suministrados y los enviados a efectos de recepción de los suministros, su rechazo, sustitución e incluso eventual resolución del contrato. Tratándose de simples apósitos es inconcebible no puedan pedirse más y conservarse.

En cuanto a la motivación respecto de los excluidos existe una remisión a las especificaciones técnicas (su cumplimiento o incumplimiento), muy detalladas y complejas. En cuanto a los que “no cumplen” existe además un desarrollo pormenorizado en la documentación. Únicamente, respecto de las dos casas que cumplen existe una escueta mención a que cumplen, que no se compatibiliza con la explicación posterior en la contestación al recurso, donde dan razón de las causas por las que estiman que cumplen, pese a sus deficiencias.

Al lote concurren las siguientes casas comerciales:

- SMITH & NEPHEW S.A.U.
- 3M ESPAÑA, S.L
- INTERSURGICAL ESPAÑA S A. 0,00 Excluido

- AMEVISA S A. 0,00 Excluido
- FARMABAN S A 0,00 Excluido
- BSN MEDICAL, S.L.U. 0,00 Excluido
- IBERHOSPITEX, S.A. 0,00 Excluido

Se excluyen todas, menos las dos primeras, por incumplimiento de las Prescripciones Técnicas.

Respecto del “soporte con papel satinado que facilite la colocación”, según los técnicos evaluadores todos los apósitos de la adjudicataria tienen este soporte, del que adolecen los de la recurrente, salvo en un número de orden. A falta de muestras, en la ficha técnica del producto adjunta a la contestación a la reclamación y buscada en internet por este Tribunal, por la dificultad de lectura, se puede leer claramente en las instrucciones de colocación:

- “1. Retirar parte del papel protector y centrar el apósito sobre la zona de inserción del catéter.*
 - 2. Colocar el apósito en el punto de inserción del catéter y adherir el apósito en la piel del paciente. Retirar el resto del papel protector.*
 - 3. Retirar el papel protector transparente impreso levantando el extremo no adhesivo y estirando diagonalmente hasta retirar todo el papel protector.*
 - 4. Moldear el film alrededor del catéter para completar la aplicación del apósito.*
 - 5. No superponer los apósitos en caso de utilizar más de un apósito”*
- Efectivamente se comprueba, que los apósitos llevan este soporte que cubre toda la superficie del apósito”.*

Estas características se reiteran para cada uno de los apósitos de la gama. Ello con independencia de que esta especificación ha sido comprobada con las muestras por el equipo evaluador, no aportando ningún elemento de juicio que permita dudar de esta valoración.

Procede, pues, la desestimación de este motivo.

Sin embargo, según se afirma en la contestación al recurso “3M, se puede ver mediante las fotografías que figuran en las fichas técnicas, que el soporte de papel satinado, solamente figura en el apósito de fijación de vía de adulto (orden 5), cubriendo por completo su superficie (Fotografía 4), pero en el apósito de fijación de vía pediátrico y central (orden 6 y 7 respectivamente), este soporte satinado no lo llevan (Fotografías 5, 6 y 7), por tanto, no cumpliría con la característica reflejada en el pliego técnico del procedimiento. Pero en las pruebas realizadas durante la valoración de los productos, el hecho de que carecieran de dicho soporte, no ha interferido en el objeto de la indicación de este producto que es la fijación de los catéteres de adultos (orden 5), pediátricos como centrales (orden 6 y 7 respectivamente)”, es decir, que la recurrente ha sido valorada pese a no cumplir en este extremo. Esta explicación debieron realizarla en el expediente y no en trámite de contestación al recurso.

En cuanto a las medidas, ninguno de los licitadores las cumplen exactamente, razón por la cual el órgano de contratación decidió valorar las de las dos casas, que más se aproximaban a los valores exigidos antes que dejar desierto el lote. La desviación se encuentra entre 0,5 cm sobre 7, la máxima, y 0,03 cm sobre 5 la mínima, en estas dos casas, habiendo valorado que los productos del adjudicatario, al tener unos milímetros más de superficie tienen la ventaja de aumentar la superficie de sujeción sin causar incomodidad al paciente.

En todas las empresas excluidas existen más motivos de exclusión que las medidas, menos en una en la cual la desviación del apósito es de 3 cm sobre 5. El órgano de contratación selecciona exclusivamente estas dos porque son aquellas cuyas medidas más se aproximan, existiendo una desviación entre el 7 % y el 0,6%.

Lo deseable sería que en los Pliegos incluyeran márgenes de habilitación de medidas expresadas en términos numéricos o porcentuales y no medidas exactas, hecho poco comprensible tratándose de un apósito a utilizar por sujetos de diferentes medidas y tallas. Habiendo fijado medidas exactas procede la estimación

de este motivo de recurso, porque los Pliegos obligan tanto a los licitadores como a la propia Administración, aunque el lote quede desierto. Son ley del concurso, como es bien sabido. En realidad, lo que realizan es una modificación ilegal del Pliego de Prescripciones Técnicas. Tal y como señala el artículo 124 de la LCSP: *“El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las Prescripciones Técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”*.

Si creen que otras medidas mejoran las del Pliego, lo que deberían hacer es incluirlas. Si ponen medidas exactas, a las mismas deben atenerse.

Procede, pues, la estimación del recurso por este motivo.

Sobre la duración de los apósitos, el órgano de contratación afirma que el Pliego Técnico no se solicita ninguna certificación sobre la duración, se dan por concluyentes las pruebas realizadas, entendiendo que la duración en condiciones normales superará los siete días.

Procede la desestimación de este motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.L.R., actuando en nombre y representación de la empresa 3M ESPAÑA, S.L., contra la Resolución de adjudicación del lote 2 a la casa comercial SMITH & NEPHEW, S.A.U. del expediente N° PA SUM 18/038, convocado para el “Suministro de esparadrapos, apósitos, torundas y vendajes convocado por el Hospital Universitario de Fuenlabrada”, por el motivo b).

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.