

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

En Madrid, a 19 de julio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña J.K.M., en nombre y representación de Cook España, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Fuenlabrada, de fecha 16 de junio de 2017, por la que se acuerda la adjudicación de los lotes 2 y 8 del contrato “Suministro de diverso material de urología”, número de expediente: PA SUM 16/029, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 30 de diciembre de 2016 y 7 de enero de 2017, se publicó respectivamente en el BOCM y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 525.078,77 euros, dividido en 28 lotes a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios todos automáticos. El anuncio había sido enviado previamente al DOUE para su publicación, con fecha 27 de diciembre de 2016.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato las características técnicas de los productos a suministrar para los lotes 2 y 8 establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), son las siguientes:

Lote 2, cesta de nitinol sin punta para extracción de cálculos.

- Radiopaco.
- De 2,4 FR de diámetro.
- De 115 cm de longitud.
- Diámetro de la cesta abierta de 1 cm.
- Exenta de látex.
- Resistente.
- Flexible.
- Fácil de manejar.

Lote 8, catéter de balón de dilatación del tracto de nefrostomía y colocación de la vaina.

- Con vaina de PTFE de 30 FR Y 17 cm de longitud
- Llave de paso e Inflador de Leven de 20 ce para alcanzar presiones de inflado superiores a 17 atm.
- Marcas radiopacas que confirman la localización.
- Perfil de resistencia bajo para facilitar su avance.
- Balón de dilatación de 15 cm de longitud y hasta 20 atm de presión (a 1 atm, calibre igual a 30 Fr) y recubierto de silicona para disminuir la fricción con la vaina.
- Catéter de 6 Fr y 55 cm de longitud.
- Exento de látex.
- Resistente.
- Facilidad de deslizamiento.
- Fácil de manejar.

Por su parte el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su apartado 8.1.2 establece:

Otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

(SOBRE 2B)

(...)

Lote 2 Disponibilidad de otras medidas de longitud y diámetros diferentes a los solicitados.....20 puntos.

(...)

Lote 8 Disponibilidad de otras medidas de longitud y diámetros diferentes a los solicitados.....20 puntos.

Segundo.- A la licitación convocada de los mencionados lotes se presentaron tres empresas entre ellas la recurrente.

Tras la tramitación oportuna, el día 16 de junio de 2017, se dicta Resolución de adjudicación del contrato que se notifica a la recurrente con esa misma fecha.

Interesa recoger en relación con el objeto del recurso que el lote 2 fue adjudicado a la empresa Boston Scientific Ibérica, S.A., y el lote 8 a la empresa a Olympus Iberia, S.A.U. siendo la recurrente clasificada en tercer lugar en ambos lotes. La segunda clasificada en el lote 2 ha sido Olympus Iberia, S.A.U. y en el lote 8, Boston Scientific Ibérica, S.A.

El 4 de julio de 2017, la representación de Cook España, S.A., presenta recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal, contra la adjudicación de los mencionados lotes del contrato, 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 previamente anunciado al órgano de contratación el 3 de julio de 2017.

En el recurso se solicita que se anule la adjudicación de los lotes indicados y se rechacen igualmente las ofertas presentadas por la adjudicataria y la clasificada en segundo lugar en ambos lotes ya que los productos ofertados incumplen las

características técnicas exigidas en el PPT, por las razones que se exponen y en consecuencia se acuerde la retroacción de las actuaciones para que por parte del órgano de contratación se adopte una nueva resolución por la que previa exclusión de Boston y Olympus por no cumplir las exigencias técnicas del concurso, se proceda a adjudicar el contrato a las licitadoras no excluidas.

Tercero.- Con fecha 7 de julio de 2017 se remite a este Tribunal copia el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el indicado informe el órgano de contratación manifiesta que *“una vez revisada de nuevo la documentación técnica presentada por las empresas Olympus Ibérica, S.A.U y Boston Scientific, S.A., a los lotes 2 y 8 del citado expediente y siendo precisos, efectivamente no cumplen las prescripciones técnicas solicitadas en el pliegos de prescripciones técnicas (PPT) que rige dicho expediente, como indica el recurrente. El profesional que realizó el informe técnico admitió dichas ofertas con el fin de ampliar la concurrencia, debido a que como se indica en los criterios de valoración de dichos lotes, se valoraba que tuvieran ‘Disponibilidad de otras medidas de longitud y diámetros diferentes a los solicitados’, y las medidas ofertadas por estas empresas, aunque no se ajustaban fielmente a las solicitadas en el PPT, estaban dentro del rango aceptado, si bien, ese intervalo de aceptación no se indicaba en el PPT”*.

Cuarto.- Con fecha 7 de julio se concedió a las empresas interesadas trámite de audiencia, habiendo presentado alegaciones Boston Scientific Ibérica, S.L., de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

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 Cook España S.A. 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) pues se trata de un procedimiento en el que existen solo tres licitadoras y la exclusión de la adjudicataria y la clasificada en segundo lugar, le colocaría en posición de poder serlo.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro, 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 16 de junio por lo que el recurso presentado el día 4 de julio se interpuso en plazo.

Quinto.- El recurso alega que los productos presentados por Boston Scientific Ibérica, S.A., y por Olympus Iberia, S.A.U., a los lotes 2 y 8 incumplen las prescripciones técnicas puesto que respecto del lote 2:

“Producto ofertado por la finalmente adjudicataria Boston Scientific Ibérica, SAU.

Esta licitadora oferta los siguientes modelos de su producto Zero Tip:

a) M0063901 050/1,9 Fr y 120 cm, 12 mm de apertura.

b) M0063901010 12,4 Fr y 120 cm, 12 mm de apertura.

Las prescripciones técnicas requeridas por el PPTP para este Lote número 2 son 2,4 Fr y 115 cm, 10 mm de apertura.

Producto ofertado por Olympus Iberica, S.A.U.

Esta licitadora oferta los siguientes modelos:

a) EGNT4W22115 12,2 Fr y 115 cm, 14 mm de apertura (ofrecen esta referencia).

b) ENT 4W18115 11 ,8 Fr y 115 cm, 11 mm de apertura (este la ofertan como ampliación de gama).

Las prescripciones técnicas requeridas por el PPTP para este Lote número 2 son, tal como ya hemos señalado anteriormente, 2,4 Fr y 115 cm, 10 mm de apertura”.

En cuanto al lote 8:

“Producto ofertado por la finalmente adjudicataria Olympus Iberia, S.A.U.

Esta licitadora oferta la referencia que se reseña a continuación así como sus características:

EGBPCN1015K / 30 Fr y 15 cm de balón, catéter 15 cm y 7 Fr. Hasta 17 atm., sin especificar la medida de la vaina en la documentación técnica aportada.

Las prescripciones técnicas requeridas por el PPTP para este Lote número 8 son 30 Fr y 15 cm, catéter de 6 Fr y 55 cm, hasta 20 atmosferas, vaina de 17 cm de longitud.

Producto ofertado por Boston Scientific Ibérica, S.A.U.

Esta licitadora oferta su producto NephroMax, referencia M0062101640, cuyas características son 30 Fr-10 mm, 15 cm de balón, catéter de 7 Fr y 55 cm, vaina 30 Fr y 20 cm.

Las prescripciones técnicas requeridas por el PPTP para este Lote número 8 son 30 Fr y 15 cm, catéter de 6 Fr y 55 cm, hasta 20 atmosferas, vaina de 17 cm de longitud”.

Boston Scientific Ibérica, S.A., en el trámite de alegaciones argumenta respecto al lote 2 que “el órgano de contratación fijó unas medidas mínimas tanto para la longitud de la cesta como para el diámetro de apertura de la cesta, y son mínimas por el hecho de que ofertar soluciones con mayores medidas no puede sino favorecer la realización de la técnica descrita. La lectura del Pliego de prescripciones

técnicas se ha de realizar de una manera inclusiva, es decir, aceptando la realidad de la necesidad, persiguiendo el mejor desempeño a la hora de realizar la técnica médica. Lo cierto es que, respecto de la cesta, esta casa comercial ofertó una cesta con una longitud de 120 cm, superando en 5 cm la longitud mínima prevista en los pliegos rectores del procedimiento”. En cuanto a lote 8 afirma igualmente que “tanto la diferencia del catéter (1 Fr) como la longitud de la vaina (3 cm) no son clínica o funcionalmente relevantes, teniendo en cuenta el uso del catéter balón para el procedimiento de nefrolitotomía percutánea. La distinción entre un diámetro de 6 Fr y otro de 7 Fr, en este caso, sería insignificante, ya que lo que se busca con el balón es dilatar hasta 30 Fr y, una vez se introduce el catéter el tracto, ya está dilatado a una anchura mayor. La medida fundamental para la cirugía y el urólogo es la relativa a la dilatación del balón, no del catéter que lo soporta. En este caso, una diferencia de 1 Fr no supone ningún cambio para la cirugía”.

El órgano de contratación por su parte, reconoce que los productos ofertados no cumplen las especificaciones del Pliego en cuanto a las medidas expresada anteriormente y que fueron admitidos debido a la existencia de un criterio de adjudicación que permitía valorar la disponibilidad de otras medidas. Sin embargo, como señala la recurrente la valoración de contar con otras medidas implica necesariamente que ha de ofertarse un producto que tenga las establecidas como obligatorias por el PPT.

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.

En este caso el PPT establece claramente unas medidas que no se configuran en este caso como mínimas sino como necesarias, sin que se indique la posibilidad de exceder en un determinado porcentaje de las mismas.

Por lo tanto, a la vista del PPT no puede tener acogida la alegación de Boston de interpretarlo en el sentido de admitir medidas mínimas.

Es cierto que al establecer el PCAP un criterio de valoración consistente en la disponibilidad de otras medias, puede haber llevado a cierta confusión de los licitadores pues no se concreta qué significado tiene esa disponibilidad ya que como indica la recurrente, las variantes admitidas no se refieren a las medidas.

En cualquier caso, incluso con esa salvedad, el criterio mencionado indica “*otras medidas*” por lo que también aquí se parte del necesario cumplimiento de las fijadas en el PPT.

Por otra lado, la circunstancia de que las medidas fijadas pudieran ser o no relevantes desde un punto de vista clínico o quirúrgico, no puede significar su modificación en la admisión de las ofertas ya que por el principio de igualdad y libre concurrencia todos los licitadores deben presentarse a la licitación bajo las mismas condiciones, que son las que se hayan establecido en los Pliegos.

En consecuencia, habiendo ofertado la adjudicataria y la segunda clasificadas en los lotes 2 y 8 productos que no cumplen los requisitos técnicos exigidos, el recurso debe ser estimado y las ofertas rechazadas.

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 el recurso especial, interpuesto por doña J.K.M., en nombre y representación de Cook España S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Universitario de Fuenlabrada, de fecha 19 de junio de 2017, por la que se acuerda la adjudicación de los lotes 2 y 8 del contrato “Suministro de diverso material de urología”, número de expediente: PA SUM 16/029, anulando la adjudicación recaída en ambos lotes, debiendo ser excluidas las ofertas de Boston Scientific Ibérica, S.A. y de Olympus Iberia, S.A.U., retrotrayendo el procedimiento al momento de admisión de las ofertas para que previas las actuaciones a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP se adjudiquen los lotes a las ofertas que cumpliendo los requisitos técnicos

resulten mejor clasificadas.

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.