

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

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña R.P.G., en representación de la empresa Boston Scientific Ibérica S.A., contra la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Fundación de Alcorcón de fecha 11 de mayo de 2018 por la que se adjudica el contrato de suministros de “fungibles de embolización periférica para el Hospital Universitario Fundación de Alcorcón”, número de expediente nº PA 23/18, en lo que afecta a los lotes 1 y 5, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón de fecha 28 de febrero de 2018, se convocó procedimiento abierto con pluralidad de criterios a fin de licitar la contratación del servicio de referencia.

La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE en fecha 3 de marzo, en el BOCM en fecha 8 de marzo y en el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid, en fecha 15 de marzo.

El valor estimado del contrato asciende a 241.862,33 euros.

Conviene destacar que los pliegos de prescripciones técnicas (PPT) que rigen esta contratación establecen la descripción de los suministros licitados atendiendo al siguiente textual:

“Lote 1: Coils de embolización de liberación controlada

- *Coil metálico de platino con fibras e dracon de liberación controlada.*
- *Reposicionables y reenvainables en su catéter.*
- *Liberables a través de catéter 5Fr con luz 0,035” y 0,038”.*
- *Diámetros de 3 a 20 mm, y longitudes de 4 a 40 cm, aproximadamente.*
- *Distintas configuraciones.*

Lote 5. - Microcatéter para embolización periférica

- *Microcatéter de nitinol microcortado con marca radiopaca en la punta. Luz interna de 0,021” y 0,027”.*
- *Longitudes entre 130 y 155 cm.*
- *Diferentes configuraciones de punta.*
- *Guía compatible premontada incluida en el set.*
- *Alta resistencia a la presión.*
- *Compatible con todo tipo de agentes embolizantes”.*

Segundo.- En la licitación participaron para el lote 1 dos empresas y para el lote 5 tres empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 11 de mayo de 2018 se adjudicaron los indicados lotes a las empresas Cook España y World Medica. No consta que la adjudicación se notificara a las empresas no adjudicatarias, si bien se procedió a su publicación en el Portal de la contratación de la Comunidad de Madrid el 25 de mayo de 2018.

Tercero.- Con fecha 15 de junio de 2018 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Boston Scientific Ibérica S.A. en el que solicita la anulación de la adjudicación al haber recaído

sobre suministros que no cumplen con los requisitos establecidos en los pliegos de prescripciones técnicas.

El 21 de junio de 2018, 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).

Cuarto.- Con fecha 27 de junio de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Con fecha 29 de junio de 2018, la representación de World Medica S.L., presenta alegaciones al presente recurso en cuanto al lote 5, de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

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 una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados 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 considera planteado en tiempo y forma, pues si bien el acuerdo impugnado fue adoptado el 11 de mayo de 2018, no consta en el expediente la práctica de la notificación, pero la recurrente se da por notificada el día de la publicación en el portal de contratación de la Comunidad de Madrid, el 25 de mayo, por lo que dicho día constituye el día inicial del cómputo del plazo, en consecuencia interpuesto el recurso, ante este Tribunal en fecha 15 de junio, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de los lotes 1 y 5 del contrato referenciado, basando el recurrente su pretensión de nulidad del acto de adjudicación en que los productos ofertados por los adjudicatarios de los referidos lotes y en el caso del segundo también por la empresa clasificada en segundo lugar, no cumplen con los requisitos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas.

Como ha manifestado este Tribunal, valga por todas, la Resolución 338/2017, de 16 de noviembre, en la que reitera su Resolución 212/2016, de 13 octubre, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia son principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público, en consonancia con lo que el artículo 117.2 del TRLCSP que establece 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”*.

Esto supone la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de determinada marca que excluya a todas las demás capaces de cumplir la misma función.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas pueden conculcar los principios de libre concurrencia e igualdad de trato debe hacerse teniendo en cuenta, a efectos interpretativos y en cuanto no vulnere la legislación vigente, el considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en cuanto establece que *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas (...). Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador (...).”*

Previo al examen del objeto del recurso es necesario indicar que el órgano de contratación en su informe al presente recurso, admite que en el caso del lote 5, efectivamente ni la oferta de la adjudicataria World Medica ni la de la segunda clasificada, Terumo Europe España, cumplen los requisitos mínimos solicitados para los suministros de microcatéter para embolización periférica.

En las alegaciones presentadas por la adjudicataria del lote 5, ella misma manifiesta: *“World Medica se presentó y fue adjudicataria del Lote 5 con el Microcatéter Master Parkway Series Soft, HF y HF Kit, los cuales, si no en su totalidad, si en su mayoría cumplen con las especificaciones técnicas, tal y como se puede*

comprobar en el Documento nº2 – Fichas técnicas y en el Documento nº 3 – catálogo del producto”.

En consecuencia, admitida tanto por el órgano de contratación como por el adjudicatario el incumplimiento de la totalidad de los suministros con los requisitos exigidos como mínimo en los PPT, se estima el recurso presentado en relación con la segunda de las alegaciones referentes a la adjudicación del lote 5 del contrato.

Respecto a la primera de las alegaciones del recurrente, es decir, el incumplimiento de los requisitos establecidos en los PPT para el suministro del lote 1 referido a coils de embolización de liberalización controlada, manifiesta que los productos ofertados por Cook España incumplen los requisitos técnicos requeridos en los siguientes aspectos:

- 1.- Material de construcción. No incluyen fibras de dacron
- 2.- Tamaño requerido. Su tamaño es de 7 a 14 cm, en lugar de 4 a 40 cm como se requiere
- 3.- Configuraciones. No presenta distintas configuraciones.

Por su parte el órgano de contratación alega que el dacron es un tipo de fibra patentada, con distintos nombre en Norteamérica y en Europa, pero que al tratarse de una fibra sintética cualquier marca cumpliría con los requerimientos. Lo que verdaderamente se impone es que no contenga lana, por los problemas inflamatorios que este material provoca.

Conviene recordar que cuando se requiere un producto que se encuentra sujeto a marca registrada, los pliegos de condiciones deben utilizar la descripción genérica o en su defecto incluir el término o similar, pues en caso contrario estarían limitando la competencia entre licitadores.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) debería haber recogido esta circunstancia de forma más clara e inequívoca con el fin de evitar posteriores interpretaciones.

En relación con el tamaño del coil, recuerda el órgano de contratación que el PPT establece de 4 a 40 centímetros aproximadamente, por lo que el producto ofertado por la adjudicataria que tiene una medida de 7 a 14 cm cumpliría con el requisito solicitado.

Por último en cuanto a la existencia de distintas configuraciones, mantiene el órgano de contratación que la oferta de la adjudicataria incluye distintas configuraciones, tal y como consta en la ficha técnica del producto.

Este Tribunal ha analizado la oferta presentada por la adjudicataria comprobando que en cuanto al material de fibra sintética cumple los requisitos exigidos, no conteniendo lana. En relación con la medida de los coils, el PPT especifica que será de 4 a 40 cm aproximadamente.

La oferta de la adjudicataria incluye la ficha técnica de los coils que recoge su medida y que como podemos comprobar dista mucho de los 40 cm que se indican en el punto 4 del PPT.

Referencia	Referencia de producto	ID del catéter y diámetro del orificio terminal recomendados Inches	Longitud del émbolo extendido cm	Diámetro del émbolo enrollado mm	Número aproximado de vueltas
Espiraes largables de 0,035 inches					
G34187	NUEVO TAMAÑO MWCER-35-7-4	0,035	7	4	5,6
G34188	MWCER-35-7-6	0,035	7	6	3,7
G34189	MWCER-35-7-8	0,035	7	8	2,8
G34190	MWCER-35-7-10	0,035	7	10	2,2
G34191	MWCER-35-7-12	0,035	7	12	1,9
G34192	MWCER-35-7-14	0,035	7	14	1,6
G34193	MWCER-35-7-16	0,035	7	16	1,4
G34194	MWCER-35-7-18	0,035	7	18	1,2
G34195	MWCER-35-7-20	0,035	7	20	1,1
G34197	MWCER-35-14-6	0,035	14	6	7,4
G34198	MWCER-35-14-8	0,035	14	8	5,6
G34199	MWCER-35-14-10	0,035	14	10	4,5
G34200	MWCER-35-14-12	0,035	14	12	3,7
G34201	MWCER-35-14-14	0,035	14	14	3,2
G34202	MWCER-35-14-16	0,035	14	16	2,8
G34203	MWCER-35-14-18	0,035	14	18	2,5
G34204	MWCER-35-14-20	0,035	14	20	2,2
Referencia	Referencia de producto	Accepta catéter de Fr	Accepta diámetro de instrumental Inches		
Adaptador con brazo lateral Tuohy-Borst (accesorio opcional para la inyección de contraste)					
G06299	PTBYC-RA	≤ 9	0,014 - 0,118		

El termino aproximadamente, concepto indefinido por excelencia, no puede abarcar el triple de lo solicitado. De esta forma si la longitud del émbolo fuera de 7 cm en lugar de 4 cm, podría admitirse como aproximado, pero sin lugar a dudas no puede admitirse como tal la extensión máxima, que de 40 centímetros establecidos en los PTT se ofertan espirales de un máximo de 14 centímetros.

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.

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.

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.

Por todo lo cual, procede estimar el recurso presentado al haberse comprobado la inadecuación de la oferta presentada por el adjudicatario con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos de prescripciones técnica en cuanto al lote 1 y por la misma causa reconocida por el órgano de contratación en cuanto al lote 5.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 Boston Scientific Ibérica S.A., frente a la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón de fecha 11 de mayo por la que se adjudica el contrato de suministros de “fungibles de embolización periférica para el Hospital Universitario Fundación de Alcorcón”, número de expediente nº PA 23/18, en cuanto el lote 1 a Cook España S.A. y en cuanto al lote 5 a World Medica S.L., anulando la resolución del Director Gerente dictada y retrotrayendo las actuaciones al momento de valoración de las ofertas.

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 59.1 de la LCSP.