

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña A.H.S., en representación de la empresa Johnson & Johnson S.A., contra la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 11 de julio de 2018, por la que se adjudica el contrato de suministro de apósitos hemostáticos para el Hospital Universitario Ramón y Cajal número de expediente 2018000010, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 1 de marzo de 2018, se aprobó la licitación mediante procedimiento abierto y un solo criterio de adjudicación del contrato de referencia.

La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de fecha 7 de marzo de 2018, en el BOE de fecha 2 de abril de 2018 y en el BOCM de fecha 7 de marzo. Así mismo fue publicado en el portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid el 12 de marzo de 2018.

El valor estimado del contrato asciende a 413.875,68 euros.

Segundo.- A la licitación se presentaron siete empresas, que tras la apertura de la documentación administrativa y técnica fueron admitidas todas a la licitación.

La presente licitación se efectúa bajo un solo criterio de valoración, no considerándose ninguna de las ofertas como desproporcionada.

El contrato se adjudica con fecha 11 de julio de 2018 a la empresa Intersurgical España, S.L. mediante resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de Madrid, por haber resultado ser la oferta económicamente más ventajosa.

Tercero.- El 6 de agosto de 2018 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Johnson & Johnson, S.A. en el que solicita la anulación de la adjudicación y la retroacción del procedimiento hasta el momento de admisión de la oferta técnica, basando su pretensión en el incumplimiento de los productos ofertados por todas las empresas, excepto ellos mismos, tanto en el producto en sí como en los estudios publicados que los avalan y que son requeridos en el PPT, concretamente la demostración de propiedades bactericidas de los apósitos frente a MRSA, MRSE, VRE, Escherichia Coli y Pseudomonas Aeruginosa.

El 5 de septiembre 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 5 de septiembre 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. Finalizado el plazo se ha recibido alegaciones de la empresa adjudicataria, de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

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 planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 11 de julio de 2018, practicada la notificación el 19 de julio de 2018, e interpuesto el recurso, en el registro de este Tribunal, el 6 de agosto de 2.018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de adjudicación 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 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso interesa transcribir la cláusula primera del PPT que rige esta contratación, donde se define su objeto, toda vez que el recurso se fundamenta en el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos por los apósitos ofertados:

“

LOTE	Nº ORDEN	CODIGO	ARTICULO	CANTIDAD
1	1	950058	APOSITO HEMOSTATICO ABSORBIBLE 5X7 CM	6.580
	2	950060	APOSITO HEMOSTATICO ABSORBIBLE 5X35 CM	2.510
	3	950061	APOSITO HEMOSTATICO ABSORBIBLE 10X20 CM	5.000

- *Apósito hemostático absorbible de celulosa oxidada regenerada, bien rematada y con ausencias de restos.*
- *Propiedades bactericidas frente a MRSA, VRE, Escherichia Coli y Pseudomonas Aeruginosa, demostradas en estudios publicados.*
- *Contenido de grupos carboxilo de entre 18% y 24% masa/masa.*
- *En forma de malla con posibilidad de ser cortado a medida.*
- *En envase individual estéril.*

Aplicaciones: para realizar hemostasia en heridas.”

El recurrente se opone a la admisión de todas las ofertas, excepto la presentada por el mismo, en base a tres consideraciones.

Primera: Incumplimiento por parte de algunas de ellas del requisito de que los apósitos sean de celulosa oxidada regenerada, indicando que las empresas Braun Medical, S.A.; Prohos, Protesis Hospitalarias, S.A., no presentan productos con estas características.

Segunda: Incumplimiento del contenido de grupos de carboxilo de entre 18% y 24% masa/masa, por parte de los apósitos ofertados por las empresas: Lantano Medical, Assut, Prohosa (aporta una tabla con más comparativas pero cuyos nombres y casas comerciales especificadas posteriormente no constan como licitadoras).

Tercera: Incumplimiento de la demostración mediante estudios publicados de las propiedades bactericidas frente a varios agentes. Se ha aportado por todas las empresas ensayos clínicos de laboratorios, en ningún caso estudios publicados.

El órgano de contratación alega en su informe al presente recurso que ha sido revisada la documentación técnica de las ofertas, resultando que las empresas B. Braun Surgical y Actinio@Lantano efectivamente no cumplen con los requisitos sobre el contenido de grupos de carboxilo.

Así mismo indica que el resto de licitadoras ofertan productos que cumplen los requisitos mínimos establecidos en los PPT, a excepción de la aportación de estudios publicados para demostrar la acción bactericida de los apósitos. Reconoce el órgano de contratación que solo la recurrente ha aportado estos estudios publicados. No obstante lo cual, considera que los ensayos en laboratorio aportados por el resto de empresas son suficiente para lograr el fin que se persigue, indicando así mismo que la adjudicataria lo ha sido también en otros hospitales de la Comunidad de Madrid.

La adjudicataria en su escrito de alegaciones, manifiesta que su producto reúne los requisitos mínimos exigidos en los PPT y considera como documentos suficientes los ensayos de laboratorio aportados.

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 y como en este caso la forma de acreditación de determinadas circunstancias o características.

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, quien determinará de forma libre y soberana la descripción de los requisitos y demás circunstancias que deben cumplir los productos a adquirir, en consecuencia no cabe relativizarlas, ni obviarlas ni alterarlas sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Según se desprende del escrito de alegaciones, el suministro objeto de la licitación ha sido tradicionalmente exclusivo de la empresa recurrente, pasando en los últimos años a ser varias las empresas que producen apósitos de iguales características a precios más competitivos. Consta también que por lo reciente de su lanzamiento al mercado, no se han publicado estudios sobre su acción bacteriana, circunstancia que seguro conocía el órgano de contratación al momento de redactar los pliegos de condiciones.

Con todos estos datos, se redactan los PPT incluyendo la aportación de estudios publicados como forma de probar la acción antibacteriana de los apósitos, por lo tanto, en este momento, adoptar la decisión de no exigir esta documentación obedecería a un acto de liberalidad que atentaría contra el principio de igualdad de los licitadores y al principio de concurrencia teniendo en cuenta la posibilidad de que haya licitadores que al no contar con estudios publicados no hayan presentado oferta.

Así mismo, las empresas participantes, a la comprobación de la exigencia de estos estudios, tenían la posibilidad de haber impugnado los PPT, haciendo valer que solo una empresa, -siempre ciertas las alegaciones de la adjudicataria-, cumplía con la totalidad de los requisitos exigidos.

La presentación de ofertas a una licitación supone la aceptación de todas sus condiciones, tal y como establece el artículo 145.1 del TRLCSP, no pudiendo con posterioridad alegar incongruencias, requisitos de imposible cumplimiento o cualquier otra anomalía en el PPT o en el PCAP, como ya se ha mencionado anteriormente.

Por último, en relación al cumplimiento de requisitos en cuanto a las características de la celulosa y al contenido de grupos de carboxilo, este Tribunal considera suficientemente motivado y justificada la revisión que efectúa el órgano de contratación y de la que se desprende la desestimación de dos ofertas y considera al resto conformes con los requisitos exigidos.

Por todo ello se propone estimar el recurso planteado, anulando la adjudicación efectuada y retro trayendo el procedimiento hasta el momento de admisión de las ofertas técnicas.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Johnson & Johnson, S.A. frente a la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha de 11 de julio de 2018 de 201, por el que se

adjudica el contrato de suministro de apósitos hemostáticos para el hospital Ramón y Cajal nº expediente 2018000018, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento de admisión de las ofertas a la 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 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.