

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

En Madrid, a 3 de octubre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.V.C. y don C.V.C., en nombre y representación de Prótesis Hospitalarias, S.A. (en adelante PROHOSA), contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada del Área V, de fecha 1 de agosto del 2018, por la que se adjudica el contrato “Suministro de mallas y otras prótesis para agenesia y prolapso” número de expediente: P.A. 2018-0-35, para el Hospital Universitario “La Paz”, lotes 1 y 9, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 3, 7, 13, y 14 de febrero de 2018 se publicó en el DOUE, en el perfil de contratante, en el BOE y en el BOCM respectivamente, la convocatoria del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación, todos objetivos, y dividido en catorce lotes.

El plazo de ejecución es de 24 meses con posibilidad de prórroga, siendo el plazo máximo de ejecución incluida la prórroga de cuarenta y ocho meses. El valor estimado del contrato asciende a 427.454,27 euros.

La fecha límite para la presentación de ofertas es el 23 marzo 2018 a las 14:30 horas.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en su cláusula 1.1 remite al Pliego de prescripciones técnicas (PPT) y este en la cláusula primera señala que *“El presente contrato tiene por objeto la adquisición de ‘Implantes de Mallas y otras Prótesis para Agenesia y Prolapso’ para el Hospital Universitario La Paz conforme a los que se relaciona en el Anexo I del presente pliego”*.

Dicho Anexo I relaciona los catorce lotes en que se divide el contrato indicando para cada lote, el número de orden, su denominación, unidad de medida, precio máximo unitario con y sin IVA y precio total con y sin IVA. El objeto del lote 1 es *“I61697. Malla suburetral polipropileno no ajustable para tratamiento de incontinencia urinaria femenina de esfuerzo con sistema de protección de los tejidos”* y del lote 9 *“I84321. Malla suburetral polipropileno no ajustable para tratamiento de incontinencia urinaria masculina moderada o leve con sistema de protección de los tejidos”*.

En la cláusula 1.9 en correspondencia con la documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación, se establece que se acompañará:

*“- Relación de productos ofertados en el ANEXO A, con descripción técnica de los mismos.*

*- ‘insert’ (ficha técnica) de los productos ofertados.*

*- Descripción de los productos a suministrar mediante catálogos, ficha técnica de los mismos (con indicación expresa del lote y/o número de orden al que concurren) y otra información necesaria, con la que se pueda verificar cada una de las especificaciones técnicas exigidas.*

*- Certificado del mercado CE, conforme a lo establecido en la legislación vigente reguladora de los productos sanitarios.*

*Forma de presentación de toda la documentación exigida:*

*Toda la documentación necesaria para la verificación del cumplimiento de las características recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, deberá proporcionarse en documento original o fotocopia compulsada y en castellano, incluyendo un índice de documentos que contendrá los números de página o ficheros.”*

Por su parte el PPT en la cláusula segunda establece *“Especificaciones técnicas particulares para cada número de orden: Si en la descripción se utilizase algún nombre y/o referencia sujeto a propiedad comercial, deberá entenderse como referencia para localizar el producto en cuestión sin que en ningún caso sea obligatorio ofertar dicho producto. Ver relación Anexo I”.*

**Segundo.-** A la licitación de los lotes 1 y 9 han concurrido trece empresas, una de ellas la recurrente.

Tras los trámites oportunos, con fecha 1 de agosto de 2018, se dictó Resolución por el Director Gerente de Atención Especializada del Área V por la que se adjudica el contrato, en la que consta, que a propuesta de la Mesa de contratación la adjudicación del lote 1 ha recaído en la empresa Productos Especiales Neomedic International, S.L., y la del lote 9 en la empresa Coloplast Productos Médicos S.A.

Igualmente se hacen constar los motivos de exclusión de todas las ofertas y en resumen se indican como únicos motivos de exclusión de PROHOSA los siguientes: *“Lote nº 1: No cumple, se solicita ‘sistema de protección de los tejidos y la referencia presentada no lo tiene’; Lote nº 9: No cumple, se solicita con sistema de protección de los tejidos y la ofertada no lo tiene.”*

Dicha resolución se publica en el Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid el día 7 de agosto de 2018.

**Tercero.-** El 10 de agosto de 2018, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de PROHOSA en el que solicita la anulación de la adjudicación y que se retrotraiga el procedimiento al

momento en que debió valorarse su oferta ya que, según afirma, sí cumple el requisito exigido, sistema de protección de los tejidos.

El 23 de agosto de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente 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), en el que solicita la desestimación del recurso y que levante la suspensión automática.

**Cuarto.-** Con fecha 13 de septiembre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación.

**Quinto.-** Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los restantes interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna a la finalización del plazo.

## **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.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, el acuerdo de adjudicación, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador excluido, *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución de adjudicación se adoptó el 1 de agosto de 2018, y si bien no consta la notificación, el recurrente se ha dado por notificado con la publicación del acto el día 7 de agosto de 2018, por lo que el recurso interpuesto el día 10 de agosto se ha interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo importe 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.-** En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la oferta de PROHOSA debió ser admitida a la licitación.

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 definan 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. Por lo que su contenido, no habiendo sido recurridos, vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta.

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.

Alega la recurrente que sí cumple el requisito por el que fue excluida respecto de cada lote, aportando para acreditar dicha afirmación la documentación en la que se indica que las mallas ofertadas están disponibles con o sin vaina, en concreto las fichas técnicas de los lotes 1 y 9, las especificaciones técnicas de ambos lotes, el catálogo y una declaración original y su traducción de la compañía Dipro Medical Devices, fabricante del producto y su traducción.

Advierte que existe un precedente en el que se dio la razón con la siguiente argumentación: *“Como se ha descrito en el fundamento jurídico anterior en la ficha técnica que presentó con la oferta común para toda la familia de productos INGYNE se indica claramente que ‘Ingyne S está disponible con o sin vaina plástica transparente’*”, aportando la misma documentación que en este mismo caso.

Por su parte el órgano de contratación advierte que en el lote 1 la documentación que acompaña al recurso (y que coincide con la que acompañaba a su oferta) se refiere a que INGYNE está “disponible” con o sin vaina, pero de ninguno de ellos se deduce con claridad si el producto efectivamente ofertado tiene o no tiene vaina plástica transparente/funda o sistema de protección de tejidos como exige el PPT. No obstante en el catálogo de producto se marca con un asterisco (\*) las referencias que sí tienen la vaina protectora que son los siguientes, IGSD1245IO, IGSD1245IO-EL, IGSD1245IO-TVT, pero en el ofertado para el lote 1 (IGSD1245WSIO-EL) esa marca no figura.

En el lote 9, igualmente de la documentación aportada para el producto ofertado DLMSI1250EL, tampoco hay constancia expresa de que la malla ofertada tenga sistema de protección de tejidos o funda protectora ni lo indica con un asterisco, como sí hace para otras referencias.

Por ultimo informa que ni la declaración del fabricante ni su traducción fueron aportadas junto con la oferta, pero en todo caso, se refiere a unos códigos que no son lo que ofertó PROHOSA en esta licitación.

Comprueba el Tribunal que en el Anexo A correspondiente a la oferta de PROHOSA figura la siguiente información.

Denominación	Nombre Comercial	Referencia
La prótesis uro-ginecológica InGyne S está compuesta de una malla macroporosa de polipropileno monofilamento no absorbible, El sling tiene un marcador azul central en toda su longitud para facilitar su localización (Sling sin vaina + 2 agujas introductorias helicoidales para abordaje TOT - IN-OUT + guía atraumática) 1,2 x 45 cm	INGYNE S	IGSD1245WSIO-EL
La prótesis de soporte uretral Andromesh está compuesta de un sling de polipropileno monofilamento no absorbible (Sling + 2 agujas introductorias helicoidales ) 1,2 x 50 cm	ANDROMESH MSI	DLMSI1250EL

En el lote 1 para la referencia ofertada expresamente figura (Sling sin vaina), y en el lote 9 no se indica nada al respecto.

Se comprueba así mismo que en dicha ficha técnica consta una descripción común para todos los productos de la familia INGYNE según la cual *“La prótesis uroginecológica INGYNE S está compuesta de una malla macroporosa de polipropileno monofilamento no absorbible. El sling tiene un marcador azul central en toda su longitud para facilitar su localización.*

*Los extremos del swing poseen un dispositivo de enganche para facilitar el anclaje de la aguja introductora. El dispositivo de enganche debe ser simplemente insertado dentro de la ranura especial al final de la aguja. Se deben quitar los extremos el sling una vez posicionado.*

*Ingyne S está disponible con o sin vaina plástica transparente y con o sin agujas (introdutores modelo helicoidal, o gancho para acceso transobturador o introductores modelo curvo para acceso suprapúbico o retropúbico)”.*

En la relación de 14 productos que acompaña a la ficha también expresamente para en la referencia IGSD1245WSIO-EL,-que coincide con la ofertada- figura Sling sin vaina.

Por tanto, es evidente que la referencia ofertada no cumple el requisito exigido.

En cuanto al lote 9 en la ficha técnica del producto ANDROMESH MSI, no se indica nada al respecto ni de forma genérica ni específicamente, para ninguna de las dos referencias disponibles (DLMSI1250 y DLMSI1250EL), si bien en este caso la última sí coincide con la ofertada (DLMSI1250EL).

La recurrente aporta en su recurso una declaración del fabricante en inglés traducida al castellano, de fecha 27 de abril de 2017, posterior a la de finalización del plazo para presentación de ofertas (23 marzo 2018) en la se informa que la referencia IGSD1245I0 cuenta con una funda de plástico transparente y sling con vaina, pero ese código de producto no es ninguno de los ofertados por PROHOSA. Motivo por el

que seguramente no fue incluida en la documentación de la oferta y no pudo ser tenida en cuenta por la Mesa, sin perjuicio de que tampoco su contenido deja constancia de que la referencia ofertada cumpla el requisito exigido en el PPT.

Por lo que no existiendo evidencia a favor del recurrente, sin que este Tribunal tenga competencia material para decidir con criterio propio tal y como se manifestaba en la resolución de este Tribunal 83/2017, de 15 de marzo, en la que se citaba otra anterior del TACRC (sic Resolución 456/2016) en la que se concluye *que “(...) para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado, todo ello sin perjuicio del control de los elementos reglados de la actividad discrecional, como son si se han seguido los trámites procedimentales establecidos, la competencia, si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.”*

Se debe concluir que los productos ofertados en esta licitación no cumplen los requisitos exigidos en el PPT, debiendo desestimarse el recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 del LCSP 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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación doña M.V.C. y

don C.V.C., en nombre y representación de PROHOSA, contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada del Área V, de fecha 1 de agosto del 2018, por el que se adjudica el contrato “Suministro de mallas y otras prótesis para agenesia y prolapso” número de expediente: P.A. 2018-0-35, para el Hospital Universitario La Paz, lotes 1 y 9.

**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 de los lotes 1 y 9 acordada el 13 de septiembre de 2018.

**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.