

**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 A.H.S., en representación de la empresa Johnson & Johnson, S.A., contra el Acuerdo de exclusión de su oferta, adoptado por la Mesa de contratación del Servicio Regional de Salud en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo marco para el “Suministro de material desechable para cirugía laparoscópica, con destino a todos los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SUM 17/2017, en referencia a los lotes 6, 7 y 10, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El día 28 de febrero se publicó en el DOUE, en el BOE el día 6 de marzo, en el BOCM el día 8 de marzo y el día 6 del mismo mes en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, todos ellos de 2018, el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios.

El valor estimado del contrato asciende a 12.937.458,40 euros y su plazo de ejecución será de veinticuatro meses con posibilidad de prórroga.

Este acuerdo marco está dividido en 42 lotes, siendo objeto del presente recurso los lotes 6, 7 y 10.

Se trata de un acuerdo marco que no limita el número de adjudicatarios, ni por lotes ni en cada lote en particular.

A la licitación del lote seis se presentaron 11 ofertas, al lote siete 8 ofertas y al lote 12 ofertas.

Por Acuerdo de la Mesa de contratación celebrada el día 7 de junio de 2018 se excluyeron a la licitación por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en los Pliegos de Prescripciones Técnicas las siguientes ofertas. En relación con el lote 6 se excluyen ocho ofertas, admitiéndose tres, en relación con el lote siete se excluyen cuatro ofertas, admitiéndose cuatro y en relación con el lote diez se excluyen nueve ofertas, admitiéndose tres.

El Acta que recoge el Acuerdo mencionado fue publicada en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 21 de junio de 2018, si bien no consta la notificación específica del acto.

**Segundo.-** Interesa destacar la descripción de los suministros objeto de la contratación que efectúa el PPT para los distintos lotes:

*“LOTES 6 al 14 - INSTRUMENTAL DESECHABLE CIRUGIA LAPAROSCOPICA MANGO ERGONÓMICO CON CABEZAL DE ROTACION AMPLIO Y EJE RESISTENTE A LA DEFORMACION.*

*Lote número 6:*

*Disector entre 28-35 cm. longitud 5 mm de diámetro eje rotatorio y adaptador monopolar. Bisagras de apertura del cabezal, totalmente integradas en el vástago de la pinza.*

*Lote número 7:*

*Pinza tracción con dientes atraumáticos con presa efectiva durante todo el proceso de tracción entre 28-35 cm longitud, 5 mm de diámetro con opción de liberar el cierre/apertura*

*Lote número 10:*

*Tijera curva longitud entre 31-35 cm, de 5 mm diámetro, filo de 16 mm eje rotatorio de 360º con rotor ergonómico, con adaptador monopolar, corte en toda la longitud y articulación de la boca recubierta por aislante”.*

**Tercero.-** El 10 de julio de 2018 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Johnson & Johnson, S.A., en el que solicita se anule el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación sobre la exclusión de su oferta por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT en cuanto a los suministros objeto del Acuerdo marco, por ser estos válidos y conformes con lo exigido.

Así mismo y solo en referencia al lote 6 indica que el artículo descrito responde únicamente al suministrado por una marca concreta, razón por la que se conculca el principio de igualdad entre licitadores.

El 31 de agosto el órgano de contratación remitió el recurso interpuesto por Johnson & Johnson, 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 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).

**Cuarto.-** 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 ha presentado escrito de alegaciones B. Braun Medical España, S.A., 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 excluida a la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera 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 7 de junio de 2018, se publicó el 21 de junio,- fecha en que la recurrente manifiesta haber tenido conocimiento del acto,- habiéndose interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación, el 10 de julio de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el

procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un Acuerdo marco cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros, por lo que se trata de un acto 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 exclusión de los productos ofertados al considerar la Mesa de contratación que no cumplen las especificaciones técnicas contenidas en 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 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante 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 del 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.

Sentado lo anterior, debe considerarse si los productos ofertados para cada uno de los lotes, cumplen las características técnicas exigidas.

Los motivos de exclusión de las ofertas recogidos en el Acta del Acuerdo adoptado por la Mesa se justifican de la siguiente forma:

Lote 6. Las ofertas presentadas por: Dextro Medica, Johnson & Johnson, MBA Incorporado, Medical Cañada, Molnlycke Health Care, Palex Medical, Prim y Prohosa, presentan un instrumento con bisagras de apertura del cabezal no integradas totalmente en el vástago.

Son admitidas a licitación los artículos ofertados por Applied Medical, B. Braun Surgical y Medtronic Ibérica.

Lote 7. El instrumento presentado por Applied Medical, Johnson & Johnson, MBA Incorporado y Prohosa, no dispone de una presa efectiva que asegure la sujeción del espécimen durante la manipulación.

Lote 10. En lo que se refiere al motivo de exclusión de la oferta de la recurrente, no presenta rotor ergonómico ni garantiza el corte atraumático de los tejidos.

La recurrente se opone a la excusión en base a los siguientes argumentos:

1º.- Lote 6. Afirma que ha ofertado un producto denominado 5DCD Director Curvo, en el cual las bisagras no se encuentran literalmente integradas en el vástago de color negro, pero sí en la estructura que permite la apertura y cierre de las mandíbulas. Así mismo indica que la característica de *“Bisagras de apertura de cabezal, totalmente integradas en el vástago de la pinza”*, obedece a una necesidad funcional que solo cumple la mercantil Medtronic Ibérica, S.A.

Por último, indica que dos ofertas admitidas, las presentadas por Applied y B. Braun, tampoco cumplen con el requisito establecido en el PPT y sin embargo han sido admitidas a licitación.

El órgano de contratación por su parte, indica en el informe lo siguiente: en relación con el lote 6 procede a la revisión de las documentaciones y muestras presentadas a dicho lote, ratificando lo indicado en el informe técnico emitido con fecha 25 de mayo de 2018. En concreto en cuanto a la oferta de Johnson & Johnson indica que presenta un instrumento con bisagras de apertura del cabezal no integradas totalmente en el vástago de la pinza, tal y como reconoce la recurrente. Respecto a las empresas Applied Medical (Rfa. CY01 O) y B. Braun Surgical (Rfa. P08415U) aludidas en el Recurso, y una vez revisadas las muestras presentadas, ratifica el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT, toda vez que presentan pinzas con bisagra de apertura del cabezal totalmente integradas en el vástago.

2º.- Lote 7. Mantiene la recurrente que para este lote ha ofertado una pinza de agarre que presenta una presa efectiva (sistema de bloqueo) que permite liberar el cierre/apertura según lo solicitado en la descripción del artículo y que se activa siguiendo las instrucciones de uso del producto que se adjuntan. Solicita así mismo efectuar una prueba ante los técnicos del órgano de contratación para que se constate el cumplimiento de las condiciones exigidas.

En relación con el lote número 7, el órgano de contratación manifiesta al igual que en el lote anterior, que, revisadas las documentaciones y muestras presentadas a dicho lote, se ratifica en lo ya indicado en el informe técnico emitido con fecha 25 de mayo de 2018. En referencia concreta a la pinza ofertada por Johnson & Johnson indica que se han efectuado nuevas pruebas con el instrumento presentado, comprobando que dicho instrumento no realiza presa efectiva durante todo el proceso de tracción.

3º.- Lote 10. La recurrente indica que ha ofertado una tijera que dispone de mango ergonómico que incluye una perilla de rotación ubicada en el mismo, la cual permite girar el eje 360º en ambas direcciones, efectuando cortes fiables y precisos en toda su longitud. Nuevamente solicitan efectuar una prueba sobre los extremos reseñados.

Señala el órgano de contratación que ha realizado nuevas pruebas con el instrumento presentado, y se confirma que el rotor no es ergonómico y que la apertura de la tijera no es completa en toda su longitud, con lo que la superficie de corte es menor. Manifiesta, así mismo que las comprobaciones en todos los casos se han efectuado sobre las muestras aportadas por los licitadores. Por todo ello mantiene el criterio de exclusión de la oferta por incumplimiento de los requisitos exigidos en los PPT a los artículos objeto del Acuerdo marco de suministros objeto de recurso.

B. Braun Medical en su escrito de alegaciones indica que las pinzas ofertadas cumplen fielmente con las condiciones exigidas en el PPT, así mismo indica que no son piezas exclusivas, como se demuestra al haber sido tres las ofertas aceptadas. Por último invoca la falta de impugnación de los Pliegos de Condiciones en plazo en el caso de considerar que las descripciones de los productos adolecían de algún defecto.



La comprobación de la funcionalidad de los productos exigidos por el PPT corresponde a la Mesa de contratación a la vista de las muestras presentadas y está presidida por el principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, cuyos límites no se han excedido en este caso.

Cabe citar en relación con el supuesto analizado, la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que sostiene respecto de un caso análogo: *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”*.

En este caso se discuten las características de un producto quirúrgico y sus utilidades en el quirófano. El informe de los servicios técnicos, aportado por el órgano de contratación, está debidamente motivado y argumentado e incluye

suficiente información para que este Tribunal pueda comprobar que el juicio expresado por los servicios técnicos, no excede de los límites de dicha discrecionalidad.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse.

**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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña A.H.S., en representación de la empresa Johnson & Johnson, S.A., contra el Acuerdo de exclusión de su oferta, adoptado por la Mesa de contratación del Servicio Regional de Salud en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo marco para el “Suministro de material desechable para cirugía laparoscópica, con destino a todos los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SUM 17/2017, en referencia a los lotes 6, 7 y 10.

**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.-** 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.