

**Recurso nº 332/2020**

**Resolución nº 18/2021**

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

En Madrid, a 21 de enero de 2021.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Coloplast Productos Médicos, S.A., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe, por la se adjudica el contrato de “suministros de implantes Urológicos para el Hospital Universitario Getafe”, de 4 de noviembre de 2020, en los referente a su exclusión de su oferta del Lote 1, número de expediente PAPC 2020-1-61, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 3 de agosto de 2020, se publicó en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 14 de agosto en el BOCM, la convocatoria de licitación del contrato de suministros de referencia a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios y dividido en 7 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 601.543,88 euros y su plazo de duración será de 2 años.

**Segundo.-** A la licitación del lote 1, que es el objeto de controversia, se presentaron 3 licitadores, entre ellos la recurrente.

El órgano de contratación adjudicó el Lote 1 del contrato, el 4 de noviembre de 2020, a favor de la empresa Bostón Scientific Iberica, S.A., publicándose en el Perfil de Contratante el mismo 4 de noviembre.

**Tercero.-** El 26 de noviembre de 2020, se presenta ante el Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación por la representación de Coloplast Productos Médicos, S.A., (en adelante COLOPLAST) contra la exclusión del Lote 1 del contrato de referencia, solicitando la anulación de la resolución y la readmisión de su representada para que sea valorada su oferta de acuerdo con las alegaciones realizadas que se expondrán a continuación. Adicionalmente solicita la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

El 21 de diciembre de 2020, 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 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 (en adelante LCSP).

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación para el Lote 1 se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo del Tribunal de 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal, el 22 de diciembre de 2020, dio traslado del recurso al adjudicatario del Lote 1 de este contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

Finalizado el plazo el 30 de diciembre de 2020, no se han recibido alegaciones.

## 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, 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 del procedimiento de licitación en el Lote 1, “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 4 de noviembre de 2020, practicada la notificación y publicado en el perfil de contratante el mismo día 4 de noviembre, e interpuesto el recurso, el 26 de noviembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** El fondo del asunto, se concreta en determinar si la oferta presentada por la adjudicataria del contrato cumple con las prescripciones técnicas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) que rige la contratación del suministro impugnado.

El objeto de la controversia versa sobre la cláusula 2.2. del PPTP que entre las especificaciones técnicas del Lote 1: “*Prótesis de pene hidráulico*” exige que tenga recubrimiento antibiótico, de todo el sistema, con liberación posquirúrgica durante un mes a partir de la implantación que proteja de las infecciones.

Además, la cláusula 2.3 del PPTP establece que “*Las especificaciones son orientativas por lo que las empresas concursantes podrán incluir en sus ofertas materiales de características similares, aunque utilicen tecnología, procedimientos o composición diferente, admitiéndose todas aquellas proposiciones que cumplan los requisitos técnicos y de prestaciones que con carácter de mínimos se han establecido en este pliego*”.

La oferta de la recurrente fue excluida por no cumplir con las especificaciones técnicas, en concreto, no tener recubrimiento antibiótico.

La interesada discrepa y entiende que sí cumple con dichas especificaciones el producto ofertado “*Prótesis Titan® Touch*” puesto que todas las superficies de la prótesis de pene Titan® Touch a implantar (incluidos extensores y conectores) están recubiertas con la cobertura hidrofílica Coloplast. La prótesis se sumerge en una disolución con antibiótico que es absorbida por la cobertura hidrofílica. Para fundamentar adjunta una argumentación técnica.

Abunda en esta idea la recurrente indicando que como prescribe la cláusula 2.3. del Pliego Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) “*las especificaciones técnicas que son orientativas, y, por tanto, encaminadas a dar una información en relación con una finalidad*” y que por ello, el órgano de contratación ha asumido una posición restrictiva de la concurrencia.

Asimismo, alega vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación porque no se ha realizado una correcta valoración de la oferta presentada, toda vez que la misma ha sido excluida de la licitación sobre la base de una errónea apreciación del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación adjunta un informe técnico del Servicio de Urología en el que se pone de manifiesto que:

*“De las dos prótesis peneanas más empleadas, una con recubrimiento hidrofílico que se baña en solución antibiótica, la Coloplast Titan, responsable de la reclamación al proceso de adjudicación del concurso, y otra con cobertura antibiótica de minociclina-rifampicina (AMS con Inhibizone) existen estudios comparativos. Los implantes con cobertura antibiótica de minociclina-rifampicina mostraron un espectro de actividad antimicrobiana mayor que las Titan con recubrimiento hidrofílico y bañadas en vancomicina frente a gram positivos, gram negativos y en especial frente a Staphilococcus aureus (principal responsable de las infecciones protésicas), in vitro ( $p < 0.003$ ) e in vivo ( $p < 0.03$ ). [3].*

*Además, existen estudios que muestran una tasa inusitadamente mayor de lo esperable de las infecciones en las prótesis de Coloplast, sin o con cobertura hidrofílica bañada en antibiótico. Centrándonos en la Titan Resist con inmersión en solución de antibióticos (rifampicina, vancomicina, Gentamicina), el 10,7% de los pacientes tuvieron infección postoperatoria, sin encontrarse diferencias entre la Titan sin cobertura hidrofílica y Titan resist con cobertura hidrofílica. [4].”*

Concluyendo que no es errónea la valoración del no cumplimiento de la prescripción técnica “*Recubrimiento Antibiótico*” en la oferta de COLOPLAST, citando hasta 7 referencias de donde proceden los estudios y conclusiones del informe.

El órgano de contratación también adjunta otro informe, en este caso de la unidad jurídica dónde se analizan las alegaciones realizadas por la recurrente sobre la igualdad de trato, la no discriminación, la libre concurrencia de los licitadores y de la indebida exclusión de su oferta e indica que precisamente la cláusula 2.3 del Pliego se introduce para asegurar lo que la licitadora dice que se incumple que es la libre concurrencia de licitadores y fomentar así la participación de los mismos.

A este respecto, este Tribunal carece de los conocimientos técnicos necesarios para enjuiciar las discrepancias en relación con el producto ofertado. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 declara que “*la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto*”.

En el caso que nos ocupa, el informe técnico aportado por el órgano de contratación fundamenta y justifica con claridad los motivos por los que se ha excluido la oferta de COLOPLAST, aportando datos sobre los estudios realizados sobre el nivel de infecciones de los usuarios dependiendo de la prótesis utilizada.

Por otro lado, el hecho de que los pliegos permitan que las empresas puedan incluir en sus ofertas materiales de características similares, aunque utilicen tecnología, procedimientos o composición diferente, pone de manifiesto, en contra de lo argumentado por el recurrente, que no se limita la concurrencia. Ahora bien, no puede ser cualquier producto, sino que debe cumplir unos requisitos técnicos que en este caso no se cumplen a la vista del informe técnico citado anteriormente.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que procede desestimar el recurso presentado por COLOPLAST.

**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 la representación legal de Coloplast Productos Médicos, S.A., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe, por la se adjudica el contrato de “suministros de implantes Urológicos para el Hospital Universitario Getafe” de 4 de noviembre de 2020, en los referente a la exclusión de su oferta del Lote 1, número de expediente PAPC 2020-1-61.

**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.