

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

En Madrid, a 17 de marzo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don R.G.C., en nombre y representación de Intersurgical España, S.L. (Intersurgical), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, de 10 de febrero de 2016, por el que se la excluye de la licitación del lote 5 del contrato de “Suministro de catéteres para arteria radial, femoral y catéter tipo ‘Seldinger’”. Expediente 45/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 29 de septiembre, 3 y 7 de octubre de 2015, se publicó respectivamente en el BOCM y Portal de contratación de la Comunidad de Madrid, BOE y DOUE, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en dieciséis lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 744.178,32 euros.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), respecto del lote 5, establece entre otras, la siguiente característica técnica:

“CATETERES ARTERIAL y RADIAL TIPO SELDINGER

- Polietileno opaco a RX”.

A la licitación del lote se presentaron tres empresas, Teleflex Medical, S.L., Vygon, S.A.U. y la recurrente que fueron admitidas.

Tercero.- Tras la realización de los trámites oportunos, con fecha 7 de diciembre de 2015, se reunió la Mesa de contratación para proceder a la apertura de las proposiciones económicas y con fecha 17 de ese mismo mes se clasificaron las ofertas, haciéndose pública dicha clasificación, mediante su exposición en el Tablón de anuncios.

Posteriormente con fecha 21 de diciembre se recibe escrito de alegaciones de la empresa Vygon, S.A.U., en el que solicita la revisión de las ofertas admitidas ya que en el caso de Teleflex Medical, S.A., el producto ofertado es de poliuretano y el ofertado por la empresa Intersurgical, es de Teflón, mientras que en el pliego técnico se describe que el producto ha de ser de Polietileno opaco a RX.

Ante este escrito, se requirió nuevo informe técnico y la Mesa se reunió de nuevo el 28 de enero de 2016, para dar a conocer mediante lectura el nuevo informe elaborado para verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos y comunicar el motivo de la exclusión de las dos empresas indicadas.

Con fecha 2 de febrero de 2016, se notifica mediante telefax a ambas dicho Acuerdo, indicándoles que podrá interponerse con carácter potestativo recurso especial en materia de contratación.

Cuarto.- Previamente, el día 1 de febrero Intersurgical había presentado escrito dirigido a la Mesa en el que alega contra su exclusión, exponiendo las razones por las que considera que su producto debe ser admitido y acompañando un informe técnico.

Con fecha 5 de febrero, el órgano encargado de la valoración emite nuevo informe a la vista de las alegaciones de Intersurgical, en el que confirma sus anteriores conclusiones.

La Mesa de contratación se reúne el 10 de febrero y estudia y analiza el escrito de Intersurgical y el nuevo informe, adoptando el Acuerdo de ratificar el Acuerdo de exclusión adoptado el 28 de enero de 2016 y realizando una nueva clasificación de las ofertas.

Este Acuerdo fue notificado a Intersurgical el día 16 de febrero y en la notificación consta que contra el mismo podrá interponerse con carácter potestativo recurso especial en materia de contratación.

Quinto.- Con fecha 3 de marzo de 2016, tuvo entrada en el Tribunal el escrito presentado por la representación de Intersurgical, mediante el que interpone recurso especial en materia de contratación contra su exclusión de la licitación del lote nº 5.

El recurso había sido anunciado previamente al órgano de contratación, el día 2 de marzo.

El recurso alega que su oferta de un catéter radiopaco compuesto de politetrafluoroeteno (P.T.F.E.), denominado Teflon®, que es el nombre comercial dado por el fabricante, cumple los requisitos del PPT. Se exige en dicho Pliego un “catéter de polietileno opaco a RX”. Manifiesta que la I.U.P.A.C., organismo internacional encargado de estandarizar la nomenclatura de moléculas y compuestos químicos, no reconoce desde hace bastantes años el término polietileno como nombre científico de ningún compuesto químico, quedando la denominación de polietileno como el nombre vulgar genérico para englobar a todos los polímeros termoplásticos con grupos eteno en su estructura. Al no especificarse en el pliego técnico una composición química concreta, debe admitirse cualquier compuesto termoplástico de la familia de los polietilenos, tanto el polieteno de hidrógeno (CH₂=CH₂)_n posible compuesto de los

catéteres ofertados en el lote 5 por la empresa Vygon, S.A.U., como el politetrafluoroeteno (CF₂=CF₂)_n de los catéteres ofertados por Intersurgical, como también cualquier otro polímero termoplástico con grupos eteno en su estructura. En consecuencia solicita sea estimado el recurso y admitida su oferta.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el 6 de marzo de 2016, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el informe se argumenta sobre las diferencias entre los productos Polietileno y Teflón y se incluyen las referencias de diversas publicaciones en las que se puede comprobar que el polietileno es un material termoplástico que se obtiene de la polimerización del etileno a altas presiones, cuya estructura química se basa en la mezcla de átomos de carbono e hidrógeno. Igualmente se indica que en la clasificación del Polietileno, se establecen cuatro grupos de este producto: Polietileno de Baja Densidad (LDPE); Polietileno de Alta Densidad (HOPE), Polietileno de Baja Densidad Lineal (LLDPE) y Polietileno de Peso Molecular Ultra-alto (UHMWPE), sin que aparezca en dicha clasificación el Teflón con la consideración de polietileno y que en la página web: <http://www.textoscientificos.com/polimeros/polietileno>, que también define el polietileno y las diferentes clases de este material, tampoco se hace referencia al teflón como polietileno. Afirman que cuando se define el Teflón, se refleja que *“el Teflón constituye un material plástico similar al polietileno, pero con una estructura atómica diferente, pues en lugar de combinar átomos de carbono (C) y de hidrógeno (H), éstos últimos se sustituyen por átomos de flúor (F)”*.

En consecuencia, concluye el informe que *“el Teflón, aunque también sea un material termoplástico, no es Polietileno, sino que es un derivado del polietileno, si bien similar a éste, pero no es Polietileno, producto que en definitiva es el que se solicita en el Pliego de Prescripciones Técnicas para los Catéteres arterial y radial tipo Seldinger objeto de licitación en el lote número 5”*.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los interesados, en

cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Transcurrido el plazo no se ha recibido ningún escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Intersurgical, para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora al lote nº 5, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- Especial mención merece el cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, puesto que el Acuerdo de exclusión debe entenderse adoptado el día 28 de enero de 2016 y notificado el día 2 de febrero. De ahí que se hiciera constar en la notificación que cabía interponer contra el acto, recurso especial en materia de contratación.

Sin embargo la Mesa de contratación, indebidamente, admitió un escrito de reclamación de la recurrente al que dio trámite y que motivó un nuevo informe de valoración y finalmente un nuevo Acuerdo que, se dice, ratifica el adoptado el día 28 de enero y que es notificado a la empresa incluyendo la mención a que contra el mismo cabe interponer recurso especial en materia de contratación.

En consecuencia, aun cuando es contra el primer Acuerdo contra el que se debía haber recurrido, Acuerdo por otro lado firme y que no precisaba de posterior ratificación y debidamente notificado, con todos los requisitos, al dictarse un nuevo acto y ser de nuevo notificado, se vulneraría el principio de confianza legítima si no se permitiera al licitador recurrir contra este último, por lo que en aras del principio de buena fe, se tendrá en cuenta a efectos del cómputo del plazo para la interposición del recurso, únicamente la fecha de la última notificación, el 16 de febrero de 2016.

Por todo ello, debemos entender que el recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue notificado el 16 de febrero e interpuesto el recurso el 3 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la oferta de Intersurgical, debió ser admitida a la licitación del lote nº 5, por considerar que el producto ofertado cumple la prescripción técnica exigida, en cuanto a su composición.

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.

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 el producto ofertado tiene la composición exigida.

El órgano de contratación concluye que el Teflón, material del que está compuesto el producto ofertado no es polietileno sino un derivado similar pero no idéntico al solicitado el PPT.

El Tribunal comprueba que el PPT no prevé la posibilidad de presentar composiciones equivalentes o productos similares en cuanto a la composición indicada y que tanto de los documentos aportados por el Hospital junto con su informe

como de la consulta realizada al “*Compendium of Polymer Terminology and Nomenclature IUPAC Recommendations 2008*”, publicado por la IUPAC, se deduce que el Polietileno es efectivamente un nombre tradicional y no hace referencia a un compuesto único en estructura pero sí en la fórmula que es distinta a la del Teflón, nombre comercial del politetrafluoroetileno. Por lo tanto, siendo la fórmula distinta, no pueden considerarse iguales a efectos químicos. Esto significa que el producto ofertado por Intersurgical incumple una de las prescripciones establecidas en el PPT lo que conlleva necesariamente su exclusión.

En consecuencia, el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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, interpuesto por don R.G.C., en nombre y representación de Intersurgical España, S.L. (Intersurgical), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, de 10 de febrero de 2016, por el que se la excluye de la licitación del lote 5 del contrato de “Suministro de catéteres para arteria radial, femoral y catéter tipo ‘Seldinger’”.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.