

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

En Madrid, a 29 de abril de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Doña A.H.S., en nombre y representación de la empresa Johnson&Johnson S.A. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, lote 6, que han de regir la contratación de suministro de material sanitario desechable para quirófano para el Hospital Universitario de La Princesa, P.A. 13/2014 HUP, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 18 y 21 de marzo de 2014, respectivamente se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, en el Diario Oficial en el Boletín Oficial del Estado y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, con un valor estimado de 589.278,47 euros. De acuerdo con el anuncio de licitación, modificado el 15 de abril, el plazo para la presentación de ofertas termina el 5 de mayo, estando prevista la apertura de las mismas para el día 5 de junio de 2014.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato, que respecto del producto a suministrar en el lote 6 “Gel hemostático”, se exige, entre otras características, que su composición sea “matriz granulosa y trombina humana” y en cuanto a la composición del kit en que se suministra el producto que consta de dos paquetes, A y B, se indica para el paquete A que deberá contener “*jeringa con aguja*” y para el paquete B “*jeringa de 5 ml c/ matriz de gelatina*”.

Segundo.- Con fecha 21 de marzo de 2014 se publica en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid una corrección de errores del Pliego de Prescripciones Técnicas, en adelante PPT, para el lote 6 indicando:

*“Donde pone: Composición: Matriz gelatina granulosa y trombina bovina,
Debe poner: Composición: Matriz gelatina granulosa y trombina humana”.*

Tercero.- El 3 de abril de 2014, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, la empresa de Johnson&Johnson S.A. presenta recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato, ante el órgano de contratación.

En el escrito se alega, que las características exigidas al producto a suministrar para el lote 6 vulneran el principio de concurrencia en tanto en cuanto solo pueden ser suministradas por una concreta casa comercial con un producto concreto que menciona, Floseal, del que adjunta la ficha técnica, que según aduce no aportan beneficio alguno a la efectividad del producto requerido.

En concreto considera que la exigencia de que la matriz hemostática sea de “gelatina granulosa” restringe la libre concurrencia dado que además de tratarse de una característica que sólo posee el producto de una casa comercial, “*no se ha demostrado que esta cualidad sea superior en desempeño, a otra fluida no granulosa. El sentido común dictaría que un fluido con gránulos se adaptaría mejor a superficies irregulares que otro sin y tendría menos superficie de contacto con la*

misma. En cambio, sí se puede inferir que la mayor superficie de contacto se correlacione con una mejor hemostasia”.

Por otro lado respecto del contenido de los paquetes que forman el kit del producto, se afirma que la aguja del paquete A “jeringa con aguja” no cumple las disposiciones actualmente vigentes para la prevención de riesgos por utilización de instrumental sanitario corto punzante, y respecto del contenido del paquete B “Jeringas de 5 ml. c/ matriz de Gelatina”, además de insistir que sólo existe un producto con tales características, añade que la descripción del producto tampoco aporta nada a la eficacia o facilidad de uso del producto.

Cuarto.- Con fecha 10 de abril de 2014 se remite a este Tribunal el recurso junto con el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Dicho informe se limita a considerar que el recurso debe inadmitirse por extemporáneo, al manifestar la recurrente que los pliegos han sido puestos a su disposición mediante su publicación en la plataforma el día 13 de marzo de 2014, por lo que excede el plazo de presentación de 15 días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Ante la falta de información sobre las cuestiones técnicas objeto del recurso, con fecha 15 de abril de 2014 se solicitó al órgano de contratación que ampliara el contenido del informe remitido en su día, lo que se verificó el día 21 de abril aportando un escrito firmado por el Coordinador Quirúrgico del Hospital en el que se indica que habiendo observado errores técnicos no subsanables respecto de las características técnicas del lote 6, se solicitó la anulación de la licitación del indicado lote, procediéndose en breve a solicitar otro procedimiento abierto que permita la adquisición del producto objeto del mismo, lo que se complementa con otro escrito remitido el 25 de abril, en el que se señala que se han observado errores insubsanables en relación con las características técnicas del lote 6, especificando únicamente *“las jeringas con aguja no cumplen las medidas de seguridad”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Johnson&Johnson ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos correspondientes a un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 589.278,47 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Tercero.- Debe examinarse si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, ante las alegaciones del órgano de contratación. Así la publicación de la convocatoria en el BOE se produjo el 18 de marzo y con independencia de lo señalado en el recurso, los pliegos se ponen a disposición de los interesados mediante la publicación en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid el día 21 de marzo, luego es a partir de dicha fecha en la que se tiene constancia de la efectiva puesta a disposición de los mismos, en los términos del artículo 44.2.a) del TRLCSP. El hecho de que la recurrente cite como fecha de puesta a disposición de los pliegos la del 13 de marzo, debe imputarse necesariamente a un error en el texto del recurso, ya que en la fecha indicada simplemente no era posible dicha puesta a disposición, ya que ni siquiera se había producido la publicación de la convocatoria, circunstancia que obviamente debe ser conocida por el órgano de contratación. No es de recibo, cuando efectivamente se conoce la fecha exacta de la puesta a disposición, pretender la extemporaneidad del recurso como motivo de inadmisión del mismo, como se ha hecho por el órgano de contratación en su informe, por otro lado ayuno de toda otra argumentación.

Expuesto lo anterior y dando por probado que los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores el día 21 de marzo de 2014, tras la publicación de la

convocatoria el día 18 del mismo mes, debe considerarse que el recurso presentado el día 3 de abril, se interpuso en plazo.

Cuarto.- 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.

Quinto.- El recurso se fundamenta en una pretendida vulneración del principio de concurrencia como consecuencia de la descripción del producto a suministrar, planteándose además el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad por lo que se refiere a la jeringa con aguja del paquete A del kit del lote 6.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) 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.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

El artículo 117 del TRLCSP establece con carácter de principio general que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad*

de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia". No existe en la Ley un elenco de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación al restringir el acceso a los posibles licitadores a un contrato de suministro, si bien desde un punto de vista interpretativo puede considerarse, teniendo en cuenta lo dispuesto en el hoy derogado artículo 52.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio como tales los descritos por referencias a marcas, patentes o tipos, origen o producción determinado.

En primer lugar, dado que tal y como reconoce el órgano de contratación las jeringas que forman parte del kit del producto a suministrar no cumplen las medidas de seguridad establecidas en la normativa de prevención de accidentes causados por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario, en concreto la Directiva 2010/32/ UE, la Orden ESS/1451/2013 y Orden de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid 827/2005, de 11 de mayo, debe estimarse el recurso por este motivo anulando en consecuencia el lote 6.

También se exponían en el recurso una serie de cuestiones atinentes a la descripción de las prescripciones del producto a suministrar que según aduce la recurrente son vulneradoras del principio de libre competencia.

Cabe indicar que la circunstancia de que un producto solo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la libre competencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab,-relativa a criterios de adjudicación, pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa- frente a la alegación de que se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador, podía proponer, afirma que *"el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la*

oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”.

Debe por tanto examinarse al caso concreto a la luz de lo dispuesto en el artículo 117 del TRLCSP si se cumplen o no sus requisitos.

Como hemos señalado en diversas ocasiones la determinación de 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, si bien esta facultad encuentra un límite fundamental en el respeto al principio de libre competencia. La apreciación de si existe o no vulneración de este principio mediante el establecimiento de condiciones restrictivas, exige un examen de la justificación o motivación de la característica concretamente exigida. En este caso, a pesar de haber sido requerido para ello, el órgano de contratación no se ha pronunciado sobre la necesidad o al menos conveniencia de que el gel hemostático objeto del lote 6 fuera granulado. Esta falta de justificación determina que deban estimarse las pretensiones de la recurrente, también en cuanto a esta última prescripción, sin perjuicio de su justificación o establecimiento en términos de funcionalidad en la nueva descripción de lote que se licite.

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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Doña A.H.S., en nombre y representación de la Johnson&Johnson S.A. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, lote 6, que han de regir la

contratación de suministro de material sanitario desechable para quirófano para el Hospital Universitario de La Princesa, P.A. 13/2014 HUP declarando la nulidad de la descripción del lote 6 del PCAP y en consecuencia del procedimiento de licitación convocado para el mismo, debiendo modificarse en los términos indicados en los fundamentos de esta Resolución, procediendo, en su caso, a una nueva 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 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.