

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

En Madrid, a 30 de octubre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don F.S.V., en nombre y representación de Bromatos S.L., contra la Resolución de 10 de septiembre de 2013, de adjudicación del Acuerdo Marco PA 4/2013, “suministro de prótesis y expansores mamarios y otros expansores tisulares con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, lote 1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de junio de 2013 se publica en el BOCM procedimiento abierto para la adjudicación del Acuerdo Marco PA 4/2013 “Suministro de prótesis y expansores mamarios y otros expansores tisulares con destino a los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”. El objeto del contrato se dividía en 8 lotes, admitiendo hasta cinco adjudicatarios por lote. El valor estimado del contrato es de 1.081.350 euros.

Segundo.- En lo referido al lote 1 “prótesis mamarias redondas”, objeto del recurso que nos ocupa, en el apartado 4 “productos que son objeto de licitación. Características” se requieren las siguientes:

- “• *Perfiles: Moderado, moderado plus, alto y superalto*
- *Gel silicona cohesivo I, II y doble gel*
- *(...)”*

Tercero.- Mediante Resoluciones de 10 de Septiembre de 2013 se adjudican los diversos lotes del Acuerdo Marco. En anexo a dichas resoluciones se relacionan las empresas excluidas, entre las cuales figura Bromatos SL, constando la inadmisión como licitador del lote 1 por los siguientes motivos:

- 1- *“No disponer de dos modelos de cohesividad”*
- 2- *“No dispone de la totalidad de perfiles requeridos (particularmente el superalto)”*

Cuarto.- El 2 de octubre de 2013 tuvo entrada en el Servicio Madrileño de Salud, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Bromatos S.L., contra las resoluciones de adjudicación de fecha 10 de Septiembre de 2013.

El recurso alega contra los motivos de su exclusión y solicita que se reconsidere la exclusión de Bromatos S.L., procediendo a adjudicarle el lote 1.

El licitador recurrente, no ha aportado lo preceptuado en el artículo 44.1 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), que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

Quinto.- El recurso especial, se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 10 de octubre, junto con una copia del expediente de contratación que fue completado el día 17. Se adjunta el informe a que se refiere 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 (TRLCSP). En el mismo se manifiesta que en la tramitación del Acuerdo Marco, en todo momento, se ha actuado conforme a la legislación vigente en materia de

contratación y conforme a derecho. Se adjunta informe técnico de fecha 4 de octubre de 2013, en el que se ratifica la oportunidad de la exclusión de Bromatos S.L. del procedimiento licitador por no cumplir con los requisitos técnicos especificados en los Pliegos que rigen este Acuerdo Marco.

Sexto.- Con fecha 23 de octubre de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Por parte de Biocablan S.L. se manifiesta que *“Bromatos S.L. reconoce que han presentado sólo un tipo de gel. Por otro lado, no dice nada de no tener una extra alta proyección”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Bromatos S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Segundo.- También queda acreditado que el recurso se interpuso contra la adjudicación de un acuerdo marco de suministro, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de septiembre de 2013, practicada la notificación el 17 de septiembre, e interpuesto el recurso el 2 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

La falta de anuncio previo al órgano de contratación, se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del órgano de contratación que, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, implicará la comunicación previa exigida.

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.- En el apartado 4 del PPT referente al lote 1 *“Prótesis mamarias redondas”* se especifica: *“Gel silicona cohesivo I, II y doble gel”*. El motivo de la exclusión es *“No disponer de dos modelos de cohesividad”*.

La recurrente ha ofertado sólo un tipo de gel denominado *“Progressive Gel”*.

Este gel según se alega por la recurrente es altamente cohesivo. Señala que no ha diferenciado en ningún momento diferentes tipos de cohesividad ya que la única prueba de cohesividad reconocida es la que se encuentra en el estándar NF EN ISO 14607:2009 y se trata de una prueba con criterio pasa/falla y no un resultado cuantitativo. Todos los implantes Motiva Implant Matrix pasan dicha prueba, por lo tanto, consideran que es incorrecto pedir implantes de diferente cohesividad cuando la única prueba es si son o no cohesivos. Añade que las propiedades físicas del gel son la viscosidad y elasticidad. A mayor viscosidad mayor dureza del gel, y a mayor elasticidad mayor flexibilidad del gel. Si con la especificación de *“gel cohesivo I,II/doble gel”* se pretendía diferenciar el comportamiento del gel interno de la

prótesis en cuanto a su mayor o menor dureza, no hemos sabido entender esta demanda, ya que en la prótesis Motiva relacionamos el término cohesivo con la no dispersión del gel ante una rotura de la cubierta.

Considera la recurrente que si con el término “cohesivo I,II” se quiere diferenciar la dureza del gel, en Motiva se cuenta con tres geles con distintas propiedades físicas-mecánicas. Así pues el concepto de cohesividad para nuestras prótesis es el mismo para todas y lo que varía son las propiedades fisicomecánicas del gel interno que es lo que realmente proporciona el grado de dureza a la prótesis. Afirma que no ha presentado al concurso la prótesis Progressive Gel Plus por no entender que con el término cohesivo se pretendía diferenciar la propiedad del comportamiento del gel interno. Señala que la nomenclatura de cohesivo I, II, etc., es una terminología utilizada por otras marcas para diferenciar sus modelos pero que no se corresponden con lo que se desea diferenciar realmente.

En el informe técnico que se adjunta al del órgano de contratación se afirma que el PPT por su redacción no ofrece dudas en cuanto al requerimiento demandado. De hecho, es clínicamente útil, disponer de productos que dispongan de modalidades diferentes en función del grado de cohesión del gel. En este sentido, la propia compañía, en su escrito de recurso, reconoce lo que ya se refleja en su oferta técnica: oferta el producto con un único tipo o grado de cohesividad: “Progressive Gel”.

El gel cohesivo de silicona se caracteriza por una mayor unión entre las moléculas que componen el gel, con lo que es mucho más denso y viscoso. Al ser el relleno una masa gelatinosa compacta y no líquida de silicona, cuando los implantes están envejecidos y presentan poros o bien ya francamente rotos, la silicona permanece en el interior del implante o bien sale en pequeñas cantidades. Es algo fundamental para que en caso de rotura del implante no difunda el gel a la mama y ganglios linfáticos. El término se utiliza en la actualidad para describir la tendencia del gel a mantenerse unido.

Se discute, por una parte el concepto de cohesividad y por otra parte el cumplimiento de la oferta de la recurrente de dos modelos de cohesividad.

Respecto de la primera cuestión considera la recurrente que es incorrecto pedir implantes de diferente cohesividad cuando la única prueba es si son o no cohesivos. Sin embargo tal como él mismo reconoce también tiene otros productos con diferente grado de cohesividad. Discute si el término quiere diferenciar la dureza del gel o si se refiere a la viscosidad o flexibilidad del mismo. Afirma asimismo que la nomenclatura utilizada se corresponde con la utilizada por otras casas comerciales. Pero tales cuestiones respecto de la descripción del PPT pudieron ser objeto de aclaración o discrepancia en el momento de tener conocimiento del mismo. Así, antes de presentar la oferta pudo solicitar aclaración al órgano de contratación tal como está previsto en el artículo 158 el TRLCSP, o en caso de discrepancia o considerar injustificado el requisito técnico, interponer el correspondiente recurso contra el contenido del PPT. No obstante, la recurrente presentó oferta a la convocatoria, lo que de acuerdo con el artículo 145 del TRLCSP, supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. Por ello, en este momento sólo debemos comprobar la adecuación del producto ofertado con lo solicitado en el PPT.

Aunque el PPT no describe o relaciona el concepto por referencia a ninguna norma o parámetro de medida para poder concretar qué es el grado de cohesividad I y II el licitador solo ofertó un modelo, por lo que independientemente del contenido que se pueda atribuir a cada grado de cohesividad (cuestión que no es objeto de debate) es cierto que la oferta de la recurrente no cumple la amplitud de rangos solicitada, por lo que procede desestimar su pretensión.

Sexto.- El segundo motivo de la exclusión es *“No dispone de la totalidad de perfiles requeridos (particularmente el superalto)”*.

Entiende la recurrente que con el sistema de clasificación que tienen las prótesis Motiva se cubren las necesidades terapéuticas de los pacientes. Indica que disponen de cuatro perfiles denominados “Mini, Demi, Full, Corsé” y que se corresponden con bajo, pequeño, mediano y alto. Sin perjuicio de no saber entender a qué se refiere el término “superalto” entendemos que lo más correcto para poder clasificar o descalificar a una prótesis en este concepto, es que los perfiles se ajusten a los centímetros solicitados, pero en este caso en las propias bases del concurso no se especifica.

Por consiguiente estos términos de alto, bajo, superalto, etc. son términos subjetivos que no se corresponden con ninguna especificación concreta y pueden estar al libre albedrío de lo que cada casa comercial pueda entender como medio, alto, superalto, etc. El catálogo presentado a concurso contempla diámetros que van de 8,5 cm. de base hasta 15 cm. con intervalos de 0,5 cm. y las proyecciones oscilan de 2,2 cm a 7,8 cm. El llenado en todas las prótesis es del 100%. Entendemos que con estas referencias están cubiertas todas las necesidades de cirujanos y pacientes.

Según el informe técnico emitido con ocasión de la interposición del recurso, el dossier técnico aportado originalmente por la empresa contiene varios documentos relativos al implante ofertado (“Motiva Implant Matrix”). Entre ellos el catálogo comercial y el documento titulado “Prospecto Motiva Implant Matrix–Implantes Mamarios de Silicona Establishment Labs, S.A”. En ambos documentos se reflejan tres tipos de perfiles, no cuatro como se requería en el PPT, ninguno de los cuales puede ser calificado como “superalto” en función de las medidas de base y volumen.

El perfil de un implante es la forma y proporciones que tiene visto de lado, es decir, en la posición en que estaría colocado en una paciente desde una perspectiva lateral. El perfil del implante mamario puede ser descrito como una medida de la

cantidad de implante mamario que sobresale del cuerpo en relación con el diámetro de su base.

Según la recurrente, su producto tiene cuatro perfiles “Mini, Demi, Full, Corsé” pero en la documentación del expediente solo figuran tres “Demi, Full, Corsé”.

Considera la recurrente que en las prescripciones técnicas no se especifican los centímetros solicitados, no quedando definido qué se entiende por superalto, los conceptos empleados en el PPT son subjetivos y pueden estar al criterio de cada casa comercial. Pero tales cuestiones, tal como se ha señalado en el fundamento de derecho anterior, pudieron ser objeto de aclaración o discrepancia en el momento de tener conocimiento del mismo. Así, antes de presentar la oferta pudo solicitar aclaración al órgano de contratación tal como está previsto en el artículo 158 el TRLCSP, o en caso de discrepancia o considerar injustificado el requisito técnico interponer el correspondiente recurso contra el contenido del PPT. No obstante, la recurrente presentó oferta a la convocatoria lo que de acuerdo con el artículo 145 del TRLCSP supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. Por ello, en este momento sólo debemos comprobar la adecuación del producto ofertado con lo solicitado en el PPT.

Aunque ciertamente, tal como alega la recurrente, el PPT no describe o relaciona el concepto “perfil” por referencia a ninguna norma o parámetro de medida para poder concretar qué se entiende por perfil bajo, medio, alto o superalto el licitador solo ofertó tres niveles de proyección para la misma base medida en centímetros, así, por ejemplo, para una base de 8,5 cm oferta tres proyecciones de 3,1, 3,5 y 4,0 cm., por lo que independientemente del contenido que se pueda atribuir a cada perfil (cuestión que tampoco es objeto de debate), es cierto que la oferta de la recurrente no cumple la amplitud de rangos solicitada, por lo que aunque pudiera discutirse si lo ofertado se incardina o nó dentro del concepto “superalto” y

podiera llegarse a interpretar de forma favorable a la recurrente, faltaría un perfil del total de cuatro que se exigen, por lo que procede desestimar su pretensión.

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 F.S.V., en nombre y representación de Bromatos S.L., contra la Resolución de 10 de septiembre de 2013 de adjudicación del Acuerdo Marco PA 4/2013, “suministro de prótesis y expansores mamarios y otros expansores tisulares con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, lote 1.

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.- Dejar sin efecto la suspensión cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 23 de octubre.

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 49 del TRLCSP.