

Recurso nº 81/2017

Resolución nº 87/2017

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

En Madrid, a 15 de marzo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.V.C. y don C.V.C., en representación de la empresa Prótesis Hospitalarias, S.A. (Prohosa), contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 3 de febrero de 2017, por la que se adjudica el contrato “Suministro de mallas e implantes para incontinencia urinaria femenina, masculina y prolapsos vaginales del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: 2016-0-105, lotes 3 y 4, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 10 de septiembre de 2016 en el DOUE, 20 de septiembre en el BOCM y en el perfil del contratante y 28 de septiembre en el BOE se publicó la convocatoria del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación, todos objetivos, precios máximos unitarios y dividido en once lotes, con admisión de variantes, entrega de muestras y modificación del contrato hasta un máximo del 10%. El plazo de ejecución es de doce meses con posibilidad de prórroga, siendo el plazo máximo de ejecución

incluida la prórroga de veinticuatro meses. El valor estimado del contrato asciende a 397.294,46 euros.

Posteriormente se publicó en el BOCM de 14 de octubre de 2016 una corrección de errores por la que se subsana el valor estimado del contrato.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 1.1 describe los once lotes en que se divide el contrato, cuyas características se definen en el PPT, siendo para los nº 3 y 4 a los que se refiere el presente recurso las siguientes:

LOTE	DENOMINACIÓN
3	Malla para la corrección de la incontinencia urinaria femenina leve y moderada por vía transobturadora según técnica de fuera a adentro. <ul style="list-style-type: none">• Malla de polipropileno, macroporo, sin nudos y con bordes sobrehilados, atraumáticos e hilo externo de polipropileno.• Sin funda de plástico.• Con agujas reutilizables.
4	Malla para la corrección de la incontinencia urinaria femenina leve y moderada por vía transobturadora según técnica de fuera a adentro. <ul style="list-style-type: none">• Malla de polipropileno, macroporo, recubierta por funda plástica, acompañada de dos agujas transobturadoras desechables y guía metálica para su inserción.

En la cláusula 1.9 en correspondencia con la documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación, se establece que se acompañará:

- Relación de los productos ofertados, con descripción técnica de los mismos.
- Catálogos e información técnica necesaria para la valoración de los criterios técnicos de adjudicación.

- Toda la documentación técnica exigida en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Por su parte el PPT solo establece requisitos para el etiquetado de los productos.

A la licitación se han presentado trece empresas, una de ellas la recurrente.

Tras los trámites oportunos, con fecha 3 de febrero de 2017, se dictó Resolución por la Directora Gerente del Hospital 12 de Octubre por la que se adjudica el contrato, en la que consta, que a propuesta de la Mesa de contratación la adjudicación de los lotes 1, 3, 5 y 7 ha recaído en la empresa Productos Especiales Neomedic International, S.L, y la adjudicación del lote 4 ha recaído en la empresa Johnson & Johnson, S.A. Igualmente se hace constar los motivos de exclusión de todas las ofertas y en resumen se indican como únicos motivos de exclusión de Prohosa los siguientes:

“LOTE 3: Bordes no atraumáticos.

LOTE 4: No están recubiertas por funda plástica”.

Tercero.- El 20 de febrero de 2017, tuvo entrada en el órgano de contratación el recurso, que la recurrente califica de reposición, formulado por la representación de Prohosa en el que solicita la anulación de la adjudicación y que se retrotraiga el procedimiento al momento en que debió valorarse su oferta para el lote 3, ya que cumple el requisito de “bordes atraumáticos” y para el lote 4, ya que cumple el requisito de “funda de plástico”, exigidos en el PPT.

El 6 de marzo de 2017 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 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), advirtiendo que

habiendo sido interpuesto contra la adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada, “*no procede la admisión y tramitación del recurso presentado como de reposición pero, por imperativo de lo prevenido en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuya virtud el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, procede la sustanciación del mismo como recurso especial en materia de contratación*”. Manifiesta que a la vista del informe de los servicios técnicos no resulta acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos, por lo que solicita la desestimación del recurso.

Cuarto.- Con fecha 8 de marzo de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los restantes interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiéndose recibido las formuladas por Productos Especiales Neomedic International, S.L. (en adelante Neomedic) que solicita la desestimación y cuyo contenido se analizará al estudiar el fondo del recurso.

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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, 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” (artículo 42 del TRLCSP), al resultar excluida del procedimiento.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, sin perjuicio de su errónea calificación, pues la Resolución de adjudicación se adoptó el 3 de febrero de 2017, se notificó el día 13 del mismo mes y el día 20 de febrero se ha interpuesto el recurso, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la oferta de Prohosa debió ser admitida a la licitación.

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. Por lo que su contenido, no habiendo sido recurridos, vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta.

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.

Alega la recurrente que sí cumple el requisito por el que fue excluida respecto de cada lote, aportando para acreditar dicha afirmación una declaración de la compañía Dipro Medical Devices, en inglés que sobre la exigencia de bordes atraumáticos señala *“the sling has atraumatic edges due the wave morphology”* y la ficha técnica del producto InGyne S.

Por su parte el órgano de contratación advierte que la documentación aportada por la recurrente en su recurso no puede tomarse en consideración ya que se trata de una declaración escrita en inglés supuestamente por Dipro Medical Devices, S.R.L., acompañada de una aparente traducción al castellano sin firmar y porque no se acredita, la eventual relación jurídica que pueda vincular a esta sociedad con la recurrente.

No obstante informa que previo asesoramiento técnico prestado por el Servicio de Ginecología y Obstetricia, el cual ha ratificado el informe técnico emitido en su día por el mismo Servicio y por el Servicio de Urología de este Hospital, procede desestimar la impugnación por las siguientes razones:

- Respecto al lote 3, porque la morfología de la malla ofertada es con bordes espiculados a lo largo de toda su longitud y según el criterio técnico. *“En la colocación de la malla durante la cirugía se ha de minimizar el posible daño tisular, más probable cuando el borde es espiculado, como en este caso, y no liso”*. Añade que además incumple otro requisito técnico exigido en la presente licitación que es que el borde estuviera sobrehilado, característica que la malla ofrecida por la recurrente no tiene, pues sólo presenta un hilo central que sirve de marcador.
- Respecto al lote 4, porque de la documentación presentada con su oferta no se desprende de forma indubitable que la malla ofrecida disponga de funda plástica y porque en el material aportado para su evaluación como muestra de malla no es recubierta. Con independencia de lo expuesto, se ha de afirmar además que la malla ofrecida por la recurrente al lote 4 tampoco puede ser considerada como no atraumática.

En su escrito de alegaciones Neomeditc advierte que a la vista de la documentación aportada por el recurrente en su recurso, la malla ofertada por Prohosa en el lote 3 solo cumple el requisito de polipropileno, pero añade que no tiene macroporo en toda su extensión al estar fabricada con nudos no macroporo y tiene nudos en toda su extensión, y si bien acredita otras características ninguna de las cuales es requerida por este PPT.

Procede previamente advertir que no pueden tenerse en cuenta en fase de recurso incumplimientos no puestos de manifiesto por el órgano de contratación en el acto de exclusión de la oferta de la recurrente, pues de lo contrario se produciría indefensión al recurrente que no ha sido informado de tales circunstancias, y por

ende argumentar sobre ellas en el recurso tal y como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones. Por lo tanto no cabe tener en cuenta el incumplimiento del requisito de que el borde estuviera sobrehilado, ni tampoco los incumplimientos alegados por Neomeditc, más allá de los puestos de manifiesto por el órgano de contratación.

En cuanto al idioma de redacción de la declaración del fabricante presentada por la recurrente, este Tribunal no encuentra ningún obstáculo de tipo legal en la admisión del documento redactado en inglés, cuyo alcance es perfectamente comprensible en su caso para hacer prueba de su contenido, sin perjuicio de la convicción que el mismo pueda surtir al resolver sobre el fondo del asunto.

Del mismo modo en cuanto a las relaciones empresariales entre Prohosa y Dipro Medical Devices, S.R.L., en todo caso debe señalarse que siendo Dipromed la fabricante del producto, las fichas técnicas, catálogos y cualquier declaración que fuera necesario acompañar relativa a la fabricación, necesariamente estaría realizada por dicha empresa, al igual que en el caso del resto de licitadoras, por lo que la relación empresarial de ambas empresas no impide la admisibilidad de la prueba, sin perjuicio de su resultado.

Sentado lo anterior, debe considerarse si los productos ofertados cumplen las especificaciones requeridas.

Respecto del lote 3 el producto ofertado es la malla IGSD1250WS+ELO102, prótesis uroginecológica de la marca INGYNE S. (Código 057053) cuya descripción recoge que se trata de *“una malla macro porosa de polipropileno monofilamento, no absorbible. El sling tiene un marcador azul central (Sling sin vaina para abordaje TOT-OUT/IN suprapúbico .1.2*50 cm”*.

Para el lote 4 oferta la malla Código 056863. Referencia IGSD1245IO-EL, con la siguiente descripción: *“prótesis urinaria de la marca INGYNE S compuesta por*

*una malla macro porosa de polipropileno monofilamento, no absorbible. El sling tiene un marcador azul central. 1.2*45cm”.*

Se comprueba por este Tribunal que la documentación que acompaña a su oferta para los lotes 2, 3 y 4, es un único catálogo y una ficha técnica común para todos ellos, en la que no consta la referencia IGSD1250WS+ELO102, aunque sí la IGSD1250WS-EL:

CÓDIGO	TAMAÑO	UNIDADES POR CAJA
IGSD1250WS Sling sin vaina para abordaje TOT-OUT/IN suprapúbico	1.2*50 cm	1
IGSD1250 (Sling con vaina para abordaje TOT-OUT/IN suprapúbico	1.2*50 cm	1
IGSD1250WS-TVT Sling sin vaina+2 agujas introductorias acceso suprapúbico	1.2*50 cm	1
IGSD1250WS-EL Sling sin vaina+2 agujas introductorias helicoidales para abordaje TOT-OUT-IN	1.2*50 cm	1
IGSD1250WS-TO Sling sin vaina+2 agujas introductorias en forma de gancho para abordaje TOT-OUT-IN	1.2*50 cm	1

Sí figura por el contrario, la referencia específicamente ofertada para el Lote 4.

CÓDIGO	TAMAÑO	UNIDADES POR CAJA
IGSD1245IO-EL Sling con vaina+2 agujas introductorias helicoidales para abordaje TOT-OUT-IN+ guía atraumática.	1.2*45 cm	1

En dicha ficha técnica consta una descripción común para todos los productos de la familia INGYNE según la cual *“La prótesis uro-ginecológica INGYNE S está compuesta de una malla macroporosa de polipropileno monofilamento no absorbible. El sling tiene un marcador azul central en toda su longitud para facilitar su localización.*

Los extremos del swing poseen un dispositivo de enganche para facilitar el anclaje de la aguja introductora. El dispositivo de enganche debe ser simplemente insertado dentro de la ranura especial al final de la aguja. Se deben quitar los extremos el sling una vez posicionado.

Ingyne S está disponible con o sin vaina plástica transparente y con o sin agujas (introductores modelo helicoidal, o gancho para acceso transobturador o introductores modelo curvo para acceso suprapúbico o retropúbico)”.

Por tanto la ficha técnica claramente no especifica si la malla es “atraumática”.

La recurrente aporta en su recurso una declaración del fabricante en inglés traducida al castellano para el lote 3 en la se informa que *“la malla IGSD1250WS + EL0102, INGYNES está compuesta por una malla macroporosa de monofilamento polipropileno no absorbible, la banda/sling tiene bordes atraumáticos debido a la morfología de la onda; el sling se fabrica sin cortes en los bordes”*, que no fue incluida en la documentación de la oferta, por lo que no pudo ser tenida en cuenta por la Mesa.

En este caso, la declaración ha sido aportada con posterioridad a la presentación de la oferta por lo que, con independencia del valor que pueda tener a efectos probatorios en el recurso, no ha sido valorada por el Servicio técnico. Sin embargo cabía presentar muestras para comprobar el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos, en cuya comprobación cabe aplicar cierto margen de discrecionalidad técnica por el órgano de contratación, que en este caso se concreta en la apreciación de que la *“la morfología de la malla ofertada es con bordes*

espiculados a lo largo de toda su longitud" en vez de liso, lo que aumenta las posibilidades de daño tisular, por tanto traumática en tanto que causa algún tipo de lesión o lastimadura.

Comprobado que el borde de la malla no es liso sino "espicular" o "de ondas" y que el órgano de contratación anuda a esta morfología la posibilidad de daños tisulares, procede desestimar el recurso por este motivo, al no corresponder a este Tribunal la apreciación de la circunstancia descrita, desde el punto de vista técnico, sin que por parte de la recurrente se haya desvirtuado a juicio de este Tribunal, el juicio técnico del órgano de contratación.

Séptimo.- Respecto al segundo motivo del recurso, relativo al lote 4 del contrato, se debe comprobar si el producto ofertado tiene funda de plástico, como afirma el recurrente.

En contra, el órgano de contratación sostiene que no se desprende de la documentación presentada de forma indubitable que la malla ofrecida disponga de funda de plástico.

Como se ha descrito en el fundamento jurídico anterior en la ficha técnica que presentó con la oferta común para toda la familia de productos INGYNE se indica claramente que "*Ingyne S está disponible con o sin vaina plástica transparente*".

Existiendo por tanto la referencia IGSD1245IO-EL con funda de plástico, y cabiendo aclarar la oferta siempre que ello no implique su modificación, procede estimar el recurso por este motivo, debiendo aclararse si el producto ofertado en concreto incluye la funda de plástico en cuestión.

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 parcialmente el recurso por doña M.V.C. y don C.V.C., en representación de la empresa Prótesis Hospitalarias, S.A. (Prohosa) contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 3 de febrero de 2017, por la que se adjudica el contrato “Suministro de mallas e implantes para incontinencia urinaria femenina, masculina y prolapsos vaginales del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: 2016-0-105, anulado la adjudicación del lote 4, debiendo retrotraer el expediente al momento en que debió valorarse la oferta.

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.- Levantar la suspensión del lote 3.

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.