

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

En Madrid, a 8 de septiembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Sumedex, S.A., contra acuerdo de la Mesa de contratación publicado el 5 de agosto de 2022, en la plataforma electrónica de licitación pública , acta nº 24/22, por la que se determinan las ofertas con mejor calidad-precio y se propone adjudicatario en el lote 12 del proceso de licitación expediente P.A. HUPA 38/22, “contrato de suministro de suturas mecánicas y hemoclips, con destino el Hospital Universitario Príncipe de Asturias”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 8 de junio de 2022, se publica el anuncio de licitación en el BOCM. El 26 de mayo en el Portal de Contratación.

El valor estimado del contrato es de 2.883.003,01 euros.

Segundo.- Con fecha 3 de agosto de 2022, publicado el 5 de agosto en el Portal de Contratación, la Mesa propuso la adjudicación del contrato a favor de la empresa Teleflex Medical, S.A.U. (en adelante Teleflex), con una puntuación de 77,60 puntos,

frente a los 55 de Sumedex, S.A. (en adelante Sumedex). El 26 de agosto el órgano de contratación confirma la propuesta de la Mesa de contratación.

Tercero.- El 17 de agosto de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa de contratación de por la que aprueba la valoración de las ofertas y se propone la adjudicación del contrato. Se solicita el recibimiento a prueba del procedimiento, y sobre la documental presentada.

Cuarto.- En fecha 30 de agosto de 2022, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación 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 transpone 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).

Quinto.- Ha presentado alegaciones en plazo Teleflex, que es la empresa propuesta como adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa segunda clasificada en segundo lugar la licitación del lote 2, “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 se interpone en plazo. El acuerdo de la Mesa se publicó el 5 de agosto de 2022, presentándose el recurso el 17 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra el acuerdo de la Mesa de contratación por la que se valoran las ofertas y se propone adjudicatario a Teleflex. Considera Sumedex que el acto “*es susceptible de Recurso Especial, dado que en la misma se decide de manera directa sobre la adjudicación, al quedar determinada, respecto del LOTE 12, como oferta con mejor calidad-precio la presentada por Teleflex Medical, S.A.U., en detrimento de la oferta de la ahora recurrente*”.

Según el recurrente, de acuerdo con lo establecido en el artículo.

El órgano de contratación no alega sobre la admisión del recurso, sí por extenso Teleflex, que solicita la inadmisión por recurrirse un acto de trámite no cualificado, conforme al artículo 44.2 de la LCSP, a cuyo tenor podrán ser objeto del recurso especial “*b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149*”.

Aunque el acto impugnado no se encuentra comprendido dentro de los que recoge la previsión del artículo 44.2.b) de la LCSP, en consonancia con resoluciones anteriores, este Tribunal entiende admisible el recurso por razones de economía procesal, dado que la propuesta de la Mesa de contratación fue confirmada por el órgano de contratación el 26 de agosto con la adjudicación publicada en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid.

Quinto.- Defiende Sumedex que la calidad técnica de su producto debió estimarse en 30 puntos, alcanzando entonces la adjudicación, frente a las puntuaciones de la Mesa:

- TELEFLEX MEDICAL S.A.U.: 77,60 puntos

Precio: 27,60 puntos

Calidad Técnica: 50,00 puntos

- SUMEDEX S.A.: 55,00 puntos

Precio: 50,00 puntos

Calidad Técnica: 5,00 puntos

El criterio objetivo de valoración referido a la calidad técnica del producto ofertado (Hemoclips de Polímero), evaluable de forma automática por aplicación de fórmulas se divide en dos aspectos a justificar por las licitadoras:

“1) Aporta marcado CE como Producto Sanitario de Clase III del Reglamento (UE) 2017/745, otorgándose 30 puntos a quien aporte el mismo y 5 puntos a quien no lo aporte .En este apartado, TELEFLEX MEDICAL S.A.U. es valorada con 30 puntos y SUMEDEX S.A. con 5.

2) Aplicadores de laparoscopia desmontables en tres piezas para facilitar su esterilización, otorgándose 20 puntos al producto ofertado que cumpla con dicha característica. Este apartado no tiene incidencia ni relevancia a efectos del presente Recurso Especial”.

Sumedex, S.A., reseñó que sí aporta dicho marcado CE, por lo que deberían habérsele otorgado el máximo de puntos previsto en este apartado, esto es, 30. Aporta certificado de clasificación clase II b.

El certificado presentado tiene todas las características exigidas, mereciendo esta puntuación.

La normativa comunitaria distingue, según la finalidad prevista y sus riesgos propios, en Clase I, Clase IIa, clase IIb y Clase III, riesgo bajo, medio-bajo, medio-alto y alto, normativa traspuesta por el Real Decreto 1591/2009 de 16 de octubre.

Desarrolla de forma pormenorizada, en atención al tipo de producto y la normativa que cita, que la clasificación que debió exigirse es la IIb. La marca CE acreditada es la que procede respecto del producto sanitario en cuestión, que es de Clase IIb y no de Clase III. La clasificación presentada por Sumedex, es la adecuada para las indicaciones explicitadas en los pliegos.

Tras esta exposición solicita subsidiariamente la nulidad de los Pliegos: *“procede la anulación de la exigencia de aportar marcado CE como Producto Sanitario de Clase III del Reglamento (UE) 2017/745, debiendo ser sustituida por la exigencia de aportar marcado CE de Clase IIb o, incluso, por la exigencia de aportar tan solo marcado CE, sin referencia alguna a Clase concreta, dado que ha quedado probado que el PCAP incurre en motivo de nulidad de pleno derecho por los motivos expresados”*.

La jurisprudencia que cita admite la impugnación indirecta de los pliegos, en supuestos de nulidad de pleno derecho. El acto de trámite cualificado impugnado es nulo de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común, dado que:

a) Lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, en concreto el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución.

b) Es contrario al ordenamiento jurídico y a la normativa en materia de contratación, vulnerándose los preceptos señalados de la LCSP.

Informa el órgano de contratación que la documentación aportada por Sumedex, S.A., fue valorada con los mismos criterios que la presentada por Teleflex,

pero la documentación de marcado CE presentada por la recurrente no permitió su valoración con 30 puntos como la recurrente solicita, puesto que según el criterio cualitativo evaluable de forma automática anteriormente citado: “*Aporta marcado CE como producto sanitario de Clase III del Reglamento (UE) 2017/745*”, la certificación aportada por la empresa no es la requerida en ese criterio, no quedando asimismo excluida su oferta al cumplir con las condiciones solicitadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Teleflex transcribe el apartado 8.2 de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) donde figura como criterio de adjudicación:

“*Aporta marcado CE como producto sanitario de Clase III del reglamento (UE 2017/745)*”.

La propia recurrente reconoce, a lo largo de todo el escrito, que el Marcado CE aportado corresponde a un producto de la Clase IIb. Para justificar la interposición de un recurso que carece de fundamento, la recurrente se centra en justificar que la clasificación del producto objeto de la licitación debió ser la Clase IIb.

Comprobado este extremo por el Tribunal procede desestimar el recurso. Si el recurrente no estaba de acuerdo con la clasificación puntuada, que la entiende indebida, debió recurrir el PCAP. No habiendo impugnado, es de aplicación enteramente el principio de vinculación positiva a los mismos. En este sentido, es obligado mencionar lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP:

“1. *Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea*”.

Por otra parte, solicita la nulidad de los Pliegos, por impugnación indirecta, petición extemporánea, no encontrando ningún motivo de nulidad de pleno derecho en el acto de trámite recurrido. Existe simplemente una distinta interpretación por el órgano de contratación de la clasificación CE valorable como criterio automático, no como requisito técnico, para el producto licitado, que si fuera ilegal pudo recurrirla en su momento.

Procede desestimar la petición subsidiaria.

No procede el recibimiento a prueba, porque no existe disconformidad de las partes en los hechos, en concreto con el hecho fundamento del acto recurrido: que no tiene la clasificación del marcado CE puntuable.

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 de Sumedex, S.A., contra acuerdo de la Mesa de contratación publicado el 5 de agosto de 2022, en la plataforma electrónica de licitación pública , acta n.º 24/22, por la que se determinan las ofertas con mejor calidad-precio y se propone adjudicatario en el lote 12 del proceso de licitación expediente P.A. HUPA 38/22, “contrato de suministro de suturas mecánicas y hemoclips, con destino el Hospital Universitario Príncipe de Asturias”, acuerdo ratificado por el órgano de contratación.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.