

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

En Madrid, a 23 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña B.S.L., en representación de la empresa TELEFLEX MEDICAL, S.A., contra su exclusión del procedimiento de contratación “Suministro de diverso instrumental desechable específico para cirugía laparoscópica con destino al Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda”, nº PA GCASU 2015-50, concretamente respecto del lote nº 4, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 2, 9 y 12 de junio se publicó respectivamente en el DOUE, BOE y BOCM la convocatoria para la licitación del contrato “Suministro de diverso instrumental desechable específico para cirugía laparoscópica con destino al Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda”, dividido en lotes. El valor estimado del contrato asciende a 524.100 euros.

Segundo.- De acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) el lote 4, “bolsa Extracción”, comprende dos números de orden que se corresponden con dos bolsas desechable para recogida de material de distintas dimensiones (6,4 x 15 cm.

aprox y 13 x 23 cm. aprox) con la siguiente descripción: *“Bolsa de un solo uso para recogida de material. Medidas aproximadas (...) (+1 cm en cada dimensión). Sistema de introducción a través de trocar laparoscópico de 10 mm”.*

El 1 de septiembre se dicta Resolución de adjudicación del contrato, en la que respecto del producto ofertado por la recurrente se indica para ambos números de orden, *“NO CUMPLE PPT. No tiene sistema de liberación automático y se necesita un puerto accesorio para extraer la bolsa dentro de la cavidad torácica”* adjudicándose el contrato para este lote 4 a la empresa MBA INCORPORADO, S.L., lo que se notificó a la recurrente ese mismo día.

Tercero.- Con fecha 9 de septiembre de 2015 se recibe en el Tribunal recurso especial en materia de contratación, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de contratos del Sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TLRCS, en el que solicita que se declare la nulidad de la resolución del acuerdo de exclusión, y en consecuencia, se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental oportuno y se proceda a valorar la oferta presentada por TELEFLEX MEDICAL, S.A. al lote referenciado, en igualdad de condiciones con las restantes licitadoras.

El recurso se remite al Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, requiriéndole para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCS remitiera una copia del expediente de contratación y su informe preceptivo. Habiendo sido remitido el expediente de contratación el día 11 de septiembre y posteriormente el día 16, el informe.

Cuarto.- Con fecha 14 de septiembre de 2015 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCS, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se haya recibido escrito alguno.

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 TELEFLEX MEDICAL, S.A., 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 4 *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que si bien formalmente el recurso se dirige contra la exclusión de la recurrente de la licitación de referencia, la misma se pone en su conocimiento en la propia adjudicación del contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y practicada su notificación el 1 de septiembre de 2015, e interpuesto el recurso el 9 del mismo mes, por lo tanto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, éste se concreta en determinar si la oferta de la recurrente no debió ser excluida del lote nº 4, por cumplir el producto ofertado como aduce la recurrente, las condiciones técnicas establecidas en el PPT.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares 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.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el asunto T4/01, Renco SpA, contra el Consejo de la Unión Europea, sobre criterios de adjudicación en su apartado 68 y respecto del criterio *“conformidad de la oferta”* dice: *“Dado que el criterio relativo a la conformidad de la oferta es absoluto, se debe rechazar una oferta cuando no se ajusta al Pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

Por tanto toda oferta que no cumple las prescripciones técnicas debe ser rechazada, no procediendo su valoración y por el contrario, las ofertas que cumplan lo establecido en los pliegos, deben ser aceptadas y valoradas.

Cabe recordar que la determinación de las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación y no cabe relativizarlas ni obviarlas durante el proceso de licitación, pues una valoración que no se ajusta a los requisitos que constan en los pliegos es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad, al no tratar por igual ni a los licitadores que presentaron oferta que se valoran dando importancia a

unos requisitos y relativizando otros de forma aleatoria, ni a los demás posibles licitadores que, al no cumplir la totalidad de las prescripciones exigidas, no presentaron oferta, desconociendo la posterior omisión de las mismas a la hora de examinar el producto y la aceptación de los que no la cumplen.

En este caso el PPT además de las dimensiones de la bolsa de extracción de material, exigía que las mismas fueran de un solo uso con un sistema de introducción a través de trocar laparoscópico de 10 mm, como más arriba se ha recogido.

El producto ofertado por la recurrente, cuyas fichas técnicas se acompañan al texto del recurso es el denominado Memobag (pequeña y mediana) con la siguiente descripción *“La bolsa MEMOBAG PEQUEÑA está destinada a la extracción de piezas operatorias por vía laparoscópica y toratoscópica a través de un trocar de 10 mm, lo que permite mayor seguridad, flexibilidad y comodidad durante el procedimiento mínimamente invasivo. Con introductor y cable flexible de tracción. La bolsa de extracción MEMOBAG viene enrollada dentro de un tubo protector de polietileno blanco. La bolsa MEMOBAG está elaborada en WIRUTHAN (poliuretano) con mecanismo de cierre en alambre de nitinol (níquel + titanio) que se despliega y abre automáticamente al entrar en la cavidad. Ayuda a evitar la contaminación en el campo operatorio y su propagación. Estéril, de un solo USO, sin látex. Presentación en cajas de 5 unidades estériles envasadas de forma individual”*.

Por su parte el órgano de contratación comunica como causas de exclusión del producto: *“NO CUMPLE PPT. No tiene sistema de liberación automático y se necesita un puerto accesorio para extraer la bolsa dentro de la cavidad torácica”*.

Como fácilmente se comprueba de la lectura comparada de las fichas técnicas aportadas junto a la oferta y la Resolución de adjudicación, esta última a falta de ulterior explicación por parte del órgano de contratación, excluye a la recurrente por dos requisitos que no estaban comprendidos dentro de las exigencias técnicas del PPT, como son el sistema de liberación automático (aunque sí se

despliega y abre automáticamente al entrar en la cavidad) y la necesidad de un puerto accesorio para extraer la bolsa dentro de la cavidad torácica.

Dicha circunstancia es explicada por el órgano de contratación, sin negarla, afirma que *“hay que destacar que el informe técnico no hace ninguna mención a que no cumpla las características sino a la funcionalidad de las mismas”*, trayendo a colación un informe elaborado por el Jefe del Servicio de Cirugía Torácica en el que explica que en *“el Servicio de Cirugía Torácica del Hospital Puerta de Hierro-Majadahonda, no podemos utilizar dichas bolsas en nuestras cirugías videotoracoscópicas es porque es necesario disponer de un mínimo de tres puertos quirúrgicos de trabajo (tres incisiones en el tórax del paciente) para poder extraer la bolsa una vez introducido el dispositivo. Nuestras cirugías se realizan, únicamente, por dos puertos (uno para la introducción de la óptica y otro para la introducción de material quirúrgico). No es posible introducir el dispositivo de la bolsa y otro instrumento para la extracción de la bolsa por el mismo orificio, ya que deben estar enfrentados. Creemos que añadir un puerto accesorio extra sólo para dicho fin supone una incisión y herida innecesaria para el paciente”*.

Sin embargo esta circunstancia, no aparece recogida en ninguno de los apartados del PPT que tampoco describe la cirugía para la que se precisa el suministro, lo que permitiría aplicar el criterio de funcionalidad invocado por el órgano de contratación, sino que se limita a establecer las prescripciones para cada producto en un formato de cuadro con el tenor literal, más arriba reproducido.

Por lo tanto de acuerdo con lo más arriba expuesto, debemos estimar el recurso interpuesto por TELEFLEX MEDICAL, S.A., ordenando que se retrotraiga al momento oportuno para valorar su oferta, sin perjuicio de la posibilidad en el caso de que como se afirma, el producto ofertado no sirva para los protocolos de cirugía torácica del hospital, y su adquisición vulnerase el principio de eficiencia en la actuación administrativa, se aprecie la posibilidad de desistir o renunciar a la compra para ese lote.

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 B.S.L., en representación de la empresa TELEFLEX MEDICAL, S.A., contra su exclusión del procedimiento de contratación “Suministro de diverso instrumental desechable específico para cirugía laparoscópica con destino al Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda”, nº PA GCASU 2015-50, anulando la Resolución de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento de licitación al momento oportuno para la valoración de su 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.- 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.