

**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 el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, lote 3, del expediente GCASU 2014-30 convocado para el Suministro de Apósitos Hemostáticos por el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 31 de marzo y 1 de abril de 2014, se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia respectivamente en el BOE y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, con un valor estimado de 686.861,40 euros. De acuerdo con el anuncio de licitación, modificado el 15 de abril, el plazo para la presentación de ofertas termina el 27 de mayo de 2014.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato que respecto del producto a suministrar en el lote 3 “Gel hemostático de alta viscosidad”, debe suministrarse el producto y un *“aplicador desechable para gel Hemostático*

*Laparoscópico FLOSEAL 35CM (41 cm)*”. En cuanto a las características de ambos elementos del producto se exige para el gel que esté compuesto por trombina humana en concentración de 2.50UI/ml. en producto final y matriz de gelatina bovina en forma de gránulos de 0,5 mm. de diámetro aproximadamente y para el aplicador solo se indica que debe ser desechable y para su utilización en diferentes cavidades.

**Segundo.-** El 15 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 que han de regir el contrato, ante este Tribunal, que el mismo día requirió al órgano de contratación para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, remitiera el expediente junto con su informe preceptivo.

En el escrito se alega, que las características exigidas al producto a suministrar para el lote 3 vulneran el principio de concurrencia en tanto en cuanto sólo pueden ser suministradas de 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, especificando que *“el motivo es que la característica mínima requerida mencionada no tiene justificación técnica alguna y parece tener el objetivo de impedir la concurrencia en el mercado de una gran parte de proveedores, lo que limitaría el número de ofertas y la opción para su entidad de elegir aquella que sea económicamente mas ventajosa en los términos de la actual regulación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

En concreto considera que la exigencia de que la matriz hemostática sea en forma de gránulos 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 a otra gelatina de origen animal fluida no granulosa”.*

Por otro lado respecto del aplicador aduce que solo existe un producto con las características, exigidas, FLOSEAL, y que el pliego utiliza en la descripción del producto objeto de la convocatoria, una marca comercial, lo que vulnera el artículo 116 del TRLCSP.

**Tercero.-** Con fecha 23 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. En el indicado informe se comienza señalando que *“los requerimientos necesarios que solicitamos en dichos pliegos, no son los que cumple el producto SURGIFLO, comercializado por la mercantil recurrente, sino que son características diferentes.*

*- La composición requerida gelatina de origen bovina le atribuye condiciones diferentes para su acción hemostática (ver trabajos más adelante).*

*- La concentración de la trombina requerida una vez reconstituidos y listos para su aplicación debe ser elevada con el fin de utilizarla en los procesos quirúrgicos con sangrados arteriales pulsátiles”, para a continuación dar explicación de las razones que abonan la elección de uno u otro producto, especialmente que “Basado en sus características organolépticas, y según consta en el material del prospecto de la propia casa comercial “ADVERTENCIAS” que Surgiflo no debe emplearse en casos de hemorragia arterial pulsátil”.*

## **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 686.861,40 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.-** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Así la publicación de la convocatoria en el BOE se produjo el 31 de marzo y los pliegos se ponen a disposición de los interesados mediante la publicación en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid el día 1 de abril, 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, por lo que el recurso presentado el día 15 de abril, se interpuso en plazo.

**Cuarto.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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 pretendida vulneración del principio de concurrencia como consecuencia de la descripción del producto a suministrar, en concreto en relación con dos aspectos, de un lado la exigencia del aplicador del gel indicando la marca del mismo “Floreal” y de otro el origen bovino y el carácter granuloso de la matriz del producto.

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.

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.

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.

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.

Sentado lo anterior procede examinar si en este caso se produce la restricción a la competencia alegada por la recurrente con la descripción de las prescripciones técnicas del producto objeto del lote 3.

Cabe indicar que la circunstancia de que un producto sólo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la

libre concurrencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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.

La primera cuestión que salta a la vista, respecto de la primera de las objeciones hechas valer por la recurrente, es que el aplicador del producto exigido se describe en el PPT por indicación de su marca, lo que de acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta incompatible con el principio de libre concurrencia puesto que es claro que sólo un producto, el correspondiente a la marca exigida puede cumplir sus especificaciones técnicas, excluyéndose a priori todos los demás productos con independencia del cumplimiento de las exigencias vinculadas a la funcionalidad del producto requerido. Por lo tanto procede anular el PPT por lo que se refiere al código SAp 115896 del lote 3, descriptivo del aplicador del Gel Hemostático.

Por otro lado en cuanto a la adecuación a derecho de las características exigidas al propio gel a suministrar, resulta revelador el contenido del informe remitido, que en lugar de justificar las indicadas exigencias que constituyen las prescripciones técnicas del producto respecto del carácter de origen bovino y granulado de la matriz, procede a realizar una comparación entre el producto de la empresa recurrente y Floseal, para concluir que este segundo es el que se requiere:

*“Surgiflo tiene un uso más limitado que Floseal como hemostático en los sangrados quirúrgicos no incluyendo su uso la posibilidad de utilización en los sangrados arteriales.*

*Todo ello, es lo que hace mantener los requerimientos del lote solicitado ya que el objetivo para el que se solicita su consumo es la cirugía de sangrado arterial de más riesgo, demostrándose que la eficacia de ambos productos del mercado no son lo mismo, y por tanto el lote 3 debe permanecer como se ha publicitado”.*

Sin cuestionar por supuesto la validez de las conclusiones del indicado informe, lo cierto es que en el mismo, no sólo no se justifica la inexistencia de trato discriminatorio, sino que parece que se avala abiertamente el mismo, por entender que uno de los productos es preferible sobre el otro, sin hacer ninguna referencia a la equivalencia o no de funcionalidad entre un gel de origen bovino o cualquier otra gelatina animal o al carácter o no granulado del mismo, cuestiones que eran las que se discutían en el recurso.

Por otro lado debe advertirse que si el producto que el Hospital necesita es un gel hemostático válido para sangrado arterial pulsátil, dicha característica podía haber sido incluida específicamente en el pliego, no habiendo sido así. De esta forma, como más arriba adelantábamos, los pliegos vinculan al órgano de contratación que no puede valorar o tener en cuenta exigencias o cualidades del producto no establecidas en los mismos, de manera que con independencia de lo indicado en el informe, no sería ajustada a derecho la eventual exclusión de un licitador más que por el incumplimiento de las especificaciones establecidas. Además el informe del órgano de contratación vincula la funcionalidad de tratar hemorragias arteriales pulsátiles con la alta concentración de trombina, que en el PPT se identifica con una concentración de 2,50 UI/ml en producto final, requisito que no es cuestionado por la recurrente.

Por lo tanto debe también estimarse el recurso por este motivo, ante la falta

de justificación de las prescripciones indicadas, sin perjuicio de que si el órgano de contratación considera, como se explica en el informe, que lo que necesita es un gel hemostático que sea apto para sangrados arteriales pulsátiles, se puede indicar así en el pliego.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 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 el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, lote 3, del expediente GCASU 2014-30 convocado para el Suministro de Apósitos Hemostáticos por el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda.

**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.