

Recurso nº 225/2015
Resolución nº 5/2016

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

En Madrid, a 13 de enero de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don J.E.A., en nombre y representación de CAREFUSION Iberia 308, S.L., contra la Resolución, de 30 de noviembre de 2015, del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles, por la que se adjudica el contrato de “Arrendamiento de bombas y suministro de equipos de infusión”, lotes 3 y 6, con núm. de expediente A/SUM-34281/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 21 y 27 de julio de 2015, se publicó respectivamente en el DOUE y BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de suministro, arrendamiento de bombas y suministro de equipos de infusión a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El contrato tiene un valor estimado de 615.864,22 euros, un plazo de ejecución de cuarenta y ocho meses y se divide en seis lotes, de los cuales solo es objeto de recurso la adjudicación de los lotes 3 y 6, “Bombas de infusión volumétrica presión variable para citostáticos” y “Sistemas para bombas de infusión volumétrica presión variable para citostáticos”.

Interesa destacar en primer lugar que de acuerdo con la cláusula 1.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) los lotes 3 y 6 son de valoración y adjudicación conjunta.

El objeto del lote 3, “Bombas de infusión volumétrica presión variable para citostáticos”, debía cumplir con las siguientes características: *“Permitirá mediante 1 bomba de doble canal o multiinfusión (dos bombas acopladas en bloque o RAC) la infusión independiente de varias soluciones”.*

“Nº de equipos/bombas: 36”

Respecto del lote 6, “Sistemas para bombas de infusión volumétrica presión variable para citostático”, número de orden 15, “Sistema infusión bomba volumétrica multiacceso”, se exige entre otras especificaciones, la siguiente:

“Con punzón para bolsa incorporado con Filtro de Venteo de 0,22 micras y una válvula unidireccional, 4 puertos con válvulas de bioseguridad sin agujas, pinza de seguridad”.

A la licitación convocada para estos lotes se presentaron 5 licitadoras entre ellas, la recurrente. Consta en el expediente que fueron admitidas a la licitación todas las ofertas, salvo la de Hospira Productos Farmacéuticos y Hospitalarios, S.L., por no cumplir las prescripciones técnicas del Pliego.

Una vez valoradas las ofertas realizadas por cada una de las licitadoras, el 30 de noviembre de 2015, se dicta Resolución de adjudicación de los lotes 3 y 6 del contrato a la empresa, Fresenius Kabi España, S.A.U, (Fresenius), resultando clasificada en segundo lugar B. Braun Medical, S.A, (Braun), y en tercer lugar la recurrente, lo que se le comunica mediante notificación remitida el 3 de diciembre.

Segundo.- Con fecha 22 de diciembre de 2015, 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 por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP) el 21 del mismo mes, se presentó recurso especial ante este Tribunal, que requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente y el informe contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP.

La recurrente había tenido acceso al expediente administrativo, previa solicitud al órgano de contratación, con fecha 18 de diciembre de 2015.

En el recurso, se solicita que se anule la adjudicación de los lotes 3 y 6, que se retrotraigan las actuaciones al momento de evaluación de las ofertas a fin de que se excluyan las de la adjudicataria y de Braun, al incumplir los productos las exigencias del PPT. En concreto aduce que ambas empresas han presentado bombas de canal único, por lo que en el caso de Fresenius “*resulta que si se han ofertado 36 bombas sencillas no se cumple el requisito de ofertar 36 equipos que permitan la infusión independiente de varias soluciones mediante 1 bomba de doble canal o multiinfusión (dos bombas acopladas en bloque o RAC)*”. En el caso de Braun en la documentación técnica aportada “*se especifica únicamente que las bombas pueden acoplarse en bloque, pero en ningún caso que se oferten 72 bombas monocanal junto con 36 RACs para lograr el objetivo de 36 equipos dobles, requerido en el PPT*”. Por lo que entiende la recurrente que tampoco cumple lo exigido en el PPT.

Respecto del lote 6, nº de orden 15, alega que en la documentación de la oferta de Fresenius “*se refiere que el sistema incorpora un ‘punzón de ventilación’, sin que conste que el mismo incorpore una válvula unidireccional. Tampoco consta esta característica en ningún otro apartado de la mencionada ficha, y ello sencillamente porque el producto ofertado no incorpora una válvula con estas características. Por tanto, no se cumple con lo requerido por el PPT*”.

Igualmente alega que la oferta de Braun para este nº de orden *“indica que el mismo incorpora 5 válvulas, 4 de ellas son unidireccionales, y se incorpora una ‘válvula bidireccional adicional situada próxima a la conexión del paciente’*. Pues bien, ocurre que la mencionada válvula bidireccional supone un incumplimiento de los Pliegos, debiendo señalarse asimismo que las válvulas unidireccionales referidas no se incorporan en el punzón, ni dispone este del filtro de venteo exigido en el PPT”.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP realiza diversas alegaciones que serán examinadas al resolver sobre el fondo del recurso.

Tercero.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días para formular alegaciones, habiéndose recibido escrito de alegaciones de Fresenius en las que manifiesta que los productos ofertados por su empresa cumplen las especificaciones del PPT puesto que ofertan las 36 bombas requeridas, haciendo posible cada una de ellas la multiinfusión de dos o más soluciones separadas y respecto de la válvula unidireccional, considera que lo que solicita el PPT no es sino un sistema que permita garantizar la seguridad, evitando riesgo de intoxicación o contaminación y esa exigencia está cumplida en el sistema ofertado por la empresa por las razones que especifica en su escrito.

También ha presentado alegaciones Braun en las que indica que en su oferta incluye bombas que pueden acoplarse en bloque y que se entregarían tantas como se precise. En cuanto a los requisitos del lote 6, nº 15, mantiene que su equipo, *Cyto set* cumple las especificaciones del PPT, pues incluye una toma de aire en el punzón y demás presenta una mejora al incorporar un filtro de bacterias y partículas al final de la línea de 0,2 micras.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto 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 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”* ya que al quedar clasificada en tercera posición, la exclusión de la adjudicataria y la segunda le colocaría en posición de poder ser adjudicataria de los lotes.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 (...)”*.

Habiéndose producido la remisión de la notificación de la Resolución de adjudicación el día 3 de diciembre de 2015 y siendo interpuesto el recurso el día 22 de diciembre, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles establecido.

Cuarto.- El acto recurrido es la adjudicación de un contrato de suministro, sometido a regulación armonizada, con un valor estimado de 615.864,22 euros y por lo tanto susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Respecto del fondo del asunto, se concreta en determinar si los productos ofertados por la adjudicataria y la segunda clasificada, en los lotes 3 y 6, nº de orden 15, cumplen las exigencias del PPT.

Con carácter previo cabe señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, “*la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinados con precisión, dejando constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación*”. El órgano de contratación tiene derecho a determinar el tipo de material o equipos que desea utilizar. Como límite a dicha determinación de las prescripciones técnicas figura el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia, tal como establecen los artículos 1 y 117.2 del TRLCSP. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1996, cuando señala que “*(...) las facultades de la Administración de redactar y aprobar los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que la recurrente invoca no pueden ir nunca en contra del principio de libre concurrencia (...)*”.

Además, como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, debemos en todo caso partir del carácter vinculante de los pliegos que establece el artículo 145 del TRLCSP para los licitadores cuando señala que: “*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*”, obligación que como es obvio, también es previsible respecto del órgano de contratación.

La primera exigencia, cuyo cumplimiento se cuestiona es la relativa al número de bombas ofertadas al lote nº 3.

El PPT permite la posibilidad de ofertar 1 bomba de doble canal o multiinfusión (dos bombas acopladas en bloque o RAC), respecto del número de bombas a suministrar indica: nº de equipos/bombas: 36.

De las ofertas presentadas y las alegaciones de Fresenius y Braun, se deduce claramente que nos encontramos en los dos casos, con bombas de canal único que permiten el acoplamiento de dos bombas, como parte de un solo sistema que permite la multiinfusión. Las dos empresas han ofertado 36 bombas.

El órgano de contratación en su informe preceptivo sobre este aspecto, considera que al solicitar que sean canales independientes, para poder infundir soluciones independientes, *“hemos considerado poner la totalidad de las bombas para las infusiones que son necesarias, como en el resto de los lotes para evitar confusiones y teniendo en cuenta que los otros licitadores no disponen de bombas con canales dobles. En ningún caso se necesitan 72 bombas como hace referencia Carefusion, ni se detalla que se precisen 36 bombas de doble canal o 36 equipos dobles”*.

Debemos partir de la base de que estamos ante un contrato de suministro que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9.3 a) del TRLCSP, supone que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por un precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato.

En estos casos la cantidad estimada que se incluye en el Pliego es la máxima a la que en su caso se obliga el adjudicatario por el precio unitario ofertado, sin que constituya una cantidad cerrada y fija. Por lo tanto, es importante que el licitador incluya esa cantidad que es la máxima de suministro pues si incluyese una menor, en caso de demanda por encima de esa cifra, el adjudicatario no estaría obligado a mantener el precio de su oferta.

Como se ya se ha indicado, el PPT incluye como descripción del producto, equipo para infusión de fluidos intravenosos y dentro de las características, 1 bomba de doble canal o multiinfusión. Cantidad bombas/equipos: 36

El hecho de diferenciar bombas y equipos nos lleva a la conclusión de que el equipo es el sistema de dos bombas acopladas y al exigirse 36 bombas o equipos, no cabe duda que ambos sistemas deben tener una utilidad semejante. Es decir, si se exigen 36 bombas de doble canal debe exigirse equipos multiinfusión que supongan el mismo rendimiento, el doble de bombas de canal único, puesto que de otra manera el suministro en caso de un sistema u otro no sería equivalente, nos encontraríamos con 36 bombas de doble canal y 36 de canal único, lo que ha de influir necesariamente en el precio unitario y final del suministro.

En consecuencia, no habiendo ofertado la adjudicataria ni la segunda clasificada el número de bombas exigido en el PPT, el recurso debe estimarse por este motivo.

En cuanto al segundo incumplimiento aducido por la recurrente, se refiere a la exigencia para el lote 6, nº de orden 15, de que el sistema lleve punzón para bolsa incorporado con filtro de venteo de 0,22 micras y una válvula unidireccional, 4 puertos con válvulas de bioseguridad sin agujas, pinza de seguridad.

Comprobadas por el Tribunal las fichas técnicas de los tres sistemas ofertados por la recurrente, Fresenius y Braun, el único que cumple literalmente las condiciones mencionadas en el PPT es el de Carefusion.

Fresenius alega en su escrito que “*es necesario entender que lo que solicita el PPT no es sino un sistema que permita garantizar la seguridad, evitando riesgos de intoxicación o contaminación, lo cual ya se consigue (i) al haber sido completamente erradicado de los servicios de oncología el uso de presentaciones en*

vidrio que hagan necesario el uso del filtro de venteo, (ii) al incorporar el producto de FRESENIUS el Clamp de seguridad (Clamp de Robson) para evitar reflujo mientras de administra el medicamento oncológico por alguno de los puertos de entrada, (iii) al incorporar el producto de FRESENIUS un mecanismo añadido de seguridad consistente en una membrana hidrofóbica + el filtro de 0,22 micras que impiden la fuga o reflujo de líquido o partículas. Hay que recordar, que el propio Cuadro Resumen (Apartado II) contenido en el PCAP admite la posibilidad de variantes técnicas siempre que la utilidad y funcionalidad, respecto de la finalidad pretendida, de la opción propuesta sea equiparable o similar a la prevista en el PPT”.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la presentación de una variante técnica debe indicarse expresamente en la oferta y que debe en todo caso respetar los requisitos de carácter técnico exigidos en el Pliego, “con carácter de mínimo”.

En este caso, el Pliego no indica en ningún apartado la posibilidad de presentar alternativas o soluciones diferentes a las especificadas de forma clara y concreta.

El órgano de contratación en su informe, únicamente se refiere a los filtros de venteo señalando que “*Estos filtros se suelen utilizar durante las fases de preparación de las soluciones de citostáticos para evitar la formación de aerosoles por sobrepresión dentro del vial, estos preparados se realizan en las salas blancas del Servicio de Farmacia y con campana de flujo laminar vertical y con un sistema cerrado (Phaseal), si bien la formación de aerosoles pueden producirse durante su preparación o durante derrames accidentales. Durante la infusión a los pacientes la formación de aerosoles es más difícil debido a que los preparados con fármacos citostáticos se distribuyen en bolsas o sueros de plástico especiales que llevan conectado un sistema secundario especial que es el que se conecta al sistema multiacceso por una de las válvulas o puertos, que son antirreflujo, el punzón central es el que se utiliza para conectar al suero salino con el que se purga el sistema y el que se utiliza para la limpieza o lavado del sistema tras la administración de un*

fármaco y antes de iniciar la administración del siguiente fármaco. Se trataría de una característica excluyente". Añadiendo, "Todos los equipos o bombas de infusión disponen de sistemas de seguridad que impiden los retrobolus que podrían generar una presión positiva en el sistema, estos equipos impiden presiones retrogradas por lo que no sería posible que favoreciera la formación de aerosoles y en el caso de que existiera sobrepresión sería detectada por el equipo o bomba y sonaría la alarma y se pararía la infusión".

Debe recordarse 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.

Por todo ello debemos concluir que no queda acreditado que la oferta presentada por Fresenius al nº de orden 15 del lote 6, cumpla las exigencias técnicas del PPT.

En cuanto al sistema ofertado por Braun, alega la recurrente que no cumple el requisito de incorporar un punzón con válvula unidireccional ya que una de las válvulas de su sistema es bidireccional.

Alega la empresa en su escrito que "Nuestro equipo Cyto Set cumple con las especificaciones del PPT pues incluye una toma de aire en el punzón. Esta toma de aire incorpora en el interior una válvula antirreflujo. En este punzón es irrelevante. Está el punzón previsto para conectar a un contenedor con suero fisiológico que se utiliza para el lavado de la vía tras cada medicación. Por tanto no hay ningún riesgo de escape de vapores o aerosoles. El equipo presentado mejora el solicitado en el PPT al incorporar un filtro de bacterias y partículas al final de la línea de 0,2 micras".

El órgano de contratación, por su parte, argumenta que "En cuanto a la válvula bidireccional a la que hace referencia CAREFUSION que presenta BRAUN,

comentar que todos los sistemas presentados por B. BRAUN, FRESENIUS, CAREFUSION y HOSPIRA disponen de una válvula bidireccional próxima a la conexión del paciente. Esta válvula permite la conexión de otro equipo adicional o de otro fármaco, si fuera preciso, sobre todo en caso de urgencia, sin necesidad de desconectar el sistema multiacceso de la vía del paciente o de añadir una llave de tres pasos adicional que aumentaría el riesgo de infección. Esta válvula debe ser bidireccional para permitir la comprobación periódica del retorno venoso de la vía del paciente (permeabilidad de la vía del paciente), no así el resto de válvulas o puertos que deben ser unidireccionales para permitir la infusión de los fármacos y no el reflujo de los mismos".

La posibilidad de incluir una válvula bidireccional no aparece reflejada en el PPT, que se refiere exclusivamente válvula unidireccional, por lo que debemos entender que no se cumple la exigencia del Pliego en este aspecto, además de no contar con otras de las características exigidas.

En consecuencia el recurso debe estimarse también por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don J.E.A., en nombre y representación de CAREFUSION Iberia 308, S.L., contra la Resolución, de 30 de noviembre de 2015, del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles, por la que se adjudica el contrato de "Arrendamiento de

bombas y suministro de equipos de infusión", lotes 3 y 6, con núm. de expediente A/SUM-34281/2015, anulando la adjudicación recaída, debiendo ser excluidas las ofertas de Fresenius Kabi España S.A.U., y de B. Braun Medical, S.A., y previas las actuaciones a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP se adjudique el contrato a la oferta que cumpliendo los requisitos técnicos resulte mejor clasificada.

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 TRLCSP.