

Recurso nº 112/2016
Resolución nº 114/2016

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

En Madrid, a 15 de junio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña P.A.E., en nombre y representación de Baxter, S.L., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de La Princesa, de fecha 19 de mayo de 2016, por la que se adjudica el contrato “Tijera para bisturí armónico con control manual y gel hemostático de alta viscosidad”, número de expediente: P.A. 9/2016 HUP, lote 2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 25 de enero de 2016, el Director Gerente del Hospital Universitario de la Princesa, ordenó iniciar el procedimiento abierto con criterio único precio, para la contratación del referido suministro, aprobando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas (PPT), así como el gasto. El contrato se divide en dos lotes correspondiendo el número 2 a “gel hemostático de alta viscosidad”.

El anuncio por el que se hizo pública la convocatoria del citado procedimiento se publicó en el BOCM de fecha 4 de febrero 2016, en el BOE de 6 de febrero de 2016 y en el DOUE de 2 de febrero de 2016. El valor estimado asciende a 338.240 euros.

Segundo.- Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de la Princesa de 19 de mayo, se procede a la adjudicación del contrato, resultando adjudicatario del lote 2 la mercantil Johnson & Johnson, S.A. La notificación de la adjudicación tuvo lugar el 23 de mayo.

Tercero.- El 2 de junio de 2016 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Baxter, S.L., en el que solicita que “*se anule la adjudicación del Lote 2, y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la realización de dicha valoración, no procediendo a valorar aquellas propuestas que no cumplen con las prescripciones técnicas aprobadas y en consecuencia se adjudique a la única proposición económicamente más ventajosa, que ha resultado ofertada por Baxter, S.L.*”.

El 6 de junio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el 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).

Cuarto.- Con fecha 8 de junio de 2016, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido alegaciones de Johnson & Johnson, S.A. manifestando que defiende el pleno cumplimiento de las prescripciones técnicas por el producto que ha ofertado al lote 2.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora y clasificada en segundo lugar “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 19 de mayo de 2016, practicada la notificación el 23, e interpuesto el recurso el 2 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- 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) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación del lote 2 a una oferta que, según la recurrente, incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

El PPT, en relación con el lote 2, establece:

“GEL HEMOSTÁTICO DE ALTA VISCOSIDAD (272477):

Gel hemostático de alta viscosidad o Gel hemostático con indicación en procedimientos quirúrgicos con sangrado arterial pulsátil, con un contenido aproximado de 500 UI/ml de trombina (humana) después de su reconstitución (...).

Los dos productos ofertados al lote 2 fueron:

1. Baxter: Floseal®
2. Johnson & Johnson: Surgiflo®

La composición fundamental de ambos hemostáticos es gelatina (de origen bovino en el caso de Floseal® y de origen porcino en el caso de Surgiflo®) y trombina humana. En el caso de la trombina ambos productos difieren en las concentraciones de ésta una vez que están reconstituidos y listos para su uso. Sobre la exigencia como condición técnica de ambos componentes se ha pronunciado el Tribunal en las Resoluciones 13/2012, de 1 de febrero (respecto a la equivalencia de la gelatina bovina o porcina) y 151/2015, de 23 de septiembre (respecto de la mayor eficacia hemostática de la concentración de trombina).

Floseal® contiene un vial de 2500 UI de trombina que se reconstituyen con 5 ml. de solución salina. En ese momento la concentración de trombina es de 500 UI/ml de solución. En el proceso final de preparación de la matriz hemostática, se toman 4 ml. de la solución de trombina y se mezclan con la gelatina (1 ml.), y el resultado es 5 ml. de matriz hemostática con 400 UI/ml de producto final. Por su parte, Surgiflo® contiene un vial de 2000 UI de trombina que se reconstituyen en 2 ml. de agua para inyección. En ese momento la concentración de trombina es de 1000 UI/ml. En el proceso final de preparación de la matriz hemostática, los 2 ml. de la solución de trombina se mezclan con la gelatina (6 ml.), y el resultado es 8 ml. de matriz hemostática con 250 UI/ml de producto final.

Recordemos que la prescripción técnica relativa al lote 2 exige “*un contenido aproximado de 500 UI/ml de trombina (humana) después de su reconstitución*”.

Afirma la recurrente que Floseal® es la matriz hemostática disponible en el mercado con mayor concentración de trombina por mililitro: 400 UI/ml, frente a otras como Surgiflo®, que solo contiene 250 UI/ml. Por ello, el producto Surgiflo® debió ser excluido de la licitación al incumplir las prescripciones técnicas fijadas en el PPT. Añade que si analizamos comparativamente los dos productos propuestos, se verifica que Floseal® tiene una concentración de trombina un 60% mayor que Surgiflo®. Asimismo, el único producto con una concentración de trombina aproximada a la de 500 UI/ml es el Floseal®.

En su informe al recurso, el órgano de contratación alega que el recurrente alude al término aproximado a 500 UI/ml como criterio excluyente, en el sentido de que la oferta que más se aproxime será la propuesta como adjudicataria. Dice que hay que tener en cuenta que en ese caso estaríamos valorando únicamente el criterio técnico, cuando el procedimiento elegido por el órgano de contratación ha sido criterio único precio. En el PPT no se fija un mínimo de UI/ml a cumplir por los productos, de ahí la improcedencia de la exclusión. En el caso que nos ocupa, la diferencia entre un producto y otro es casi del 50% según la recurrente, pero podría haberse dado el caso de que la diferencia hubiera sido mínima y con el argumento de Baxter, S.L. debería ser excluido el más alejado de 500 UI/ml y no se hubiera tenido en cuenta el criterio precio, como ocurre en este procedimiento, que entre el precio de uno y otro hay un 18,41% de diferencia (44.880 €).

En el informe del Responsable del Servicio de Cirugía y Aparato Digestivo se refleja, que de la documentación técnica presentada por ambas empresas, Johnson & Johnson, S.A. oferta el gel hemostático denominado Surgiflo®, que llega a tener una concentración después de la reconstitución de 1000 UI/ml de trombina, mientras que en la que presenta Baxter, S.L. que oferta el gel denominado Floseal®, la

resultante es de 500 UI/ml de trombina (humana), por lo que ambas cumplen lo especificado en el PPT.

Debemos partir de la conocida doctrina de los tribunales según la cual los pliegos de condiciones constituyen la ley del contrato, debiendo someterse a sus reglas, tanto el organismo convocante, como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases. La presentación de una proposición implica la aceptación incondicional de los pliegos que no fueron impugnados, también del de prescripciones técnicas, y si una oferta no se ajusta a las condiciones técnicas necesarias que para satisfacer el objeto del contrato fueron consideradas necesarias por el órgano de contratación, dicha oferta ha de ser rechazada. Es decir, las condiciones técnicas establecidas son vinculantes para el licitador y para el órgano de contratación. Los pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos por ninguna de las dos empresas ofertantes para el lote 2 y, por tanto, al presentar su oferta, según el artículo 145 del TRLCSP, los han aceptado incondicionalmente en todo su contenido.

La necesidad de verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego es una consecuencia del principio de igualdad, porque no es posible comparar el precio o los otros criterios de adjudicación cuando no van referidos a las mismas prestaciones. La comparación de ofertas debe hacerse en términos de igualdad de contenido para que los costes presupuestados sean iguales a todos los licitadores y poder determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa. No se trata, como considera el informe del órgano de contratación, de un criterio de adjudicación que pretende adjudicar en función del mayor o menor grado de aproximación a la concentración de trombina, sino que estamos en la fase previa de comprobar si la oferta respeta, o no, los términos de presentación que permita comparar ofertas iguales. Es cierto que el procedimiento pudo concebir la necesidad a satisfacer en términos más amplios y no exigir un mínimo de concentración de trombina, admitiendo cualquier concentración y dejando para un momento posterior

la valoración de la mayor concentración, si es que eso aporta mayor calidad a la oferta y es determinante para la selección de la económicamente más favorable. Sin embargo, en este caso se ha establecido como un mínimo de necesario cumplimiento, sin que se pueda admitir ninguna oferta que no contenga aproximadamente 500 UI/ml de trombina, aun con la amplitud de interpretar hasta qué grado de concentración es admisible la “aproximación”. Una vez determinadas las ofertas que cumplen el mínimo que el órgano de contratación ha establecido es cuando es posible comparar el criterio precio para determinar cuál es la más ventajosa.

La configuración de las prescripciones técnicas, en lo que aquí interesa, en cuanto al contenido de trombina humana solicitado debe estar convenientemente justificado en el informe de necesidad de la contratación. Seguramente, esta exigencia responde a las necesidades del órgano de contratación que en el ejercicio de sus funciones valora y solicita el producto más adecuado a lo pretendido.

Según se ha expuesto, el PPT que elaboró el Hospital y aceptaron expresamente los licitadores al hacer su proposición, exige un “*contenido aproximado de 500 UI/ml de trombina después de su reconstitución*”.

Ciertamente, tal como alega el informe del Responsable del Servicio de Cirugía y Aparato Digestivo y tal como figura en la ficha del producto incluida en la documentación técnica, Surgiflo® tiene una concentración después de reconstitución de 1000 UI/ml. Si fuera este el parámetro a tener en cuenta para medir el grado de concentración de trombina resulta que Floseal® contiene 500 UI/ml y estos serían los parámetros a comparar en ambas ofertas para determinar cual lo cumple por aproximación y cual se separa y no contiene la concentración solicitada ni por aproximación. Sin embargo, el producto en este momento todavía no se encuentra en condiciones de uso, pues la concentración final de trombina lo suficientemente alta como para controlar la hemorragia depende todavía de un paso más, por ello, en este momento, no constituye una ventaja significativa. Hemos de entender que la

concentración de trombina exigida en el PPT es la que existe en el producto final de preparación de la matriz hemostática que necesita de un proceso de dos fases que con los datos de Surgiflo® son: una primera de reconstitución del vial de trombina (2000 UI) en la jeringa de 2 ml. de agua para proyección estéril (2000 UI/2ml) que da la concentración de 1000 UI/ml; y una segunda con 6 ml. de gelatina, de lo que resulta el producto final listo para el uso, es decir 8 ml., en los cuales se contienen las mismas 2000 UI de trombina, de lo que resulta que cada ml. de producto final contiene 250 UI de trombina (2000 UI/8ml).

Si atendemos al significado de “aproximado”, término que utiliza el PPT para aceptar que el gel hemostático sea el que cumple los requisitos que el propio Hospital ha establecido para cumplir con sus necesidades, no puede sostenerse que el producto propuesto por Johnson & Johnson, S.A. cumpla con las prescripciones técnicas. Según el diccionario de la R.A.E. “aproximado” es *“el adjetivo que se utiliza para describir el valor que se acerca más o menos a lo exacto”*. Es decir, el PPT admite diferencias, en exceso o por defecto, respecto del contenido de 500 UI/ml de trombina, de manera aproximada, que no se define por un porcentaje de desviación. Surgiflo®, como producto final, presenta una concentración de trombina de 250 UI/ml, o lo que es lo mismo, la mitad de lo solicitado en el PPT. Se trata de una desviación respecto de lo previsto que, a pesar de la indeterminación del concepto “aproximado”, no puede entenderse dentro de los márgenes de “aproximación”. Por su parte Floseal® es el que más se acerca a lo solicitado en el pliego en cuanto a la concentración de trombina solicitada con 400 UI/ml (una desviación del 20%). La inclusión del adjetivo “aproximado” solo puede llevar a la conclusión de que el órgano de contratación quería introducir un criterio flexible, evitando así la determinación de características técnicas excluyentes, teniendo en cuenta el límite fundamental del respeto al principio de libre concurrencia. Ahora bien, lo que no se puede sostener es que un producto que contiene una concentración de trombina coincidente con la mitad de lo pretendido corresponda a un valor aproximado al mismo. A la misma conclusión habría de llegar en el supuesto de mantener la interpretación literal de la prescripción técnica de que la concentración de trombina

debe medirse en el momento de diluir la trombina en la inyección estéril y previamente a la adición de la gelatina, pues en este momento Floseal® contiene justamente las 500 UI/ml y Surgiflo® 1000 UI/ml, que por el mismo razonamiento anterior, en este caso por exceso, se aparta de la exigencia de que para la admisión del producto su concentración de trombina debe aproximarse a 500 UI/ml.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, no cabe sino concluir que la adjudicación a favor de Johnson & Johnson, S.A. del lote 2, se debe a un error de apreciación del órgano de contratación, toda vez que ha quedado demostrado que no cumple íntegramente con las prescripciones técnicas requeridas en el pliego, y en concreto en lo relativo a la concentración de trombina.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 en materia de contratación interpuesto por doña P.A.E., en nombre y representación de Baxter, S.L., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de La Princesa, de fecha 19 de mayo de 2016, por la que se adjudica el contrato “Tijera para bisturí armónico con control manual y gel hemostático de alta viscosidad”, número de expediente: P.A. 9/2016 HUP, lote 2, retrotrayendo las actuaciones al momento de valoración técnica de las ofertas, excluyendo la oferta de Johnson & Johnson, S.A. por incumplimiento de las prescripciones técnicas y adjudicando el contrato a la oferta que adecuándose a las mismas cumpla lo previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP.

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.