

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

En Madrid, a 28 de octubre de 2015

VISTO el recurso interpuesto por doña M.A.L., en nombre y representación de Fresenius Kabi España, S.A.U., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro de sistemas de infusión de control mecánico” del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, número de expediente GCASU 2015-85, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 19, 24, 28 y 29 de septiembre de 2015 se publicó respectivamente, en el DOUE, BOE, BOCM y en el Perfil de contratante, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, dividido en tres lotes, a adjudicar por procedimiento abierto, único criterio el precio y con un valor estimado de 742.041 euros.

Segundo.- El 13 de octubre de 2015 Fresenius Kabi España, S.A.U., anuncia al órgano de contratación la intención de interposición de recurso en la forma y

términos previstos en 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 TRLCSP).

En esa misma fecha tuvo entrada, en el registro del Tribunal, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por doña M.A.L., en nombre de Fresenius Kabi España, S.A.U., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del expediente de contratación.

El recurso alega la indebida elección del criterio único precio para la adjudicación de un contrato de suministro y además que las características técnicas establecidas para el lote 1 resultan restrictivas para la libre concurrencia de los licitadores ya que están configuradas de forma que sólo puede presentar oferta un licitador, concretamente la empresa Carefusión Iberia 308, S.L.

Tercero.- El 19 de octubre de 2015 el Hospital remite al Tribunal una copia del expediente de contratación y el informe a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP. El informe manifiesta que, en base al informe de la Supervisora de Recurso Materiales que adjunta, las características técnicas que se exigen en el Pliego están plenamente justificadas para la función que han de realizar y la necesidad que se pretende cubrir con el objeto del contrato, por lo que propone la desestimación del recurso.

Cuarto.- 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 escrito de alegaciones de la empresa Carefusión Iberia 308 S.L., que aduce que la característica requerida en el PPT para los artículos del lote 1 analizados, no es exclusiva de Carefusión y que además el sistema comercializado por Fresenius no logra la misma finalidad. Sostiene que existe en el mercado al

menos otro sistema que reúne las prestaciones requeridas, comercializado por la empresa Smith Medical y como prueba aporta el manual de instrucciones de dicho sistema. El sistema de Fresenius, se añade, tampoco cumple la misma finalidad, ya que no permite medir la presión con la misma precisión que el sistema exigido. El Pliego requiere una precisión de +/-2% *“cifra muy lejana de las mejores prestaciones del sistema de Fresenius”*. En consecuencia, considera que las prestaciones que ofrecen los sistemas de doble medición (disco sensor en línea y sistema interno) y los sistemas únicos con medición de émbolo, no son las mismas o equivalentes como se sostiene de contrario. Por todo ello, solicita la desestimación del recurso.

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 la empresa Fresenius Kabi España, S.A.U. para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP y PPT correspondiente a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron puestos a disposición de los interesados mediante la publicación en el perfil, el 29 de

septiembre de 2015 y el recurso fue interpuesto el 13 de octubre, 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 dos cuestiones, la elección como único criterio de adjudicación del precio y determinar si la redacción de las prescripciones técnicas del lote 1 se adecúa a Derecho.

Respecto del primer motivo de recurso este Tribunal ya se ha pronunciado en su Resolución 170/2015, de 21 de octubre, estimando los recursos interpuestos contra estos mismos Pliegos y *“anulando el procedimiento de licitación y los Pliegos que deberán elaborarse nuevamente incluyendo pluralidad de criterios, en el sentido expuesto en el Fundamento Cuarto de la presente Resolución”*.

En consecuencia se trata de una cuestión resuelta sobre la que no cabe nuevo pronunciamiento.

Respecto del segundo motivo alegado, el PPT establece la siguiente descripción técnica para determinados elementos que conforman el Lote 1, objeto de impugnación:

“105420 - LÍNEA PARA BOMBA DE JERINGA PEDIATRÍA

1. Alargadera para bomba de jeringa, con disco en línea.

(...)

103061 - LÍNEA OPACA PARA BOMBA DE JERINGA PEDIATRÍA

1. Alargadera que proteja de la luz con visibilidad para bomba de jeringa, con disco en línea.

(...)

103769 - LÍNEA BAJA ABSORCIÓN PARA BOMBA DE JERINGA PEDIATRÍA

1. Alargadera de baja absorción para bomba de jeringa con disco en línea.

(...)

LOTE 1.- EQUIPOS EN CESIÓN. BOMBA DE JERINGA PEDIATRÍA: 29

UNIDADES.

Medición de presión en doble punto en embolo y línea con una precisión de 2%”.

Alega la recurrente que la exigencia de medición de presión en doble punto es una prestación exclusiva que únicamente ofrece el producto ofertado por la empresa CAREFUSION (bomba de jeringa Asena CC) y que no es exigible bajo los estándares de cumplimiento de la normativa CE. La configuración técnica mencionada supone, a su juicio, una limitación de la libre concurrencia respecto del resto de licitadores. La finalidad de medición de presión puede obtenerse de igual forma mediante un sensor único que mediante un doble sensor por el simple hecho de que en el caso del producto de doble sensor los dos puntos de medición de presión son alternativos y no simultáneos, por lo que el resultado que se consigue es el mismo.

Afirma que el sistema de medición de presión por medio de sensor en émbolo permite medir la presión en toda la línea con el mismo grado de precisión y detectar posibles poros o fugas del mismo modo en que se haría por medio del doble sensor.

Según informa la Gerencia del Hospital, respecto de las características mencionadas, las prescripciones se han establecido para garantizar que los bienes puedan ser adecuadamente utilizados por sus destinatarios, profesionales del Servicio de Pediatría, con el menor riesgo para los pacientes.

Adjunta el informe realizado por la Supervisora de Recursos Materiales en el que se hace constar lo siguiente:

“En primer lugar, se tendría que tener en cuenta la situación de los pacientes y su seguridad. Los pacientes tratados en el hospital, a los que va dirigido el uso de estas bombas, son pacientes desde 600 gramos con necesidades especiales de tratamiento con drogas vasoactivas, sedación, administración de hemoderivados, heparinización (...) ello justifica la necesidad de disponer de dispositivos de precisión

que garantizan la seguridad y efectividad en la infusión, disminuyendo al máximo el riesgo que conllevaría en este tipo de pacientes la mala perfusión.

A continuación, se detallan las razones técnicas, por las cuales se solicita el disco sensor en las diferentes líneas:

Nos proporciona los valores de presión real en la zona de venopunción y no solo en línea, pudiendo así ajustar límites de presiones acordes a las características de cada paciente.

Nos permite acotar el diagnóstico de la zona donde se produce el problema que hace saltar la alarma.

Nos permite anticiparnos a problemas en la zona de venopunción por darnos una información de un posible problema de manera inmediata y precisa.

Finalmente, consideramos que este doble sistema mediante disco sensor garantiza los argumentos anteriormente citados y conociendo que existen otras empresas que disponen de disco sensor de presión que cumplirían con las características técnicas indicadas (Smiths-Medical modelo Omnifuse y S. B. Medical Systems modelo Graseby 3200), nos hemos visto en la libertad de solicitar esto por el bien de los pacientes no delimitando así la libre competencia”.

De acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia es uno de los principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público. El artículo 117.2 del TRLCSP establece 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”*. Esto supone la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de la misma que excluya a todas las demás capaces de cumplir la misma función.

El apartado 3 del mismo artículo establece una serie de formas a través de las cuales pueden definirse las prescripciones técnicas, en cuyo subapartado b) figura *“En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, (...)”*.

Las especificaciones técnicas pueden establecerse en términos de rendimiento o exigencias funcionales, que tampoco pueden constituir un obstáculo a la libre competencia. De modo que las exigencias deben ser objetivas y neutras para no favorecer determinadas marcas en perjuicio de otras y expresadas en términos suficientemente precisos para permitir a los licitadores la determinación técnica del objeto del contrato.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas pueden conculcar los principios de libre concurrencia e igualdad de trato debe hacerse teniendo en cuenta, a efectos interpretativos y en cuanto no vulnere la legislación vigente, lo dispuesto en el considerando, 74 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que a su vez se pronuncia en el mismo sentido que el considerando 29 de su predecesora: *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas (...). Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico (...)”*.

La ley no permite ninguna práctica restrictiva de la competencia ya que una de sus finalidades es, como hemos visto, asegurar la libertad de concurrencia de las empresas y la selección de la mejor oferta.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab y Heisnsingin Kaupunki, en relación con el principio de igualdad de trato manifiesta que éste responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia. En cuanto a la amplitud de la misma, en el apartado 85, señala que *“el hecho de que solo 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”*.

Como ha señalado este Tribunal de forma reiterada, valga por todas la Resolución 90/2011, 28 de diciembre, se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exigen determinados requisitos como, forma de presentación, capacidad u otros, determinados por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación y con las prescripciones exigidas, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.

Si en este caso, la función o necesidad que se persigue con la exigencia de un disco sensor de presión en línea, es conocer los valores de presión reales en la zona de venopunción para poder ajustar límites de presión acordes a las características de cada paciente y acotar la zona donde se produce el problema que hace saltar la alarma, es ésta la que debe delimitar las especificaciones técnicas del producto cuyo suministro se solicita, sin que por ello se haya de producir una limitación de la concurrencia en el procedimiento aún cuando solo un número, limitado de fabricantes, potenciales licitadores, dispongan del productos con esas características.

No ha quedado acreditado por la recurrente, a juicio del Tribunal, que el sistema de medición de presión por medio de sensor en émbolo que propone pueda considerarse equivalente al sistema sensor de presión exigido en el PPT y por tanto que posea la misma funcionalidad pretendida, de acuerdo con el juicio técnico motivado emitido por los profesionales del Hospital y las alegaciones realizadas por Carefusión. En este mismo sentido se pronunció el tribunal en su Resolución 49/2014, de 19 de marzo.

En consecuencia, procede desestimar el recurso por este motivo.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por doña M.A.L., en nombre y

representación de Fresenius Kabi España, S.A.U., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Suministro de sistemas de infusión de control mecánico” del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, número de expediente GCASU 2015-85.

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.