

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

En Madrid, a 5 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C. O., en nombre y representación de Baxter, S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 21 de junio de 2018, por el que se adjudica el lote 2 del contrato de “Suministro de catéteres de infiltración de heridas e infusores para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: 2018-0-36, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de febrero de 2018 se envió al DOUE, y posteriormente el 1 y el 8 de marzo de 2018 se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 279.832,70 euros, dividido en 5 lotes, con un total de diez números de orden, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con entrega de muestras.

Segundo.- El lote 2 Infusor Elastomerico comprende dos números de órdenes:

- 3.- Infusor Elastomerico de Volumen 250 ml para Infusión en 48 horas y
- 4.- Infusor Elastomerico de Volumen 250 ml para Infusión en 24 horas.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato las características técnicas comunes del producto a suministrar para el lote 2, establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) entre las que figuran:

- *“Filtro de partículas interno no contaminable.*
- *Punto de llenado protegido con válvula unidireccional, sin posibilidad de reflujo y distinto al conector de administración al paciente”.*

Tercero.- A la licitación del lote 2 se presentaron 6 empresas, una de ellas la recurrente.

Tras la tramitación oportuna, el día 21 de junio de 2018, se dicta Resolución de adjudicación del contrato resultando adjudicataria del lote 2 la empresa Palex Medical, S.A. La Resolución de adjudicación se notificó a la recurrente por correo electrónico el 26 de junio de 2018 y se publicó en el Portal de la Contratación el mismo día.

El recurrente ha solicitado y llevado a cabo el trámite de vista del expediente en dos ocasiones, el 6 y 10 de julio de 2018.

Se debe señalar que Baxter ha resultado adjudicatario de los lotes 3, 4 y 5.

Cuarto.- El 17 de julio de 2018, la representación de Baxter, S.L., presenta, previo anuncio al órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal, contra la adjudicación del mencionado lote 2 del contrato.

En el recurso solicita en primer lugar que se anule la adjudicación del lote 2 ya que los productos ofertados por todas las demás licitadoras incumplen las características técnicas exigidas en el PPT, por las razones que se exponen en su

recurso y en consecuencia solicita se acuerde la retroacción de las actuaciones para que por parte del órgano de contratación se adopte una nueva resolución acordando su exclusión y la adjudicación del referido lote a Baxter por ser la oferta económicamente más ventajosa. Así mismo solicita un nuevo acceso a la documentación obrante en el expediente y lote de referencia y se conceda nuevo plazo para ampliar, modificar en cualquier sentido o retirar el escrito de recurso especial. Insta además la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso.

Con fecha 25 de julio de 2018 se remite a este Tribunal copia el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

En el indicado informe el órgano de contratación remite el Informe del Jefe de Servicio de Farmacia en el que reconoce el error cometido en el informe técnico emitido por él con carácter previo a la apertura de las ofertas económicas, en el que consideraba que los productos presentados para los números de orden 3 y 4 del lote 2 por Grifols Movaco, S.A., Izasa Hospital, S.A.U., Cardiva 2, S.L. y Palex Medical, S.A., sí cumplían con las prescripciones técnicas recogidas en el PPT, y se otorgaba a todas por igual 10 puntos al haber “Acreditación documental y detallada sobre estabilidad y compatibilidad de medicamentos” uno de los criterios de adjudicación de carácter subjetivo definidos en la cláusula 1.8.2 del PCAP.

Por lo que confirmado que ninguna de estas empresas presenta el filtro de partículas interno, el órgano de contratación se allana a lo solicitado en el recurso.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal el 26 de julio de 2018 dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha formulado ninguna.

Sexto.- Con fecha 30 de julio de 2018, el Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, el acuerdo de adjudicación, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de Baxter para la interposición del recurso al tratarse de una persona *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP), toda vez que de confirmarse el incumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el PPT por el resto de licitadoras podría resultar adjudicataria del lote 2.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo importe es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la notificación de la Resolución de adjudicación se produjo el 26 de junio de 2018 por lo que el recurso presentado el día 17 de julio se interpuso en plazo.

Quinto.- Previamente a conocer del fondo del recurso el Tribunal se debe pronunciar sobre la nueva solicitud de Baxter de acceso al expediente para completar su recurso, ya que alega que en el acceso al expediente realizado ante el órgano de contratación el 6 de julio no pudo obtener copia de la documentación presentada por Palex para el lote 2, si bien afirma que la vista llevada a cabo el 10 de julio ha confirmado el no cumplimiento por parte de todos los licitadores de las condiciones técnicas señaladas en el PPT, para el referido lote, debiéndose proceder a su exclusión.

Como ha señalado este Tribunal en la Resolución 351/2017, de 22 de noviembre, *“en el artículo 29 del RPERMC, al regular la instrucción del procedimiento de recurso, contempla la puesta de manifiesto del expediente y alegaciones y dispone que ‘3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones’. La previsión reglamentaria pretende que la falta de motivación en los actos notificados o la falta de información no impidan a los interesados el ejercicio del derecho a recurso contra las decisiones en materia contractual. Por ello se regula el derecho de acceso en una fase previa a la interposición y como garantía de tal derecho. Tal como se regula en el artículo 16 citado, ello no obsta para que, en el caso de ser denegada la vista del expediente, el recurso se interponga dentro de*

plazo y se invoque como motivo de recurso, para su ejercicio ante el Tribunal, en caso de que este no aprecie la concurrencia de los supuestos que fueron motivo de la denegación o no se hubiera contestado en plazo. El presupuesto para el ejercicio ante el Tribunal es la previa solicitud al órgano de contratación con efectos adversos para el interesado. Si no se da el presupuesto, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, el expediente ya no se pone de manifiesto a los interesados, no es un trámite previsto para la resolución del recurso”.

En este caso, no consta que se haya denegado acceso al expediente sino tan solo que no se han facilitado copias de la documentación, a pesar de lo cual la recurrente ha podido fundamentar suficientemente su recurso, lo que excluye toda idea de indefensión. Por otra parte, en la nueva solicitud no motiva el nuevo acceso por lo que debe denegarse el acceso solicitado.

Sexto.- En cuanto al fondo, alega el recurrente incumplimiento de prescripciones técnicas obligatorias en la oferta presentada por la adjudicataria del lote 2, todo lo cual acredita mediante la información que se encuentra a disposición del público a través de la página web de la compañía:

(http://www.palexmedical.com/es/family.cfm?id=bombas%5Finfusion%5Felastomeric%5Fflujo%5Fcontinuo#.W02406pPp_I)

que reproduce en su escrito y en la que tan solo consta:

- “- Doble filtro que previene la entrada de partículas.*
- Puerto de llenado, con válvula antirreflujo”.*

Por tanto afirma que el filtro aunque es *“no contaminable”*, no queda acreditado que sea *“interno”*. Y lo mismo ocurre con el puerto de llenado, que no solo debía evitar el reflujo, sino que debía ser *“distinto al conector de administración al paciente”*.

El órgano de contratación por su parte, acompaña el informe del Jefe de Servicio de Farmacia de fecha 20 de julio de 2018, emitido en contestación del recurso en el que reconoce que *“Al revisar la documentación del expediente hemos*

detectado un error cometido en el informe técnico emitido por el Servicio de Farmacia, que consideraba que los productos presentados para los números de orden 3 y 4 del mencionado Lote 2 por los fabricantes GRIFOLS MOVACO S.A, IZASA HOSPITAL S.A.U, CARDIVA2 S.L, y PALEX MEDICAL S.A cumplirían las prescripciones técnicas recogidas en el pliego de este expediente. En ninguno de los productos mencionados el filtro de partículas es interno y por ello deberían haber sido rechazados al no cumplir con esta condición establecida en el pliego.

Solo los productos ofertados por BAXTER S.L cumplirían las especificaciones técnicas para este lote”.

Sin referirse a ninguno de los otros incumplimientos alegados por el recurrente.

Como manifestara este Tribunal en su Resolución número 45/2015 de 11 de marzo de 2015 *“El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión para determinar si la supresión de tal cláusula solicitada por la recurrente y aceptada por el órgano administrativo, contraviene el ordenamiento jurídico de modo manifiesto”.* Redacción idéntica a la contenida en el artículo 56 de la vigente LCSP.

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 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSPP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

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 TRLCSPP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En este caso el PPT establece claramente:

- *Filtro de partículas **interno** no contaminable.*
- *Punto de llenado protegido con válvula unidireccional, sin posibilidad de reflujo y distinto al conector de administración al paciente”.*

El Tribunal ha comprobado que el producto ofertado por Palex para el lote 2 es:

- Para Nº de orden 3; Código 017897: Bomba elastomérica MYFUSER, Marca Canox, Ref Palex 442406 y
- Para Nº de orden 4; Código 014867: Bomba elastomérica MYFUSER, Marca Canox, Ref Palex 442408.

En las páginas 4 a 6 del documento de descripción técnica se relacionan en 36 apartados las especificaciones técnicas para los Infusores de Flujo Continuo MYFUSER, que son comunes para todos los modelos y referencias que distribuye Palex y entre los que se encuentran los ofertados para esta licitación (página 7), entre otras:

“Flujo de partículas interno no contaminable.

Flujo unidireccional: Sistema totalmente pre-ensamblado y cerrado

Sistema de **dobles Filtros**, puerto luer-lock y **válvula anti-reflujo** que previene la entrada de partículas y permite el purgado del aire directo”.

Se comprueba que de acuerdo con la documentación técnica el filtro ofertado por Palex sí cumpliría el primer requisito de *“filtro de partículas interno no contaminable”*, y en cuanto al punto de llenado, también cumpliría el requisito de *“válvula unidireccional y sin posibilidad de reflujo”*, sin que precise *“distinto al conector de administración del paciente”*.

Como manifestara el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recientemente en la Resolución 590/2018 de 21 de junio, *“Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan, expresa y exhaustivamente, todas y cada una de las prescripciones técnicas*

previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado”.

Los Tribunales especiales en materia de contratación han sentado la doctrina de que los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. En este caso, con la documentación técnica aportada por Palex resulta *prima facie* que los productos ofertados cumplen las características técnicas requeridas y además comprueba el Tribunal que las características reflejadas por Baxter en su recurso, a pesar de haber tenido acceso al expediente en dos ocasiones, es la que figura en la información de la web y no es la aportada por la adjudicataria y que consta en el expediente.

Por otro lado cabe considerar que la adjudicataria no ha comparecido en el trámite de alegaciones para acreditar que sus productos cumplen las exigencias de los Pliegos.

En cuanto a ser “*distinto al conector de administración del paciente*”, se debe presumir que lo cumple, máxime cuando la imagen aportada en el recurso no corresponde al producto ofertado y el informe técnico solo se refiere al que no cumple *filtro interno*.

Sin embargo el órgano de contratación en su informe reconoce su error en la comprobación del cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos, por lo que sin perjuicio del contenido de las fichas técnicas aportadas, dado que corresponde al órgano de contratación la comprobación del cumplimiento de los requisitos mediante la entrega de muestras, este Tribunal entiende que debe estimarse el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP 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, interpuesto por don C. O., en nombre y representación de Baxter, S.L., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 21 de junio de 2018, por el que se adjudica el lote 2 del contrato de “Suministro de catéteres de infiltración de heridas e infusores para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: 2018-0-36.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada el 30 de julio de 2018.

Cuarto.- 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 59 de la LCSP.