

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

En Madrid, a 1 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Grifols Movaco, S.L., contra la resolución de 14 de abril de 2023 del Director Gerente del Hospital U. Ramón y Cajal, por la que se adjudica el contrato 2022000035, relativo a la adquisición de infusores para la administración de medicamentos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Ramón y Cajal, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante la publicación lo anuncios de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 2 de diciembre de 2022, en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 02 de diciembre de 2022 y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 20 de diciembre de 2022 se convocó la licitación del contrato referenciado, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

A la presente licitación se presentaron 4 ofertas para el lote 1, entre ellas se encuentra la de la recurrente.

El contrato tiene un valor estimado de novecientos veinticuatro mil trescientos cincuenta y ocho euros (924.358,00 €).

Segundo.- Con fecha 9 de mayo de 2023, se presenta ante este Tribunal por la representación legal de GRIFOLS MOVACO, S.L recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación que fue notificada en 14 de abril. Se ha de advertir que el recurrente ha tenido acceso al expediente.

Tercero.- El 18 de mayo de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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 (en adelante, LCSP), solicitando la desestimación del recurso. En data 26 de mayo de 2024 presentan alegaciones los recurridos.

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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en tercer lugar que pretende la anulación de las ofertas clasificadas en primer y segundo lugar y *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de abril de 2023 practicada la notificación mismo día e interpuesto el recurso, en 9 de mayo de 2023 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente fundamenta su recurso en el incumplimiento de las prescripciones técnicas requeridas en los pliegos de condiciones tanto por el adjudicatario y el segundo y en concreto:

A. Incumplimientos de BAXTER:

1. Incumplimiento del requisito "*Volumen residual 1%*": Una de las características técnicas que deben cumplir los infusores para la administración de medicamentos, según requiere el PPT, es que el volumen de medicamento residual que permanezca en el mismo tras la finalización de la administración, sea como máximo del 1% del volumen del infusor.

En la documentación aportada por BAXTER, a la cual se tuvo acceso por parte de Grifols en el trámite de acceso al expediente llevado a cabo, se recogen los siguientes Volúmenes Residuales de los distintos infusores ofertados a cada número de orden del Lote 1. Sobre los mismos se realizan los oportunos cálculos que evidencian que cinco de los seis productos ofertados incumplen el requisito del volumen residual del 1%.

2. Incumplimiento del requisito "*Certificación del volumen mínimo (que es el 50% del Volumen Nominal)*": Con el requisito relativo a la certificación del volumen mínimo, que debe ser el 50% del volumen nominal, pretende asegurarse que el llenado mínimo de volumen de medicamento en el infusor sea al menos el 50% del

volumen nominal. De acuerdo a la información técnica que consta en la oferta de Baxter, ninguno de los infusores ofertados en los distintos números de orden cumple con este requisito. El volumen mínimo en ninguno de los infusores cumple el requisito de que sea el 50% del volumen nominal. De hecho, en todos los modelos de infusor el volumen mínimo es de apenas unos pocos mililitros menos que el volumen nominal, lo que obliga a que el llenado mínimo del infusor deba ser muy próximo al volumen nominal.

3. Incumplimiento del requisito "*Extremo distal línea de infusión con restrictor de flujo, conexión luer-lock*". El PPT exige que el extremo de la línea de infusión tenga un restrictor/limitador del flujo. Durante la inspección visual que se llevó a cabo de las muestras presentadas por Baxter en su oferta al Lote 1, se pudo comprobar que, salvo el infusor modelo 2C2109K (Lote 1: Orden 6: 100ml – 50 ml/h), el resto de infusores carecen de restrictor de flujo, tal y como se aprecia con las fotos que adjunta al recurso.

B. Incumplimientos de SANUSHEALTH

1. Incumplimiento del requisito de "*Protección UV con garantías*". Entre las características técnicas que han de reunir los infusores para la administración de medicamentos de acuerdo con lo dispuesto en el PPT, se establece que los infusores deben contar con protección UV con garantías. Este requisito permite que el medicamento no se vea afectado por los rayos solares, lo que le otorga una mayor seguridad, facilidad y flexibilidad en su utilización. En la ficha técnica del infusor ofertado que aporta la Adjudicataria, *de la marca Vikyfuser, que se adjunta como Documento número 7, se indica: "Protección Anti UV: siempre garantizando la transparencia, los filtros usados brinda protección anti rayos UV, hasta una longitud de onda de 382 nm"*. Sin embargo, esta afirmación no es congruente con la información que consta en la propia ficha técnica y en las instrucciones de uso. Así, en el apartado de Advertencias se indica de forma expresa: *"los dispositivos que estén dispuestos para uso rutinario, deben estar protegidos de la luz directa y deben mantenerse a temperatura ambiente"*.

2. Incumplimiento del requisito de "volumen residual del 1%": se comprueba que en dos de los infusores ofertados el porcentaje de volumen residual no es del 1% o inferior.

3. Incumplimiento del requisito de "dispositivos de color para diferenciar velocidades de infusión (ml/h)". En la inspección que se realizó de las muestras presentadas por Sanushealth, se pudo comprobar que, al menos dos de las muestras, no tenían un código de color diferente para cada velocidad de administración del medicamento.

4. Incumplimiento del requisito "Volumen máximo sobre volumen nominal + residual mínimo del 5%". Este requisito no lo cumplen los infusores ofertados a los números de orden 2 y 6 por Sanushealth,

El apartado 9 del capítulo I del PCAP señala que quedarán excluidas las proposiciones que no cumplan con las prescripciones técnicas.

El órgano de contratación en su informe al recurso defiende su actuación alegando que:

“BAXTER:

Incumplimiento A.1. del recurso.

Volumen residual 1%. No se está de acuerdo con el cálculo realizado por la recurrente ya que utiliza para el porcentaje del volumen residual el valor nominal, cuando en el pliego de especificaciones técnicas no se indica que sea ese parámetro. Los responsables del Servicio de Farmacia en la elaboración del informe técnico han calculado el volumen residual sobre el volumen máximo por lo que los 4 ofertantes cumplen con este requisito.

Incumplimiento A.2. del recurso. Incumplimiento del requisito "Certificación del volumen mínimo (que es el 50% del Volumen Nominal)". No se está de acuerdo con el recurso, porque en el PPT se especifica textualmente con el requisito relativo a la "Certificación del volumen mínimo (que es el 50% del volumen nominal)". Con ello se pretende asegurar que el llenado mínimo de volumen de medicamento en el infusor

para su uso **sea al menos el 50% del volumen nominal**. Esto quiere decir que el infusor no puede llenarse por debajo del 50%, pero el volumen mínimo puede ser del 50% o más, de hecho, cuanto más cerca esté el volumen mínimo del volumen nominal, más se garantiza la precisión solicitada en las especificaciones técnicas de "Precisión de flujo +/- 10 %". Por lo tanto, los infusores a los que se hace referencia, sí cumplen el requisito.

Incumplimiento A.3. del recurso. Incumplimiento del requisito "Extremo distal línea de infusión con restrictor de flujo, conexión luer-lock" En las especificaciones técnicas se solicita que el infusor disponga de "restrictor de flujo y conexión luer lock" y en la ficha técnica puede comprobarse que el infusor de Baxter indica lo siguiente: "El contenido se administra a través de un filtro de partículas y un reductor de flujo", por lo que no se está de acuerdo con el recurso, ya que se alega en el mismo que el infusor debe tener clamp, cuando no se solicita.

SANUSHEALTH:

Incumplimiento B.1. del recurso. "Protección UV con garantías". No se está de acuerdo con el recurso ya que en las especificaciones técnicas del expediente se solicita que el infusor debe tener "Protección UV con garantías". Las fichas técnicas de los productos ofertados indican que disponen de filtros protectores de la luz.

Incumplimiento B.2. del recurso. Incumplimiento del requisito de "volumen residual del 1%". No se está de acuerdo con el recurso. Consideramos que los datos del volumen residual se deben de revisar de la Ficha Técnica del producto, no de la hoja de instrucciones de uso ni de unas instrucciones de llenado. La ficha técnica es el documento oficial que garantiza las características técnicas del producto comercializado.

Incumplimiento B.3. del recurso. Incumplimiento del requisito de "dispositivos de color para diferenciar velocidades de infusión (ml/h)". Respecto a este incumplimiento hay que alegar que el objeto de esta característica es la diferenciación de los infusores para diferenciar velocidades (ml/h) por lo que se solicitan dispositivos de color, la oferta de SANUSHEALTH presenta diferentes colores y no se ha considerado por los técnicos que sea un motivo de exclusión que se presenten en el mismo color los números de orden 5 y 6 ya que son infusores con gran diferencia de volumen (300 ml vs 100 ml) siendo tan marcada que no existe riesgo de confusión.

Incumplimiento B.4. del recurso. "*Volumen máximo sobre volumen nominal + residual mínimo del 5%*" No se está de acuerdo con el recurso. En el caso de los infusores número de orden dos y seis, ambos de 100 ml, para cumplir con las especificaciones recogidas en el pliego, el volumen máximo debería ser de 105 ml".

En trámite de alegaciones BAXTER afirma sobre el incumplimiento número 1, que el PPT no establece decimales, que tampoco fija si es sobre el cálculo es sobre volumen nominal, el volumen mínimo o el volumen máximo. Según la tabla que adjunta cumple con el porcentaje del 1% para todos los números de orden sobre el volumen nominal.

Sobre la segunda alegación, relativa al incumplimiento del requisito "*Certificación del volumen mínimo (que es el 50% del Volumen Nominal)*", a través de la cual se pretende que el llenado mínimo de volumen de medicamento en el infusor sea al menos el 50% del volumen nominal, es necesario atender al principio físico establecido por la ley de Hagen Pouiselle (que desarrolla) para explicar que los difusores cumplen con el requisito.

Sobre la tercera alegación, relativa al incumplimiento del requisito "*Extremo distal línea de infusión con restrictor de flujo, conexión luer-lock*", a través del cual se exige que el extremo de la línea de infusión posee un restrictor/limitador del flujo, en el caso del código 2C2109K, posee el restrictor de flujo de forma interna, además de otro visible de color azul, según se puede ver en la muestra facilitada y de la que aporta fotografía Grifols en su recurso. En cuanto al resto de los infusores ofertados por Baxter en el lote 1, el restrictor de flujo se encuentra en el interior del extremo distal del tubo de infusión con conexión luer-lock, como se indica en cada una de sus fichas técnicas y según la imagen adjunta a continuación. De no disponer de restrictor de flujo estos infusores, no sería posible su funcionamiento.

Procede examinar las alegaciones respecto de BAXTER, de cuya estimación depende el examen de las de SANUSHEALTH.

En Resolución 454/2022, de 1 de diciembre de 2022, citada entre muchas, hemos desarrollado diversos elementos sobre la revisión del cumplimiento de las prescripciones técnicas:

1º La mera presentación de la proposición presume el cumplimiento por el licitador de las prescripciones técnicas, porque *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”* (artículo 139.1 LCSP), de ello no cabe deducir otra cosa que solo cabe concluir incumplimientos de declaraciones expresas contrarias a los pliegos técnicos en la documentación o la oferta técnica, no del silencio sobre documentación no requerida, y que, en caso de duda, sobre el mismo opera la presunción a favor del cumplimiento.

2º Sobre la valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas la del órgano de contratación viene amparada por la reiteradísima doctrina de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, fundada en la presunción de objetividad y acierto de las valoraciones de sus técnicos, doctrina según la cual esa valoración técnica no es sustituible por una valoración jurídica propia del Tribunal de Contratación, por lo que, salvo acreditación de un error manifiesto, prevalece la misma.

3º Para excluir a un licitador por el incumplimiento de las prescripciones técnicas, habida cuenta la presunción a favor de su cumplimiento arriba reseñada, es preciso que se trate de un incumplimiento claro, palmario y evidente, que conste en la documentación.

4º Para que este Tribunal pueda apreciar un incumplimiento tiene que comprobarlo *“de visu”* por un error en la valoración del cumplimiento por los servicios técnicos, que se deduzca de la propia documentación del expediente de contratación por el simple cotejo de las fichas técnicas y las prescripciones. No se pueden apreciar errores en la valoración en base a deducciones sobre lo que los pliegos exigen, en contra muchas veces de su literalidad.

Aplicando la doctrina precedente al caso hacemos la siguiente consideración general: básicamente, el recurrente no alega incumplimientos que desde la perspectiva de un licitador diligente puedan colegirse de la mera lectura del pliego de prescripciones técnicas comparado con las fichas técnicas del adjudicatario o con las fotos que aporta. Son meras especulaciones del recurrente, que se contradicen por el órgano de contratación y por Baxter. No prueba ningún error en la valoración por los técnicos del Hospital que haga decaer la presunción de acierto de sus valoraciones.

Así, respecto del primer incumplimiento, efectivamente el PPT lo único que especifica es "*volumen residual 1%*", no concreta si es sobre el volumen nominal, el máximo o el mínimo. Según el examen de los técnicos cumple con el requisito. Frente a ello lo que opone el recurrente es que "*los oportunos cálculos*" evidencian que cinco de los seis productos ofertados incumplen el requisito del volumen residual del 1%. Es un cálculo del recurrente, no un incumplimiento que el propio Tribunal pueda apreciar por sí mismo, de la ficha técnica. Comparadas las tablas que ofrecen GRIFOLS y BAXTER se aprecia que el primero calcula el volumen residual con decimales (1,25%, 1,04%, 1,19 %, 1 % son los valores) y el segundo no incluye decimales. Este valor no se ha considerado por los técnicos, que han entendido cumplen todos los licitadores. A juicio de este Tribunal el PPT no incluye decimales en su valor del 1%, no pudiendo ser considerados como incumplimientos esos excesos. Prevalece la valoración del servicio técnico del Hospital.

Por todo ello se desestima este motivo de recurso.

En cuanto al segundo motivo, incumplimiento del requisito "*Certificación del volumen mínimo (que es el 50% del Volumen Nominal)*", que es la expresión que literalmente recoge el PPT, lo que achaca GRIFOLS es que "*el volumen mínimo en ninguno de los infusores cumple el requisito de que sea el 50% del volumen nominal*", de hecho en todos los infusores el llenado es muy próximo al volumen nominal, mientras el órgano de contratación pone en razón que ese valor es un mínimo, es decir, que el difusor no puede llenarse con menos del 50% del volumen nominal, pero sí más, y además cuando más cerca esté el volumen mínimo del volumen nominal

más precisión, *“más se garantiza la precisión solicitada en las especificaciones técnicas de “Precisión de flujo + /- 10 %”.*

Nuevamente, las alegaciones de GRIFOLS son una lectura diferente de las especificaciones del PPT, que incluso contraviene su literalidad. No dice el ítem transcrito que el volumen mínimo tenga que mantenerse en el valor del 50% del volumen nominal, simplemente que su mínimo se encuentra en ese 50% del volumen nominal, y siendo un mínimo puede ser superior a ese porcentaje.

Por todo ello procede desestimar este motivo de recurso.

En cuando al tercer incumplimiento, tanto el órgano de contratación como Baxter afirman que las muestras presentadas disponen del restrictor de flujo. Afirma el órgano de contratación que no se requiere *“clam”*, que es lo que exige GRIFOLS: *“el resto de infusores carecen de restrictor de flujo (clamp) en la línea de infusión”*. La aportación del recurrente son unas fotos de las muestras de los difusores dentro de sus bolsas de plástico de empaquetado, como prueba de no disposición de ese restrictor, presumiendo en el Tribunal unos conocimientos técnicos de los que obviamente carece (*“fotografías del resto de infusores en los que se observa que no disponen de restrictor de flujo/clamp”*), siendo incluso una cosa inapreciable en esas fotografías. Incluso en las fotos que aporta BAXTER fuera de su bolsa sí se aprecian los elementos que señala con una flecha. La alegación de Griffols es contraria a la ficha técnica, prevaleciendo la valoración de los técnicos del Hospital.

También procede desestimar este motivo de recurso.

Desestimados los motivos de exclusión alegados sobre el adjudicatario, no procede examinar sus motivos sobre el segundo, pues no obtendría beneficio alguno de una eventual estimación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 en materia de contratación interpuesto por la representación de GRIFOLS MOVACO, S.L., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital U. Ramón y Cajal por el que se adjudica el contrato 2022000035, relativo a la “adquisición de infusores para la administración de medicamentos con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Ramón y Cajal”.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento ex artículo 53 de la LCSP.

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, de acuerdo con el artículo 59 de la LCSP.