

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

En Madrid, a 23 de noviembre de 2011.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Doña M.F.T. en representación de la empresa B. Braun Medical, S.A., en el expediente GCASU 2011-207 “Suministro de Sistemas de infusión con control mecánico” del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, contra el acto de la mesa de contratación, adoptado el día 17 de octubre de 2011, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda de 29 de julio de 2011, en virtud de delegación de competencias de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud, de 25 de febrero de 2011, se convocó procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la contratación de “Suministro de Sistemas de infusión con control mecánico” del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, dividido en 3 lotes, con un presupuesto de licitación de 898.289,60 €.

Segundo.- La licitación se encuentra sometida a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y al Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el 2 de agosto de 2011, en el BOE de 27 de agosto de 2011 y en el BOCM de 3 de agosto de 2011.

Tercero.- El 4 de noviembre de 2011 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de Doña M.F.T. en representación de la empresa B. Braun Medical, S.A. interponiendo recurso especial contra la exclusión de su oferta del lote número 3 y en el que solicita sean valorados los equipos presentados por la empresa al citado lote aportando, si fuera preciso, muestras aptas para uso humano y se proceda a la valoración de la oferta económica, resultando adjudicataria del lote por ser la oferta más ventajosa económicamente. Solicita la adopción de medidas provisionales destinadas a suspender la tramitación del procedimiento.

Se requirió a la recurrente para que subsanara el poder presentado, junto con el escrito de interposición del recurso, por considerar el Tribunal que el aportado era insuficiente, defecto que fue subsanado.

Cuarto.- El Tribunal remitió el mismo día, al órgano de contratación, el escrito interponiendo el recurso y solicitó la remisión del expediente de contratación.

El órgano de contratación remitió el expediente y su correspondiente informe, el día 10 de noviembre de 2011. El mismo día fue requerida documentación complementaria que fue recibida los días 10 y 11 de noviembre.

Quinto.- Con fecha 10 de noviembre de 2011, el Tribunal tomó en consideración la solicitud de medidas provisionales de la recurrente y acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Sexto.- El licitador recurrente, ha cumplido lo preceptuado en el artículo 314.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que establece la obligación, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

El recurso alega, y se fundamenta, en lo siguiente: Que la empresa concurrió al procedimiento de licitación siendo admitida a los lotes 2 y 3 y que *“El día 17 de octubre de 2011 se realiza la apertura económica de las ofertas presentadas, leyéndose una nota con la evaluación obtenida respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor”*. En este acto de apertura de las proposiciones económicas se le informó que la empresa había resultado excluida del lote número 3 al haber presentado en uno de los tres productos que componen el lote *“muestras no estériles por lo que no se han podido probar”*.

La recurrente alega que aportó los productos que componen el lote 3 de conformidad con lo que establecía el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y que los productos ofertados correspondían al N° de orden 102092 EQUIPO INFUSOMAT SPACE INTRAPUR ON-LINE, Referencia 8700095SP; N° de orden 102093 EQUIPO INFUSOMAT SPACE TRANSLUCIDO NARANJA; Referencia 8700127SP y N° de orden 102096 EQUIPO INFUSOMAT SPACE STÁNDAR, Referencia 8700036SP.

Señala que en las páginas 10 y 11 del PPT se solicitan, para el lote número 3, las muestras siguientes: Hospitalización: 3 bombas, Críticos: 3 bombas, .100 unidades estándar y 20 unidades para el resto de equipos, pero no se especifica que dichas muestras a entregar debían ser aptas para uso en humanos. Añade que las muestras de los números de orden 102092 y 102096 se prepararon por el almacén y

pertenecían a su stock destinado a suministro a clientes, controladas tanto en almacenamiento como en su trazabilidad.

En el caso del número de orden 102093 las muestras aportadas se entregaron de la muestroteca de su comercial y se usan para realización de pruebas de funcionamiento de las bombas, demostraciones en plantas hospitalarias, en Congresos y eventos, por lo que no se puede garantizar su esterilidad al no existir control de la cadena logística y de las condiciones de almacenamiento por lo que dichas muestras se etiquetaron como no aptas para uso en humanos.

La Mesa indicó que no se habían podido probar las muestras por no ser estériles. La recurrente considera que en este tipo de procedimientos las muestras son aportadas con fines de valoración de las bombas de infusión, no con finalidad de ser comercializadas ni utilizadas en seres humanos. Transcribe el art. 41 del Real Decreto 1591/2009, por el que se regulan los productos sanitarios donde dispone, sobre la presentación de muestras en ferias, exposiciones y demostraciones, que podrán presentarse sin cumplir lo dispuesto en dicho Real Decreto siempre que figure un cartel lo suficientemente visible en los productos o junto a ellos donde se indique que no pueden ponerse en el mercado ni en servicio y que tales demostraciones no podrán implicar la utilización de los productos en pacientes.

Añade que el PPT dispone que durante la fase de valoración se podían solicitar más muestras y B.Braun no hubiera tenido ningún problema en presentar otras muestras a requerimiento de la Mesa, pero ésta no hizo uso de dicha posibilidad y el lote quedó desierto ya que el resto de licitadores no cumplían con los aspectos técnicos solicitados. Manifiesta que licitó también al lote número 2 compuesto de 4 números de orden de diferentes equipos de bomba de perfusión, donde también solicitaban muestras de equipos y bombas y se aportaron muestras no aptas para uso humano que fueron admitidas y valorada técnicamente la oferta y abierta su proposición económica por lo que manifiestan la existencia de arbitrariedad y ausencia de justificación del criterio adoptado por la Mesa de

contratación al valorar las muestras del lote 2 y excluirla en el lote 3. Solicita la valoración de los equipos presentando nuevas muestras, si fuera necesario, aptas para uso en humanos y considera que deben resultar adjudicatarios por ser su oferta la económicamente más ventajosa. Igualmente solicita la suspensión de la tramitación del expediente hasta tanto se resuelva el recurso.

Séptimo.- En el acta de la Mesa de contratación, celebrada el 17 de octubre de 2011, para dar cuenta del resultado de la valoración de los criterios de adjudicación y para la apertura de proposiciones, consta que antes de dicha apertura se informa, ante las dudas manifestadas por el empresa B. Braun Medical, S.A., sobre el término “opaco” descrito en el lote número 2 y sobre su disconformidad con la exclusión del lote número 3, del que no se habían podido probar las muestras por no ser estériles, se comunica a los representantes de la empresa *“que el objetivo de solicitar muestras en este expediente era poder probarlo en pacientes.”*

Octavo.- El órgano de contratación en su informe sobre el recurso manifiesta que *“el objeto del contrato es el suministro de sistemas de infusión de control mecánico de forma biunívoca va unido a la cesión de las bombas de infusión, equipos que permiten administrar soluciones intravenosas (sueros, medicamentos etc.) mediante control exhaustivo de flujo a infundir en función de la prescripción médica. La práctica en el sector es adquirir los fungibles, repercutiendo en cada unidad el coste proporcional de los equipos a lo largo de vida útil.”*

Señala igualmente que el contrato se dividió en tres lotes para facilitar la concurrencia y que *“a la vista del informe técnico relativo a los criterios de adjudicación la mesa de contratación consideró justificada la exclusión de la oferta de la recurrente al entender que la falta de presentación de muestras estériles al lote número 3 impedía la posibilidad de probar la funcionalidad efectiva de los equipos en condiciones reales de utilización, esto es en pacientes.*

(...) Conforme a los requerimientos del PPT en relación con la unidades de muestras

solicitudes parece impensable por una empresa versada en contratación pública como es la BB que el requerimiento impuesto por el órgano de contratación con su solicitud, tuviese como objetivo exclusivo la demostración de los equipos ya que con una única muestra o bien una “demo” hubiese sido suficiente para probar su operatividad por el equipo evaluador.

A tal efecto la mesa de contratación entiende que la presentación de una muestra no apta para uso humano, hubiese sido admitida para verificar la solvencia técnica del contratista en fase de calificación de la documentación administrativa si así se hubiese previsto en el PCAP, sin embargo con arreglo a los criterios objetivos de adjudicación del contrato, la exigencia eran muestras de productos terminados listos para su uso que permitieran la prueba de los equipos en pacientes”

En el informe además se transcribe el informe del Director de Enfermería que sobre la exclusión del lote 3 señala lo siguiente: *En el lote 3 no se pudo probar el equipo con numero de referencia 8700127SP, Equipo Infusomat Space traslúcido con el numero de orden 102093 por influir directamente en el funcionamiento de la bomba en concreto en los sensores de aire, sensores de presión y sistema de seguridad anti flujo libre como queda reflejado en la página 5 del folleto presentado en la documentación técnica”*

El informe añade otros argumentos para la exclusión en este lote citando el incumplimiento, para el equipo de críticos, en el que se solicitaba “*control de presiones a diferentes niveles mínimo 75 mmHg.*” que incumple el PPT al no poder fijar las presiones solicitadas en la bomba presentada para prueba y respecto de “*retrobolus*” queda confuso según la documentación presentada en cuanto a los datos que aparecen en el folleto general de las bombas donde no hay pronunciamiento y en la ficha técnica donde sí indica que dispone de ello.

Respecto de lo alegado sobre la valoración del lote número 2, el informe señala que “*el equipo evaluador admitió la oferta presentada con la línea de*

referencia 8723017 Línea perfusor traslúcida al número de orden 102120, por poder probar la bomba con la línea de referencia 8722960 Línea perfusor standard del mismo lote con el número de orden 102094, por no influir en el funcionamiento de la misma, ya que el funcionamiento solo depende de la jeringa”.

Noveno- El Tribunal con fecha 11 de noviembre dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 316.3 LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo la empresa CareFusion presenta escrito manifestando que no presenta alegaciones y que acata la potestad del órgano de contratación para definir la conveniencia de realizar pruebas que le permitan conocer la adecuación de los productos ofertados a las especificaciones técnicas del PPT con productos estériles, o no, según considere necesario y comparte las alegaciones del órgano de contratación en su informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa B. Braun Medical, S.A., para interponer recurso especial y su representación, 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”*. (Artículo 312 de la LCSP).

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 310.1.a) y 2. b) de la LCSP.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 17 de octubre de 2011, y notificado el mismo día, e interpuesto el recurso, el día 4 de noviembre de 2011, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 314.2 LCSP.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 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.

Cuarto.- El Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en su Anexo I fija las características del contrato y, respecto del lote número 3, establece una valoración de 60 puntos para el criterio precio y 40 puntos a los otros criterios objetivos de valoración, por lotes.

Añade “De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se valoraran en una primera fase los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria una puntuación mínima de 50 % del total otorgado en cada uno de los lotes que vayan a operar en la fase de valoración.” Aparecen desglosados 11 criterios, remitiéndose en su apartado 9 sobre documentación a presentar, en relación con estos criterios, al contenido detallado en apartado 6 del PPT.

El Tribunal observa que esta cláusula no es acorde, en cuanto al orden a seguir en la valoración de los criterios de adjudicación, con lo dispuesto en los artículos 135 de la LCSP y 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada ley. No obstante y sin perjuicio de ello dado que el contenido de los Pliegos no es el objeto del presente recurso sino que está constituido por la exclusión del recurrente, debe tenerse en cuenta únicamente este motivo en el seno del presente recurso.

El PPT en su apartado 6 *“Documentación técnica a presentar. Sobre 2-B”* exige la presentación de un índice pormenorizado de la documentación, la descripción del artículo y catálogos, en su caso, certificado de exención de látex en todo los productos, marcado CE, acreditación del cumplimiento de la normativa de productos sanitarios, la existencia de certificaciones de sometimiento a otras normas adicionales que sean de observancia obligatoria y que sirvan para demostrar el cumplimiento de determinados niveles técnicos y de calidad, ficha técnica de cada uno de los productos ofertados en soporte informático, cuadro auto valorado de los criterios de adjudicación automáticos previstos en el punto 8.2 del PCAP, plan de formación, un listado con las muestras presentadas a los diferentes lotes, certificación de compatibilidad de los modelos con la aplicación informática, la remisión mensualmente de un fichero Excel con el inventario de equipos por lote, con datos sobre los revisados y los que se sustituyan.

En el apartado 7 del PPT denominado *“Muestras”* se solicitan, para el lote número 3, las muestras siguientes: Hospitalización: 3 bombas, Críticos: 3 bombas, 100 unidades estándar y 20 unidades para el resto de equipos. Dispone *“Durante la fase de valoración técnica y en caso de ser necesario se solicitarán más muestras. Cada producto deberá estar etiquetado con nombre de la empresa, código del hospital, número de concurso. Una vez adjudicado el expediente las bombas prestadas serán devueltas por la supervisora de RRMM previa cita.”*

No se especifica que dichas muestras a entregar debían ser aptas para uso en humanos.

En relación con la alegación de la recurrente sobre ausencia de justificación del criterio adoptado por la Mesa de contratación al valorar las muestras del lote 2 el órgano de contratación justifica este extremo al manifestar en su informe que esta muestra sí pudo ser probada, consideración técnica sobre la que este Tribunal no se pronuncia ya que no afecta a la impugnación del lote número 3.

Igualmente el informe añade otros argumentos para la exclusión de la recurrente en este lote, citando el incumplimiento para el equipo de críticos respecto de control de presiones a diferentes niveles y sobre “retrobolus”, que no fueron puestos de manifiesto a la recurrente como causa de exclusión, por lo que este Tribunal solo procede al examen de la causa sobre la que se basa la Mesa de contratación en su reunión de 17 de octubre de 2011 para la exclusión.

Quinto.-La posibilidad de exigir muestras en los contratos de suministro como uno de los criterios de solvencia técnica viene recogida en el artículo 66 e) de la LCSP y además, el artículo 134 de la Ley establece como criterios de valoración para determinar la oferta más ventajosa económicamente, entre otros, la calidad, el valor técnico, las características funcionales etc., por lo tanto las características de las muestras que determinen esa calidad podrán ser utilizadas como criterios de adjudicación. Resulta necesario precisar que las características de las muestras que puedan utilizarse como criterios de adjudicación han de ser distintas de las que se utilicen como criterios de solvencia técnica y que tanto los criterios de selección, como los que han de servir de base para la adjudicación deben estar establecidos en los pliegos como prescriben los artículos 99 y 100 de la LCSP.

En cuanto al contenido de los pliegos el artículo 99.3 de la LCSP dispone que los contratos se ajustaran al contenido de los pliegos particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos. Como viene manifestándose de forma reiterada por la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato que obligan a las partes. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863) cuyo fundamento de derecho tercero dice:“(..) *si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación*

presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00 (RJ2004/5448), y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00).

En el supuesto del recurso que se examina puede hallarse, como manifiesta el órgano de contratación en su informe, la intención de la Administración de que las muestras fueran estériles y que como dice en el mismo *“la presentación de una muestra no apta para uso humano, hubiese sido admitida para verificar la solvencia técnica del contratista en fase de calificación de la documentación administrativa sin embargo con arreglo a los criterios objetivos de adjudicación del contrato, la exigencia eran muestras de productos terminados listos para su uso que permitieran la prueba de los equipos en pacientes”*. En el supuesto que se estudia, el apartado 5.2 del Anexo I del PCAP, exigía para acreditar la solvencia técnica certificados de haber realizado suministros similares, medio previsto en el artículo 66.1.e) de la LCSP, por lo que se solicitaban muestras únicamente como criterio de adjudicación sin que por ello se pueda determinar que tuviesen necesariamente que ser muestras estériles.

En cuanto a la interpretación de los contratos públicos es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, y sobre ello cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2009, (RJ/21010/343) que en su Fundamento de Derecho quinto dice: *“Y con mención de la Sentencia de 15 de febrero de 2000 de la Sala Tercera (RJ 2000, 2645) , recurso de casación 1073/94 destacábamos que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil (LEG 1889, 27) , en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749), rec. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que*

ha de tenerse en cuenta la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas".

Resulta de todo ello que en este supuesto puede darse cierta divergencia en el apartado 7 del PPT "muestras", en relación con la intencionalidad del órgano de contratación, pero no se puede alegar oscuridad en la cláusula ya que se definen, por remisión del PCAP, las muestras que se solicitaban y sus características que para el lote número 3 exigía que estuviesen etiquetadas, con nombre de la empresa, código del hospital, número de concurso y se preveía igualmente que durante la fase de valoración técnica y en caso de ser necesario se solicitarían más muestras. Por ello se estima que en este caso deberá estarse a la literalidad de la cláusula.

Ante la inexistencia en los pliegos de referencia concreta a que las muestras fuesen estériles y/o productos terminados listos para su uso que permitieran la prueba de los equipos en pacientes, la Mesa de contratación debería haber hecho uso de la posibilidad prevista en el PPT de solicitar otra muestra en condiciones de ser utilizadas en pacientes, sin que resulte justificado lo alegado por el órgano de contratación en su informe ya que esta facultad incluida expresamente en el PPT permitía a la Mesa de contratación cierta discrecionalidad al utilizar el término, "si fuera necesario", pero en este caso concurría la necesidad ya que impedía que la muestra fuese probada y conducía a que se declarase desierta la licitación. En este caso es necesario citar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo manifestada en Sentencias de 14 de mayo, 26 de septiembre y 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 4905 y 7558) donde dice (..) *la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus*

consecuencias, doctrina ésta ya fijada en las Sentencias de 24 noviembre 1987 (RJ 1987, 8240) y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293) .

En su virtud, por todo lo anterior el Tribunal previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 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 interpuesto por Doña M.F.T., en representación de la empresa B. Braun Medical, S.A., contra la exclusión por la Mesa de contratación en el expediente GCASU 2011-207 “Suministro de Sistemas de infusión con control mecánico” del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda y retrotraer las actuaciones al momento de valoración por la Mesa de contratación de los criterios objetivos de adjudicación, correspondientes al lote número 3, del producto que forma parte del mismo con numero de referencia 8700127SP, Equipo Infusomat Space traslúcido, con el numero de orden 102093, debiendo aportarse para su valoración la muestra presentada inicialmente pero estéril y susceptible de ser utilizada en pacientes.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Tercero - Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, en relación con el lote 3, acordada por el Tribunal el día 10 de noviembre de 2011.

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 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 319 LCSP.