

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

En Madrid, a 17 de julio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don P.C.B, en nombre y representación de General Electric Healthcare España, S.A.U, contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles de fecha 21 de junio de 2013, por la que se adjudica el contrato de suministro de "Equipos de Infusión Intravenosa", en relación con el lote 14, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de marzo de 2013 se publicó en el portal de contratación y en el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato de suministro de "Equipos de Infusión Intravenosa", para el Hospital Universitario de Móstoles, dividido en dieciséis lotes, con un valor estimado de 879.244,60 euros, mediante procedimiento abierto y un único criterio de adjudicación, el precio.

En el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) constan, entre otras, como condiciones específicas de los productos a suministrar para el lote 14, “Equipo de flujo normal para calentamiento de líquidos”:

- *“Distancia entre la unidad de calentamiento y el punto vascular menor de 1 metro, para minimizar la pérdida de calor.*
- *Caudal de 2 ml. a 200 ml, para permitir su uso como mantenimiento de vía y como infusor”.*

Segundo.- La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2012, de 14 de noviembre, (TRLCSP) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y 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.

Durante el plazo de presentación de ofertas se presentaron cuatro licitadoras para el lote 14, siendo una de ellas la recurrente. Con fecha 16 de mayo de 2013, se elaboró el informe de valoración por el Área Funcional y de RRMM del Hospital General Universitario de Móstoles (HGUM), en el que se indicaba que de las cuatro empresas licitadoras, tres cumplían las especificaciones técnicas exigidas por el PPT, entre ellas la adjudicataria y la recurrente. Dicho informe fue comunicado a la recurrente el 16 de junio y publicado en el perfil de contratante de la Comunidad de Madrid, el 26 de junio.

A la vista de dicho informe, con fecha 17 de mayo de 2013, la recurrente solicitó acceso al expediente de contratación que tuvo lugar el día 21 del mismo mes. Tras el examen de la documentación presentada la recurrente dirigió el 28 de

mayo de 2103, un escrito a la Mesa de contratación solicitando la revisión del contenido del informe técnico y la no admisión de las ofertas presentadas por Cair España y Palex Medical por no cumplir las especificaciones técnicas exigidas.

En contestación a dicho escrito el Director de Gestión del HGUM con fecha 29 de mayo, indica a la recurrente que *“por tratarse de un expediente de regulación armonizada la Mesa de contratación no tiene potestad para resolver su solicitud ya que desde la promulgación de la Ley 34/2010, que modifica la regulación del recurso especial se determina claramente que este tipo de reclamación contra un acuerdo cualificado de la Mesa de contratación recogido en el artículo 40.1 del TRCLSP será únicamente susceptible de tramitación a través de recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública.”*

Respecto de la tramitación ulterior del expediente consta que con fecha 21 de junio se ha dictado Resolución de adjudicación del lote 14 a favor de la empresa Cair España, que fue notificada a la adjudicataria con fecha 26 de junio de 2013.

Tercero.- La recurrente, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del TRLCPS, presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal con fecha 4 de julio de 2013, siendo requerido ese mismo día el órgano de contratación para que remitiera el expediente y el informe preceptivo exigido en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que se realizó el día 9 de julio de 2013.

La recurrente solicita la anulación de la resolución de adjudicación y el informe técnico de valoración al considerar que las ofertas tanto de la adjudicataria como de la otra licitadora, no cumplen las exigencias del PPT.

Por su parte el órgano de contratación aduce con carácter general que *“con frecuencia dada la gran cantidad de productos que se utilizan en el día a día de un*

Hospital, se hace del todo imposible hacer unas definiciones que se puedan considerar rigurosamente exactas y por tanto de cara a la interpretación literal de las definiciones establecidas en el PPT consideramos que habrá de darse prioridad a la funcionalidad perseguida con la descripción técnica en detrimento de la rigurosa literalidad de parámetros exactos que en muchos casos han de considerarse aproximados para el objetivo de un fin asistencial'. A continuación examina cada uno de los incumplimientos en que según el recurso incurren los productos de la adjudicataria y de la empresa Palex Medical.

Cuarto.- Con fecha 10 de julio de 2011 se dio trámite de audiencia al resto de los interesados en el procedimiento de contratación, habiéndose presentado escrito de alegaciones, por la empresa Palex MediCal S.A con fecha 16 de julio de 2011, en las que básicamente señala que en contra de lo afirmado por la recurrente tal empresa cumple con las exigencias del pliego, tanto por lo que se refiere a la distancia entre la unidad de calentamiento y el punto vascular que afirma que es de 1 metro, como respecto del caudal exigido. Señala respecto de este último que *“a pesar de que en la descripción técnica redactada por PALEX por error se indica de 25 a 150 ml/h, nuestro caudal va desde kv 0 a 150 ml/h. tal y como indica el fabricante en su folleto”*, que adjunta. A pesar de ello añade que consideran que un set por encima de 150 ml/h es de alto flujo cuando el PPT solicita un set de flujo normal.

Por último aduce que el sistema de la recurrente tampoco tiene un caudal de 2 a 200 ml/h, sino que va de KV 0 a 200 ml/h tal y como se describe en su catálogo general. También aduce que el producto de la recurrente carece de un sistema de evitación de burbujas muy importante para evitar una potencial embolia gaseosa, siendo esta una de las características exigidas por el PPT.

También ha presentado alegaciones la empresa Cair España con la misma fecha, en las que no niega el incumplimiento de las exigencias del PPT, pero matiza

la obligación de su cumplimiento. En concreto aduce que el equipo de infusión ofertado por ella está verificado y testado para conseguir una temperatura normotécnica del fluido en su entrada al paciente, que es precepto básico por el que han de regirse este tipo de dispositivos y que en todo caso al ser fabricante, puede ofrecer un dispositivo a medida. Respecto del flujo de infusión señala que los productos de laboratorios Cair España admiten un flujo superior a los 200 ml/min, adjuntando un documento para acreditar tal afirmación.

Señala también como la anterior alegante, que consideran que un set de infusión por encima de 150 ml/h es de alto flujo, cuando el PPT solicita un set de flujo normal y que el producto de la recurrente carece de un sistema de evitación de burbujas.

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 para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP 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”*.

También queda acreditada la representación del firmante del recurso, una vez subsanada la falta de poder y ratificado el escrito de recurso a requerimiento de este Tribunal.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*.

Aunque no consta la fecha de la notificación de la adjudicación, habiéndose producido la misma el 21 de junio y habiéndose notificado a la adjudicataria el día 26 de junio de 2013, el recurso interpuesto el día 3 de julio y ratificado el día 4, se presentó en plazo, habiéndose dado la recurrente por notificada en los términos del artículo 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 40.2.c), en relación con el artículo 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la, a juicio de la recurrente, incorrecta apreciación por parte del órgano de contratación del cumplimiento de las prescripciones técnicas mínimas exigidas en el PPT.

En concreto aduce que Laboratorios Cair España oferta un producto con la referencia ACF 001502 consistente en un set compuesto por un intercambiador de calor con un flujo de 1 a 150 ml/min, lo que contraviene la exigencia de la cláusula segunda del PPT para el lote 14 que exige un caudal de 2 a 200 ml. Además añade que la línea de perfusión de dicho set tiene una longitud de 150 cm, cuando en la cláusula indicada se exige que sea de una longitud inferior a 1 metro para evitar el enfriamiento.

Por su parte, señala respecto de la oferta de Palex Medical que el producto ofertado por la misma consiste en un set de flujo estándar con la referencia 342188, que según la ficha técnica tiene una línea a paciente de una longitud de 76 cm, pero afirma que dicha longitud corresponde a la distancia entre el sistema atrapaburbujas y el punto vascular, pero no indica la distancia entre la unidad de calentamiento y el sistema atrapaburbujas, que también debe computarse con lo que esta distancia muy bien podría superar el metro.

Respecto de esta alegación el órgano de contratación indica que si bien la distancia de 1 metro se consideró como óptima a efectos de evitar el enfriamiento de los fluidos en la valoración efectuada se consideraron como válidas las ofertas de Palex Medical y Laboratorios Cair a pesar de no cumplir el requisito, porque en ambos casos los productos ofertados permiten un sobrecalentamiento calculado en el punto de salida de manera que la temperatura en el punto final de infusión sea lo más aproximada a la corporal. Añadiendo que para poder valorar el impacto real de este fenómeno de pérdida sería necesario disponer de instrumentos y condiciones de medida no disponibles en el centro por lo que se han dado por válidos los datos disponibles aportados por las casas comerciales.

La recurrente entiende que existe otro incumplimiento en el producto ofertado por Palex, en concreto que el set infusor de acuerdo con las especificaciones técnicas indicadas en la oferta, tiene una medida de caudal de 25 a 150 ml/min, cuando se pide un rango de caudal de 2 a 200 ml.

Respecto del caudal de perfusión el órgano de contratación afirma que el flujo de 200 ml/min es importante en cirugías de alto intercambio de fluidos o riesgo de sangrado masivo y que la diferencia entre la cantidad ofertada por Cair y Palex (150) y la ofertada por la recurrente y exigible según el PPT (200ml) es un de 25% del flujo

total, que aunque es importante, en la mayoría de las cirugías no sería necesaria, señalando que en cualquier caso esta diferencia puede ser suplida en este tipo de intervenciones al disponer el centro de un infusor de alto flujo para los casos en que los ofertados resultasen insuficientes, todo ello con el objetivo de lograr la máxima concurrencia.

Debe destacarse que en su escrito de alegaciones Palex Medical afirma que el producto que oferta cumple las características del PPT en cuanto a caudal y longitud. Respecto del caudal afirma que por error en la oferta consta que su producto tiene un caudal de 25 a 150 ml. si bien en realidad el caudal es de 0 KV a 150 ml/h. En todo caso no se cumple el PPT en cuanto al valor máximo del rango indicado de 200 ml, sin que pueda hacerse valer en este momento que a pesar de que el PPT solicita un infusor normal, a partir de 150 ml se puede considerar que es de alto flujo. En cuanto a la distancia entre la unidad de calentamiento y el punto vascular afirman que es de 1 metro, pero dicha distancia no se recoge en el folleto que aporta, -donde solo consta “30 inches patient line” esto es 76,2 cm de línea a paciente-, ni tampoco en ningún otro documento aportado, por lo que admitiendo el órgano de contratación que es inferior, este Tribunal no puede tener tal afirmación por cierta.

En cuanto a las alegaciones de Cair España SLU, cabe señalar, al igual que respecto de las de Palex Medical, que en todo caso no se cumple el PPT en cuanto al valor máximo del rango indicado de 200 ml, sin que pueda hacerse valer en este momento que a pesar de que el PPT solicita un infusor normal, a partir de 150 ml se puede considerar que es de alto flujo. A ello cabe añadir que, sin perjuicio de que la alegante pueda tener otros productos con el flujo indicado, no es así respecto del ofertado, sin que el documento aportado sirva para acreditar el mayor flujo respecto del ofertado en tanto en cuanto se trata de un documento cuyo origen no consta, está sin firmar, y no ofrece razón de los resultados que recoge.

Tampoco cabe admitir ahora, pues no formaba parte de la oferta, que Cair España SLU puede suministrar productos a medida.

Resultando acreditado el incumplimiento de las especificaciones técnicas del PPT, en el expediente administrativo y en el informe remitido por el órgano de contratación, debe examinarse la adecuación a derecho de la valoración efectuada.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares 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 TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Corresponde al órgano de contratación fijar los requisitos de los productos para cuya obtención convoca la licitación correspondiente, en función de las necesidades a satisfacer. No debe entenderse que la aplicación estricta de los pliegos constituye un mero formalismo o una restricción innecesaria al principio de libre competencia, máxime cuando la ley no obliga a establecer de forma exacta las características de los productos a suministrar, pudiendo definirse por aproximación o mediante expresiones de equivalencia o en términos de rendimiento o funcionalidad, como permite el artículo 117 del TRLCSP, quedando en manos del propio órgano de contratación la elección de aquéllas. De esta forma no puede aducirse excesivo rigorismo cuando está en manos del propio órgano o bien atenuarlo o bien no exigir

características específicas al producto más allá de las comprendidas en la funcionalidad que le define.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que ajustándose a las exigencias previstas en los pliegos, pueda ser valorada como la económicamente más ventajosa.

Así podemos traer a colación lo señalado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2008, *Evropaïki Dynamiki*. T-345/03, cuando señala *“Pues bien, en materia de adjudicación de contratos públicos, el principio de igualdad de trato entre los licitadores adquiere una importancia absolutamente particular. En efecto, es preciso recordar que se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 73) (...).*

Resulta de la jurisprudencia que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91).

El principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan

en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 141 anterior, apartado 93”.

No resulta descabellado pensar que la propia recurrente hubiera podido presentar una oferta más ventajosa de haber contado con la posibilidad de ofertar productos que no cumplieran las prescripciones técnicas o incluso que hubiera habido otros licitadores que lo hubieran hecho. A ello podemos sumar que siguiendo el razonamiento del órgano de contratación cabría plantearse la exclusión de la oferta de la empresa que se consideró que no cumplía, en función de la importancia relativa del incumplimiento.

No ha ocurrido así en el presente caso en que el órgano de contratación no ha tenido en cuenta las exigencias por él mismo establecidas a la hora de valorar los productos ofertados, contraviniendo sus propios actos plasmados en la definición del producto en el PPT aprobado, por lo que este Tribunal considera que la valoración efectuada no teniendo en cuenta los incumplimientos de dos de las ofertas presentadas no es conforme a Derecho, implicando dicho incumplimiento el rechazo de las ofertas presentadas objeto del presente recurso.

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.- Estimar el recurso interpuesto por Don P.C.B., en nombre y representación de General Electric Healthcare España, S.A.U, contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Móstoles de fecha 21 de junio de 2013, por la que se adjudica el contrato de suministro de "Equipos de Infusión Intravenosa", anulando la misma por lo que se refiere al lote 14.

Segundo.- Levantar la suspensión cuyo mantenimiento fue acordado en sesión del día 10 de julio de 2013.

Tercero.- 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.

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 49 del TRLCSP.