

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

En Madrid, a 26 de noviembre de 2015.

**VISTO** el recurso interpuesto por doña A.G.G. y don G.M.D., en nombre y representación de BIOLINE SUPPLY, S.L.L., contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, de 23 de octubre de 2015, por la que se adjudica el lote 2 del contrato de suministro de “Sistemas desechables de monitorización para gasto cardíaco”, con destino al Hospital Universitario La Paz, número de expediente: 2015-0-25, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 6 de junio, en el BOE de 19 de junio y en el BOCM y perfil de contratante el 18 de junio. El valor estimado asciende a 294.099,17 euros. La adjudicación se realizará por procedimiento abierto con criterio único el precio y el contrato está dividido en dos lotes.

**Segundo.-** La apertura de la documentación económica tuvo lugar el 16 de septiembre de 2015 procediéndose a la lectura en acto público de las valoraciones

técnicas obtenidas por los licitadores. En relación a la recurrente consta que fue excluida por no cumplir determinadas prescripciones técnicas.

Mediante escrito de 21 de octubre de 2015, Bioline Supply, S.L.L. solicita información sobre las razones de exclusión de su oferta, así como vista del expediente. Bioline Supply accedió al expediente el día 26 de octubre de 2015.

El 26 de octubre se procede a la adjudicación de ambos lotes del contrato. La notificación tuvo lugar el 29 de octubre. En la misma consta que la recurrente ha resultado excluida del lote nº 2 por el motivo mencionado.

**Tercero.-** El 11 de noviembre de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Bioline Supply S.L.L. en el que solicita que:

*“Se declare la nulidad de la resolución del acuerdo de exclusión, toda vez que ha quedado acreditado que la oferta presentada por BIOLINE SUPPLY, S.L.L. cumple con las prescripciones técnicas mínimas recogidas en el pliego de prescripciones técnicas por el que se rige la convocatoria.*

*3.- Que, en consecuencia, se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental oportuno y se proceda a valorar la oferta presentada por BIOLINE SUPPLY, S.L.L. al lote referenciado, en igualdad de condiciones con las restantes licitadoras.”*

Anteriormente había presentado anuncio previo ante el Hospital La Paz el día 10 de noviembre.

El 17 de noviembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 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).

**Cuarto.-** Con fecha 18 de noviembre, el Tribunal acordó mantener la suspensión del lote 2 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

**Quinto.-** 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 Edwards Lifesciences, S.L., que señala que *“sin ánimo de querer criticar la descripción del lote realizada por el centro hospitalario, que efectivamente podría mejorarse, la intencionalidad del mismo al indicar entre las características de los equipos cedidos la de: Plataforma Única de monitorización para gasto cardíaco continuo con análisis de la onda de presión arterial o bien para obtener el gasto cardíaco transpulmonar y parámetros adicionales mediante la utilización de un catéter femoral indica su intención de admitir las casas comerciales que dispongan de la misma, al facilitar la total integración, movilidad y flexibilidad de uso de las unidades de UCI, Quirófano y Reanimación del centro hospitalario”*.

Respecto a la duración de 12 horas, indica que: *“Dejando al margen también que el centro hospitalario podría haber sido más explícito o cuidadoso al esgrimir los motivos de la exclusión, el hecho de que tras las 12 horas no se pueda cambiar de monitor ha resultado en ocasiones un impedimento para la funcionalidad diaria del hospital y ha provocado el uso de dos tarjetas por paciente, con el consiguiente aumento de coste por paciente y perjuicio económico para el hospital. Por lo tanto el centro hospitalario concluye que no resulta la opción más eficiente ni la más económica desde un punto de vista operativo para el hospital”*. El hecho de que la empresa Bioline Supply, S.L.L., fuera adjudicataria del expediente anterior no es un motivo para aceptarla, sino más bien puede ser, como indica el centro hospitalario, un motivo para la exclusión, pues se ha comprobado con la experiencia diaria durante el plazo de adjudicación del anterior expediente, que el consumo por paciente en ocasiones es de dos tarjetas por paciente, cuando se da la circunstancia

de que por motivos de operatividad del centro, no se cumplen las condiciones de cambiar de monitor antes de las 12 horas indicadas por Bioline Supply, S.L.L.

Por otro lado, añade que la utilización del dispositivo de Bioline Supply, requiere la implantación de un catéter arterial y un transductor de presión, que no son de la misma casa comercial, para poder tomar la señal de presión del monitor de cabecera. En el caso de las dos casas comerciales admitidas finalmente, el transductor de presión no es necesario porque viene incluido en la tecnología de su dispositivo, permitiendo el ahorro de este fungible al hospital. Este aspecto debe ser tenido en cuenta a la hora de considerar la exclusión.

## 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.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación impugnado en el que consta también la exclusión, fue notificado el 29 de octubre de 2015, e interpuesto el recurso el 11 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

En cuanto a la posibilidad de formular recurso contra el acto de exclusión, los órganos encargados de la resolución del recurso especial vienen considerando que

se trata de un acto de trámite cualificado, pues impide la continuación en el procedimiento. Por otro lado, el artículo 151.4 del TRLCSP obliga a que en la notificación de adjudicación se incluya información sobre los licitadores excluidos y los motivos de la misma.

La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4, obliga a concluir que el TRLCSP ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, éste puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación. Esta interpretación doctrinal seguida por los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación se ha recogido en el artículo 19.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Si bien el acuerdo de exclusión fue adoptado por la Mesa de contratación el 16 de septiembre, no consta una notificación formal de la misma, por lo que cabe admitir el recurso contra la adjudicación.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación por incumplir su oferta las condiciones técnicas fijadas en el PPT.

El lote 2, está definido en el PPT como:

*“Equipo de monitorización de gasto cardíaco continuo y medición de parámetros adicionales (variación del volumen sistólico, índice de volumen sistólico) mediante análisis de la onda de la presión arterial de forma no calibrada. Compuesto de sensor de gasto cardíaco para conectar al catéter de arteria radial estándar”.*

En cuanto a las características técnicas del equipamiento, el apartado 2.2 del mismo, establece:

**“2.2.- MONITORIZACION HEMODINAMICA LOTE 2 EN PACIENTES ADULTOS**

(...)

*Plataforma única de monitorización para gasto cardíaco continuo con análisis de la onda de presión arterial o bien para obtener el gasto cardíaco transpulmonar y parámetros adicionales mediante la utilización de un catéter femoral.”*

En la notificación de adjudicación consta como motivo de exclusión: *“no ajustarse a las características técnicas exigidas en el PPT: el lote no tiene plataforma única que permita la medición del gasto cardíaco transpulmonar (dura solo 12 horas)”.*

Debemos partir de la conocida doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia que considera que los pliegos constituyen la ley del contrato y que su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta. Por tanto, la apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como mínimo necesario en los pliegos que rigen el procedimiento, correspondiendo dicha apreciación inicialmente a la Mesa de

contratación, con el auxilio de aquellos órganos o informes técnicos que se precisen, pudiendo el Tribunal en ejercicio de su función de control comprobar los aspectos formales de la valoración, que no se hayan aplicado criterios discriminatorios o que se haya incurrido en error material al efectuarla. No se trata de obtener una nueva valoración de las ofertas técnicas por parte del Tribunal, sino la comprobación por éste de si se ha existido error en la aplicación de lo establecido en el PPT. No estamos ante cuestiones de discrecionalidad técnica ni cuestiones susceptibles de apreciación subjetiva, sino de la comparación de la oferta presentada con los requisitos que se habían pedido en el PPT.

Alega la recurrente que en un procedimiento anterior de este Hospital, resultó adjudicataria, indicando que la descripción técnica del objeto del contrato era prácticamente idéntica.

A este respecto señala el informe del órgano de contratación que no es igual decir que una cosa es *idéntica* a otra que afirmar que algo es *prácticamente idéntico*. Así, el Diccionario de la R.A.E., en su acepción primera dice del término "*prácticamente*": "*1.adv. Casi, por poco. Ya tengo la casa prácticamente arreglada*". En definitiva, que la descripción técnica no es igual.

Comprueba el Tribunal que la descripción de la prescripción técnica del lote 2 en la licitación objeto del recurso y la correspondiente a 2012, no es que sea prácticamente idéntica, sino que es exactamente igual, habiéndose suprimido dos de las condiciones que figuraban en el anterior. Tampoco especifica el órgano de contratación en qué se concreta la defendida existencia de esa diferencia que los hace casi idénticos, pero no idénticos.

Ciertamente que no se está valorando la coincidencia de las características técnicas del producto ofertado por Bioline Supply en uno y otro procedimiento; las ofertas presentadas en el P.A. 2015-0-25 deben ser valoradas en relación a las características exigidas en este procedimiento sin que sea posible, de ningún modo, dar conformidad al producto basándose exclusivamente en el antecedente de que

Bioline Supply ya fue adjudicatario en un procedimiento anterior. Si así se hiciera, se estaría prescindiendo de los pliegos del procedimiento actual y el examen de su oferta no se haría en relación a los mismos, mientras que a las que no fueron valoradas sí serán examinadas a la luz de los nuevos pliegos. Las condiciones de una contratación anterior o la licitación de otro órgano de contratación han podido ser diferentes.

Pero en este caso se da identidad en la definición de las condiciones técnicas y coincidencia en el mismo órgano que ha de valorarlas.

La existencia de un precedente semejante en lo sustancial al que se plantea, por aplicación de los principios generales de no discriminación, buena fe y confianza legítima, supone la aplicación de criterios uniformes como expresión del derecho de igualdad en la aplicación de la “ley del contrato” y en la aplicación de la misma, lo que, en casos iguales, debe llevar a un resultado semejante. El precedente tiene el valor de ser un elemento interpretativo en los supuestos en que se da identidad objetiva y sustancial y supone el mínimo de coherencia en la actuación administrativa.

El cambio de criterio respecto del precedente o la existencia de circunstancias diferenciadoras requieren la adecuada motivación, justificada en criterios razonables y objetivos. Justificación que es especialmente necesaria cuando se pone de manifiesto por la recurrente, se trata de dos licitaciones consecutivas del mismo órgano, respecto del mismo objeto contractual y se está valorando la adecuación del mismo producto con un criterio distinto que supone la grave consecuencia de la exclusión del procedimiento. La motivación es el elemento esencial diferenciador de lo arbitrario.

En consecuencia, no habiéndose justificado por el órgano de contratación de forma motivada la separación del precedente, debe tenerse éste como elemento interpretativo para la resolución del recurso.

Se argumenta por la recurrente que la prescripción técnica requiere *“Plataforma única de monitorización para gasto cardíaco continuo con análisis de la onda de presión arterial, o bien para obtener el gasto cardíaco transpulmonar y parámetros adicionales mediante la utilización de un catéter femoral.”* Pero en nada se refiere el PPT al número de horas que, según el órgano de contratación, en el caso del producto de Bioline Supply, S.L.L. son sólo doce. Discute, además la veracidad de tal afirmación, pues alega que su equipo contiene como fungible una tarjeta con un chip que permite el uso continuado del monitor durante 96 horas (4 días). Durante las primeras 12 horas lo que permite es utilizar la tarjeta también en otros monitores, permitiendo en este tiempo finalizar una cirugía mayor y el traslado posterior del paciente a una unidad de postoperatorio, donde continuará monitorizado hasta la desconexión.

El informe del órgano de contratación al recurso, reitera que la oferta de Bioline Supply lo es de un producto *“que no dispone de medición del gasto cardíaco por termodilución; por tanto carece de plataforma única para medir el gasto cardíaco, bien sea por lectura de la onda de presión arterial o por termodilución”*, sin aportar otra aclaración a lo ya notificado ni justificar la decisión. Respecto a la duración de la tarjeta afirma que si se descoloca la misma pasadas 12 horas, se imposibilita su uso, no pudiéndose completar las 96 horas referidas en el mismo paciente.

La ficha técnica del producto contiene la siguiente descripción:

*“Vida Útil: 1 paciente. La tarjeta permite un uso discontinuado de 12 horas, facilitando su utilización en diferentes monitores. A partir de la hora 13 de uso, permite una activación ilimitada de uso continuado instalada en un único monitor, por un total acumulado de 96 horas (4 días)”*.

En consecuencia, el Tribunal aprecia que el motivo de exclusión relativo a que la plataforma de monitorización no tiene una duración superior a doce horas, no figura como requisito de forma expresa en el PPT, ni se ha motivado o justificado en el informe del órgano de contratación que sea una característica inherente o implícita a este tipo de aparatos, por lo cual debería ser exigible a pesar de no

haberse explicitado. Por ello, no es una condición exigible al producto ofertado. Por otro lado la recurrente acredita con la ficha técnica que la duración de la tarjeta permite un uso continuado en el mismo monitor de 96 horas. Siendo el motivo de la exclusión que la duración del uso discontinuo es de 12, situación ante la cual, en base a la falta de motivación en contrario, como arriba se ha dicho, debe admitirse el motivo del recurso y estimar el mismo.

Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, debemos anular la Resolución de adjudicación y ordenar que se retrotraiga la tramitación del expediente al momento oportuno para valorar la oferta. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad, en el caso de que el producto ofertado no atienda las necesidades que el Hospital pretende satisfacer con la contratación licitada y su adquisición vulnerase el principio de eficiencia en la actuación administrativa, se apreciase la posibilidad de desistir o renunciar a la compra para ese lote nº 2.

**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 especial, interpuesto por doña A.G.G. y don G.M.D., en nombre y representación de BIOLINE SUPPLY, S.L.L., contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, de 23 de octubre de 2015, por la que se adjudica el lote 2 del contrato de suministro de “Sistemas desechables de monitorización para gasto cardíaco”, con destino al Hospital Universitario La Paz, número de expediente: 2015-0-25, anulando la adjudicación del mismo y ordenando la retroacción de las actuaciones y se proceda a valorar la oferta de la recurrente.

**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.