

Recurso nº 19/2017

Resolución nº 24/2017

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

En Madrid, a 23 de enero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.N.P., en nombre y representación de la Medical Sorevan, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el contrato “Suministro de fundas de compresión neumática para varios servicios del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, número de expediente: 2016000029, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de diciembre de 2016, se publicó en el DOUE el anuncio por el que se hace pública la licitación del contrato “Suministro de fundas de compresión neumática para varios servicios del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, número de expediente: 2016000029, poniéndose los Pliegos a disposición de los interesados ese mismo día mediante su inserción en el portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid. La convocatoria también se publicó en el BOE el día 31 de diciembre de 2016 y en el BOCM de 3 de enero de 2017. El valor estimado del contrato asciende a 252.954 euros y su plazo de ejecución es de 12 meses. El

contrato comprende el suministro de tres productos distintos: funda de compresión neumática, tamaños grande, mediano y pequeño.

De acuerdo con el punto 8.3 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se establecen como criterios sujetos a juicio de valor, “*el inflado de cada una de las piernas de modo alternativo*” al que se asignan 15 puntos, y “*Detección del tiempo de retorno venoso para favorecer el vaciado venoso*”, al que se asignan otros 15 puntos. El resto de la puntuación (70 puntos) corresponde al criterio precio.

Segundo.- Con fecha 12 de enero de 2017, Medical Sorevan, S.L., interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación ante el órgano de contratación contra el PCAP por el que ha de regirse el contrato, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 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), efectuado el 9 de enero de 2017.

Con fecha 17 de enero se remitió a este Tribunal el expediente administrativo y el informe a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP.

El 18 de enero siguiente se requirió a la recurrente para que en un plazo de tres días hábiles, aportara el documento que acredite el poder del compareciente para interponer el presente recurso, con el apercibimiento expreso de que en caso de no atender este requerimiento en el plazo señalado, se le tendrá por desistido de su petición. Ese mismo día se atendió al requerimiento adjuntando escritura pública en que consta el cargo del compareciente, como Administrador Único de la mercantil Medical Sorevan, S.L.

La recurrente solicita la anulación de la cláusula 1.8.3 del PCAP, reguladora de los criterios valorables mediante juicio de valor, por considerar que el primero de ellos “*no pueden explicarse por una razón científica o técnica y tan sólo redundar*,

desde la óptica del legislador contractual público, en una restricción del abanico de ofertas posibles a la hora de seleccionar por ese Hospital la “oferta económicamente más ventajosa” con la muy probable consecuencia de un aumento injustificado del gasto público, que se alejaría de esa “eficiente gestión de los fondos públicos” exigida por el artículo 1 del TRLCSP” y el segundo supone una restricción injustificada de las ofertas toda vez que dicho criterio se identifica con una característica técnica que se encuentra patentada por la empresa Covidien Spain.

Por su parte el órgano de contratación en su informe, señala que los indicados criterios “*no son una restricción sino que añaden valor a los productos, por disponer de una calidad superior y de unas características que los técnicos consideran importantes en su utilización por ser avances científicos y que de haberse considerado imprescindibles, sí se hubieran incluido como especificaciones técnicas exigibles*”, explicando en qué consisten tales ventajas en los términos que se expondrán al analizar el fondo del asunto.

Tercero.- No se ha procedido a conceder el trámite de audiencia previsto en el artículo 46.3 del TRLCSP en tanto no constan en el expediente otros interesados al concluir el plazo de presentación de ofertas el 30 de enero de 2017.

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.- De acuerdo con lo establecido en el apartado a) del punto 2 del artículo 44 del TRLCSP cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales el cómputo del plazo iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de

los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme se dispone en el artículo 158 del texto refundido.

Habiéndose publicado la convocatoria el día 23 de diciembre en el DOUE y puesto los pliegos a disposición de los licitadores ese mismo día, el recurso presentado el día 12 de enero, se interpuso en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra el PCAP 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 2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- Se acredita la legitimación activa de Medical Sorevan, S.L., 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*”, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP, al ser potencial licitadora, a la vista de su objeto social.

Así mismo resulta acreditada la representación del firmante del recurso en su consideración de Administrador Único de la Sociedad recurrente.

Quinto.- El objeto del recurso se contrae a determinar si el contenido del criterio de valoración sujeto a juicio de valor es o no restrictivo de la libre concurrencia o se sitúa como señala el órgano de contratación el ámbito de la definición de sus necesidades por el órgano de contratación con el objeto de lograr la mayor calidad posible.

Cabe advertir en primer lugar, si bien se trata de una circunstancia no invocada por la recurrente, que aunque se trate de criterios sujetos a juicio de valor, que por lo tanto exigirían una apreciación discrecional y técnica por parte del órgano de contratación, en realidad su configuración en el pliego es la de criterios susceptibles de valoración de forma objetiva, mediante fórmulas o porcentajes,

puesto que la comprobación de la tenencia del requisito habilita sin más al otorgamiento de los 15 puntos por cada ítem, sin que sean susceptibles de modulación. Sin embargo esta cuestión no ha sido aducida por la recurrente que solo pretende la nulidad del criterio pero no la corrección de su calificación, por lo que se resolverá en el ámbito del petitum del recurso en virtud del principio de congruencia establecido en el artículo 49 del TRCLSP.

Sentado lo anterior debe examinarse cada criterio:

- Inflado de cada una de las piernas de modo alternativo. La recurrente afirma en relación con este criterio que el mismo no es determinante ni supone una mejora en relación con el objeto perseguido que no es otro que la reducción del índice de trombosis venosa profunda (TVP). Ya que según afirma “*No hay, en efecto, ninguna evidencia científica que avale la superioridad de la compresión de forma alterante (que exige el criterio) respecto de la compresión coincidente o simultánea que es la ofrecida por nuestro sistema DVT-2600 y por los demás fabricantes excepto uno*”. Aporta un estudio publicado *on line*, en noviembre de 2014 de la Asociación Coreana de ortopedia, traducido parcialmente en el que se concluye que “*ambos sistemas de compresión gradual secuencial resultaron similares en cuanto a su eficacia clínica y fisiológica. Se necesitan más estudios para investigar el sistema óptimo de compresión neumática intermitente en cuanto a la eficacia hemodinámica mejorada y mejor para la tromboprofilaxis*”.

El órgano de contratación manifiesta de contrario que “*Desde el Servicio de Anestesia se considera que el sistema de inflado alternativo de las piernas aumenta el confort del paciente. Además, en casos de pacientes con riesgo cardiológico, presenta la ventaja de minimizar la sobrecarga de volumen circulatorio central al haber un retorno venoso de los miembros inferiores por separado*”, señalando que precisamente la falta de evidencias científicas claras (el estudio aportado se realizó sobre una muestra de pacientes muy pequeña (34)), ha determinado que se exija como criterio de valoración y no como prescripción técnica.

Cabe indicar que la circunstancia de que un producto solo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración libre concurrencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, -relativa a criterios de adjudicación, pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa- frente a la alegación de que se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador, podía proponer, afirma que *“el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

A la vista del estudio aportado y del informe del órgano de contratación, este Tribunal considera que la indicada exigencia está justificada y responde a las necesidades que corresponde determinar al órgano de contratación, de conformidad con el artículo 22 del TRLCSP, como ya señalábamos respecto de este criterio en la Resolución 73/2014, de 23 de abril, relativa a un suministro similar.

- Detección del tiempo de retorno venoso para favorecer el vaciado venoso. Respecto de este criterio señala la recurrente que el sistema al que se asignan los quince puntos está patentado por la empresa Covidien Spain (ahora Medtronic), según el manual de usuario del producto que presumiblemente ofertaría y que adjunta al recurso, sin que considere aplicable la conclusión de este Tribunal en la Resolución 73/2014, en cuanto cabría su admisión si se define la prescripción (en este caso criterio) en función de la funcionalidad que se pretende conseguir.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que la literatura no demuestra claramente que disminuya la incidencia de trombosis venosa profunda, pero consideramos que el ajustar el tiempo de inflado de forma individualizada

supone una ventaja clara desde el punto de vista teórico, si bien no realiza afirmación alguna respecto de la consideración del criterio, como una característica patentada por Medtronic.

Examinada la documentación aportada por la recurrente como Anexo II, consistente en parte del catálogo del producto Serie Kendall SCD 700 se constata que en el mismo consta “*El sistema de compresión Serie Kendall SCD 700 incorpora el método “Detección de llenado vascular” patentado por Covidien para personalizar la terapia según la fisiología de cada paciente. Este sistema mide el tiempo que necesitan las venas de la extremidad para llenarse una vez comprimida ésta por el sistema. Este tiempo se utiliza a continuación en los sucesivos ciclos como tiempo entre compresiones*”.

Como ya dijimos en nuestra Resolución 73/2014, respecto del sistema automático de detección del llenado vascular, “*frente a lo afirmado por la recurrente, aunque Covidien (Medtronic) tenga patentado el método de “Detección de llenado vascular”, para atender dicha exigencia, lo cierto es que no se contraviene lo dispuesto en el artículo 117 ya que no se define la prescripción mediante la referencia de la patente, sino de la funcionalidad que con la misma se quiere conseguir, que tal y como indica en su informe el órgano de contratación, consiste en garantizar el vaciado venoso y maximizar el llenado arterial de forma individualizada, con el objeto de evitar en lo posible la estasis de la circulación venosa relacionada con la enfermedad tromboembólica venosa*”. Esta conclusión es también la sustentada en la Resolución del Tribunal Central de Recursos contractuales, 93/20165 de febrero.

En este caso además no se trata de una exigencia técnica de un producto que impida de plano el acceso a la licitación, sino ante un criterio de valoración que no impide dicho acceso al poder modularse la oferta con el criterio precio y con el segundo de los criterios de valoración.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.N.P., en nombre y representación de la Medical Sorevan, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el contrato “Suministro de fundas de compresión neumática para varios servicios del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, número de expediente: 2016000029.

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.