

Recurso nº 2/2017

Resolución nº 27/2017

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

En Madrid, a 1 de febrero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña A.R.S., actuando en nombre y representación de Johnson & Johnson, S.A., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote 3 del “Suministro de material para sellado y corte de vasos para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente 2016-0-60, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital 12 de Octubre de 10 de agosto de 2016, el 2 de septiembre se procedió a la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de la licitación del suministro objeto de recurso. El valor estimado asciende a 1.400.595,90 euros.

Segundo.- Al lote 3 presentaron oferta tres empresas, Olympus, la recurrente y Medtronic, resultando esta última excluida por incumplir las condiciones técnicas.

El 12 de diciembre de 2016 se notificó la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote 3 del contrato de suministro a Olympus Iberia, S.A.U.

Habiendo solicitado el 3 de noviembre acceso al expediente por la ahora recurrente, le fue concedido el 27 de diciembre.

Tercero.- El 3 de enero de 2017 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Johnson & Johnson, S.A. en el que alega incumplimiento de las prescripciones técnicas y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) por la adjudicataria y solicita *“Que se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas, y se tome en consideración el hecho de que la oferta presentada por la empresa Olympus Iberia, S.A.U., al expediente de referencia, no cumple con las exigencias previstas en los pliegos rectores de la convocatoria, declarándose la exclusión de la misma de la licitación.”*

El 18 de enero de 2017 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el 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 11 de enero de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión 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 Olympus Iberia, de cuyo contenido se dará cuenta al analizar el fondo del recurso.

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 clasificada en segundo lugar, “*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 la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 2 de diciembre de 2016, practicada la notificación el 12, e interpuesto el recurso, el 3 de enero de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

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.- En cuanto a la solicitud de acceso al expediente señala la recurrente que habiéndolo solicitado el 3 de noviembre no es hasta el 27 de diciembre cuando se dicta Resolución concediéndolo y la vista tuvo lugar el 30 de diciembre. Además el adjudicatario no había declarado ninguna información confidencial en su oferta. No se entiende por tanto este retraso de más de un mes y medio en conceder el acceso, máxime cuando ello supone una merma más que evidente el derecho de acceso a la información pública, así como al derecho a fundamentar adecuadamente

el recurso. Solicita la recurrente que estas incidencias consten al Tribunal para que tome las medidas que estime pertinentes.

El órgano de contratación en su informe explica que con carácter previo a la estimación de la solicitud de acceso (para dar cumplimiento a los mandatos contenidos en el artículo 140.1 del TRLCSP y el artículo 19.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), la mercantil Olympus Iberia, S.A.U. fue requerida por plazo de 15 días naturales para que indicara la documentación que en su oferta designó como confidencial así como, en particular, aquélla documentación que afectase a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de su oferta. Ante la dificultad de determinar por parte del Hospital, especialmente en la Unidad de Contratación, qué es y qué no es documentación confidencial, y tras la entrada en vigor de la Ley 19/2013, y en concreto su artículo 19.3 en relación con lo dispuesto en el artículo 140.1 del TRLCSP, se adoptó la medida de solicitar a la empresa que declare qué documentos eran confidenciales.

Solicita el Hospital *“Esperamos de este Tribunal que una vez manifestado este criterio, establezca si este criterio seguido es el adecuado”*. Una vez recabada la información anterior en fecha 16 de noviembre, se citó a la empresa que había solicitado el acceso al expediente para que pudiera llevarlo a efecto con tres días de antelación a la fecha límite de interposición del recurso. El volumen de trabajo, los días festivos y el período vacacional de los profesionales, han provocado el que se produjera un retraso que no es en absoluto habitual en la ejecución del procedimiento para llevar a cabo las solicitudes de acceso de expediente que tienen entrada en nuestro Hospital.

Debemos poner de manifiesto que el Tribunal tiene una labor de control de la actuación en materia de contratación pública, corrigiendo, en su caso, los actos contrarios a la normativa en vigor, pero no tiene competencias en materia consultiva o de asesoramiento a los órganos de contratación, la cual está atribuida a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

No obstante, la posición del Tribunal se ha reflejado en diversas resoluciones que se pueden consultar, entre otras la 17/2016, de 3 de febrero, la 106/2015, de 6 de julio, la 203/2014, de 26 de noviembre o la 14/2014, de 22 de enero.

Sexto.- El recurso alega que la adjudicataria del lote 3, Olympus Iberia, S.A.U. incumple las prescripciones técnicas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Entre las características comunes de los productos del lote 3, este describe “*pinzas de ultrasonido, de un solo uso, para Laparoscopia y/o cirugía abierta para sellado y corte de vasos o tejidos. Rotación completa (360º).*”

En cuanto al equipamiento el PPT establece:

“EQUIPAMIENTO

Los adjudicatarios, para la utilización del material, entregarán en cesión de uso durante la vigencia del contrato los siguientes equipos:

• *Lote nº 3: 5 generadores y dos electrobisturís, que podrán estar incorporados en el generador o independientes, en este último caso, deberán ajustarse a las características homologadas en el hospital para estos equipos (se adjunta en Anexo 1).*

El lote 2 requiere “*pinza bipolar de un solo uso, con mandíbula pequeña p/cirugía abierta de campo reducido con/sin corte*”.

Asimismo, el PCAP, en su cláusula 1, apartado 11, admite la presentación de variantes o mejoras, especificando los elementos sobre los que se admiten:

“11.- Admisibilidad de variantes.

Procede: SI

De conformidad con el art. 147 RDL 3/2011 se considerarán variantes o mejoras en los siguientes elementos:

- *Entrega a coste 0 de material objeto del contrato.*

- *En los casos de adjudicación conjunta de varios lotes, proponer precios más reducidos respecto a la oferta base 0 entrega a coste 0 de material objeto del contrato.”*

Como introducción al requisito técnico cabe señalar que el ultrasonido, es una onda mecánica que se propaga en línea recta, no ionizante y cuya frecuencia es superior a los 20.000 Hz. En el ultrasonido el corte y el sellado se produce por la trasmisión de esta onda a través de las pinzas a los tejidos y vasos del paciente, produciéndose una desnaturalización proteica, que da como resultado un coágulo pegajoso y una liberación de vapor de agua, asimismo no hay ningún paso de energía eléctrica a los tejidos del paciente, ni entre las palas de las pinzas del instrumento.

Según alega la recurrente lo ofertado por la adjudicataria no son pinzas de ultrasonido, ya que el producto ofertado es el sistema Thunderbeat, que no es un ultrasonido. La solución ofertada por la adjudicataria precisa necesaria y obligatoriamente el uso de energía eléctrica para el corte y coagulación de los tejidos, son lo que se llaman pinzas bipolares, como aparece recogido en la información comercial publicada por la marca. Es necesario el paso de energía eléctrica entre las dos palas de las pinzas para que funcionen, de donde pasa a los tejidos del paciente. La energía eléctrica liberada por estos dispositivos provoca la carbonización de los tejidos, produciendo formación de humo que contiene restos biológicos del paciente. Este humo debe ser retirado para permitir la visibilidad del procedimiento quirúrgico y evitar riesgos biológicos al profesional médico. Añade que Olympus Iberia presentó el mismo producto en su oferta tanto al lote 3 nº de orden 7, como al lote 2 nº de orden 4, requiriendo especificaciones técnicas diferentes para ambos. Concretamente ofertó en los referidos nº de orden y lotes, el producto Open Fine Jaw de nº de referencia 4505730, a precios diferentes, 410 € más I.V.A. en el nº de orden 7, y 260 € más I.V.A. en el nº de orden 4.

Comprueba el Tribunal que el producto ofertado por Olympus según la información comercial es “*THUNDERBEAT es la PRIMERA Integración mundial que*

combina de forma simultánea las energías ultrasónica y bipolar avanzadas en un Instrumento único y versátil. Esta integración ofrece los beneficios ampliamente reconocidos de cada tipo de energía por separado; la capacidad de cortar tejidos con la rapidez de la energía ultrasónica y la capacidad de sellar vasos sanguíneos con la seguridad de la energía bipolar”.

Al efecto señala el informe del órgano de contratación que revisado el certificado FDA, su marcado CEE y las características técnicas de funcionamiento de la marca Thunderbeat, los técnicos del servicio promotor del expediente que elaboran el informe técnico, confirman que su mecanismo se basa en tecnología ultrasónica. Cada terminal desechable necesita de un transductor que vibra a 47.000 Hz. La energía procedente del generador se aplica a los cristales piezoeléctricos internos del transductor y produce ondas ultrasónicas que hacen vibrar la punta de la varilla. La activación de la tecnología ultrasónica se obtiene al pulsar el botón morado de corte y sellado en el puño del terminal, consiguiendo así el corte y el sellado de los tejidos. Este efecto de corte y sellado es el mismo que persiguen los cirujanos en los procedimientos quirúrgicos cuando utilizan dispositivos que se basan en ultrasonidos.

Añade el informe del Hospital 12 de Octubre que según las características técnicas de la marca Thunderbeat Open Fine Jaw, ésta cuenta con dos botones para dos finalidades: un botón morado para corte y sellado con tecnología ultrasónica y un botón azul para sellado con tecnología bipolar avanzada. Es el cirujano quien decide de manera independiente qué botón pulsa según la finalidad del procedimiento quirúrgico que le ocupa en ese momento. Así pues, el producto Open Fine Jaw, con número de referencia 05730, según detalla su ficha técnica, que es el producto ofertado para el lote número 2 número de orden 4, ofrece energía bipolar avanzada al pulsar el botón azul en el mango del terminal, denominado SEAL, ajustándose a lo requerido en el procedimiento que era un dispositivo bipolar. Y es el mismo producto efectivamente el que se presenta al lote número 3 número de orden 7, porque funciona como un dispositivo ultrasónico pulsando el botón morado de corte y sellado (SEAL&CUT), conforme lo exigido en el Pliego en lo referente a este

punto concreto, un dispositivo de ultrasonidos. Nos encontramos ante unas pinzas con diferentes especificaciones técnicas, actuando como pinza bipolar en el lote 2 y pinza ultrasónica en el lote 3. Es el cirujano quien decide qué botón pulsa según la finalidad del procedimiento quirúrgico y en consecuencia la tecnología que usa.

En el mismo sentido se pronuncia Olympus.

Tal como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones en el seno de la contratación pública la jurisprudencia establece el sometimiento de la Administración y los licitadores a los Pliegos como ley del contrato, siendo éstos el elemento reglado que permite un control posterior, pues de lo contrario se puede estar discriminando a unos licitadores frente a otros e incurriendo en arbitrariedad en la valoración de las ofertas. Respecto de los licitadores supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso presentar su oferta conforme a los requisitos técnicos contenidos en los pliegos y que en caso de no hacerlo puedan ser excluidos de la licitación.

Una vez establecidas y consentidas por la no impugnación de los pliegos y por la participación en la licitación en las condiciones de su clausulado no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, pues la aceptación de proposiciones que no cumplen las prescripciones técnicas no permiten una comparación en términos de igualdad que determine cuál es la económicamente más ventajosa, pues la diferencia de condiciones técnicas y calidades influyen en la oferta económica y en la desigualdad a la hora de comparación de ofertas. Cualquier licitador hubiera podido presentar una oferta más ventajosa de haber contado con la posibilidad de ofertar productos que no cumplían las prescripciones técnicas o incluso que hubiera habido otros licitadores que lo hubieran hecho. Obviar lo exigido en el PPT supondría que los licitadores que se atienden al mismo reciban el mismo trato que aquellos que lo incumplen lo que implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de igualdad.

Vistas las explicaciones de las partes y la documentación incorporada cabe concluir que la pinza ofertada para el lote 3 utiliza, según la información comercial, energía ultrasónica si bien combinada con la bipolar. De manera que se consigue que el corte de vasos y tejidos al que está destinada se realiza con esta energía. El uso de la energía bipolar está destinado al sellado. De manera que cumple las condiciones técnicas previstas en el PPT.

La diferencia en la oferta económica entre ambos lotes, tratándose del mismo producto no precisa justificación dado que cada lote se comporta como una licitación independiente con posibilidad de distintos competidores, diferente objeto y cantidades a adquirir. Igual que la oferta de un precio en un procedimiento no es vinculante para otros tampoco lo es el precio de un lote respecto de otro. La diferencia se puede justificar en la economía de escala. El coste en cesión de equipos se diluye a mayores volúmenes de consumo de mercancía. Téngase en cuenta que junto a la pinza se precisa la cesión de un equipamiento, unos generadores cuyo coste varía según cada lote, lo que determina la presentación de precios diferentes.

En relación a la presentación de variantes, alega la recurrente que la oferta presentada por la adjudicataria incluye elementos, que no están determinados en los Pliegos rectores del presente procedimiento en ninguno de sus extremos, ni en el PPT, ni en el apartado 11, cláusula 1 del PCAP. La adjudicataria está ofertando, además del mantenimiento solicitado en los pliegos, el mantenimiento de equipos que no tienen relación alguna con el objeto del contrato, resultando a todas luces un nuevo incumplimiento de lo determinado en los pliegos que rigen el presente procedimiento de contratación:

- Curso de formación a los usuarios con diploma acreditativo de asistencia, detallando que es un protocolo de formación de usuarios y endoscopia y cirugía.
- Mantenimiento de puntas de endoscopio.
- Mantenimiento de lentes de luz.
- Mantenimiento de puntas de colonoscopio.

- Protocolo de mantenimiento preventivo para procesadores como:
 - Videoprocesadores CV-190.
 - Fuente de luz CLV-180.
 - Mini ETD2 endoscopios.
 - Desinfectadoras.

En relación a ese asunto el escrito de alegaciones señala que en la memoria de mantenimiento que Olympus presentó, los equipos sujetos a la misma son los indicados por contrato, excluyéndose en la página 12 aquellos que, aunque indicados en la misma no forman parte del expediente, Olympus aporta una memoria general indicando explícitamente que el objeto de la misma solo será aplicable a la dotación contractual.

En primer lugar debe señalarse que la presentación de variantes supone la formulación de ofertas alternativas que son objeto de valoración, de manera que el licitador cuenta con varias posibilidades de resultar adjudicatario. No es el caso ante el que estamos. El supuesto ofrecimiento de mantenimientos no incluidos entre los objetos posibles de ofertar como variantes no tiene tal naturaleza. La presentación de prestaciones distintas a las establecidas en el pliego cuando se admiten tiene la condición de mejoras y supone la obtención de mayor puntuación en los criterios de adjudicación. En este caso tampoco se admiten. Defiende la adjudicataria en su escrito de alegaciones que lo recogido por la recurrente realmente no está incluido en la oferta sino que forman parte de un documento genérico y solo quedan comprendidos los mantenimientos de los equipos incluidos en el objeto del contrato. Aun en el supuesto de ser mejoras no valorables, su presentación supone puede suponer una mayor calidad de la prestación y no conlleva la exclusión al no ser ofertas alternativas.

En consecuencia procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo

establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 doña Alicia Herráez Sánchez, actuando en nombre y representación de Johnson & Johnson, S.A., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote 3 del “Suministro de material para sellado y corte de vasos para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente 2016-0-60.

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.