

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

En Madrid, a 14 de junio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Medical, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, de fecha 8 de mayo de 2017, por la que se adjudica el lote 3 del contrato de “Suministros de material sanitario: equipos de anestesia, contraste y válvula antirreflujo”, número de expediente: P.A. 2017-0-8, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de noviembre de 2016 se publicó en el DOUE anuncio de licitación para el suministro mencionado con un valor estimado de 567.542,70 euros.

Segundo.- El 9 de mayo de 2017 se publica en el Perfil de contratante la adjudicación del contrato. En la misma se indica que el lote 3 se adjudica a la empresa Becton Dickinson, S.A. (en adelante BD).

Tercero.- El 25 de mayo de 2017 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de B. Braun Medical, S.A., en el que

se solicita que: *“se nos adjudique a B. Braun Medical, SA al ser la oferta segunda mejor valorada, o en caso contrario se desista de la contratación de este lote, convocando una nueva licitación que reúna las condiciones legales establecidas por la Comunidad de Madrid”.*

Con fecha 31 de mayo, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 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.- El 5 de junio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. Propone la desestimación del recurso y manifiesta que a la vista de las recomendaciones de la Unión Europea y las Instrucciones de la Dirección General de Coordinación de la Asistencia Sanitaria, “de próxima observación”, pretende desistir del procedimiento por razones de seguridad para el paciente y convocar un nuevo procedimiento que tenga en cuenta en las especificaciones técnicas las nuevas condiciones de seguridad del producto.

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. El 12 de junio se ha recibido escrito de BD señalando que su oferta se ajusta al Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), la no entrada en vigor de la Resolución 609/2016 y que el desistimiento del procedimiento no es posible porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155.2 del TRLCSP el desistimiento del procedimiento solo puede acordarse antes de la adjudicación.

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 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), pues de estimarse el recurso puede obtener la ventaja de resultar adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 8 de mayo, procediendo a la publicación el 9 e interpuesto el recurso el 25 de mayo 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.- El PPT que rigen esta contratación indica para el lote 3:

Equipo anestesia combinada (espinal-epidural) 18 g, aguja epidural tuohy 8-9 cm, estéril, usu.s/latex. Compuesto: aguja espinal whit acre 27g, 133mm long. resistente a tracción y torsión, graduación lisa en cm, pabellón trans. Catéter Multiperforado 20 g, 900 mm long. Filtro antib. 0,2 micr. jeringa 7 ml, (V Anexo).

BD oferta a este lote el Equipo Durafase Plus referencia 400287.

Alega la recurrente que según la información de este producto disponible en la web de BD y que coincide con parte de la documentación técnica aportada, BD Durasafe Plus1M Epidural Lock. Equipo de Anestesia Espinal - Epidural (CSE) está:

“Compuesto por:

- Aguja Epidural Tuohy-Weiss de calibre 17G y 18G y 90 mm de longitud.*
- Con mecanismo de bloqueo Epidural Integrado que garantiza la fijación precisa y segura de la Aguja Espinal Punta Lápiz BD Whitacre™ Permite la activación y desactivación del dispositivo de fijación.*
- Aguja Espinal Punta Lápiz BD Whitacre™ de calibre 27G y 127 mm de longitud para la técnica de Raquianestesia.*
- Catéter epidural de calibre 19G y 20G de 914 mm de longitud Disponible con orificios laterales o central para la administración de anestésicos.*
- Conector del catéter Permite una conexión segura con el catéter evitando pérdidas y minimizando la posibilidad de desconexión del catéter.*
- Filtro plano de 0,22 µ con tapón Luer-Lok Constituye una barrera contra partículas y bacterias.*
- Jeringa L.O.R. de pérdida de resistencia de plástico de 7 ml de capacidad y baja fricción para una fácil detección del espacio epidural”.*

Indica la recurrente que según las prescripciones técnicas la aguja espinal solicitada es de 27G con una longitud de 133 mm. La aguja que presenta el equipo Durasafe Plus tiene una longitud de 127 mm, aspecto que queda reflejado en su ficha técnica y en la documentación que se aportó para acreditar las características de este producto. En este tipo de productos una longitud no óptima de la aguja espinal en el bloqueo combinado espinal-epidural puede conllevar a una no adecuada protrusión de la aguja espinal dentro de la epidural lo que conlleva claros riesgos en el procedimiento, tanto para el usuario como para el paciente. En consecuencia el producto ofertado por BD no se ajusta a las prescripciones técnicas de obligado cumplimiento y debió ser rechazada.

Señala el informe del órgano de contratación al recurso que el informe técnico de evaluación de las ofertas consideró que la presentada en el lote 3 por BD cumplía con las especificaciones técnicas exigidas. Este se ha elaborado en base a la documentación y muestras que se aportan en el momento de la licitación por esa empresa para el lote 3 y no la documentación que está en la web de la empresa.

En concreto, Becton Dickinson presenta su Equipo Durasafe Plus con referencia 400287 y aporta la documentación técnica donde consta *“Aguja Espinal punta lápiz BD Whitacre 27G (0,4 mm de diámetro y 133 mm de longitud)”*. Por lo tanto, a la vista de la documentación aportada en el sobre de documentación técnica, donde se indica en varias ocasiones la longitud de la aguja, y siendo ésta la misma que se solicita en el Pliego (133 mm), se considera que Becton Dickinson cumple con los requisitos técnicos solicitados y debe desestimarse el motivo de recurso.

Sexto.- Como segundo motivo de recuso se alega que el producto ofertado por BD incumple la Resolución 609/2016, de la Dirección General de Coordinación de la Asistencia Sanitaria.

En el informe técnico elaborado al respecto, se indica que la oferta presentada por Becton Dickinson cumple con los requisitos técnicos solicitados, aunque carece del cumplimiento de la normativa europea respecto al color amarillo en los dispositivos de anestesia.

El expediente de contratación se publicó en el DOUE el 16 de noviembre de 2016. Poco después, el 13 de diciembre de 2016, la Dirección General de Coordinación de la Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid, emitió la Resolución 209/2016, por la que se dictan las instrucciones para la implantación de sistemas de identificación que mejoren la seguridad en la administración de medicamentos.

Según el artículo 1 de la citada Resolución se pretende establecer un sistema de identificación estandarizado y homogéneo, mediante etiquetas, para todos los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud. Las características del sistema de identificación se especifican en tres anexos denominados:

- Identificación de las vías de administración de medicamentos y nutrición enteral.

- Identificación de medicamentos para su administración por vía parenteral.
- Identificación de jeringas para fármacos utilizados en anestesia.

Dicha Resolución complementa la Resolución 7/2009, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, de 8 de agosto, por la que se establecen actuaciones para mejorar la seguridad de medicamentos y soporte nutricional en las unidades de críticos. Las actuaciones de la Resolución 609/2016 tendrán como fecha límite para su ejecución completa el 31 de mayo de 2017, si bien esta fecha ha sido modificada por la Resolución 255/2017, de 31 de mayo, de la Dirección General de Coordinación de la Asistencia Sanitaria, retrasándola hasta el 31 de diciembre de 2017.

En el caso concreto, para la vía de administración intratecal/intradural se obliga a que la ubicación del catéter en el espacio epidural se identifique con una etiqueta adhesiva de color amarillo, garantizando la infusión del fármaco de forma segura y evitando posibles errores de medicación.

Según la recurrente, el producto ofertado por BD carece de esta etiqueta, así lo hace constar el informe técnico del servicio al que tuvo acceso Braun en la vista del expediente: *"Falta normativa europea color amarillo anestesia"*. Esta observación se hace después de verificar tanto las muestras presentadas como la ficha técnica del producto. Es decir a la formalización del contrato licitado, si se continúa con la adjudicación a BD se estaría contraviniendo la Resolución de la Dirección General de Coordinación de la Asistencia Sanitaria. A entender de la recurrente la contratación de estos productos, que se ha dilatado en el tiempo más de lo habitual debería haber sido desistida por el órgano de contratación, volviendo a convocarla e incluyendo en las prescripciones técnicas obligatorias, las medidas de la citada Resolución.

En su escrito de alegaciones BD señala que la Resolución 609/2016 no resulta de aplicación a los fabricantes de los productos sanitarios sino a los centros sanitarios adscritos y dependientes del Servicio Madrileño de Salud, según se

desprende del Resuelto Segundo de la citada Resolución. Y es que, en realidad, la Resolución va dirigida a los profesionales sanitarios de dichos centros de salud, que son quienes tienen que encargarse de implantar el sistema de etiquetas adhesivas previsto en la Resolución. Tampoco se ha publicado oficialmente de manera que se trata de una Resolución interna que no genera efectos *ad extra* y no vincula a los licitadores.

A lo expuesto por la recurrente procede oponer que este requisito no pudo incorporarse a las prescripciones técnicas que fueron elaboradas antes de la publicación de la citada Resolución 609/2016, aunque el órgano de contratación considere que sí deberían tenerse en cuenta en la adjudicación del expediente hecha el 8 de mayo de 2017, y por ello el Servicio de Anestesia al hacer la valoración del producto indicó que no cumplía dicha normativa pero admitió el producto.

Dicha Resolución está dictada con posterioridad a la publicación de la licitación, por lo que no ha podido ser tenida en cuenta ni en la redacción de los pliegos ni, en consecuencia, en la valoración de las ofertas señaladas, más aún cuando, incluso en la fecha de la adjudicación no es obligado su cumplimiento por ser la fecha límite para la ejecución completa el 1 de diciembre de 2017.

A la hora de valorar las ofertas, el órgano de contratación tiene vedada la posibilidad de tomar en consideración requisitos técnicos no exigidos en el PPT. De lo contrario se quebrarían, entre otros, los principios de igualdad entre los concurrentes, no discriminación y publicidad que son la base misma de la contratación pública. Además en la fecha del anuncio de la licitación no se había aún aprobado la Resolución 609/2016 por lo que, lógicamente y por un criterio *rationi temporis*, no debía tenerse en cuenta a efectos de la preparación de las ofertas.

No obstante, el órgano de contratación considera que, aun teniendo el carácter de recomendaciones los preceptos comunitarios y estando en periodo de implementación las Instrucciones del Director General de Coordinación de la

Asistencia Sanitaria, la especial sensibilidad del material a suministrar (catéteres para la administración de anestesia, contratos y aplicaciones asimiladas) y la consideración de la seguridad del paciente como el bien supremo a preservar por parte del mismo, no son adecuadas las ofertas presentadas en este procedimiento y es de interés público convocar un nuevo procedimiento que observe las máximas garantías de seguridad posibles, tal como recomiendan las autoridades comunitarias y exigen las autonómicas.

La recurrente solicita al Tribunal subsidiariamente que se desista de la contratación de este lote. Dicha competencia corresponde al órgano de contratación y no puede ser atendida vía recurso.

El informe del Hospital La Paz se muestra proclive a aceptar la petición. El acto objeto de recurso es la adjudicación recaída y no hay acto de desistimiento recurrido por lo que el Tribunal no puede pronunciarse sobre esa hipotética decisión. No obstante cabe señalar, como alega BD, que dicha posibilidad legal tiene como límite la adjudicación del contrato y el lote 3 fue adjudicado el día 8 de mayo.

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 M.F.T., en nombre y representación de B. Braun Medical, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, de fecha 8 de mayo de 2017, por la que se adjudica el lote 3 del contrato de “Suministros de material sanitario: equipos de anestesia, contraste y válvula antirreflujo”, número de

expediente: P.A. 2017-0-8.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 31 de mayo.

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.