

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

En Madrid, a 13 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Becton Dickinson S.A., contra la Resolución de 8 de octubre de 2020, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe, por la que se adjudica el Lote 3 “Fungible para bomba de infusión de UCI-UGQ” del contrato de “Suministro de Fungible para Bombas de Nutrición, Infusión, Bolsas Eva, Sellos Citostáticos y Sistemas de Nutrición por Gravedad para el Hospital Universitario de Getafe”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 29 de mayo de 2020 y en el DOUE del 28 del mismo mes, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 936.506,16 euros, con un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 2 empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 1 de octubre de 2020, se reúne la Mesa de contratación para analizar el informe realizado por los responsables técnicos del expediente de referencia, según el cual las dos únicas ofertas presentadas al lote 3, cumplen con las condiciones técnicas exigidas.

La Mesa de contratación en su sesión de 6 de octubre, acuerda proponer la adjudicación del lote 3 a la empresa ICU Medical Productos Farmacéuticos y Hospitalarios, S.L., (en adelante ICU Medical) por considerarla la oferta más ventajosa.

Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital de 8 de octubre de 2020, se acordó adjudicar el lote 3 del contrato a la empresa ICU Medical.

Tercero.- El 29 de octubre de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Becton Dickinson, contra el Acuerdo de adjudicación del contrato de referencia.

Cuarto.- El 4 de noviembre del 2020, el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Quinto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido en base a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto.- El 5 de noviembre de 2020, por la Secretaría de este Tribunal se dio traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los

artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (en adelante RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno. Con fecha 10 de noviembre de 2020, presentó alegaciones en las que se oponía la estimación del recurso en los términos que se expondrán más adelante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue adoptado el 8 de octubre de 2020, interponiéndose el recurso el 29 de octubre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Con relación al fondo del recurso, la recurrente sostiene que según consta en la propia documentación técnica aportada por la adjudicataria, las bombas ofertadas por ICU Medical no cumplen con el requisito técnico mínimo exigido en el apartado 2.2 *“Requisitos Técnicos de las bombas”*: *“Bomba de infusión volumétrica o peristáltica que infunda de forma lineal y constante, con una velocidad mínima de 0,1 ml/h y una velocidad máxima de al menos 999 ml/h con un error de precisión de +/- 5%”*, por lo que debió ser excluida de la licitación. Así mismo, considera que el fungible ofertado por la adjudicataria, tampoco cumple con lo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), por lo que también por este motivo debió ser excluido de la licitación.

Por su parte, el Órgano de contratación, en un informe del Responsable de la Unidad Jurídica manifiesta *“A este respecto hay que indicar que, si bien es cierto que la bomba de ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, SL no cumple en sentido estricto, tampoco cumple estrictamente con las prescripciones técnicas del PPT la bomba presentada por BECTON DICKINSON, SA.; la Resolución 172/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 8 de junio de 2018 indica que no cualquier incumplimiento del PPT es causa de exclusión de la oferta presentada, sino que debe subsumirse en 'los criterios de igualdad y libre concurrencia y siempre ha de suponer la imposibilidad de la ejecución del contrato; por ello, el incumplimiento de las ofertas presentadas por ambas licitadoras no es tenido en cuenta a los efectos de excluirlas del procedimiento. Por tanto, la finalidad de la admisión de ambas ofertas se basa en la finalidad de los productos ofertados, es decir, aun no cumpliendo escrupulosamente todos los puntos del PPT, se admiten las ofertas que mantengan la funcionalidad y permitan la ejecución del contrato”*.

Por otro lado, el informe emitido por la Dirección de Enfermería del Hospital afirma:

“1.1 A) La empresa ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. ha presentado en su oferta en el archivo ISIS-IJISBI Ficha datos técnicos Plum360.pdf "Plum 360 –DatosTécnicos.

INTRODUCCIÓN:

La bomba Plum 360 es un sistema para la administración volumétrica intravenosa de todo tipo de fluidos mediante desplazamiento positivo. Permite la administración en modo micro {desde 0,1 ml/hr} y macro (1-999 ml/hr}, de dos canales con programación independiente y una única salida a paciente. Está diseñada para infundir fármacos, citostáticos, soluciones parenterales, sangre y hemoderivados y fórmulas nutricionales en formato de fluido, en todos los servicios del Hospital con una precisión de +/-5% independiente de otros factores externas como la presión hidrostática, altura del recipiente, posición del paciente, etc.

Es adaptable a jeringas, viales, contenedores de vidrio y bolsas colapsables. Cualquier necesidad de terapia automatizada puede ser programada mediante la bomba Plum 360.

En el archivo CS15-D25BI_ManualdePlum360.pdf **‘Precisión de la administración’**

Esta tabla define las condiciones estándar de precisión de la administración.

Se ha llevado a cabo una prueba de precisión de la administración de acuerdo con la norma IEC 60601-2- 24:2012. Las pruebas se realizaron empleando los equipos de administración con número de lista 12538, 14009, 14022 y 14246.

Consulte Curvas de trompeta en la página 11-12 para obtener más información sobre la influencia de determinados factores en la precisión de la velocidad de administración.

Precisión de la administración 0,1 a 0,9 ml /h (en incrementos de 0,1ml) ±10 % y 1 a 999 ml /h (en incrementos de 1 ml)± 5 %

Temperatura ambiente y temperatura del fluido 22°C ± 5°C

Presión negativa 0 psi {0 mmHg}

Miniportasero Fluido Agua esterilizada

Altura del cabezal de llenado 12" a 24" (30,5 a 61 cm)

Como puede apreciarse la oferta presentada por la empresa ICU MEDICAL ·PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L no cumple exactamente lo solicitado en las prescripciones técnicas que describen las bombas de Infusión afectadas”.

A continuación, el citado informe analiza la oferta técnica de la recurrente concluyendo que *“Como puede verse ninguna de las ofertas presentadas por las dos empresas cumplen exhaustivamente las prescripciones técnicas establecidas en el expediente de contratación, aunque las dos presentan un fungible y unas bombas con unas prestaciones totalmente válidas para el uso previsto, habiéndose utilizado para dar la consideración de validez a estas ofertas calificándoles en el informe técnico como válidos, conforme al apartado 3 Otras especificaciones técnicas, según el cual:*

1.-Las especificaciones son orientativas, por lo que las Empresas concursantes podrán incluir en sus ofertas, materiales de características similares, aunque utilicen tecnología, procedimientos o composición diferente, admitiéndose todas aquellas proposiciones que cumplan todos los requisitos técnicos y de prestaciones que, con carácter de mínimo se han establecido en este pliego. Si en la descripción de _algún artículo se utiliza marca comercial y/o referencia, deberá entenderse como orientación para localizar el artículo, sin que en ningún caso implique que sea necesario ofertar dicha marca o referencia”.

Por su parte, el adjudicatario sostiene que el PPT referente a la bomba, no establece en qué tramo del rango de administración de la bomba (0,1 – 999 ml/hr) se requiere esta precisión nominal, como tampoco se establece el tiempo en que debe alcanzarse.

Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar en primer lugar, el contenido del PPT, que para Lote 3 “Bombas de infusión de UCI-EGQ” establece: *“Contarán al menos con los siguientes requisitos:*

- *Bomba de infusión volumétrica o peristáltica que infunda de forma lineal y constante, con una velocidad mínima de 0,1 ml/h y una velocidad máxima de al menos 999 ml/h con un error de precisión de +/- 5”.*

Por tanto, de su tenor literal se desprende la exigencia de velocidad mínima de 0,1 ml/h y máxima de al menos 999 ml/h, con un error de precisión de +/-5%. En consecuencia, esta precisión debe acreditarse tanto en el tramo 0,1 a 0,9 ml/h, en la que la oferta de la empresa es de ± 10 % y como en el tramo 1 a 999 ml/h en la que la oferta de la empresa es de ± 5 %, cumpliendo en este último caso lo previsto en el PPT.

El Órgano de contratación reconoce el incumplimiento de parte de las prescripciones técnicas o utilizando sus propios términos, *“no cumple exactamente”* dichas prescripciones, justificando que la finalidad de la admisión de ambas ofertas *“se basa en la finalidad de los productos ofertados, es decir, aun no cumpliendo escrupulosamente todos los puntos del PPT, se admiten las ofertas que mantengan la funcionalidad y permitan la ejecución del contrato”*.

El informe técnico sobre cumplimiento de prescripciones técnicas elaborado por el Servicio de Recursos Materiales, que fue elevado a la Mesa de contratación, se limita a analizar el cumplimiento de los productos fungibles ofertados considerando que cumplen, pero no analiza el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos para las bombas de infusión UCI-EGQ que, de acuerdo con los pliegos, deberá ceder sin cargo durante la duración del contrato y cuyas características se recogen en el PPT en los términos citados anteriormente.

Las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro, corresponde determinarlas al Órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto, en diversas resoluciones, por todas, Resolución nº 43/2017, de 8 de febrero, donde señalábamos *“Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación y que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: ‘Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición’.*

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos”.

Este Tribunal no comparte la justificación aportada por el Servicio Jurídico citado anteriormente, en el sentido de que la admisión de ambas ofertas se basa en la finalidad de los productos ofertados, que aun no cumpliendo escrupulosamente todos los puntos del PPT, se admiten las ofertas que mantengan la funcionalidad y permitan la ejecución del contrato. Las prescripciones técnicas de los productos a suministrar se cumplen o no se cumplen, con las consecuencias jurídicas que cada una de esas situaciones llevan aparejadas, sin que sea admisible que, en el caso de que ninguna empresa cumpla las prescripciones técnicas exigidas, éstas se puedan

relativizar en aras a un supuesto bien mayor como puede ser la adjudicación de un contrato. Esa interpretación generaría una inaceptable inseguridad jurídica (qué límite de incumplimiento sería tolerable), aparte de afectar a los principios de igualdad y libre concurrencia, ya que las prescripciones que figuraban en los Pliegos pudieron disuadir a potenciales licitadores, que sin embargo, ante esa relativización de las mismas, hubieran podido estar interesados en presentar oferta. En este sentido el artículo 126.1 de la LCSP establece *“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*.

Tampoco comparte este Tribunal la argumentación realizada por el Servicio de Enfermería citado anteriormente, en el que manifiesta que *“no cumple exactamente lo solicitado en las prescripciones técnicas que describen las bombas de Infusión afectadas”*, considerando su validez al amparo del apartado 3 del PPT, anteriormente transcrito, que señala que las especificaciones son orientativas por lo que las empresas concursantes podrán incluir en sus ofertas, materiales de características similares aunque utilicen tecnología, procedimientos o composición diferente, admitiéndose todas aquellas proposiciones que cumplan todos los requisitos técnicos y de prestaciones que, con carácter de mínimo se han establecido en este pliego. Nuestra discrepancia obedece a dos razones: la primera que en el informe técnico de cumplimiento de las prescripciones técnicas ni siquiera se analiza dicho cumplimiento respecto a las bombas de infusión, por lo que difícilmente se ha podido apreciar que las características del producto ofertado es similar al que exige el PPT. En cualquier caso, este extremo no ha quedado acreditado. En segundo lugar, como se ha señalado anteriormente, el incumplimiento de las características técnicas de la bomba, supone una variación de tal magnitud (precisión exigida en el PPT en velocidades de 0,1 a 0,9 ml/h es de +/-5%, la ofertada es de +/-10%) que la interpretación que realiza el Órgano de contratación del citado apartado 3 del PPT resulta claramente arbitraria. No resulta

razonable que una variación del 100% respecto a la precisión exigida resulte indiferente en cuanto a las características y funcionalidad del producto.

Procede en este momento, traer a colación la consolidada doctrina de que los Pliegos constituyen la ley entre las partes y vinculan tanto al Órgano de contratación como a los licitadores.

Por todo lo anterior, el motivo debe ser estimado, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la admisión de la oferta de la adjudicataria, acordando su exclusión y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

La estimación del anterior motivo hace innecesario abordar el resto de motivos, en concreto el referido a la valoración de la oferta del recurrente ya que quedaría como único licitador.

Respecto al incumplimiento de las prescripciones técnicas de la oferta presentada por el recurrente a la que hace referencia el Órgano de contratación en sus informes, este Tribunal, aplicando el principio de congruencia no puede proceder a su enjuiciamiento, en cuanto no ha sido objeto del recurso especial. En este sentido, el artículo 57.2 de la LCSP establece *“La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones”*.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Becton Dickinson S.A., contra la Resolución de 8 de octubre de 2020, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe, por la que se adjudica el Lote 3 “Fungible para bomba de infusión de UCI-UGQ” del contrato de “Suministro de Fungible para Bombas de Nutrición, Infusión, Bolsas Eva, Sellos Citostáticos y Sistemas de Nutrición por Gravedad para el Hospital Universitario de Getafe”, con retroacción de actuaciones al momento previo a la admisión de la oferta de la empresa ICU Medical Productos Farmacéuticos y Hospitalarios, S.L., acordando su exclusión y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.