

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

En Madrid, a 17 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don S. G. B., en nombre y representación de ST Jude Medical España S.A. (SJM), contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario Doce de Octubre, de fecha 7 de mayo de 2013, por la que se acuerda la adjudicación de los lotes 5, 10 y 12 del contrato “Suministro de catéteres para radiología electrofisiología para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, expediente 2013-0-01, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Directora Gerente del Hospital, de 22 de enero de 2013, en virtud de la delegación de las competencias establecidas en la Resolución de 25 de febrero de 2011 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, en materia de contratación y gestión económico-presupuestaria, en los Gerentes de Atención Especializada, se aprobó el expediente de contratación, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) y se acordó la apertura del procedimiento abierto para la adjudicación del suministro

citado, dividido en 12 lotes, mediante pluralidad de criterios, con un valor estimado de 1.022.609,60 €.

La licitación se encuentra sometida a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

El anuncio de licitación se publicó en el DOUE de 30 de enero de 2013, en el BOE de 20 de febrero y en el BOCM de 11 de febrero del citado año.

A la licitación concurren 7 empresas y la Mesa de contratación, en su reunión de 27 de marzo de 2013, procedió a la apertura de la documentación técnica acordando dejar su evaluación y la valoración de los criterios técnicos, que figuran en el punto 8.2 del Anexo I del PCAP, para una fase posterior, con la emisión de los correspondientes informes técnicos.

El día 10 de abril la Mesa se reúne para dar cuenta de la valoración de la documentación técnica presentada por los licitadores sobre la que se emite informe técnico, del Jefe de Sección de Cardiología Electrofisiología, en el que figura el resultado de la calificación de los criterios de adjudicación que constan en el Punto 8 del Anexo I del PCAP y se informa que quedan excluidas técnicamente las ofertas de varias empresas a determinados lotes. Seguidamente el Presidente da cuenta del número de proposiciones y nombre de los licitadores presentados y admitidos, informando a continuación del resultado de la valoración previa de los criterios de adjudicación y la puntuación obtenida de las ofertas que continúan en el procedimiento y se efectúa la apertura de los sobres con la oferta económica. Entre las empresas admitidas se encuentran Bard de España S.A.U., en los lotes 5 y 12;

Cook España S.A., en el lote 10 y ST Jude Medical España S.A., en los lotes 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12.

La Mesa, en su reunión de 17 de abril, realiza la propuesta de adjudicación a favor de la recurrente de los lotes 6, 7, 8, 9 y 11; lotes 5 y 12 a favor de Bard de España S.A.U., y a favor de Cook España S.A. el lote 10 y practica la notificación el día 19 de dicho mes, requiriendo la presentación de la documentación para proceder a las correspondientes adjudicaciones. La adjudicación tiene lugar por Resolución de la Directora Gerente de 7 de mayo, de acuerdo con la propuesta elevada por la Mesa de contratación y es notificada a las empresas el día 10 de dicho mes adjuntando el informe de valoración con las puntuaciones otorgadas a cada una.

Segundo.- El día 28 de mayo de 2013 interpone recurso especial Dña. P. A. A. E., en representación de ST Jude Medical España S.A., contra la Resolución de 7 de mayo y la adjudicación de los lotes 5, 10 y 12, aportando Escritura de apoderamiento en la que no se acreditaba que estuviese facultada para interponer el recurso. El recurso fue ratificado por Don S G. B. que presenta poder que le faculta para el ejercicio de acciones judiciales por lo que se estima ratificado el recurso y subsanado el defecto.

Tercero.- Con fecha 30 de mayo de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación en los lotes 5, 10 y 12 producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Cuarto.- El licitador recurrente ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

El recurso se dirige contra la adjudicación de los lotes 5, 10 y 12 por considerar que las ofertas de las empresas Bard España S.A.U., adjudicataria de los lotes 5 y 12 y la empresa Cook España S.A., adjudicataria del Lote 10, no cumplen

las características técnicas mínimas exigidas en el PCAP, solicitando la nulidad de la Resolución y que se dicte otra en la que no se tengan en cuenta las ofertas de las empresas citadas.

Quinto.- La cláusula 2 del PCAP establece el objeto del contrato y dispone que las características de los bienes y la forma de llevar a cabo la prestación por el adjudicatario serán las estipuladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y que el contenido de ambos Pliegos revestirán carácter contractual.

El Anexo I del PCAP fija los criterios de adjudicación y atribuye al criterio precio, valorable mediante fórmula, 70 puntos; y 30 puntos a los criterios técnicos de valoración mediante juicio de valor.

El PPT establece para los lotes objeto de recurso las siguientes especificaciones técnicas:

“Lote 5.- Catéteres para registro y estimulación endocárdicos

- *Cuatripolar con separación de electrodos (2-5-2).*
 - *Curva fija preformada (tipo Josephson).*
 - *Calibre 5 French.*
 - *Disponibilidad en diferentes características de torsión, dureza y empuje.*
- Aunque la descrita es la configuración básica, deben estar disponibles otras separaciones de electrodos y otras curvas sin cargo adicional, así como un grosor menor.*
- (...).*

Lote 10.- Sistema de punción transeptal

Orden 10 Código: 012276

Introducción transeptal de uso único con distintas longitudes y curvas.

Orden 11 Código: 010926

Aguja transeptal de uso único con distintas longitudes y curvas.

Lote 12

Orden 13 Código: 011852

Introduidores largos con válvula hemostática de curva deflectable.

Vainas introductoras largas deflectables para manejo del catéter de ablación en localizaciones específicas (tracto de salida de ventrículo derecho, ventrículo izquierdo en acceso transeptal y ablación epicárdica).

- *Deflexión bidireccional.*
- *Válvula hemostática.*
- *Diámetro 8,5 French.*
- *Válida para punción transeptal.*
- *Disponibilidad de varias longitudes”.*

Sexto.- El órgano de contratación remite el expediente al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 31 de mayo y el día 4 de junio el informe preceptivo sobre el recurso.

El 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.

Finalizado el plazo se han recibido las siguientes alegaciones de la empresa Bard de España S.A.U.:

Sobre la oferta presentada al lote 5 alega que ha ofertado a este lote una gran variedad de presentaciones que cumplen perfectamente con todas las necesidades que puedan tener los usuarios de dicho producto. Respecto de la obligación de aportar "*grosos menores*", alega que de ninguna de las indicaciones del PPT se deduce a qué se está refiriendo cuando se indica grosor menor. Añade que indicar que el pliego exigía un grosor menor, y que la oferta presentada por la empresa no lo cumple, es ir en contra de lo que se deducía en el pliego en relación con el lote 5.

Por lo que respecta a la oferta presentada al lote 12 (Orden 13) alega que la empresa recurrente indica que el producto ofertado por Bard *“No dispone de varias longitudes”* y señala que *“Como puede apreciarse en la tabla que adjuntamos se puede observar claramente que la vaina 8,5F dispone de la longitud 71 cm y la de 12F la longitud es de 67 cm”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ST Jude Medical España S.A. (SJM), para interponer recurso especial.

El recurso especial fue interpuesto en representación de ST Jude Medical España S.A., por una persona que no acreditaba estar facultada para interponer el recurso.

El recurso fue ratificado por Don. S. G. B. que presentó poder que le faculta para el ejercicio de acciones judiciales. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.4 de la Ley 30/1992, 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), la falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro de plazo. El Tribunal se ha pronunciado sobre la posibilidad, en aplicación del principio *pro actione* y lo previsto en el artículo 1.727 del Código Civil, de convalidar retroactivamente los defectos de representación de que adolezca el escrito de interposición del recurso. Por ello en este caso se estima ratificado el recurso y subsanado el defecto resultando acreditada la representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.4.a) del TRLCSP.

También queda acreditado que 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.

El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el día 7 de mayo de 2013, practicada la notificación el día 10 de dicho mes e interpuesto el recurso el día 28 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de remisión de la notificación, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Segundo.- 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.

Tercero.- El recurso se dirige contra la adjudicación de los lotes 5, 10 y 12 basándose en que las ofertas de las empresas adjudicatarias incumplían los requisitos técnicos mínimos del PCAP, debiendo haber sido excluidas de la licitación.

Cabe aclarar que estos requisitos técnicos no se encuentran establecidos en el PCAP, como se afirma en el recurso, sino en el PPT, por lo que es a éste al que hay que entender referidas las alegaciones.

1.- Respecto de la oferta presentada por la empresa Bard de España S.A.U. (en adelante Bard) al lote 5 *“Catéteres para registro y estimulación endocárdicos”*.

La recurrente expone que el Pliego sobre el lote 5 exigía entre las características técnicas las siguientes:

- *Calibre 5 French.*
- *Disponibilidad en diferentes características de torsión, dureza y empuje.*

Aunque la descrita es la configuración básica, deben estar disponibles otras separaciones de electrodos y otras curvas sin cargo adicional, así como un grosor menor.

La recurrente considera en relación al “calibre 5 french” que adicionalmente debían estar disponibles otros grosores menores, y sin embargo, Bard no lo ha incluido en su oferta, por lo que no debió ser valorada.

El informe del órgano de contratación de 3 de junio de 2013, sobre el recurso adjunta el informe emitido por el Servicio de Cardiología-Electrofisiología, de la misma fecha, y sobre el lote 5 adjudicado a Bard dice que el producto, “(...) *en efecto no dispone de variedad de catéteres con calibres inferiores a 5F, necesarios para los procedimientos llevados a cabo en pacientes pediátricos*”.

La empresa Bard alega que ha ofertado a este lote una gran variedad de presentaciones que cumplen perfectamente con todas las necesidades que puedan tener los usuarios de dicho producto. Añade que “*El hecho de que la empresa recurrente sostenga que las referencias presentadas por nuestra empresa NO cumplen con la necesidad de aportar "grosores menores", no se ajusta a la realidad, porque de ninguna de las indicaciones del pliego de prescripciones técnicas, se deduce a qué se está refiriendo cuando se indica grosor menor*”.

El Tribunal advierte que el PPT sobre este producto especifica que se describe “*la configuración básica*”, y además exige que deben estar disponibles otras separaciones de electrodos y otras curvas así como un grosor menor.

En la documentación técnica presentada por Bard respecto de “*Catéteres diagnósticos cuatripolares*”, aparece ofertado calibre “*5 French*” pero no figura indicación alguna de ningún otro grosor.

Como la misma empresa cita, los Pliegos son la ley del contrato que obliga a ambas partes. Sobre el carácter vinculante de los Pliegos, el artículo 115 del TRLCSP dispone que los PCAP contienen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y en este caso la cláusula 1 del PCAP dispone expresamente que *las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en su correspondiente de prescripciones técnicas particulares*". La Jurisprudencia del Tribunal Supremo reitera que los pliegos tienen carácter de ley del contrato, que vincula a ambas partes.

Se da la circunstancia de que la adjudicataria, que ahora alega, no impugnó los Pliegos y la presentación de la proposición implica la aceptación incondicional del clausulado del PCAP y también del PPT, sin salvedad o reserva alguna, resultando exigible que las ofertas se ajustasen al contenido de ambos Pliegos.

2.- Respecto de la oferta al lote 12 adjudicado igualmente a Bard, el recurrente alega respecto de las características de "diámetro 8,5 french" y "disponibilidad de varias longitudes" que: *"De las vainas presentadas por Bard al Lote 12, solamente cumplen con las características de calibre 8,5 French las referencias marcadas en el cuadro. Además, si observamos el apartado relativo a la longitud de la vaina, respecto a dichas referencias marcadas de calibre 8,5, únicamente se oferta una longitud única de 71 cm. La oferta, además de incumplir los requisitos mínimos del PCAP respecto al calibre, el incluir en su oferta una longitud única de 71 cm ello imposibilita su uso en pacientes pediátricos, de reducida talla, así como en pacientes con taquicardias ventriculares epicárdicas y otros usos"*.

Añade que más allá de que se trate de la apreciación de aspectos técnicos, no es necesario tener ningún conocimiento en la materia para llegar a la inequívoca conclusión de que la oferta presentada por Bard para el Lote 12 no cumple con las características técnicas mínimas fijadas en el PCAP, por lo que dicha oferta no debió ser admitida a la licitación y puntuada y mucho menos resultar la adjudicataria.

El informe del órgano de contratación y el informe técnico emitido sobre el recurso y el lote 12 dice: *“De los cinco requisitos técnicos exigidos, Bard España, no cumple el requisito técnico denominado disponibilidad de varias longitudes, ya que presenta únicamente la longitud 71 cm y es fundamental disponer de longitudes menores para procedimientos de ablación epicárdica y en pacientes pediátricos”*.

La empresa Bard sobre su oferta al Lote 12 (Orden 13) y lo alegado por la recurrente en cuanto a que *“No dispone de varias longitudes”*, manifiesta que *“Como puede apreciarse en la tabla que adjuntamos se puede observar claramente que la vaina 8,5F disponemos de la longitud 71 cm y la de 12F la longitud es de 67 cm”*.

Sobre esta alegación se comprueba que en la documentación técnica de su oferta, que coincide con la tabla que adjunta en alegaciones, aparecen otras longitudes de vaina pero no están referidas al Diámetro 8,5 French, que es el establecido en el PPT, sobre el que se oferta una longitud única de 71 cm.

3.- En relación con la oferta al lote 10-Orden 10: *“Introducctor transeptal de uso único con distintas longitudes”*, presentada por Cook la recurrente observa sobre las características relativas al Código: 012276: *Introducctor transeptal de uso único con distintas longitudes y curvas*, que *“de la descripción del producto transcrita, se observa que los introductores transeptales presentados tienen únicamente una curva tipo Mullins. Ello incumple las características mínimas exigidas en el PCAP para este Lote, que establece de forma clara para este producto: Introducctor transeptal de uso único con distintas longitudes y curvas. Esta ausencia de distintas curvas tiene importantes consecuencias ya que dificulta su uso en pacientes con las anatomías más habituales en el campo de la electrofisiología (anatomía sin cardiopatías estructurales), incrementando el riesgo de complicaciones”*.

Por ello entiende que la oferta de Cook, no cumplen con las características mínimas exigidas por el PPT para el Lote 10 (Orden 10).

La recurrente alega, respecto del mismo Lote 10 y “Orden 11 Código: 010926 *Aguja transeptal de uso Único con distintas longitudes y curvas*” que: “*tras la vista de la oferta presentada por Cook al Lote 10 se observa: que las referencias de producto ofertadas son la TSNC-18-71.0 y la TSNC-19-56.0 y que las agujas tienen una única curva, en contra de lo que exige el PCAP al indicar que la aguja transeptal debe de tener distintas longitudes y curvas. Esta ausencia de diferentes curvas dificulta su uso con pacientes con anatomías menos habituales, incrementando el riesgo de complicaciones*”.

Para acreditar esta observación remite a la página web del licitador en la que manifiesta se puede observar la imagen de la curva disponible tanto para el producto TSNC-18-71.0 como para el TSNC-19-56.0, observándose que es la misma para ambos productos. Concluye que en consecuencia, resulta evidente que la oferta presentada por Cook no cumple con las características técnicas fijadas en el Pliego por lo que debió ser excluida de la licitación.

El órgano de contratación en su informe de 3 de junio sobre el recurso y en relación al Lote 10 y número de orden 10 “*Introduccion transeptal de uso único en varias longitudes y curvas*” y sobre número de orden 11 “*Aguja transeptal con distintas longitudes y curvas*”, dice que “*Solo presenta una curva (tipo Mullins) que además no es la habitualmente utilizada en los procedimientos de electrofisiología. Por tanto, ambos productos de este lote incumplen la especificación técnica exigida: presentar distintas curvas*”.

En la documentación técnica aportada por la empresa COOK consta respecto del “*Introduccion transeptal*” y sus características lo siguiente “*disponibilidad de introductores largos tipo Mullins*” y sobre el producto consta: “*Introduccion Check – Flo reformer diseño transeptal Mullins*” la dimensión de los modelos que se reseñan en la documentación técnica GO 8308, GO 7816 y GO 8133, la longitud de vaina en todos ellos es de 63 cms.

En cuanto a equipos de aguja transeptal, en la documentación técnica aportada figura:

“Dimensiones equipo aguja transeptal

Aguja curvada

Descripción: Se compone de aguja transeptal y un obturador”

Aparecen los productos TSNC 19.56.0 con longitud de 56 cms y TSNC 18.71.0 71 cms que presentan distintas longitudes.

El Tribunal observa sobre los incumplimientos que se achacan a los productos de este lote y de la documentación presentada por la empresa COOK, que no resulta acreditado que los productos *“presenten distintas curvas”*, exigencia de carácter técnico sobre la que el informe técnico se muestra concluyente en cuanto al incumpliendo de ambos productos de este lote respecto de la especificación técnica exigida de presentar distintas curvas.

Cuarto.- En virtud de todo lo expuesto el Tribunal aprecia que el órgano de contratación ha admitido la existencia de error en el informe técnico tenido en cuenta por la Mesa de contratación en su reunión de 10 de abril. Resulta evidenciado en el informe técnico de 3 de junio de 2013 que los productos ofertados por las adjudicatarias de los Lotes 5, 10 y 12 incurren en incumplimientos del PPT -que han sido observados por la recurrente-, de los requisitos técnicos mínimos exigidos y que son fundamentales para los procedimientos a que están destinados los productos. De ello resulta que las especificaciones exigidas en el PPT tienen por objeto el suministro de productos que cumplan con el fin de interés público perseguido en el contrato y el informe técnico detecta la existencia de incumplimientos del citado Pliego que hace que los referidos productos ofertados a estos lotes no sean adecuados para el uso a que están destinados.

En este caso el cumplimiento de las características técnicas mínimas exigidas en el PPT eran condiciones necesarias, por lo que las ofertas debían ser

rechazadas, sin que procediese acceder a la fase de valoración de los criterios de adjudicación.

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 Don. S. G. B. en nombre y representación de ST Jude Medical España S.A. (SJM), contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario Doce de Octubre, de fecha 7 de mayo de 2013, por la que se acuerda la adjudicación de los lotes 5, 10 y 12 del contrato “Suministro de catéteres para radiología electrofisiología para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, expediente 2013-0-01, declarando nula la adjudicación de los lotes citados

Segundo.- Que el órgano de contratación proceda a la adjudicación, en su caso, de los lotes citados a las siguientes ofertas mejor clasificadas que cumplan los requisitos establecidos en los Pliegos.

Tercero.- 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.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP y mantenida por acuerdo del Tribunal de 30 de mayo de 2013.

Quinto.- 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.