

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

En Madrid, a 23 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don N.G.H. y don J.G.R., en calidad de apoderados de Bausch & Lomb, S.A., contra la Resolución de adjudicación del contrato de suministro número HUPA 18/15, “Packs para cirugía de cataratas y vitrectomía con destino al Hospital Universitario Príncipe de Asturias”, lote 1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el DOUE de 29 de mayo de 2015 y en el BOCM de 15 de junio se publicó la licitación del suministro mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto con un único criterio de adjudicación el precio y un valor estimado de 821.579,84 euros, dividido en tres lotes.

Segundo.- El 22 de julio de 2015, se produjo la apertura del sobre 2 “Ofertas Económicas”, admitiéndose para el lote 1 (Set de cataratas desechables para faco) las ofertas de dos licitadores Alcon Cusí, S.A. y Bausch & Lomb, S.A.

El 13 de agosto de 2015 fue remitida Resolución de adjudicación dictada el día 12 en la que resulta adjudicataria del lote 1 Alcon Cusí, S.A.

La recurrente solicitó acceso al expediente de contratación para comprobar la adecuación de los packs y equipamiento ofertados por su competidora, a la que tuvo acceso el 25 de agosto.

Tercero.- El 27 de agosto de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Bausch & Lomb, S.A. en el que solicita la anulación de la adjudicación del lote 1 retrotrayendo el proceso a la fase de admisión de ofertas, inadmitiendo la oferta de Alcon Cusí respecto del lote 1, valorándose de nuevo con exclusión de la misma y procediendo a adjudicar a la oferta que resulte mejor clasificada en ese lote.

El 31 de agosto el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente 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). Previamente, el 28 de agosto había acordado mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Cuarto.- 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 Alcon Cusí, S.A. en el que solicita la desestimación del recurso y se acuerde el levantamiento de la suspensión.

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 licitadora, 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 la admisión o exclusión de la oferta cuyo incumplimiento denuncia depende que pueda obtener la condición de adjudicatario.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- La resolución impugnada fue adoptada el 12 de agosto, practicada la notificación el 13, e interpuesto el recurso el 27, 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.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación recaída en Alcon Cusí, al considerar que su oferta no cumple las condiciones técnicas establecidas en el PPT.

Las características técnicas del suministro del que es objeto el lote nº 1 del contrato se encuentran detalladas en el apartado 1.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que especifica los componentes que deberán contener las 2.621 unidades de pack o equipo completo estéril para cirugía de cataratas mediante facoemulsificación, objeto de suministro. Se dispone también en el mismo apartado del pliego que la empresa adjudicataria además de entregar el pack objeto del lote 1 deberá “*ceder, sin cargo alguno para el Hospital, para la utilización de los productos,*

tres equipos de facoemulsificación de última generación que deberán tener las siguientes características mínimas:

(...)

- Sistema de control de la presión en cámara anterior mediante aumento de la presión del líquido de irrigación de forma activa, e independiente de la altura de la botella de irrigación.

(...)

- El aparato deberá tener plena funcionalidad de todas sus características técnicas utilizando cualesquiera de los consumibles (viscoelásticos, líquido de irrigación intraocular, etc.) existentes en el mercado.

Las empresas licitadores deberán incluir a título meramente informativo, en el modelo que se adjunta (anexo I), los consumibles del aparato ofertado, precio y tiempo de duración estimado de los mismos”.

Es decir, según el PPT, además del pack o equipo completo para cirugía de cataratas, las empresas debían comprometerse a la cesión de tres equipos de facoemulsificación.

Alcon Cusí, S.A. ha ofertado en el lote 1 la cesión de 3 facoemulsificadores del modelo Centurion Vision System.

Según la recurrente los equipos de dicho modelo no cumplen con las características mínimas exigidas en el PPT que rigen la convocatoria de referencia ya que no tienen plena funcionalidad de todas sus características con cualesquiera de los líquidos de irrigación intraocular existentes en el mercado, siendo tres los incumplimientos que pone de manifiesto:

1.- El apartado “*Administración de la fluídica*” del Manual del Operador del equipo Centurion Vision System, donde se trata sobre el control de la presión intraocular incluye una advertencia: “*El uso de bolsas de fluido de irrigación BSS® que no sean*

las aprobadas por Alcon para su uso en el sistema Active Fluidics™ puede resultar en lesiones al paciente o daños en el sistema”.

Según manifiesta Alcon Cusí en su escrito de alegaciones, uno de los elementos accesorios incluidos entre los equipos a ceder al Hospital es el relativo al líquido de irrigación intraocular, también conocido como solución de irrigación salina. A tal efecto acompaña al escrito la Sección 6ª del Manual del Operador del citado equipo, entre cuyos accesorios se encuentra incluido el de BSS Solución de Irrigación Estéril, Bolsa 500 ml. Por ello considera que el equipo propuesto para la cesión por parte de Alcon cumplía con lo dispuesto en el pliego, por cuanto contenía como un elemento accesorio al equipo el líquido de irrigación intraocular o solución de irrigación salina. A diferencia de Alcon que ha ofrecido como elemento accesorio del equipo la solución de irrigación salina, el equipo de Bausch no contiene este elemento accesorio, por lo que deberá ser adquirido por parte del Hospital, motivando ello que en el caso de la oferta de esta última empresa sí que debe considerarse la previsión establecida en el PPT.

2.- En la web del fabricante del equipo ofertado se refiere que la bolsa BSS® es la única que encaja en un compartimiento en el CENTURION® VISION SYSTEM.

Alcon Cusí, en su escrito de alegaciones señala que según el PPT los equipos cedidos deben cumplir unas características mínimas, ello supone que los licitadores pueden ofrecer unos equipos con unas características superiores a las previstas en el pliego. Y fue ello precisamente lo que ha hecho la empresa Alcon al proponer para la utilización en el hospital un equipo que cuenta ya como accesorio con las bolsas de irrigación intraocular BSS que produce esta empresa, sin que el empleo de dicho accesorio suponga coste añadido alguno para el Hospital al ya ofrecido por la empresa para el suministro del pack.

El informe del órgano de contratación señala que *“La solución de irrigación es uno más de los componentes del pack que se incluyen en la oferta de Alcon Cusí para el lote 1”*.

3.- Aunque el equipo pueda trabajar mediante la gravedad, controlando la altura de un gotero lo que podrá admitir el uso de cualquier líquido de irrigación intraocular existente en el mercado, queda anulada la opción de *“control de la presión en cámara anterior mediante aumento de la presión del líquido de irrigación de forma activa, e independiente de la altura de la botella de irrigación”*, exigida como característica mínima por el PPT, pues la presión intraocular queda condicionada a la gravedad y la altura de la botella de irrigación.

En la ficha técnica del modelo ofertado, en el apartado presión monitorizada y en el apartado presión de irrigación consta que *“el software funciona para mantener la PIO”*.

A este respecto el órgano de contratación informa que los packs ofertados contienen plena funcionalidad del control activo de la presión intraocular.

En relación a los tres incumplimientos mencionados que sustentan el recurso, tal como afirma el órgano de contratación en su informe, cabe observar que se ha valorado, como así se contempla en el PPT la *“plena funcionalidad”* de los equipos ofertados. La correcta interpretación del requisito técnico ha de hacerse considerando lo que explica el órgano de contratación, es decir considerando plenamente funcional aquél equipamiento que es compatible con los fungibles de otros fabricantes o aquellos que no los precisan, pues en ese caso no es necesaria la previsión de compatibilidad establecida en el PPT. Los facoemulsificadores ofertados cumplen con los requisitos requeridos, no resultando necesario para su plena operatividad ningún accesorio o elemento que no venga integrado en las ofertas que ambos licitadores presentan.

Manifiesta el informe del órgano de contratación que la intención del Hospital al prever que el equipo objeto de cesión pueda tener funcionalidad con otros existentes en el mercado, no sólo respecto al líquido de irrigación sino respecto a otros elementos como pueden ser los viscoelásticos, radica en evitar tener que estar obligado el centro hospitalario a adquirir consumibles para el equipo a la misma empresa adjudicataria del pack objeto de suministro del lote nº 1, en el caso que estos fuesen más caros que los de otra empresa del sector. Ahora bien, ello no sucederá en el supuesto que aquí nos ocupa ya que en que el líquido de irrigación intraocular constituye un accesorio incluido dentro del equipo objeto de cesión sin coste alguno. Por ese justificado motivo, el propósito del Hospital queda perfectamente cubierto y satisfecho habida cuenta que no deberá asumir cargo alguno para la compra del líquido de irrigación intraocular que es necesario para el funcionamiento del equipo de facoemulsificación; siendo ésta precisamente la razón por la que el Hospital estableció dicha previsión en el PPT que queda, sin duda, cumplida con la oferta del equipo objeto de cesión por parte de Alcon Cusí.

Por otra parte, teniendo el PPT la consideración de requisitos mínimos exigidos, se ha especificado en la descripción de los Sets la fórmula “pack o equipo completo para cirugía de cataratas” en el que se solicitan los fungibles específicos para cada aparato de cada fabricante (sin posibilidad por tanto de ser adquiridos a otro proveedor) como el cassett del faco, aguja, llaves de apriete, etc., y además se solicitan otros fungibles de uso en cirugía de catarata válidos para usar con cualquier aparato de facoemulsificación, siendo en este caso sus características técnicas específicas (anchura de cuchillete, volumen de las jeringas, etc.) las que se detallaban en la descripción técnica del procedimiento.

Ambos ofertantes (Alcon Cusí, S.A. y Bausch & Lomb, S.A.), han presentado los packs que contienen, por un lado los elementos específicos que permiten tener plena funcionalidad de la máquina (singularmente el control activo de la presión intraocular) con leves diferencias propias del distinto diseño de cada máquina, pues mientras en el caso del facoemulsificador de Bausch & Lomb es necesario disponer

de un tubo especial flexible (lo incluye), en el caso de Alcon Cusí, es necesario disponer de suero de irrigación intraocular en presentación especial (lo incluye), elementos ambos que no se pueden adquirir en el mercado “libre”, por eso se solicitaba en el pack o equipo completo la inclusión de los fungibles necesarios para la cirugía. Tanto Alcon Cusí como Bausch & Lomb los presentan en sus ofertas.

Por otro lado, en ambas ofertas, se incluyen los elementos fungibles no específicos para cada máquina, necesarios para la cirugía y que se solicitaban detallando sus características técnicas.

Por consiguiente, ambas ofertas se encuentran en las mismas circunstancias en cuanto al cumplimiento con las condiciones requeridas, pues permiten plena funcionalidad de cada aparato de facoemulsificación utilizando el pack ofertado por cada uno, que incluye todos los consumibles específicos de cada fabricante, no existiendo necesidad de otros consumibles específicos. El resto de fungibles o consumibles que son necesarios para la cirugía, o están ya incluidos en el pack ofertado (cuchilletos, etc.) o bien existen varias empresas en el mercado que pueden suministrarlos.

Sexto.- En su oferta técnica junto con la descripción del pack ofertado en el lote 1, Alcon Cusí, S.A. manifiesta expresamente que *“incluye la solución de irrigación intraocular necesaria (esto supone un ahorro de costes importante para el centro)”* suponiendo esto, según la recurrente, la oferta de una mejora no prevista en el pliego que rige la convocatoria.

El PPT preveía que los equipos de facoemulsificación objeto de cesión por parte de los licitadores debían tener unas características mínimas, por lo que es evidente que los equipos incluidos en las ofertas de las empresas licitadoras debían cumplirlas, debiendo ser excluidas en caso contrario, pero también podían tener unas características superiores a las mínimas establecidas en el pliego.

Cabe señalar que el procedimiento de licitación ha sido abierto y el único criterio de adjudicación el precio.

El artículo 147 del TRLCSP establece que:

“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”.

Es evidente que al no haberse previsto ni en el pliego ni en el anuncio de licitación la posibilidad de presentación de mejoras en relación con los componentes del equipo objeto de cesión, no es posible valorar su presentación como criterio de adjudicación. Por ello no ha sido valorado este elemento como una mejora y ninguna incidencia ha tenido en la adjudicación del presente contrato en el que el único criterio de adjudicación que se ha tenido en cuenta ha sido el del precio y ha sido la empresa que ha presentado el precio más bajo a la que se le ha adjudicado el contrato.

Tal como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso *“En cuanto al punto 6 del recurso interpuesto por Bausch & Lomb, S.A. señalar, que no existiendo la posibilidad de Mejoras en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares la solución de irrigación intraocular no puede considerarse como tal. La solución de irrigación es uno más de los componentes del pack que se incluyen en la oferta de Alcon Cusí para el lote 1”.*

El precio es el único criterio para la adjudicación de este contrato y la adjudicación se ha realizado a la oferta más barata sin que la presentación de mejoras haya supuesto ventaja alguna a la hora de determinar la oferta

económicamente más ventajosa pues no ha sido valorada con puntos en el único criterio de adjudicación establecido.

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, interpuesto por don N.G.H. y don J.G.R., en calidad de apoderados de Bausch & Lomb, S.A., contra la Resolución de adjudicación del contrato de suministro número HUPA 18/15 “Packs para cirugía de cataratas y vitrectomía con destino al Hospital Universitario Príncipe de Asturias”, lote 1.

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.

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.