

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

En Madrid, a 17 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don J.P.L., actuando en nombre y representación de la mercantil Hospal, S.A., contra Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de 31 de julio de 2014, por la que se adjudica el contrato P.A. 2014-0-33 “Suministro de Sistemas de Hemofiltración (HDFVVC) UCI y Reanimación para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) correspondientes a la licitación del procedimiento abierto “Suministro de Sistemas de Hemofiltración (HDFVVC) UCI y Reanimación para el Hospital Universitario “12 de Octubre”, a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio precio y con un valor estimado de 396.669,20 euros. El contrato se compone de un único lote con cinco números de orden que se corresponden a diferentes sistemas de hemofiltración. Los números 1,

correspondientes a sistemas de adultos con un filtro entre 0,9 y 1,2 m² y el 2 con filtro igual o superior a 1,5 m². El número de orden 3 se refiere a sistema de hemofiltración con citrato y filtro superior a 1,5 m². Y los números de orden, 4 y 5 corresponden a sistemas de hemofiltración pediátrico, el 4 con filtro entre 0,2 y 0,3 m² y el número de orden 5 con filtro entre 0,6 y 0,75 m².

Segundo.- Mediante Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 31 de julio de 2014, se procede a la adjudicación del contrato, resultando adjudicataria del suministro a la empresa Fresenius Medical Care, S.A. (en adelante Fresenius). La notificación se realizó el día 1 de agosto mediante fax.

Tercero.- El 12 de agosto Hospal, S.A. presenta, ante el Hospital Universitario 12 de Octubre anuncio previo al recurso especial en materia de contratación.

El 18 de agosto de 2014 tuvo entrada en el Tribunal escrito de Hospal, S.A. por el que impugna la adjudicación del suministro. En concreto considera que la oferta de la recurrente no se ajusta a las condiciones técnicas de los números de orden 1, 3 y 4.

La recurrente solicita que se proceda a la revisión de la oferta de Fresenius Medical Care, S.A. en relación con los requisitos técnicos determinados en las bases del expediente para que si, como sostiene, incumple con las especificaciones técnicas requeridas se proceda a excluir su oferta y se inste al órgano de contratación a adjudicar el contrato al licitador que dando cumplida respuesta a los requerimientos técnicos haya presentado la proposición más ventajosa.

Cuarto.- Con fecha 10 de septiembre de 2014, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Quinto.- El Hospital Universitario 12 de Octubre remite una copia del expediente de

contratación junto con los informes breves y escuetos de la Directora Gerente y del Servicio de Medicina Intensiva, carentes de fundamentación jurídica.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 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-, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Han presentado escrito de alegaciones Fresenius Medical Care S.A., que solicita que se desestime el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de Hospal, S.A. para interponer recurso especial al tratarse de personas jurídicas “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP), pues se trata de un procedimiento al que solo han concurrido dos licitadores y la exclusión del adjudicatario le colocaría en posición de poder serlo.

Asimismo se documenta la representación del firmante del recurso.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 31 de julio de 2014, practicada la notificación el día 1 de agosto e interpuesto el recurso ante este Tribunal el día 18 de agosto.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación

armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP en relación al 15.1.b).

Cuarto.- 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.

Quinto.- Se cuestiona en el recurso el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el PPT por la oferta adjudicataria presentada por Fresenius.

En el expediente de contratación se han de integrar el PCAP y el PPT, los cuales incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y las condiciones que han de regir la ejecución del contrato. Los aspectos técnicos deben recogerse en el PPT para definir las características que deben cumplir los suministros debiendo guardarse la debida diligencia en su elaboración de manera que lo solicitado se corresponda con las necesidades a satisfacer de manera que su establecimiento vinculará tanto a los licitadores a la hora de formular su oferta como al propio órgano a la hora de valorar éstas.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

El artículo 145 del TRLCSP dispone que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

De la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten no solo al contenido de los PCAP sino también a los PPT o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.

El artículo 160 del TRLCSP relativo al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación establece, en el segundo párrafo de su apartado 1, que *“Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego”*.

La exigencia de unos requisitos técnicos supone su aceptación a la hora de formular proposición por parte de los licitadores, los cuales han de tenerlos como referencia a la hora de calcular el importe económico de su oferta. El incumplimiento por alguno de ellos y su aceptación por el órgano de contratación supone que no se están comparando ofertas iguales, pues al ser técnicamente diferentes no son similares sus costes económicos y habría empresas que pudieran hacer ofertas más

ventajosas presentando productos de menor o diferente calidad a la exigida a los demás. Por otra parte, pudiera haber empresarios que no han formulado su oferta pensando que sería rechazada por no ajustarse al objeto del contrato, que se ven perjudicados al ver que otros que tampoco cumplen son adjudicatarios del contrato.

El Tribunal quiere recordar que su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico sobre la adecuación de unos productos u otros para la satisfacción de las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato, cuya definición corresponde al órgano de contratación y además en este caso tampoco se cuestionan, sin perjuicio de que pueda valorar la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos definidos para la atención de dicha necesidad y que se cumplan las formalidades jurídicas, que exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

El propio PCAP que rige la contratación en el apartado 5.2.2 de la cláusula 1 (“Características del contrato”), tras referir la documentación técnica a presentar por los licitadores en su oferta, entre la cual debe figurar los catálogos e información técnica necesaria para la valoración del producto, señala: *“Esta documentación resulta imprescindible para poder verificar, con carácter previo a la apertura de la documentación económica, el cumplimiento de las características técnicas mínimas establecidas en el Pliego de Prescripciones técnicas”*. Y, a continuación, señala que *“se valorará si los productos ofertados cumplen con esas especificaciones técnicas y, caso de que no lo hicieran, la correspondiente oferta será excluida”*.

Sexto.- Procede, por tanto, analizar si el PPT, que constituye ley del contrato, exige los requisitos técnicos cuyo incumplimiento se señala por la recurrente y si la oferta adjudicataria se ajusta o no a lo requerido.

A.- En el nº de orden 1, el PPT solicita un “sistema de hemofiltración (HDFVVC) adulto, filtro entre 0,9 y 1,2 m²”.

FRESENIUS MEDICAL CARE ESPAÑA, S.A, presenta para este lote 1- orden 1 los siguientes componentes:

*Kit 4CVVHDF600 - Ref. 5038931 - Caja 1 unidad.

*Bolsa de recogida 10 L - Ref. 5029011 - Caja 40 unidades.

Como puede observarse en la documentación técnica presentada por Fresenius del *Kit 4CVVHDF600 (pág. 157 del expediente remitido), la superficie del filtro es de 1,4 m² es decir, por encima de los márgenes determinados en las prescripciones técnicas del PPT.

Según el informe del órgano de contratación, el producto ofertado por Fresenius posee los requisitos técnicos, como recoge el informe de la Unidad destinataria, para la función que debe cumplir, aunque en la ficha técnica del producto figure, efectivamente, una medida que no se ajusta al rango recogido en la descripción del producto. El informe del Servicio de Medicina Intensiva al recurso indica que el objetivo del nº de orden 1 es realizar la técnica de HDFWC con flujos normales o moderadamente elevados para lo que se consideró un filtro inferior a 1,5 m², debiendo haberse indicado en la descripción, quedando de este modo reservado el número de orden 2 “Sistema hemofiltración adulto, filtro igual o superior a 1,5 m²”, para terapias de HDFWC de alto flujo. Son válidos por tanto los sistemas con filtros cuya superficie es de 1,3 m² y de 1,4 m². El sistema que presenta Fresenius cumple con las especificaciones técnicas que se requieren para la realización de la técnica de HDFWC.

Según alega Fresenius la superficie solicitada es una característica técnica mínima, en cuanto a superficie del filtro, que establece el PPT. Por tanto los licitadores podrán ofertar sistemas o equipos que cumplan estrictamente con esa característica técnica mínima, o que la superen (esto es, que dispongan de un filtro de mayor superficie), pero no menor. El sistema ofertado por ella permite la

consecución del resultado o rendimiento funcional pretendido de una manera más eficiente y beneficiosa para el paciente, y si a pesar de lo expuesto, se pretendiera sostener la postura de la recurrente afirmando que el sistema ha de contar con un filtro no superior a $1,2 \text{ m}^2$ nos encontraríamos con una especificación técnica arbitraria y nula en cuanto irrazonable y carente de justificación que constituiría una restricción de la concurrencia. Aunque el PPT no ha sido impugnado y como norma general en estos caso ha de estarse a lo en él dispuesto salvo las previsiones estén viciadas de nulidad de pleno derecho como lo son aquellas que restringen la libre concurrencia.

El Pliego de Prescripciones Técnicas describe la medida que ha de tener la superficie del filtro (entre $0,9$ y $1,2 \text{ m}^2$), sin indicar, en ningún momento, que se trate de un rango aproximado. De hecho, en los números de orden 2 y 3, el PPT, a la hora de establecer el rango de medidas, explícitamente permite cierta flexibilidad en las mismas al utilizar la expresión *“igual o superior”*. El hecho de que no haya utilizado esa misma expresión para el nº de orden 1, determina claramente que el organismo de contratación está solicitando un producto con un valor concreto (entre $0,9$ y $1,2 \text{ m}^2$), el cual se incumple en la oferta presentada por Fresenius. Así lo reconoce también el informe del órgano de contratación que, aunque señala que la oferta no se ajusta al rango recogido en la descripción del producto, sin embargo lo admite en base a que el sistema cumple las especificaciones que se requieren para la realización de la técnica HDFWC. Pero no es eso lo explicitado en el PPT. Como señala en su informe el Servicio de Medicina Intensiva su intención era separar en dos números de orden los sistemas de hemofiltración de adultos, en uno los que llevan filtro que va del intervalo entre $0,9$ y $1,5 \text{ m}^2$ y en el otro los sistemas con filtro igual o superior a $1,5 \text{ m}^2$, todos ellos aptos para la técnica HDFWC, pero en lo reflejado en el PPT se ha recogido un intervalo distinto y en lugar de $0,9$ a $1,5 \text{ m}^2$ figura $0,9$ a $1,2 \text{ m}^2$, por tanto aun admitiendo que pueda ser útil para la función que debe cumplir e incluso superior disponer de mayor superficie de filtración, las ofertas que no cumplan el rango fijado en el PPT han de ser excluidas. Admitir como pretende la adjudicataria que se trata de unos requisitos mínimos que pueden ser

superados y no de un rango determinado supondría que también los sistemas de superficie igual o superior a 1,5 m² deberían ser admitidos a este número de orden, cuando tienen reservado el número 2 y el PPT ha dividido los productos en dos rangos para adultos y otros dos para hemofiltración pediátrica diferenciados precisamente por la superficie del filtro.

Tampoco incurre la descripción del producto en causa de nulidad como alega Fresenius, puesto que cualquier empresa del sector puede presentar productos con la superficie solicitada. Estando abiertos a la concurrencia de cualquiera, la propuesta de un producto distinto a lo que el órgano de contratación ha considerado necesario y técnicamente adecuado, describiéndolo así en el PPT, para el tratamiento de la hemofiltración de adultos, significa que no se adecúa al mismo y no que se esté limitando la concurrencia.

En consecuencia ha de estimarse lo alegado en el recurso y este incumplimiento determina la exclusión de Fresenius.

B.- En el número de orden 3, el PPT solicita un *“sistema de hemofiltración (HDFVVC) adulto, con citrato, filtro igual o superior a 1,5 m²”*.

Según la documentación técnica aportada por Fresenius el producto ofertado (pág. 165 del expediente remitido), está *“destinado al siguiente tratamiento: CVVHDF con anticoagulación regional con citrato”*.

El informe el órgano de contratación se limita a señalar que el sistema ofertado para este número de orden reúne todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones técnicas. Por su parte el informe del Servicio de Medicina Intensiva indica que según la documentación técnica presentada por Fresenius, en su apartado, *“CARACTERÍSTICAS MINIMAS”*: *posibilidad de sistema de anticoagulación con citrato*, es posible realizar las técnicas descritas, tanto en la modalidad de diálisis como en la de hemodiafiltración.

Alega Fresenius que el sistema ofertado incluye todo el material necesario para realizar el tratamiento solicitado: el Kit CiCa CVVHDF 1000 está diseñado para sesiones de hemodiafiltración continua veno-venosa en postdilución con el sistema de anticoagulación con citrato (CiCa). Ese kit permite ambos conceptos de eliminación de solutos, aplicando un sistema de anticoagulación con citrato del que resulta un tratamiento de alta eficacia.

El recurso de Hospal apunta, sin mayor explicación, que el Kit ofertado por Fresenius no se puede utilizar en la modalidad de hemodiafiltración: CVVHDF (combinación de diálisis y filtración). Pero como se ha recogido anteriormente en la documentación técnica consta expresamente que el kit ofertado está destinado al tratamiento CVVHDF. Debe desestimarse el recurso por este motivo.

C.- En el número de orden 4, el PPT solicita un *“sistema de hemofiltración (HDFVVC) pediátrico, filtro entre 0,2 y 0,3 m²”*.

Fresenius presenta para este lote 1- orden 4 los siguientes componentes:

- *Kit Paed CRRT/SCUF - Ref. 5039051 - Caja 1 unidad.
- *Bolsa de recogida 10 L - Ref. 5029011 - Caja 40 unidades.

Como puede observarse en la documentación técnica presentada Fresenius (pág. 169 del expediente remitido), el kit ofertado *“está destinado a realizar los siguientes tratamientos: SCUF, CVVH y CVVHD”*. Es decir, no consta que este destinado a realizar el tratamiento descrito en el PPT como HDFVVC (pediátrico).

El informe del Servicio de Medicina Intensiva indica que la documentación técnica presentada por Fresenius, en su apartado *“detalle de las especificaciones técnicas.- sistemas de depuración extracorpórea continua: preguntas frecuentes con su explicación especificada”*, detalla que su sistema tiene capacidad para realizar la

terapia de Hemodiafiltración venovenosa continua (CVVHDF), entendiéndose que la técnica se puede realizar tanto en adultos como en pediátricos.

Fresenius mantiene que el sistema ofertado es especialmente apto para el tratamiento pediátrico requerido. Los productos ofertados, tanto los monitores como los Kits, son aptos para tratamientos pediátricos de pacientes de corta edad. Los monitores tienen programas específicos con flujos de sangre reducidos, y volúmenes de intercambio y flujos de sustitución y diálisis adaptados. El calentamiento de los líquidos se realiza en las líneas de estos líquidos, en ningún momento se calienta directamente la sangre (lo que determina una mejor seguridad para el paciente). También los kits ofertados han sido diseñados para neonatos, con volúmenes muy reducidos de las líneas de sangre y los filtros.

A pesar de lo afirmado tanto por el Servicio de Medicina Intensiva como por Fresenius en la documentación técnica remitida con el expediente, que es la que debió de servir para la valoración de la oferta, no consta que el sistema de hemofiltración ofertado en este número de orden este destinado para el tratamiento HDFVVC (pediátrico), por lo que la oferta de Fresenius no acredita que se ajusta a lo establecido en el PPT.

A la vista de lo expuesto cabe concluir la ausencia de una adecuada valoración del cumplimiento de los requisitos técnicos, que se ha realizado relativizando los mismos y sin tener por referencia lo previamente establecido en el PPT.

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 don J.P.L., actuando en nombre y representación de Hospal, S.A., contra Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de 31 de julio de 2014, por la que se adjudica el contrato P.A. 2014-0-33 “Suministro de Sistemas de Hemofiltración (HDFVVC) UCI y Reanimación para el Hospital Universitario “12 de Octubre”, anulando la adjudicación recaída, excluyendo a Fresenius y debiendo adjudicar el contrato a aquella oferta que cumpliendo los requisitos del PPT presente la oferta más ventajosa, previo el cumplimiento de lo establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP.

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.