

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

En Madrid, a 13 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña A.B.S., en nombre y representación de la empresa NUTRICIA, SRL contra la resolución de adjudicación del lote 5 del contrato de suministro denominado “Sistemas para bombas de infusión y sistemas para administración de citostáticos”, convocado por el Hospital Universitario La Paz (Expediente PA 2016-0-11), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de marzo de 2016, se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato de referencia dividido en cinco lotes mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, y un valor estimado de 3.976.651,03 euros. La publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial del Estado se produce el 15 de marzo de 2016 y con fecha 18 del mismo mes en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Perfil de Contratante.

Según el punto I del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) el contrato tiene por objeto el suministro de los sistemas desechables y demás material fungible, para

las bombas de infusión que a continuación se detallan, en concreto, el lote 5 cuya adjudicación es objeto del presente recurso, se refiere a la adquisición para 24 meses de:

- 5.000 Bolsas alimentación enteral de 1.000-1.500 CC. Boca a rosca compatible con los sistemas de administración de alimentación entera utilizados en el Hospital. En envase individual estéril, exento de látex.

- 45.000 Sistema de nutrición enteral para bomba. Longitud aproximada 250 cm, cabezal universal adaptable a cualquier tipo de envase (Pack, botella con tapón 26 mm, contenedores tapón rosca de 40 mm, etc.). Estéril. Incluyendo adaptador universal que permita la unión de los sistemas de alimentación enteral con las bolsas colapsables.

En cuanto a las características técnicas cuyo cumplimiento se cuestiona el punto 1. 3 del PPT exige *“Todos los equipos presentarán dispositivos y/o interface con puerto de salida de datos informáticos. Conexión a red informática disponible en el centro hospitalario con transferencia de información mediante protocolo HL7 (adjuntar el Conformance Claim Set); incorporando todos aquellos componentes de Hardware/software que sean necesarios para el volcado de datos de forma automática a los sistemas de información clínica del Hospital, sin que ello suponga coste alguno en el momento de la implementación de los mismos”*.

Además en el punto 2 del PPT relativo a los sistemas desechables y material fungible exige en relación con el etiquetaje, entre otras condiciones, que figure el Marcado C.E.

Segundo.- A la licitación del lote cinco se presentaron dos empresas incluida la recurrente.

Consta en el expediente (documento 15) que con fecha 24 de mayo de 2016, el órgano de contratación solicitó de la empresa ABBOTT Laboratories, S.A., la aclaración de una serie de extremos de la oferta, requerimiento que fue atendido el

27 de mayo, en los términos de que se dará cuenta al examinar las cuestiones de fondo del presente recurso.

El 29 de junio de 2016, previa recepción del informe evacuado por el Servicio de suministro del HULP relativo a “Criterios no evaluables automáticamente” que obra en el expediente, se celebra la sesión de la Mesa de Contratación, en la que se procede a la lectura de las valoraciones técnicas y a la lectura de la proposición económica del único licitador admitido en el lote 5, ABBOTT Laboratories, S.A.

Ese mismo día, la recurrente solicita vista de la documentación técnica de los criterios sujetos a un juicio de valor de la oferta presentada por ABBOTT al lote 5 y el 5 de julio de 2016 nuevamente solicita vista del expediente.

El 25 de agosto de 2016 el Director Gerente del HULP resuelve adjudicar el contrato de suministro de material (lote 5) a la empresa ABBOTT Laboratories, S.A procediendo a notificar dicha resolución al adjudicatario y al resto de los licitadores el 7 de septiembre de 2016 y a publicarla en el Perfil de Contratante el 31 de agosto de 2016. El resultado de la licitación obedece a la exclusión del otro *licitador* “*por presentar una oferta cuyas características técnicas no se ajustan a las exigidas en el PPT que rige para este procedimiento*”.

Tercero.- El 16 de septiembre de 2016, previo anuncio al órgano de contratación el mismo día, tiene entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de dicho contrato.

Cuarto.- El 19 de septiembre de 2016 se requirió al órgano de contratación para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 TRLCSP, remitiera el expediente administrativo acompañado de su informe preceptivo, habiéndose atendido dicho requerimiento el día 23 de septiembre de 2016.

En su informe el órgano de contratación se opone al recurso, solicita su desestimación y ratifica que la oferta de ABBOTT Laboratories, S.A. se ajusta fielmente a las exigencias del pliego de prescripciones técnicas.

Quinto.- Con fecha 28 de septiembre de 2016 el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- 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 ABBOTT Laboratories, S.A., de cuyo contenido se hará referencia al conocer del fondo del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto 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 acto recurrido es la adjudicación de un contrato de suministros, sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de este recurso de conformidad con el artículo 40.1. a) y 40.2. c) del TRLCSP.

Tercero.- En cuanto al plazo de interposición, el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles establecidos en el art. 44.2 del TRLCSP, ya que habiéndose notificado la resolución de adjudicación de fecha 25 de agosto de 2016, el 7 de septiembre de 2016, el recurso fue presentado el 16 de septiembre de 2016.

Cuarto.- Se acredita en el expediente la legitimación de NUTRICIA S.L para

interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”. La circunstancia de que en el Acuerdo impugnado se excluya a la recurrente de la licitación, no obsta para el reconocimiento de esta legitimación, en tanto en cuanto habiendo concurrido solo dos licitadoras al lote 5 (recurrente y adjudicataria) el interés de la recurrente radica en que el lote quede desierto y haya de licitarse de nuevo, presumiblemente con unas nuevas condiciones, al no haberse podido atender la licitación en los términos exigidos.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso mediante la documentación aportada el 22 de septiembre de 2016 al Tribunal en el plazo de subsanación concedido al efecto.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la recurrente funda sus pretensiones anulatorias del acuerdo de adjudicación en el incumplimiento por parte de la adjudicataria de las prescripciones técnicas del pliego, en concreto en tres motivos, que se irán analizando separadamente.

Debemos recordar que los pliegos, tanto de cláusulas administrativas particulares como los de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de contratación constituyen *lex contractus*, por lo que todo el procedimiento administrativo inspirado en los principios propios de la concurrencia competitiva ha de ser respetuoso con sus cláusulas tanto jurídicas como técnicas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, que establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el Pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, máxime cuando el propio PCAP no solo referencia al PPT las características técnicas sino que prevé como causa de exclusión su incumplimiento.

Es criterio consolidado del Tribunal la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en el PPT, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta u ofertas presentadas que no se adecúen a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación, sin que al órgano de contratación le sea dado ignorarlas o relativizarlas.

A ello cabe añadir que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el asunto T4/01, Renco SpA, contra el Consejo de la Unión Europea, sobre criterios de adjudicación en su apartado 68 y respecto del criterio “conformidad de la oferta” dice: “Dado que el criterio relativo a la conformidad de la oferta es absoluto, se debe rechazar una oferta cuando no se ajusta al Pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Por otro lado teniendo en cuenta el trámite de aclaración de la oferta efectuada por la adjudicataria del que se ha dado cuenta más arriba cabe traer a colación el criterio común en la doctrina y en la jurisprudencia, de que requerida aclaración por el órgano de contratación para comprobar cualquier extremo de la documentación presentada en una licitación para garantizar la concurrencia de los licitadores en condiciones de igualdad, en ningún caso la subsanación puede suponer una alteración de la proposición inicial. Así lo ha manifestado este Tribunal en numerosas ocasiones así como el TCRC en la resolución 614/2013, de 13 de diciembre, cuando afirma que *“la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada”*. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que

“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta”. Por tanto, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas.”

Por último, debe destacarse que todos los reproches que contiene el recurso lo son a la valoración de la oferta de la adjudicataria respecto del cumplimiento de las prescripciones técnicas o requisitos sin que se cuestione la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplimiento.

1- Incumplimiento de la incorporación del hardware necesario para la exportación de datos sin coste alguno en el momento de la implementación de los mismos, en los términos establecidos en el apartado 1.3 del PPT, al no incluir su oferta el cable para la transferencia de datos para la bomba de infusión (código 49517) exigido por el PPT, ya que según afirma, en el apartado de las especificaciones técnicas del lote 5, nº de orden 36 - codo 49517, en referencia a los accesorios de la bomba ofertada se indica en un epígrafe titulado: “Productos en venta (bajo pedido, no incluido en la cesión)” y dentro de éste, se incluye el cable para la transferencia de datos.

Como se ha expuesto en los fundamentos de hecho del presente recurso, el órgano de contratación requirió el 24 de mayo de 2016 aclaraciones que fueron atendidas el 27 de dicho mes, por Abbott Laboratories, S.A., aportando el manual de uso de la Bomba FREGO que en su página 14 detalla la configuración del equipo para el uso de la descarga de datos, así como la utilización y conexión del cable auxiliar de descarga de datos ref. S412, aportando una muestra.

Al efecto, el órgano de contratación en su informe sostiene que aunque el

documento comercial que se incorpora por parte del licitador a la documentación técnica incluye una indicación “bajo pedido”, entiende que solo puede significar que el suministro del cable para la transferencia de datos se producirá bajo pedido según las necesidades existentes en cada momento con el fin de mantener un flujo continuo de actividad en el Hospital, como se recoge en el PPT y sin que lleve un coste adicional como exige el punto 1.3 del PPT por ser norma que rige este contrato.

Por su parte la adjudicataria aduce respecto a la primera alegación, que NUTRICIA al acceder al expediente observó que había un documento aportado por ABBOTT en el que aparece que los accesorios de la bomba ofertada, entre ellos el cable para la transferencia de datos, se encuentran en el epígrafe de productos en venta (bajo pedido, no incluido en la cesión), que es el manual estándar utilizado de forma genérica con todos los clientes, en el que se explica las características técnicas de la bomba por lo que no siendo necesarios para el funcionamiento de la bomba ni para su uso diario, ofrece como complemento bajo pedido, si bien en este caso al estar incluida en el PPT del Expediente, en concreto en el apartado 1.3, la necesidad de incorporar “todos aquellos componentes de Hardware/software que sean necesarios para el volcado de datos”, Abbott incluyó en su oferta el cable para la transferencia de datos, según acredita mediante carta de contestación a la solicitud de información del Servicio de Suministros del Hospital, de fecha 27 de mayo.

Dado que la oferta se realiza sometiéndose a las exigencias del PPT y que en la aclaración no se altera ni el producto a suministrar, ni su precio, cabe considerar que la aportación de la muestra supone la subsanación y aclaración de la oferta sin que suponga su modificación, por lo que este Tribunal considera que no se ha producido incumplimiento de las exigencias del PPT en cuanto a esta prescripción técnica, en los términos de la doctrina citada más arriba.

2- Incumplimiento de la aportación del certificado de conexión Conformance Claim Set mediante protocolo HL7 de acuerdo con el apartado 1.3 del Pliego de

Prescripciones Técnicas, admitiéndose la declaración del adjudicatario de que dispone del software para la transferencia de información de sus equipos mediante protocolo HL7, siendo además éste uno de los motivos que indicó el órgano de contratación para justificar que la oferta de Nutricia no se ajustaba a las características exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

En cuanto al segundo motivo el órgano de contratación entiende igualmente cumplida la exigencia con las aclaraciones facilitadas por ABBOTT, según la cual no se puede aportar el Conformance Claim Set en tanto no se ha iniciado la ejecución del contrato, los equipos no se han incorporado al Hospital ni, por supuesto, han sido testados con el sistema informático del mismo. Solamente con su conexión al sistema podrá comprobarse si es posible la transferencia de información mediante protocolo HL7. Y será el Hospital quien deberá comprobar si, efectivamente, ha sido posible tal transferencia para expedir el referido documento

Esta información es ampliada por ABBOTT en su escrito de alegaciones señalando que el protocolo o los estándares HL7 se refieren al último modelo de comunicación para la interconexión de sistemas abiertos de la Organización Internacional para la Estandarización (ISO) para el ámbito de la Salud y que las bombas de ABBOTT están fabricadas incluyendo un software que permite la exportación de datos siguiendo los estándares HL7 según acredita mediante certificado remitido en contestación a la solicitud de información del Servicio de Suministros del Hospital, de fecha 24 de mayo de 2016 (requisito que no cumple NUTRICIA y por lo que fue excluida). Sostiene que el Conformance Claim Set de los estándares HL7 (o declaración de conformidad con las exigencias de comunicación de datos) solo se puede emitir en un siguiente paso, una vez instalado dicho equipo o software en el cliente, ya que solo el cliente, el que puede certificar y confirmar que la transmisión de datos es correcta.

En cuanto a la documentación acreditativa del Conformance Claim Set, queda igualmente justificado en ese escrito y aceptado por el propio órgano de contratación

que solo se puede emitir en la fase de ejecución del contrato una vez que se haya realizado la conexión de la bomba FREGO (que cuenta con un puerto de datos con transferencia de información mediante protocolo HL7) al sistema informático del hospital y se hayan realizado las pruebas correspondientes.

De la explicación ofrecida y aceptada por el órgano de contratación, se desprende que el requisito exigido es de imposible cumplimiento en la fase de licitación, por lo que la exigencia debe tenerse por no puesta en los términos exigidos, conclusión que por otro lado, no resulta vulneradora del principio de igualdad, al no constar que la falta de aportación del indicado Conformance Claim Set, haya sido la causa de exclusión de Nutricia.

3- Incumplimiento de la exigencia de aportar certificado del mercado CE, conforme a lo establecido en la legislación vigente reguladora de los productos sanitarios en uno de los productos que componen el lote nº 5.

En relación con la obligación de aportar mercado CE en relación con el producto Flexitainer 1000 mi M240-B01, número de orden 35, código 24305, expone el órgano de contratación que se solicitó aclaración al respecto que fue realizada por Abbott Laboratories, declarando que *“el producto ofertado Lote 5 - código 24305 Bolsa Flexitainer ref. M240 no tiene Certificado CE ya que es un producto sanitario clase I”*. Sin embargo, en su informe el órgano de contratación considera que, Abbott Laboratories incurrió en error en esta declaración ya que dicho producto, efectivamente, dispone de él, tal y como se acredita mediante el documento 17 que se corresponde con la etiqueta del envase de dicho producto en la que aparece el requerido mercado CE.

En último lugar, argumenta ABBOTT que la propia legislación vigente reguladora de productos sanitarios no exige el certificado de mercado CE para los productos sanitarios de Clase I por lo que aportó junto a su oferta, la Declaración de Conformidad del mercado CE -que es como denomina la Agencia Española de

Medicamentos y Productos Sanitarios-AEMPS-) esto es la declaración del fabricante en la que se asegura que sus productos son conformes a los requisitos esenciales que les resultan de aplicación), único documento exigido para los productos Sanitarios de Clase I según la legislación vigente.

Comprueba este Tribunal que en ningún momento se solicitó que se aportara el documento del marcado CE, sino su traducción al castellano al constar en inglés en la oferta, tal y como consta en el documento 15 del expediente, y que además de la alegación de improcedencia del marcado se aporta en el trámite de subsanación el certificado de aprobación del sistema de calidad correspondiente a la Directiva de Productos sanitarios 93/42/CE, en castellano, donde consta que autoriza el número de identificación 0050 (que este Tribunal comprueba que es el que aparece en la etiqueta del producto) del organismo notificador de la NSAI en conjunto con la marca de conformidad CE para esta familia de productos.

Por lo tanto además de tener el correspondiente marcado CE, aporta la traducción al castellano del certificado, subsanando la oferta sin que ello suponga su modificación.

Séptimo.- ABBOTT sostiene en su escrito de alegaciones que NUTRICIA, es la actual suministradora del material objeto del lote 5, y pretende a través de su recurso, la suspensión del procedimiento, garantizándose así una prórroga de facto en el suministro del material objeto del mencionado lote 5, solicitando en consecuencia la imposición de una multa por mala fe. A la vista de lo alegado por la adjudicataria, cabe apreciar si se ha producido mala fe de acuerdo con lo establecido en el artículo 47.5 TRLCSP *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”*.

Los conceptos temeridad y mala fe aunque íntimamente ligados presentan distintos matices, basados en el alcance subjetivo que presenta la mala fe respecto de la temeridad, si bien en este tipo de procedimientos suelen ir unidas. Efectivamente si un recurso carece de fundamento, pero dicha carencia no puede residenciarse en la conducta del recurrente, difícilmente podrá hablarse de mala fe. Considera la jurisprudencia que concurre temeridad respecto de los recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

En este caso la recurrente señala que la oferta de la adjudicataria no cumple unos requisitos a pesar de conocer con detalle la misma al haber solicitado vista del expediente y poder comprobar in situ el contenido de la misma, así como por el hecho de haber reconocido y declarado que ella no dispone del software necesario para la transmisión de datos por lo que la estimación del recurso no podría suponerle ventaja alguna. Sin embargo este Tribunal, ante la complejidad de la apreciación del cumplimiento de algunas prescripciones técnicas, considera que el recurso se interpone en el ejercicio del derecho de defensa de Nutricia sin que quede acreditada la mala fe invocada.

No procede por tanto la imposición de la multa solicitada.

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 interpuesto por doña A.B.S., actuando en nombre y representación de la empresa NUTRICIA, SRL contra la resolución de adjudicación del contrato de suministro del Hospital Universitario La Paz denominado "Sistemas para bombas de infusión y sistemas para administración de citostáticos" (Expediente PA 2016-0-11)

Segundo.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 28 de septiembre de 2016.

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.