

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017.

VISTOS los recursos interpuestos por don R.A.F., en nombre y representación de Hospira Productos Farmacéuticos y Hospitalarios, S.L. (Hospira), y por don D.H.R., en nombre y representación de Carefusion Iberia 308, S.L. (Carefusion), contra la Resolución del Director Gerente de Atención Especializada Área V, por la que se excluye a las recurrentes y se adjudica el contrato “Suministro de material fungible necesario para bombas de infusión de administración epidural y de la unidad del dolor del Hospital Universitario La Paz”, lotes 1 y 2, número de expediente: P.A. 2017-0-9, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 10, 13, 18 y 20 de febrero de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid, en el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, dividido en 2 lotes, con entrega de muestras y un valor estimado de 237.403,62 euros, a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato, que las características técnicas del material fungible para bombas de infusión, establecidas en el apartado 1.2.11 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), son entre otras las siguientes:

Características Técnicas de las bombas de infusión para los lotes 1 y 2:

- Bomba volumétrica monocanal/peristáltica.
- Exenta de látex.
- Posibilidad de programas analgesia continua. Analgesia epidural controlada por el paciente, analgesia epidural en bolos programados intermitentes e infusión continua, todas ellas combinables entre sí y con posibilidad de programas pre-instalados para protocolos.
- Teclado numérico.
- Ritmo de infusión desde 0,1 ml/h y adaptable a programación de fármacos según protocolos.

Segundo.- A la licitación convocada de los mencionados lotes se presentaron tres empresas, entre ellas las dos recurrentes.

Tras la tramitación oportuna, el día 11 de julio de 2017, se dicta Resolución de adjudicación del contrato a favor de Smiths Medical España S.R.L. que se publica el día 12 en el Perfil de contratante y se notifica a las recurrentes el 14 del mismo mes.

El 1 de agosto de 2017, la representación de Hospira, presenta recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal, contra su exclusión y la adjudicación de los dos lotes del contrato, de conformidad con el artículo 40 y siguientes 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). El recurso fue previamente anunciado al órgano de contratación el 26 de julio de 2017.

En el recurso se solicita que declare la nulidad de la resolución de adjudicación donde se determina la exclusión, toda vez que su oferta cumple con las prescripciones técnicas mínimas recogidas en el PPT por el que se rige la convocatoria. Asimismo solicita la exclusión de la oferta presentada por Smiths Medical España, S.R.L., por no cumplir con las exigencias previstas en el PPT. Por último solicita la suspensión del procedimiento.

El 2 de agosto de 2017, la representación de Carefusion, presenta recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal igualmente contra su exclusión y la adjudicación del contrato y con el mismo *petitum*, de conformidad con el artículo 40 y siguientes del TRLCSP.

Tercero.- Con fecha 10 de agosto de 2017, se remite a este Tribunal copia el expediente administrativo y los informes preceptivos a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En ambos informes el órgano de contratación solicita la desestimación de los recursos en lo que se refiere a la exclusión de ambas recurrentes y que se estime la pretensión de Carefusion en lo relativo a considerar que el adjudicatario Smiths Medical incumple el pliego de prescripciones técnicas, porque *“los sistemas de infusión ofertados por SMITHS MEDICAL no son “libres de látex y ftalato”, sino que por el contrario contienen sustancias cancerígenas, incumpliendo la normativa sobre productos sanitarios recogida en el RD 1591/2009, a la que se remite expresamente el PPT”,* lo que implicaría que todos los licitadores son excluidos quedando desierto el procedimiento de contratación convocado, previa resolución al respecto por el órgano de contratación.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, no habiendo sido formuladas por ningún interesado.

Quinto.- Con fecha 4 de agosto de 2017, el Tribunal ha acordado mantener la suspensión del expediente de contratación.

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 recurso.

Segundo.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados se aprecia identidad en el asunto, su fundamentación y *petitum*, se trata del mismo expediente de contratación, hay identidad en los interesados y la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría al otro, por lo que procede acordar la acumulación de la tramitación de los dos recursos para resolverlos en un solo procedimiento y por medio de una sola resolución.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación de Hospira y de Carefusion para la interposición del recurso 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 en el que existen solo tres licitadoras y su admisión y la exclusión de la adjudicataria, les colocaría en posición de poder serlo.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de ambos recursos.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto de los recursos debe indicarse que éstos se han interpuesto contra la exclusión y adjudicación de un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo de los artículos 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Ambos recursos se han interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la Resolución de adjudicación se produjo el 14 de julio de 2017, por lo que los recursos presentados los días 1 y 2 de agosto, se interpusieron en plazo.

Sexto.- En primer lugar, el recurso formulado por HOSPIRA, respecto a su exclusión, alega en la notificación que le fue efectuada se indica como motivo de exclusión lo siguiente:

“No presenta un teclado analógico numérico (...)

Por otra parte, en el PPT se establece la necesidad de que la bomba posibilite ‘Programas de analgesia continua: analgesia epidural controlada por el paciente, analgesia epidural en bolos programados intermitentes e infusión continua, todas ellas combinables entre sí y con posibilidad de programas pre-instalados para protocolos’. La Bomba de Infusión ofertada por Hospira, no cumple con este requisito porque a pesar de que en la documentación técnica que aporta la casa comercial, indica que ofrece la posibilidad de configuración de la Bomba en continuo, intermitente, PIEB (bolo programado intermitente epidural), PCA (analgesia epidural controlada por paciente) y epidural, lo cierto es que en pacientes adultos no es posible que las diferentes modalidades sean combinables entre sí.

Por otra parte, las pruebas realizadas con las bombas disponibles en el Hospital indican en los casos de bolos programados intermitentes, la alarma salta

continuamente. El cumplimiento de esta característica es de suma importancia en pacientes adultos aunque la experiencia en el Hospital Infantil indica que la bomba cumple con todos los protocolos específicos de estos pacientes.”

Sostiene la recurrente que el PPT solo exige que el teclado sea numérico, sin especificar si analógico o digital y que el producto ofertado cumple porque el teclado es numérico digital. En cuanto al requisito de programas de anestesia continua, afirma que tanto en la documentación aportada en la oferta, y concretamente en el manual de usuario, como en la unidad de la bomba presentada al referido expediente, se ofrece estas opciones, pudiéndose combinar y/o funcionar independientemente, tanto para adultos como para pacientes infantiles. A mayor abundamiento, el propio órgano de contratación asevera que la documentación aportada determina el cumplimiento de la referida prescripción técnica, siendo el resultado de las pruebas en relación con la alarma una apreciación subjetiva y que puede deberse a múltiples factores no imputables al equipo como pueden ser: posición del paciente, tamaño del catéter, colocación del mismo, ajustes de la presión límite, entre muchos otros. Añade que la bomba cuenta con todas las aprobaciones necesarias y los test requeridos para su uso en esta aplicación clínica.

El órgano de contratación por su parte admite que lo relativo al teclado numérico no es causa de exclusión. En cuanto a la bomba, afirma que aunque en la documentación técnica se comprueba que cumple el requisito las pruebas realizadas en el Hospital muestran que al combinar los programas la alarma salta continuamente y el cumplimiento de esta característica es fundamental en el caso de pacientes adultos. Además, según relatan los informes médicos solicitados al respecto, con posterioridad, las bombas de HOSPIRA adolecen de graves defectos, en particular, en lo que se refiere a analgesia obstétrica en las gestantes con dolor para trabajo de parto, que referimos a continuación. Señala que *“estas bombas han venido utilizándose durante los últimos años en este hospital, pero desde que se han implementado los programas adicionales de PIEB, han comenzado a existir múltiples problemas derivados de la incapacidad de las mismas para infundir el volumen*

demandado a la velocidad y ritmo necesarios, iniciándose una alarma de difícil control. Esto ha motivado que fuese necesario contactar con el Servicio Técnico nacional e internacional del producto en numerosas ocasiones sin haber sido éste capaces de dar una solución y derivando ello en una sobrecarga asistencial innecesaria, peligrosa (por fatiga de alarma) y evitable". Por otra parte indica que los servicios médicos del hospital han recibido información respecto a la aparición de numerosas alertas sanitarias por falta de seguridad en su empleo, una de ellas, en concreto, se refiere un caso de daño grave para un paciente.

Por ultimo advierte otra serie de deficiencias que se observan en la práctica con las bombas de HOSPIRA que no figuran en la resolución adoptada (ej.; No es intuitiva en el manejo)

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

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 definan 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.

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.

En este caso el PPT establece los requisitos que deben cumplir los productos a suministrar y la documentación aportada por el licitador afirma que cumple todos ellos. Sin embargo, no cabe desconocer que se solicita la aportación de muestras del producto y que el órgano de contratación advierte que el mismo ha sido probado saltando la alarma y que además en el hospital y en varias ocasiones ha presentado fallos de funcionamiento, en las circunstancias de uso previstas en el PPT, lo que le lleva a mantener que no se produce un cumplimiento correcto de las funcionalidades exigidas al aparato.

La recurrente en su escrito de recurso pone en duda la objetividad de esas pruebas pero no aporta dato alguno que las contradiga o que venga a demostrar que en la práctica de su uso, más allá de o que consta en los manuales o la documentación técnica, la bomba cumple todas las funciones exigidas.

Por todo lo cual tratándose de una cuestión de tipo técnico y no habiéndose solicitado tampoco por la recurrente medio de prueba alguno que pudiera desvirtuar el criterio del órgano de contratación, se debe desestimar este motivo de recurso.

Séptimo.- Por su parte Carefusion señala que los motivos que en la resolución justifican su exclusión son que la *“bomba presentada no ofrece la posibilidad de que los diferentes programas de anestesia sean combinables entre sí: basal + PCA +*

PIEB (analgesia epidural controlada por paciente + bolos programados intermitentes + basal) por lo que no cumple con los requisitos técnicos solicitados. Por otra parte, no se indica el ritmo de los bolos programados intermitentes.”

La recurrente sostiene que en las fichas técnicas de las bombas de infusión ofertadas (545 CV y 575 CV) como en los manuales de ambas se recogen los distintos modos de infusión de manera aislada o combinada, a saber:

- Basal
- PCEA
- Basal + PCEA
- PIEB
- Basal + PIEB

En cuanto a los ritmos de los bolos, en los respectivos manuales se indica que el flujo (ritmo) máximo de los bolos es de 1000 ml/h, siendo adaptable en el intervalo de 40-1000 ml, y se explica cómo establecer dicho ritmo.

El órgano de contratación señala que en la documentación aportada se especifica que *“las combinaciones de los distintos modos pueden ser como máximo de dos en dos, no por ejemplo de tres en tres, como podría ser perfectamente posible. Por lo tanto nos ratificamos en que las bombas de CAREFUSION no tienen programas combinables entre sí, o al menos, no hay constancia escrita de que se puedan usar simultáneamente PIEB + PCEA + Continua, que es la modalidad que este Hospital pretende utilizar. Solo especifican la posibilidad de combinar elementos tomados de dos en dos, no de 3 en 3 como se ha mencionado anteriormente, según los datos que proporciona la propia casa comercial.”*

Comprueba el Tribunal que efectivamente en la documentación figura que es posible realizar combinaciones de dos modalidades pero también constata que el PPT lo que exige es que las distintas modalidades sean *“todas ellas combinables*

entre sí”, por lo que debemos interpretar que debe ser posible en todas las combinaciones.

En consecuencia, no siendo posible la combinación de tres en tres, debe concluirse que el protocolo ofertado incumple el PPT en este punto y es correcta la exclusión de la recurrente.

En cuanto a la segunda causa de exclusión, el producto ofertado tiene más velocidad de 300 ml/h, alega la recurrente lo manifestado por los servicios médicos del Hospital y es que *“el valor predeterminado de velocidad de flujo de 300 ml/h, quizás sea excesivo para el diseño actual de los catéteres epidurales que tenemos en uso, ya que no tenemos constancia de que se haya probado dicha velocidad sobre los mismos. Aunque se puede modificar manualmente dicha velocidad a 100 ml/h, es algo arriesgado y quizás tedioso y poco intuitivo optar por unas bombas que pueden resultar incompatibles con los catéteres actuales y que podrían alterar de forma notable la práctica habitual de la analgesia obstétrica en nuestro Hospital y por tanto no adaptable a las necesidades clínicas que tenemos.”*

En cuanto al ritmo lo exigido en el PPT es un *“Ritmo de infusión desde 0,1 ml/h y adaptable a programación de fármacos según protocolos”*, por lo que lo manifestado por el órgano no evidencia incumplimiento del requisito exigido. En consecuencia, debe estimarse el recurso por este motivo.

Octavo.- Ambas recurrentes solicitan la exclusión de la adjudicataria alegando diversos incumplimientos, uno de los cuales, ha sido reconocido en fase de recurso por el órgano de contratación, al admitir que las bombas ofertadas no están exentas de látex.

En consecuencia, al no haber presentado la adjudicataria escrito de alegaciones que desvirtúe lo anterior, debe estimarse el recurso por este motivo

anulando la adjudicación recaída en ambos lotes por incumplimiento de las ofertas del requisito de estar exento de látex.

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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación presentados por don R.A.F., en nombre y representación de Hospira Productos Farmacéuticos y Hospitalarios, S.L., y por don D.H.R., en nombre y representación de Carefusion Iberia 308, S.L. contra la Resolución del Director Gerente Atención Especializada Área V, por la que se excluye a las recurrentes y se adjudica el contrato “Suministro de material fungible necesario para bombas de infusión de administración epidural y de la unidad del dolor del Hospital Universitario La Paz”, lotes 1 y 2, número de expediente: P.A. 2017-0-9.

Segundo.- Estimar en parte los recursos en los términos indicados en los fundamentos de esta Resolución, procediendo a anular la Resolución adoptada, retrotrayendo el procedimiento al momento previo a la adjudicación para, excluyendo a la adjudicataria, declarar desierto el procedimiento.

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.- 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.