

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

En Madrid, a 5 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Doña M.A.S.F., en nombre y representación de BAXTER, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del expediente de contratación “Suministro de Infusores”, PA 7/2013 HUP del Hospital Universitario de La Princesa, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 22 de octubre de 2012, del Director Gerente del Hospital Universitario de La Princesa, en virtud de delegación de facultades por Resolución de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, de 25 de febrero de 2011, se aprobó el expediente para la adjudicación mediante procedimiento abierto y criterio precio, del contrato HUP “Suministro de Infusores”, PA 7/2013.

El valor estimado del contrato asciende a 213.794,76 €, publicándose el anuncio de licitación en el D.O.U.E. de 1 de noviembre de 2012, en el B.O.E. el 8 de noviembre de 2012, en el perfil del contratante y en el B.O.C.M. el día 7 de noviembre de 2012. El plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 5 de

diciembre

Segundo.- 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.

Tercero.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 2 establece que el objeto del contrato se refiere a un suministro descrito en el apartado 1 del Anexo I y que la forma de llevar a cabo las prestaciones por el adjudicatario, serán las estipuladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en el que se hace referencia igualmente a las necesidades administrativas a satisfacer con el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta. Dispone igualmente que ambos pliegos revisten carácter contractual.

El Anexo I, apartado 5 del PCAP, sobre criterios de selección dispone: *“Se verificará con la documentación aportada, que los productos ofertados cumplen todas las especificaciones técnicas incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Quedarán excluidas del procedimiento todas las proposiciones cuyas características técnicas no se ajusten a lo establecido en los Pliegos”*.

A su vez en el expediente consta el documento que se denomina Pliego de Características Técnicas (en lo sucesivo PCT) que establece las características técnicas de Infusor (UDO) y entre ellas *“que pueda llenarse parcialmente”*.

Cuarto.- El día 22 de noviembre de 2012, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de Doña M.A.S.F., en nombre y representación de BAXTER, S.L., formulando recurso especial en materia de contratación, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas

Particulares y los Pliegos de Prescripciones Técnicas, del contrato en el que alega lo siguiente:

1.- Que los infusores son un sistema fungible que permite la administración de medicación, y en el Hospital Universitario de la Princesa se utiliza, tanto en el Área de Dolor Agudo, como en el Área Oncológica. Considera que la definición de las especificaciones técnicas dadas por el Servicio de Farmacia son clave para evitar efectos no deseados tanto en el paciente como en la medicación, al tratarse de diferentes tratamientos en Áreas distintas.

2.- Sobre el PPT alega que requiere unas especificaciones técnicas que imponen una solución técnica con exclusión de las demás comercializadas en el mercado restringiendo la competencia, lo que supone la vulneración del artículo 117.2 del TRLCSP.

La característica de obligado cumplimiento requerida en el pliego de que el infusor ofertado pueda llenarse parcialmente es exclusiva del infusor "DIAFUSER" comercializado por la empresa PRIM y adjunta como Anexo nº 2 el material promocional del producto donde se encuentra la característica mencionada.

Añade que: “La exigencia de especificaciones técnicas como las señaladas son exclusivas y de una concreta solución técnica y por lo tanto de unos productos concretos comercializados por contadas empresas que serán, en definitiva, las únicas que podrán optar a resultar adjudicatarias del contrato. Esta circunstancia es especialmente significativa en este caso, donde el único criterio de valoración que determina la adjudicación es el precio, y donde el incumplimiento de una sola de las prescripciones técnicas determina la exclusión de la convocatoria”.

Considera que los productos actualmente comercializados por la empresa permiten la consecución del objetivo funcional al que se refiere el contrato, que es la satisfacción del interés público y sin embargo, en caso de presentar oferta puede

quedar excluida por no cumplir con las prescripciones técnicas mínimas requeridas para concurrir a la licitación de las diferentes posiciones.

Cita la Directiva 2004/18/CE y, en concreto, el considerando 29 de su Exposición de Motivos sobre las especificaciones técnicas que deben permitir la apertura de los contratos a la competencia y la posibilidad de presentar ofertas que reflejen la diversidad de soluciones técnicas.

Igualmente, transcribe el artículo 23 de la Directiva relativo a que las especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no crear obstáculos injustificados a la apertura de la competencia y la prohibición de que dichas especificaciones mencionen una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, o hagan referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada. Añade que tampoco pueden implicar la descripción del producto en términos en los que, aun omitiendo la marca, se singularice el producto de tal modo que se impida la concurrencia. Transcribe el artículo 117.2 y 8 del TRLCSP sobre contenido de las prescripciones técnicas.

Menciona el interés de la Comisión Nacional de la Competencia en acometer una iniciativa orientada a mejorar la aplicación de estos principios en una doble vertiente: Destacando los aspectos del proceso de contratación pública en que pueden introducirse restricciones injustificadas a la competencia y previniendo posibles conductas colusorias de los licitadores en estos procesos, a la luz de la categorización de tales conductas como infracciones del Derecho de la competencia.

Concluye solicitando la anulación de las especificaciones señaladas y que el órgano de contratación proceda *“al desistimiento por haber incurrido al presentar el pliego por el que se ha regido la convocatoria en una infracción de las normas reguladoras de la preparación del contrato, al tener que llevarse a cabo una*

modificación del Pliego de Prescripciones Técnicas por el que se rige la convocatoria para garantizar la concurrencia de todos los licitadores.”

Solicita igualmente la suspensión de la tramitación del expediente por considerar que concurren los requisitos legales del artículo 111 de la Ley 30 /1992, de 20 de noviembre de Régimen jurídico de la Administraciones Publicas y procedimiento administrativo común y la inexistencia de perjuicios para el interés general derivados del procedimiento de adjudicación y los derivados para Baxter por lesionar a su derecho a participar en una licitación al establecer previsiones que hace que haya empresas habitualmente prestadoras de estos productos que se vean imposibilitadas para concurrir en esta condiciones (a riesgo, en caso de hacerlo, de asumir el suministro en unas condiciones inviables).

Manifiesta que a lo largo del escrito de recurso han quedado acreditadas diversas infracciones legales que no sólo aconsejan, sino que imponen, la suspensión del procedimiento de adjudicación relacionando los daños que le causaría la actuación administrativa impugnada y la inexistencia de perjuicios para el interés general derivados de la suspensión del procedimiento de adjudicación, que demanda la suspensión en cuanto es a la Administración a quien primero interesa que el contrato convocado se configure sobre unas bases que garanticen el mantenimiento del contrato y recordar que la jurisprudencia (Sentencias de Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1994, Ar. 9456 y de 13 de enero de 1997, Ar. 127) determina que ha de tenerse en cuenta no "el interés público" como algo abstracto, sino el interés concreto en juego y que ha de valorarse en cada caso en directa relación con el interés público presente en la actuación, y que la suspensión del procedimiento de adjudicación no genera perjuicio para el interés general, pues las necesidades de los pacientes han estado hasta hoy perfectamente cubiertas con los contratos vigentes.

Cuarto.- El día 26 de Noviembre de 2012, el órgano de contratación remite al Tribunal el expediente y el informe preceptivo. En el Informe relaciona los

antecedentes y los fundamentos jurídicos citando los artículos 115,116 y 117 del TRLCSP, relativos al contenido de los pliegos, y el artículo 150 en cuanto permite la utilización de un único criterio y en relación con lo alegado en el recurso, relativo a que en la definición de las especificaciones técnicas es clave el Servicio de Farmacia, expone que solicitado informe al Servicio de Unidad del Dolor, la Jefa de éste manifiesta que las características técnicas las puso dicha Unidad pero avaladas por el Servicio de Farmacia y que quien debe informar un pliego de prescripciones técnicas no debe decirlo una casa comercial, que probablemente tenga interés. Que se duda que ninguna otra empresa pueda proceder a la fabricación de este tipo de infusor, o si hay más de un distribuidor de la empresa fabricante, toda vez que no se ha aportado documentación acreditativa de patente. Añade: *“De hecho, creemos que existen más casas comerciales que permiten que sus infusores se rellenen parcialmente por ejemplo ACE Medical, Grifols...”*.

La Jefe del Servicio de Unidad del Dolor, especifica que *“la justificación a esta petición se debe a cuestiones económicas en estos momentos de crisis, sin que ello incida en la menor calidad del producto. Se ha optado por estas características técnicas por el hecho de que muchos pacientes en dolor agudo postoperatorio, no precisan a partir de un determinado día de la cirugía (segundo, tercero, depende de la cirugía y el paciente) la utilización del infusor completo. Sin embargo, debido a que los infusores no aseguraban la administración de medicación cuando no eran rellenos completamente, implicaba que necesariamente se rellenaran del todo, con lo que parte de la medicación se desperdiciaba. La mejora de los sistemas de infusión permite actualmente que se asegure el flujo aunque se rellenen parcialmente, por lo que se ha puesto esta característica técnica, que como digo, cumplen varias casas, pero que si no fuese así sería de todas formas muy significativa”*.

El informe concluye manifestando que el pliego establece unas características concretas cuyas necesidades se encuentran debidamente justificadas en el expediente administrativo y que por tanto puede sostenerse que no son indiferentes

para el Hospital las características que deben reunir los referidos infusores, exigidas por el PCT y que tampoco resulta acreditado en el expediente, en contra de lo que aduce la recurrente, que el producto solo pueda ser ofertado por una empresa determinada.

Sobre la suspensión de la tramitación solicitada por el recurrente, invoca el artículo 43.4 del TRLCSP que dispone sobre la suspensión del procedimiento *“esta medida cautelar no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas”* y éste finaliza el día 5 de diciembre.

Quinto.- El Tribunal, dado el estado de tramitación del expediente, de conformidad con lo previsto 43.4 del TRLCSP, no adoptó la medida cautelar solicitada por la recurrente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa BAXTER, S.L., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2. a) del TRLCSP.

Segundo.- La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2. a) del TRLCSP. Al tratarse de un recurso contra el contenido de los

pliegos, es criterio de este Tribunal, mantenido en las resoluciones anteriores atendiendo a razones de seguridad jurídica, cuando no se tiene constancia de la puesta a disposición de los pliegos, computar los quince días de plazo que establece la Ley, a partir del último día estipulado para la presentación de ofertas, al objeto de garantizar que los candidatos o licitadores han tenido acceso a los mismos.

En este caso los Pliegos se publicaron en el DOUE de 1 de noviembre de 2012, en el BOE de 8 de noviembre y en BOCM el día 7 de noviembre de 2012 y el plazo de presentación de ofertas finaliza el día 5 de diciembre de 2012 por lo que se ha producido dentro del plazo legal citado.

Tercero.- 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.

Cuarto.- Sobre la solicitud de adopción de medidas cautelares el artículo 43.4 del TRLCSP dispone: *“La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados”.*

En este caso el plazo de presentación de ofertas finaliza el día 5 de diciembre por lo que, hasta transcurrida dicha fecha, no es procedente la suspensión de la tramitación del expediente.

Quinto.- El fondo del asunto se contrae a determinar la legalidad de la especificación exigida en el PCT relativa a la posibilidad que el infusor pueda llenarse parcialmente, lo que considera excluye los productos de las demás empresas comercializadas en el mercado y restringe la competencia, vulnerando el artículo 117.2 del TRLCSP.

Sobre este motivo de impugnación los artículos 115, 116 y 117 del TRLCSP, disponen que deberá expresarse en el Pliego de Cláusulas Administrativas los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, las que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la ley.

El artículo 117.2 señala: *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”.*

En el apartado 8 añade: *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada con la finalidad de favorecer o descartar a ciertas empresas o ciertos productos”.*

La exigencia del PCT respecto de que los infusores puedan rellenarse parcialmente, se justifica por el órgano de contratación al afirmar que las características técnicas han sido establecidas por la Jefe del Servicio de Unidad del Dolor, y avaladas por el Servicio de Farmacia y motiva la inclusión de esta característica en la posibilidad de utilización de un infusor que asegure el flujo, aunque se rellenen parcialmente, a lo que se ha optado por cuestiones económicas en estos momentos de crisis, y porque muchos pacientes en dolor agudo postoperatorio no precisan, a partir de un determinado día de la cirugía, la utilización del infusor completo. Manifiesta que *“con anterioridad los infusores no aseguraban la administración de medicación si no estaban rellenos completamente, con lo que parte de la medicación se desperdiciaba. La mejora de los sistemas de infusión permite actualmente que se asegure el flujo aunque se rellenen parcialmente, y que*

esta característica técnica, la cumplen varias casas, pero que si no fuese así sería de todas formas muy significativa".

El Tribunal observa que la prescripción recurrida requiere una especificación técnica del producto para cumplir una necesidad, de la que se ha evidenciado, por el Servicio competente que la utilización de este sistema de infusión permite un ahorro del producto y cumple las exigencias de las diversas situaciones clínicas.

No resulta demostrado que esta característica suponga una discriminación carente de justificación objetiva y razonable. Tampoco resulta que el PPT se haya elaborado pensando en favorecer a una empresa concreta, sino que obedece a la necesidad de adquirir un producto eficaz y que permite reducir el coste, no de forma arbitraria, sino de forma motivada y razonada, sin que por ello suponga discriminación para los licitadores o que vaya en contra del principio de libre concurrencia, ya que no se indican marcas, patentes, un tipo o un origen o una producción determinados, sino un producto eficaz para tratamiento del dolor que permita graduar su contenido según necesidades de los pacientes sin que resulte probado que ello comporte favorecer o excluir a determinadas empresas.

Tampoco resulta acreditado en el expediente, en contra de lo que aduce la recurrente, que el producto solo pueda ser ofertado por una empresa determinada ya que en el plazo de presentación de ofertas se han presentado dos empresas, una de ellas la que indica la recurrente, sin que quepa confundir la circunstancia de que la recurrente no pueda ofertar dicho producto, con una imposibilidad absoluta de las demás empresas del mercado para realizar dicha oferta.

Sobre el principio de igualdad la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517) manifiesta que no basta con alegar la desigualdad sino que es preciso justificar cómo se ha producido.

En relación con el principio de igualdad de trato la Sentencia del Tribunal de

Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C 513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab y Heinsingin Kaupunki, manifiesta que *“el hecho de que solo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los requisitos aplicados por dicha entidad para determinar la oferta más ventajosa económicamente no puede por sí solo constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

En consideración con lo anterior, en el presente caso este Tribunal considera que las características exigidas en el pliego no son contrarias a Derecho y no vulneran los principios de igualdad, no discriminación y de libre concurrencia.

Séptimo.- El Tribunal estima que se han de conciliar los principios de publicidad, transparencia y no discriminación e igualdad de trato, propios de la contratación pública, con la utilización de cierto grado de discrecionalidad técnica que ostenta el órgano de contratación, con justificación en los correspondientes estudios e informes de los que resulta que la especificación contenida en el PCT tiene por objeto el suministro del producto que cumpla con el fin de interés público perseguido en el contrato. En este caso y sobre el control relativo a los actos discrecionales del órgano de contratación no se aprecia desviación de poder, ni que se haya incurrido en arbitrariedad ya que los informes analizados justifican la especificación del PCT.

Octavo.- El recurrente manifiesta que la existencia en este caso de un único criterio de valoración, que determina la adjudicación por el precio y que el incumplimiento de una sola de las prescripciones técnicas determina la exclusión de la convocatoria.

Sobre este punto debe señalarse que el PCAP, en su cláusula 2, dispone que la forma de llevar a cabo las prestaciones por el adjudicatario serán las estipuladas en el PPT en el que se hace referencia igualmente a las necesidades administrativas a satisfacer con el contrato, y que ambos Pliegos tienen carácter contractual.

Que el Anexo I, apartado 5 del PCAP, sobre criterios de selección, dispone que se verificará con la documentación aportada el cumplimiento de las prescripciones técnicas y que si las proposiciones no cumplen las especificaciones técnicas incluidas en el PPT quedarán excluidas del procedimiento, que dicho Pliego incluye entre las características técnicas la relativa a que el Infusor (UDO) se pueda llenarse parcialmente.

De lo anterior resulta que el incumplimiento de cualquiera de las características técnicas fijada en el PCT determina la exclusión del licitador, ya que son de obligado cumplimiento. Por tanto, el hecho de que se hubiese establecido en el PCAP uno o varios criterios de adjudicación no alteraría la decisión sobre la exclusión, ya que la oferta que incumpliese las especificaciones técnicas exigidas en el PCT hubiera determinado su exclusión de la convocatoria.

Finalmente y sobre lo solicitado por el recurrente, respecto de que el órgano de contratación desista del procedimiento por incurrir el Pliego en infracción de las normas reguladoras de la preparación del contrato, debe precisarse que el artículo 155 del TRLCSP dispone que la renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento solo podrá acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación y en el apartado 4 del citado artículo, concreta que el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.

Se trata por tanto de una decisión que corresponde adoptar, en su caso, al órgano de contratación sin que corresponda al Tribunal pronunciarse sobre ello y especialmente si como se ha fundamentado anteriormente no se observa que el PCAP y el PCT vulneren la normativa contractual.

Este Tribunal por todo lo anterior no observa que la característica establecida en el PCT, a que se refiere el recurso, suponga una violación del principio de igualdad ni sea contraria a la normativa contractual.

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 Doña M.A.S.F., en nombre y representación de BAXTER, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y los Pliegos de Prescripciones Técnicas, del expediente de contratación “Suministro de Infusores”, PA 7/2013 HUP del Hospital Universitario de La Princesa.

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.