

**RECURSO 71/2018
RESOLUCIÓN 74/2018**

Resolución 74/2018, de 6 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Fresenius Kabi España, S.A.U. frente a la Resolución de la Gerencia del Complejo Asistencial de Salamanca, de 25 de junio de 2018, por la que se excluye a la empresa recurrente de la licitación del contrato de suministro de fungible asociado a las bombas de infusión y perfusión, así como el arrendamiento sin opción a compra y el mantenimiento de dichas bombas.

Primero.- Mediante Resolución de la Gerencia del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca, de 14 de febrero de 2018, se inicia el expediente de contratación para el suministro de fungible asociado a las bombas de infusión y perfusión, así como el arrendamiento sin opción a compra y el mantenimiento de dichas bombas.

El presupuesto base de licitación es de 1.568.377,80 euros.

Por Resolución de la Gerencia del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca, de 14 de febrero de 2018, se aprueban el expediente de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) y el gasto; y se acuerda la apertura del procedimiento de adjudicación.

El 26 de febrero de 2018 se publica el anuncio de licitación en el perfil de contratante, el 28 de febrero en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 3 de marzo en el Boletín Oficial del Estado y el 6 de marzo en el Boletín Oficial de Castilla y León.

Segundo.- Mediante Resolución de la Gerencia del Complejo Asistencial de Salamanca, de 25 de junio de 2018, se acuerda excluir a Fresenius Kabi España, S.A.U. del lote 1, por incumplir el producto ofertado los requisitos técnicos (el purgado de la bomba es manual y no automatizado).

Tercero.- El 5 de julio Fresenius Kabi España, S.A.U., representada por Dña. yyyy, interpone recurso especial en materia de contratación frente la citada Resolución, al considerar que su oferta cumple los requisitos

establecidos en el PPT. Alega que su exclusión es discriminatoria y arbitraria, porque no se ha excluido por esta causa a otros licitadores y ha presentado el mismo producto en otros contratos de la Administración, donde sí se ha considerado que cumple los requisitos técnicos.

Cuarto.- En la misma fecha el Tribunal admite a trámite el recurso, le asigna el número de registro 71/2018 y solicita al órgano de contratación la remisión del expediente y la dirección de correo electrónico de las empresas licitadoras.

Quinto.- El 25 de julio se recibe en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación, que se opone a la estimación del recurso.

Sexto.- Mediante Acuerdo 35/2018, de 30 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se estima la solicitud de suspensión del procedimiento de contratación

Séptimo.- Concedido trámite de audiencia a los interesados, no consta la presentación de alegaciones

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y con arreglo al procedimiento regulado en dicho texto normativo. Así resulta de la disposición transitoria primera, apartado 4, párrafo segundo, de la citada Ley, al haberse interpuesto el recurso contra un acto susceptible de ser recurrido en esta vía que se ha dictado con posterioridad a su entrada en vigor. Igualmente, la competencia de este Tribunal viene determinada por el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

Por lo que se refiere a la normativa aplicable a las cuestiones sustantivas planteadas en el recurso, resulta de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), en virtud de

la citada disposición transitoria, apartado 1, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, al tratarse de un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor de esta última Ley.

2º.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de exclusión de un contrato de suministro cuyo valor estimado (1.568.377,80) es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme los artículos 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

La recurrente está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación -a tenor del artículo 48 de la LCSP- y está acreditada la representación con la que actúa.

El recurso se ha presentado dentro del plazo establecido en el artículo 50 del LCSP.

3º.- Para resolver la cuestión planteada conviene recordar, en primer término, que el artículo 1 del TRLCSP establece como uno de los fines de la regulación de la contratación del sector público el de garantizar que ésta se ajusta al principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En el mismo sentido, el artículo 139 del TRLCSP, incardinado en el capítulo I del título I del libro III de la Ley, relativo a la "Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas", dispone que "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia".

Por otra parte deben tenerse presentes, entre otros preceptos, el artículo 115.2 del TRLCSP, según el cual "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo". En consonancia con el anterior, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone: "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". Debe considerarse también el artículo 68.1.a) del RGLCAP, que también se refiere, como mención mínima del PPT, a "Las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato".

De lo expuesto se extrae que el pliego de cláusulas administrativas (PCAP) que debe regir cada licitación tiene en ésta valor de ley. Además, 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 al contenido de los pliego de prescripciones técnicas (en adelante 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. De no hacerlo así resultará obligado el rechazo o exclusión de la oferta.

La empresa recurrente fundamenta su recurso en la disconformidad con su exclusión, causada porque el purgado de la bomba es considerado manual en lugar de automático, por lo que no cumple los requisitos establecidos en el PPT. Mantiene que sí es automático, que no se ha excluido por esta causa a otros licitadores que presentaron la misma bomba, y que ha presentado estas bombas en otros contratos de la Administración y se ha considerado que sí cumplen los requisitos técnicos ("Prueba de ello es que dicho criterio, previsto exactamente en los mismos términos, es considerado como cumplido y debidamente puntuado en anteriores licitaciones del Complejo Asistencial Universitario de Burgos").

Alega que basta "con pulsar una tecla para iniciar el proceso de expulsión de las burbujas de aire, lo cual no es sino un proceso automático, pues es la bomba (y no la presión que manualmente ha de ejercer el profesional sanitario sobre la bolsa empujando el líquido hacia el interior de la línea) la que lleva a cabo este proceso de purgado por medio del sistema peristáltico (contracción - distensión de las paredes de la línea por medio de un mecanismo generador de vibración que, combinado con presión de aire, libera las burbujas de aire y las empuja hacia fuera).

»Recordemos que lo que pide el pliego es que el sistema de purgado (con independencia de la tecnología que sea empleada para alcanzar dicho fin) sea automático. Por tanto se limita a exigir una prestación por la que se inicie un proceso en el que no haya manipulación, y no una tecnología específica".

Por su parte el órgano de contratación señala que no se entró a valorar el sistema de purgado del producto presentado por otra empresa (Becton Dickinson), no porque fuera correcto sino porque tenía otros incumplimientos del PPT -previos y más graves- que fundamentaban su exclusión. No obstante, considera que debe estimarse en este punto el

recurso presentado, porque la interpretación realizada por el órgano de contratación sobre si es o no un sistema automatizado de purgado, ha vulnerado "el principio de confianza legítima", dado que tanto la práctica hospitalaria como el contrato celebrado con el Complejo Asistencial Universitario de Burgos hacen pensar a la recurrente que sí es un sistema automatizado que cumple con los requisitos técnicos del PPT.

El PPT establece que tanto las bombas a ofertar en el lote 1 (bombas volumétricas) como en el lote 3 (bombas de perfusión de jeringa) dispongan de un mismo sistema para "Realizar purgado automático de la bomba". En las páginas 5 y 10 del PPT, puede apreciarse que el criterio técnico requerido en ambos casos es idéntico.

Consta en el recurso que "el purgado es una operación destinada a vaciar de aire la línea de infusión por donde pasa el medicamento o producto que se infunde en el paciente, tras la última administración de producto.

»En la práctica hospitalaria, los profesionales de enfermería utilizan de modo habitual la técnica que se conoce como purgado manual o por gravedad, que consiste en una operación completamente manual sin bomba de infusión (de jeringa o volumétrica). Una vez se introduce el punzón de entrada en la bolsa de medicamento o nutrición, se aprieta el contenido de la bolsa para que el líquido llene la cámara de goteo y se retire el aire empujándolo hacia el final de la línea mediante la apertura de la rueda colocada permitiendo la apertura o cierre del flujo, así como el control del caudal del mismo. Luego se cuelga la bolsa para que la gravedad haga el resto".

En el producto presentado por la recurrente la bomba contribuye al purgado de las burbujas, esto es, al vaciado de aire del interior de la línea de infusión, sin necesidad de manipulación manual de la bolsa o envase contenedor del medicamento o producto que se infunde por parte del profesional sanitario, simplemente basta con la presión de un botón.

Por tanto, este Tribunal estima que no se ha obrado de modo adecuado al excluir la oferta de la recurrente, al no constatarse el incumplimiento de las especificaciones establecidas en el PPT.

Por ello, considera que debe declararse la nulidad del Acuerdo por el que se la excluye de la licitación y retrotraer el procedimiento a los efectos de que sea admitida su oferta a la licitación.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 57 del LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Fresenius Kabi España, S.A.U., frente a la Resolución de la Gerencia del Complejo Asistencial de Salamanca de 25 de junio de 2018, por la que se la excluye de la licitación del contrato de suministro de fungible asociado a las bombas de infusión y perfusión, así como el arrendamiento sin opción a compra y el mantenimiento de dichas bombas.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

TERCERO.- Levantar la suspensión del procedimiento.

CUARTO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).

En Zamora, en fecha al margen
DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE