

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

En Madrid, a 16 de mayo de 2019.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don F.B.M., en representación de la empresa Dextro Medical S.L., y por don F.Z.F. en representación de la empresa Palex Medical S.A., contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud de fecha, 27 de marzo de 2019, por la que se adjudica y se excluye de dicha licitación la oferta del recurrente a los lotes 10, 11, 17, 18, 21, 22, 24, 27 y 28 del Acuerdo Marco de suministros “Material desechable de cirugía laparoscópica del Servicio Madrileño de Salud, 42 lotes”, número de expediente PA -SUM-17/2017 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 de febrero de 2018, se publicó en el DOUE anuncio de licitación del contrato de referencia. Así mismo, con fecha 5 y 6 de febrero, se publicó respectivamente en el BOE y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

El valor estimado de contrato asciende a 12.937.458,40 euros y su plazo de duración es de 24 meses.

Segundo.- El 17 de abril de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don F.B.M., en representación de la empresa Dextro Medical S.L., (en adelante Dextro), contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud de fecha, 27 de marzo de 2019, por el que también se excluye la oferta presentada a los lotes 10, 11, 17, 18, 21, 22, 24, 27 y 28 del Acuerdo Marco de suministros “Material desechable de cirugía laparoscópica del Servicio Madrileño de Salud, 42 lotes”, número de expediente PA-SUM-17/2017.

El 18 de abril de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don F.Z.F., en representación de la empresa Palex Medical S.A. (en adelante Palex) contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud de fecha, 27 de marzo de 2019, por la que se adjudica y se excluye de dicha licitación la oferta del recurrente a los lotes 10 y 28 del Acuerdo Marco de suministros “Material desechable de cirugía laparoscópica del Servicio Madrileño de Salud, 42 lotes”, número de expediente PA-SUM-17/2017.

Tercero.- El 9 y 10 de mayo de 2019, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y de los informes a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo

adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de dos personas jurídicas excluidas de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de cada recurso.

Tercero.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que 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. Asimismo el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.

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

Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el

asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de las mismas.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues la notificación de la adjudicación tuvo lugar el día, 28 de marzo de 2019 e interpuestos los recursos ambos en este Tribunal, los días 17 y 18 de abril de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se han interpuso contra la resolución que adjudica el acuerdo marco y que a su vez excluye las ofertas presentadas por los recurrentes a determinados lotes, todo ello referido a un acuerdo marco cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto, ambos recurrentes fundamentan su recurso en que su oferta cumple las especificaciones técnicas de los Pliegos para los lotes en el caso de Palex para el lote 10 número de orden 11 y lote 28 número de orden 37 y en el caso de Dextro para los lotes 10, 11, 17, 18, 21, 22, 24, 27 y 28.

En lo referente a los lotes 17,18, 21, 22, 24, 27 y 28 la característica técnica requerida es la de un *Trocar óptico sin cuchilla con válvula eficiente y llave de insuflación Luer Lock cánula estriada, diferenciándose los lotes según las medidas del trocar y así:*

- Lote 17: Trocar 5 mm. Diámetro con cánula de 60-78 mm. Longitud
- Lote 18: Trocar 5 mm. Diámetro con cánula de 100-115 mm. Longitud
- Lote 21: Trocar 10-11 mm con válvula de 5-11 y cánula 100-115 mm
- Lote 22: Trocar 10-11 mm con válvula de 5-11 y cánula 150 mm
- Lote 24: Trocar 12 mm. con válvula de 5-12 y cánula 100-115 mm
- Lote 27: Trocar 5 mm. diámetro con cánula de 65-70 mm
- Lote 28: Trocar 5 mm. diámetro con cánula de 100-115 mm.

Ambos recurrentes consideran que su válvula es eficiente y lo avala en el texto del recurso sin ofrecer ningún documento adicional. En el caso de Dextro manifiesta que dichos instrumentos poseen una triple membrana de seguridad que evita la salida del neumoperitoneo tanto en cirugías largas como cortas, permitiendo el uso de los distintos instrumentos de cada medida para las cirugías laparoscópicas.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que revisadas las documentaciones y muestras presentadas a dicho lote, se ratifica en lo indicado en el informe técnico emitido el 25 de mayo de 2018, añadiendo que *“revisadas las documentación y muestras presentadas a dichos lotes, se ratifica lo indicado en el informe técnico emitido con fecha 25 de mayo de 2018, además señalamos que según nuestra experiencia con este producto, se ha podido comprobar ampliamente que en cirugías prolongadas, frecuentes en nuestro servicio de cirugía, se produce fuga de gas, obligando a reinstaurar el neumoperitoneo, lo que prolonga la intervención y obliga en múltiples ocasiones a recambiar el trocar. El Servicio de Cirugía se encontraba a la espera de la resolución del Acuerdo Marco, para proceder a sustituir este dispositivo que como ya se ha indicado estaba produciendo problemas”*.

En lo referente al lote 10, *“Tijera curva longitud entre 31-35 cm, de 5 mm diámetro, filo de 16 mm eje rotatorio de 360º con rotor ergonómico, con adaptador monopolar corte en toda la longitud y articulación de la boca recubierta por aislante”*.

La causa de exclusión ha sido para la oferta de Dextro que dichas tijeras no presentar articulación de la boca recubierta por aislante.

Manifiesta el recurrente que la tijera objeto de suministro para el lote 10 y que ha sido rechazada es exactamente igual que la presentada al lote 11 y que ha obtenido la mayor puntuación, diferenciándose ambas solo en la medida, por lo que considera que su exclusión se debe a un error del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que revisadas las documentaciones y muestras presentadas a dicho lote, se ratifica en lo indicado en el informe técnico emitido el, 25 de mayo de 2018, añadiendo que ha revisado la muestra presentada al lote 11 y efectivamente ambas tijeras son iguales y ambas no cumplen con la condición de estar revestida la boca con aislante por lo que procede rectificar el informe técnico emitido.

En lo referente al mismo lote 10, pero ante la exclusión de la tijera ofertada por Palex, la causa de exclusión ha sido que dichas tijeras no cortan en toda su longitud.

El recurrente incluye una fotografía de la tijera donde se aprecia perfectamente que existe filo en toda su longitud.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que revisadas las documentaciones y muestras presentadas a dicho lote, se ratifica en lo indicado en el informe técnico emitido el 25 de mayo de 2018, que como ya se ha mencionado considera que no cortan en toda su longitud, no aportando ninguna otra motivación, como si se efectúa en el resto de suministros objeto de estos recursos.

Este Tribunal comprueba a través de la fotografía que el filo es idéntico desde la punta de la tijera a su base, por lo cual el corte debe ser también idéntico en toda su longitud. No considera la solicitud de la muestra toda vez que estas tijeras no son para cortes de materiales a nuestro alcance, por lo que la visión in situ no proporcionaría mayor información que la presencia física de la muestra.

Tratándose, por tanto, de una apreciación eminentemente técnica, el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente*

incursa en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”. En el mismo sentido la Resolución 1036/2018 del TACRC donde se señala “(...) Sin que en el contenido del informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación”.

Así mismo la Resolución 915/2018 del mismo Tribunal “Al respecto, debemos establecer una premisa fundamental, como es la de que las valoraciones de las ofertas realizadas por la mesa de contratación, con base en los dictámenes o informes técnicos elaborados ‘ad hoc’ por órganos especializados no pueden ser sustituidas por las valoraciones que pueda hacer este Tribunal. Es decir, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Sin embargo, ello no significa, como ya hemos apuntado anteriormente, que este Tribunal no pueda entrar a analizar el resultado de estas valoraciones, sino que este análisis debe limitarse de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los

resultados de dicha valoración”.

Como se ha señalado anteriormente, la valoración técnica está dotada de presunción de acierto y veracidad, de modo que sólo cabe frente a ella una prueba suficiente de que es manifiestamente errónea o se ha dictado en clara discriminación de los licitadores, circunstancias que no se dan en el caso que nos ocupa en referencia a los trocares y en la falta de aislante en las tijeras propuestas por Dextro.

No concurriendo las mismas circunstancias en cuanto a las tijeras propuestas por Palex, donde a través de la fotografía aportada se ve claramente como el filo es idéntico desde la base hasta la punta de la tijera, considerando por tanto, como un error de apreciación de los técnicos evaluadores de las muestras aportadas. Error lógico ante la ingente cantidad de muestras a analizar y que puede producirse como ha ocurrido con las tijeras presentadas por Dextro en el lote 11.

Considerando el informe técnico emitido por la Directora Médica del Área Quirúrgica del Hospital Doce de Octubre debe primar el criterio mantenido por el órgano de contratación que a juicio de este Tribunal aparece como suficientemente motivado y razonable en el caso de lo trocares y de las tijeras propuestas por Dextro pero no así en el caso de las tijeras propuestas por Palex.

Por todo lo anterior, el recurso interpuesto por Dextro ser desestimado por las razones expuestas mientras que el de Palex debe ser estimado parcialmente respecto del lote 10, desestimándolo respecto al lote 28.

En cuanto a la solicitud de imposición de multa efectuada por el órgano de contratación, basada en los perjuicios que ha supuesto la suspensión del procedimiento, este Tribunal considera que es el propio órgano de contratación quien se causa un perjuicio al dilatar la resolución de los recursos por el incumplimiento del plazo de presentación de la documentación determinada en el artículo 56.2 de la LCSP, toda vez que notificada la presentación de este recurso y solicitada dicha documentación el día 17 de abril, se ha presentado copia del expediente e informe al recurso en fecha, 9 de mayo de 2019, Asimismo este

Tribunal no considera que exista mala fe en los fundamentos del recurso presentado por Dextro ni temeridad.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos respectivamente don F.B.M. , en representación de la empresa Dextro Medical S.L. y por don F.Z.F. en representación de la empresa Palex Medical S.A. contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud de fecha, 27 de marzo de 2019, por la que se adjudica y se excluye de dicha licitación la oferta del recurrente a los lotes 10, 11, 17, 18, 21, 22, 24, 27 y 28 del Acuerdo Marco de suministros “Material desechable de cirugía laparoscópica del Servicio Madrileño de Salud, 42 lotes”, número de expediente PA-SUM-17/2017.

Segundo.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.B.M. , en representación de la empresa Dextro Medical S.L., (en adelante Dextro), contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud de fecha, 27 de marzo de 2019, por la que se adjudica y se excluye de dicha licitación la oferta del recurrente a los lotes 10, 11, 17, 18, 21, 22, 24, 27 y 28 del Acuerdo Marco de suministros “Material desechable de cirugía laparoscópica del Servicio Madrileño de Salud, 42 lotes”, número de expediente PA-SUM-17/2017.

Tercero.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por don F.Z.F. en representación de la empresa Palex Medical ante el mismo acto dentro del mismo

contrato, desestimando el recurso en cuanto al lote nº 28 y estimándolo en cuanto al lote nº 10, por lo que se deberá anular la adjudicación de dicho lote y retrotraer las actuaciones hasta el momento procesal de admisión de propuesta donde se admitirá el suministro presentado por el recurrente, prosiguiendo el procedimiento hasta la nueva adjudicación.

Cuarto.- Se procede a levantar la suspensión de los lotes 10, 11, 17, 22, 24 y 25 de conformidad con el artículo 53 de la LCSP. No procede levantar la suspensión de los lotes 18, 21 y 28 por estar afectados a la resolución del recurso 236/2019 aún en trámite.

Quinto.- 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 58 de la LCSP.

Sexto.- 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 59 de la LCSP.