

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

En Madrid, a 13 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Werfen España, S.A.U. (en adelante Werfen) contra la Resolución de adjudicación del contrato de Suministro de sistemas para el control de los tiempos de protrombina en sangre con destino a los Centros de Salud dependientes de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del SERMAS, Expediente A/SUM-029534/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 18 de junio de 2020, en el Perfil del contratante del Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 22 de junio y en el BOCM de fecha 15 de julio, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 9.752.380 euros

A efectos de la resolución del recurso procede destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece como criterio de adjudicación, entre otros, el siguiente:

“1. Carga de la gota de sangre en el sistema de determinación:

Más de una zona de carga 15 puntos”

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron dos empresas Roche Diagnostics S.L (en adelante Roche) y la recurrente.

Tras la tramitación oportuna con fecha 15 de octubre de 2020 se dicta Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria por la que se adjudica el contrato a Roche al haber obtenido mayor puntuación.

La Resolución se notifica a Werfen el 16 de octubre de 2020.

Tercero.- El 28 de octubre de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Werfen en el que solicita la anulación del acto de adjudicación y la revisión de la puntuación otorgada en aplicación del criterio mencionado por las razones que expone de forma detallada en su escrito de recurso

Cuarto.- El 5 de noviembre de 2020 el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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 (en adelante, LCSP).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, por haberse interpuesto el 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 (RPERMC), 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.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que fueron presentadas en plazo, oponiéndose a la estimación del recurso por las razones que se detallarán al resolver sobre el fondo.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“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 del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo, la resolución impugnada fue notificada el 16 de octubre y presentando el recurso el 28 de octubre de 2020, se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso se alega por la recurrente que *“En relación con aquel criterio de valoración, en el documento titulado “MEMORIA EXPLICATIVA JUSTIFICACIÓN LICITACIÓN CON PLURALIDAD DE CRITERIOS” (en adelante “Memoria o Memoria explicativa”), publicado el 22 de junio de 2020 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la Gerencia Asistencial de Atención Primaria justifica y detalla la necesidad relacionada con dicho criterio, indicando cuanto sigue:*

1. Carga de la gota de sangre en el sistema de determinación

a. Más de una zona de carga

15 puntos

Justificación: la mayoría de los pacientes anticoagulados con ACO son mayores de 65 años. Muchos de ellos padecen algún tipo de deterioro físico o neurológico asociado a la edad (artrosis de manos, temblor distal, torpeza de los movimientos finos...) que les resta precisión en sus movimientos; lo que afecta al momento de acercar la gota al sistema. El hecho de que el sistema de determinación disponga de más de una zona de carga, aumenta las posibilidades de tener una determinación correcta tanto en cuanto a precisión del resultado como a eficiencia en el uso de sistemas (criterio de calidad y de eficiencia).

Es decir, la Memoria justifica que la necesidad de más de una zona de carga se basa en la tipología de los pacientes anticoagulados, normalmente mayores de 65 años, y muchos con deterioro físico o neurológico. Dicho deterioro resta precisión a sus movimientos, en concreto al momento de “acercar la gota al sistema”, es decir, en el momento de “aplicar la muestra al sistema analítico”. En consecuencia, la

justificación infiere que cuantas más posibilidades tenga el sistema de aplicar la muestra, más aumentarán las posibilidades de obtener una determinación correcta.

Resulta pues así evidente que se pretende favorecer con mayor puntuación a aquellos licitadores que oferten soluciones que faciliten la ergonomía en la aplicación de la muestra al sistema analítico, sin mermar calidad analítica, y que eviten incómodas posturas forzadas del paciente y/o del profesional sanitario.

Llegados a este punto, centrar la evaluación del criterio solamente en un mayor número de “zonas de carga” de la tira es limitar la posibilidad del órgano de contratación de adquirir sistemas mejores que proporcionen soluciones alternativas a la problemática de la ergonomía y seguridad en la aplicación de la muestra.

En consecuencia, en la evaluación del criterio se deberían considerar, no solamente el número de zonas de carga de la muestra en la tira, sino el disponer de diferentes posibilidades de aplicación de muestra siempre que éstas minimicen las necesidades de movimiento de los pacientes, eviten posturas forzadas y faciliten el trabajo del profesional de enfermería”.

Añade que “en la oferta de WERFEN ESPAÑA, S.A.U. se detallan las características del sistema microINR en lo que a la carga de la muestra se refiere (...) Todas estas características facilitan la carga de la muestra en el caso de pacientes con movilidad reducida o deterioro neurológico, especialmente la capacidad de toma de muestra aproximando el monitor al dedo en cualquier posición del coagulómetro”. (Incluye imágenes explicativas)

Por lo tanto, con microINR no es necesario que el paciente acerque el dedo al punto de carga, especialmente importante en caso de pacientes con movilidad reducida.

En definitiva, tal y como requiere la memoria, el sistema microINR ofertado por WERFEN ESPAÑA, S.A.U. supone una mejora respecto a otros sistemas al disponer de ilimitadas posibilidades de realizar la carga de la muestra, y considerando cada una de estas posibilidades/ ángulos o posiciones como variantes,

se puede concluir que posee “más de una zona de carga”, de hecho infinitas, aumentando así las posibilidades de obtener una determinación correcta”.

Finalmente, añade que “En la documentación existente del coagulómetro Coaguheck® Pro II ofertado por ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. se especifica que se ha de utilizar el medidor colocado sobre superficie estable plana o mantenerlo prácticamente en posición horizontal cuando se sujeta con la mano.

No obstante, y una vez revisada la documentación presentada por ROCHE DIAGNOSTICS, S.L., se ha podido comprobar que la adjudicataria ha omitido este importante aspecto en su respuesta al criterio automático de las zonas de carga” (...)

“Considerando la justificación del criterio en la memoria explicativa, las diferentes capacidades ergonómicas del sistema microINR en el momento de aplicación de la muestra al permitir infinitas posibilidades de posición del medidor y los requerimientos de horizontalidad que limitan al sistema Coaguheck® Pro II ofertado por ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. en el cumplimiento de la justificación de la memoria explicativa, podemos concluir que el sistema microINR supone una mejora respecto a otros sistemas y dispone de diversas posibilidades de “carga de la gota de sangre en el sistema de determinación”. En concreto dispone de “más de una posibilidad de carga”, razón por la que debería ser puntuada con 15 puntos”.

Por su parte, el Órgano de contratación alega en el informe que “Como se explica en la Memoria Explicativa de Justificación de la Licitación con Pluralidad de Criterios, en los sistemas para el control de los tiempos de protrombina para los pacientes en tratamiento con anticoagulación oral existen determinados aspectos técnicos cuya valoración se considera muy relevante en el ámbito de la Atención Primaria debido a que su cumplimiento redundaría en un beneficio para los pacientes, en su seguridad y en el menor consumo de sistemas de determinación por la realización de medidas incorrectas.

Consideramos que los criterios de mejora son los que aportan valor añadido a un producto sanitario, y se definen en función de las necesidades particulares de

nuestra organización. No se trata de criterios excluyentes, lo que permite que ningún licitador quede excluido si no cumple total o parcialmente alguno de ellos. Para esta contratación se consideró muy conveniente establecer varios criterios de mejora. Uno de ellos es el que evalúa la presencia de más de una zona de carga para aplicar la gota de sangre en el sistema de determinación. Los otros dos también discriminan el valor añadido que aportan los distintos sistemas presentados. Las ofertas presentadas cumplen algunos de los criterios, pero ninguna cumple todos, por lo que, con ello, no se pretende favorecer a unos u otros licitadores. (...)

La decisión de incluir más de una zona de carga como criterio de mejora está fundamentada en la tipología habitual de pacientes que requieren anticoagulación oral y seguimiento desde Atención Primaria. La mayoría son personas mayores de 65 años y muchas padecen algún tipo de deterioro físico o neurológico asociado a la edad que afecta a la maniobra de determinación de INR: temblor distal, movimientos finos poco precisos, dificultad para mantener la extremidad en una posición fija y mantenida. Nuestra experiencia de muchos años atendiendo a este grupo de la población así lo corrobora.

Cuando la muestra puede aplicarse en más de una zona del sistema de determinación no solo aumenta la posibilidad de tomar la muestra en varias posiciones del paciente y la enfermera, sino que, y esto es lo más importante, también aumenta el área en la que puede aplicarse la muestra, por lo que aumentan las posibilidades de que la determinación sea exitosa aunque el paciente padezca temblores, rigidez o movimientos involuntarios, situaciones muy frecuentes durante esta técnica.

Este criterio no valora el hecho de disponer de diferentes posibilidades de aplicación de la muestra en varias posturas del dispositivo medidor/monitor, girándolo, poniéndolo inclinado, vertical u horizontal. Lo que tiene en cuenta este criterio es la tira o el chip en el que se deposita la muestra, no el dispositivo en el que van insertados”.

En cuanto a las ofertas presentadas, se argumenta que *“Tanto en el manual del usuario de aportado por ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. como en las pruebas prácticas de uso realizadas por la mesa de contratación se pudo comprobar lo siguiente en relación con Coagucheck® Proll:*

1. *La gota se puede depositar tanto en la zona central superior de la tira reactiva como en los laterales de la tira, adaptándose a la zona del dedo en la que se haya realizado la punción (mano izquierda o derecha/zonas laterales o central del dedo) y a la postura menos forzada tanto para el paciente como para la enfermera. También permite depositar la gota por gravedad. Es decir, no solo tiene varias zonas de carga de la gota, sino que aumenta el área de recepción de la muestra, siendo un aspecto muy ventajoso para la enfermera y para el paciente.*

2. *WERFEN ESPAÑA, S.A.U, considera que Coagucheck® Proll no permite tener diferentes posibilidades de aplicación de la muestra en varias posturas del dispositivo medidor/monitor, girándolo, poniéndolo inclinado, vertical u horizontal” cuando no el criterio no está midiendo este aspecto. No obstante, respecto a esta cuestión, el hecho de que el medidor Coagucheck® Proll se pueda colocar depositado horizontalmente en una mesa deja libres las dos manos para aproximar el dedo del paciente al sistema de determinación por la zona más sencilla y menos forzada para el paciente, en cualquiera de los lugares habilitados para aplicar la muestra. Coagucheck® Proll también se puede acercar en posición prácticamente horizontal al dedo del paciente con la muestra, abordándola por el lugar que resulte más sencilla y menos forzada para el paciente en cualquiera de los lugares habilitados para aplicar la muestra.*

3. *Siempre que la gota de sangre permanezca en contacto con la tira por cualquiera de los lugares descritos, esta se absorbe por capilaridad, aun cuando el dedo contacte con el sistema de determinación. Esta situación es muy frecuente debido a los cambios neurológicos y físicos descritos con anterioridad. NO existe ninguna advertencia o precaución especial en este sentido con este sistema de determinación”. (...)*

“En cuanto al sistema microINR® de WERFEN ESPAÑA, S.A.U, tanto con el manual de instrucciones de uso como en las pruebas prácticas de uso realizadas por la mesa de contratación se pudo comprobar lo siguiente:

1. El sistema de determinación (chip) solo tiene una zona de carga (denominado canal de entrada) para aplicar la gota de sangre. El canal está situado en el extremo distal del chip, y la superficie o área para depositar la gota es menor, lo que reduce las posibilidades para aplicar adecuadamente la muestra en caso de movimientos del dedo del paciente o temblores distales. Tampoco permite dejar caer la gota por gravedad, y si esto se hiciera, provocaría un derrame de la gota, lo que aumentaría el riesgo biológico para los profesionales sanitarios. Aunque WERFEN ESPAÑA, S.A.U, aduce que “dispone de más de una posibilidad de carga”, se refiere a la posibilidad de mover espacialmente el dispositivo para aplicar la muestra, pero en ningún momento a tener más de una zona de carga de la muestra, que es el criterio de mejora que se está valorando.

2. WERFEN ESPAÑA, S.A.U. incide en que “...hay infinitas posibilidades de posición del medidor para la carga de la muestra...”. Como ya se ha comentado previamente, este aspecto no es el que se está evaluando. No obstante, en el caso de microINR® la opción de aproximación del monitor a la muestra se recomienda solo para usuarios experimentados. En enfermeras que no han utilizado previamente este sistema estaría recomendado no realizar este movimiento (ver recuadro azul de la imagen anterior de la página 27 del manual de instrucciones) y mantener fijo el monitor.

3. En las páginas 27 y 28 del manual de instrucciones aportado por WERFEN ESPAÑA, S.A.U, describen que se debe evitar apoyar el dedo en el chip durante la realización del ensayo. La dificultad para mantener el dedo del paciente en una postura fija a una distancia tan pequeña del sistema de medición, de manera que solo contacte la gota de sangre con el sistema, por una única zona de carga o canal de entrada dificulta mucho la maniobra, tanto para el paciente como para la

enfermera que realiza la medición. En la página 28 del manual lo describen como ADVERTENCIA DE SEGURIDAD marcada con el símbolo correspondiente”.

Por su parte Roche en el trámite de alegaciones argumenta que *“WERFEN está planteando una interpretación alternativa del criterio de adjudicación “Carga de la gota de sangre en el sistema de determinación: Más de una zona de carga 15 puntos”.*

“Este criterio es meridiano y está minuciosamente motivado en la Memoria Justificativa de la licitación: los que se contratan son medios de diagnóstico de coagulación sanguínea a partir de una muestra de sangre obtenida mediante punción sobre la yema del dedo del paciente; la mayoría de estos pacientes sufren temblores o movimiento impreciso de las manos, por lo que al acercar el dedo con la gota de sangre efluida, se hace difícil que ésta se transfiera correctamente al dispositivo de medición. De ahí que el área de carga tenga que ser de unas características tales que mitigue la limitación descrita.

La recurrente tergiversa interesadamente esta motivación hasta reformularla como una necesidad diferente: la postura de la mano del paciente; pero no es la misma necesidad que formula el órgano y que versa sobre la imprecisión de los movimientos del paciente. A partir de este erróneo presupuesto, WERFEN ensalza la libertad de orientación de su medidor para tomar la muestra de un dedo que no pueda adoptar una postura natural extendido, habitualmente con la yema hacia abajo. Pero lo cierto es que eso no es lo que pide el criterio de valoración; y que lo que pide el criterio de valoración, su analizador no lo puede proporcionar, ya que no admite la imprecisión de movimientos y obliga a situar la gota de sangre en un punto exacto del chip con precisión milimétrica”.

Añade que el recurso “esconde una auténtica impugnación del pliego rector de la licitación que, en tiempo de adjudicación, resulta del todo extemporánea, ya

que en esta fase del procedimiento solo puede admitirse excepcionalmente en aquellos casos en que un licitador diligente e informado no hubiera podido deducir de la literalidad del pliego, al momento de ofertar, qué iba a ser finalmente valorado.” No es este el caso, dado lo diáfano del criterio controvertido y Werfen, como empresa licitadora habitual en este mismo objeto contractual, pudo entenderlo plenamente y pudo haber impugnado el pliego en el momento oportuno.

Por último, argumenta que *“Una interpretación alternativa y ‘de parte’ del criterio de adjudicación no puede alzarse sobre una literalidad del pliego que no ofrece duda alguna y que está motivada, ni tampoco prevalecer sobre la discrecionalidad del órgano; discrecionalidad que en este caso abarca el objeto de controversia en su integridad y que está muy asentada en la doctrina de los tribunales de contratación.*

Efectivamente, no estamos ante un fallo procedimental, ni un error material o de hecho, ni de incorrecta aplicación de la normativa, ni de vulneración de los principios rectores de la contratación pública.

Estando la presente valoración técnica de las ofertas inscrita plenamente en la esfera discrecional técnica del órgano contratante y puesto que éste tiene para su discrecionalidad la presunción de validez y acierto -reforzadas por su cualificación y responsabilidad asistencial- la interpretación “de parte” no puede ser prevalente y tampoco queda margen para la función revisora reservada al recurso especial”.

Vistas las alegaciones de las partes el Tribunal considera que debe valorarse el producto de acuerdo con la descripción del criterio de adjudicación y la explicación publicada sobre su justificación.

Debe recordarse que 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.

Igualmente, las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En este sentido, se comprueba que la valoración de la existencia más de una zona de carga aparece debidamente justificada y razonada en la información suministrada y en último termino corresponde al órgano de contratación comprobar si las características y prestaciones del producto ofertado por ambas licitadoras cumplen los requisitos para otorgarle la puntuación prevista.

El Tribunal en este caso debe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, *“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 incurso 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”.

Encontrándonos por tanto en este caso ante una valoración técnica del producto y estando debidamente explicado y motivado el informe de valoración, procede la desestimación del recurso.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Werfen España, S.A.U., contra la Resolución de adjudicación del contrato de Suministro de Sistemas para el control de los tiempos de protrombina en sangre con destino a los Centros de Salud dependientes de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del SERMAS, Expediente A/SUM-029534/2019.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 59 de la LCSP.