

**Recurso nº 309/2020
Resolución nº 322/2020**

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

En Madrid, a 27 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Vygon S.A.U, (en adelante Vygon) contra el pliego de prescripciones técnicas particulares que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de sistemas para bombas de infusión parenteral y enteral en el Hospital Universitario La Paz aprobado por el Director Gerente del Hospital Universitario La Paz”, número de expediente PA 2020-0-072, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 21 de octubre de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 9 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 4.307.928,63 euros.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso la descripción que se efectúa en cuanto a las características técnicas del suministro relativo al lote 5:

“Características Técnicas de las Bombas de jeringa de Nutrición Enteral: Lote 5
Nº de Bombas: 30 unidades.

- *Rango de flujo:*
 - *0,1 a 1200ml/h (incrementos de 0,1 ml/hora)*
 - *Volumen a infundir:*
- *0,1 a 999 ml (incrementos de 0,1ml/h)*
- *Ajustes de flujo durante la infusión.*
- (...)
- *Adaptable a varios tipos de jeringas (5/10/20/50), adecuadas para protocolos pediátricos y lactantes. (...)".*

Tercero.- El 10 de noviembre de 2020 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Vygon en el que solicita la nulidad de la descripción técnica del suministro relativo al lote 5 por considerar que tal y como está formulada es errónea técnicamente y además restringe la competencia.

El 18 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 transponen 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 13 de noviembre de 2020, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3

de la LCSP, debido a que la apertura de ofertas estaba convocada para el 16 de noviembre y es preferible resolver el recurso previamente a seguir la tramitación del procedimiento de adjudicación.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 potencial licitador, “*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 especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de prescripciones técnicas particulares fueron publicados el día 21 de octubre de 2020, e interpuesto el recurso en este Tribunal el día 10 de noviembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra uno de los pliegos de condiciones que regirán la 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.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en la determinación de si las características técnicas exigidas en el lote 5 de este contrato se encuentran ajustadas a Derecho.

Manifiesta el recurrente que: “*En primer lugar, no puede perderse de vista que la bomba está prevista para su uso en lactantes, pues entre otros, se exige que sea adaptable a varios tipos de jeringas (5/10/20/50), adecuadas para protocolos pediátricos y lactantes.*

A este respecto debemos destacar que, tal y como consta acreditado en diversos ensayos y estudios, el rango permitido, de hasta 1.200 ml, supone un grave riesgo para su utilización en neonatos y lactantes debiendo limitarse éste a 200 ml como máximo”.

Invoca para motivar sus alegaciones numerosa literatura científica sobre la materia.

Por su parte el Órgano de contratación manifiesta que: “*La recurrente, VYGON, solicita la nulidad del Pliego de Prescripciones Técnicas, en el sentido de sustituir las características técnicas de las bombas de jeringa de nutrición enteral del Lote 5 consistentes en: “rango de flujo permitido (de 0,01 a 1200 ml/h)” por “rango de flujo permitido (de 0,1 a 200 ml/h)”, alegando que dicho rango supone un grave riesgo para su utilización en neonatos y lactantes debiendo limitarse éste a 200 ml como máximo.*

Este órgano de contratación considera al respecto que, la ampliación del rango de volumen de 0,1 a 1200ml/h en lugar de 0,1 a 200ml/h como propone la empresa VYGON es más versátil, para su uso en pacientes pediátricos y no solo en pacientes neonatales, y no implica riesgo de sobredosificación al paciente ya que la bomba debe

disponer de la acreditación de normativa vigente solicitada en las condiciones generales de la bomba, que aseguren la seguridad eléctrica, mecánica y electromagnética (IEC/EN 60601-1-2-24), con un grado de precisión de ±2, lo que evita el riesgo de sobredosificación”.

Establecidas las posturas de las dos partes consideramos que el artículo 99 de la LCSP establece en su apartado 1 “*El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten*”.

Respecto al caso que nos ocupa, procede traer a colación la Resolución 468/2019, de 11 de mayo del TACRC que señala “*El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del órgano de contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.*

(...)

En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico. (...)". Y señalábamos asimismo: “*De la Directiva pues, se desprende que, si bien el órgano de contratación tiene discrecionalidad para definir el objeto del contrato, en aras de la igualdad y el libre acceso deben aceptarse ofertas que cumplan de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas; lo cual, si bien se refiere al momento de la selección de ofertas, entendemos que, impugnado el propio pliego, debe reflejarse preferiblemente en el mismo para mantener la regularidad y transparencia del proceso de selección; sobre todo si unimos lo dispuesto en la Directiva a la necesidad, reflejada en nuestra doctrina ya citada, de que el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad”.*

A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir el criterio de la Administración por el suyo propio”.

Resulta evidente de lo señalado anteriormente, que la controversia versa sobre un criterio eminentemente técnico, por lo 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 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 823/2017, de 22 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales manifiesta lo siguiente: «Sobre la disconformidad con los requisitos, especificaciones y características técnicas detalladas en la cláusula tercera del PPT, hemos de principiar señalando que este Tribunal, en su Resolución 688/2015, señaló que: “La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”.

En el presente caso, por lo que resulta del expediente, el Órgano de contratación ha fijado en los PPTP, de un modo claro y razonable, las necesidad a satisfacer y en uso de la discrecionalidad que legalmente se le reconoce y de la experiencia acumulada, ha diseñado las características técnicas que considera más idóneas para la satisfacción del interés público, definiendo el objeto del contrato con precisión, a fin de garantizar que los bienes a suministrar sean adecuadamente utilizados por sus destinatarios, no solo neonatos o lactantes, sino también resto de pacientes pediátricos.

No queda acreditado por el recurrente que las prescripciones técnicas limiten la concurrencia, pues como señala el órgano de contratación, permite la participación a otros licitadores proporcionando un trato igualitario y no discriminatorio a los ofertantes, tal y como se establece en el artículo 132 Ley 9/2017 de 8 de noviembre (LCSP) y fomentando la competencia como principio propio de esta norma legal.

Todo ello, lleva a considerar a este Tribunal que se han cumplido las previsiones recogidas en los artículos 124, 125 y 126 de la LCSP respecto a las prescripciones técnicas del presente contrato.

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

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 legal de Vygon S.A.U, contra el pliego de prescripciones técnicas

particulares que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de sistemas para bombas de infusión parenteral y enteral en el Hospital Universitario La Paz aprobado por el Director Gerente del Hospital Universitario La Paz”, número de expediente PA 2020-0-072.

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.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 13 de noviembre de 2020.

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.