

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.E.H., en representación de la empresa Smiths Medical España S.L. (en adelante Smiths) contra la resolución de adjudicación del contrato “Suministro de catéteres intravenosos periféricos con dispositivo de seguridad y válvula de bioseguridad para el Hospital Universitario Fundación de Alcorcón”, Expediente Nº PA 022/19, para el lote 1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 10 de junio de 2019, en el BOCM de fecha 13 de junio y en la Plataforma de Contratación Públicas de la Comunidad de Madrid de fecha 10 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 601.010,30 euros y su duración es de 12 meses.

A efectos de la resolución del recurso procede destacar que el Pliego de Prescripciones Técnicas establece:

“LOTE 1.- CATÉTERES INTRAVENOSOS PERIFÉRICOS CON DISPOSITIVO DE SEGURIDAD.

□ Características técnicas de los productos:

- Catéter venoso periférico estéril de un solo uso, con dispositivo de seguridad Integrado regulado según la orden 827/2005 de 11 de mayo de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid.

- Consta de una cánula intravascular radiopaca, biocompatible y termosensible.

- El biomaterial de fabricación de la cánula debe ser de alta calidad, de alta permanencia por lo que debe reducir las flebitis y ser muy resistente a los acodamientos.

- Con cono de conexión luer-lock con código de color regulado por la UNE 53-373 e ISO 6009 que facilite la identificación del calibre que debe contar con una pestaña antigiro.

- El cono debe asegurar una total estanqueidad de acoplamiento sin existir pérdidas de líquido por las juntas.

- Con aguja introductora de acero inoxidable grado médico de acuerdo a la norma ISO 9626, recta, cilíndrica, siliconada y bisel trifacetado.

- La aguja no debe contar con un punto de inyección para la toma de muestras de sangre ni tampoco debe existir un puerto de inyección en la parte superior del catéter.

- Diseño ergonómico donde el dispositivo de seguridad debe poder activarse con una sola mano y una vez activado, el dispositivo de seguridad debe ser irreversible.

- Una vez activado el dispositivo de seguridad, la zona cortopunzante de la aguja debe quedar perfectamente cubierta.

- *El dispositivo de seguridad no debe interferir en el uso habitual del catéter y debe permitir visualizar el retorno sanguíneo antes de la retirada de la aguja introductora.*
- *El catéter debe ser fácil de usar para el personal sanitario y el diseño debe sugerir el uso correcto.*
- *El catéter debe ser compatible con el sistema de fijación de vías venosas periféricas según protocolo existente en el Hospital.*
- *Con tapa protectora que se acople perfectamente a la parte superior del pabellón del catéter y que asegura la total esterilidad del dispositivo hasta su uso.*
- *El envase individual debe contar con código de color ISO para facilitar la identificación del calibre y debe ser fácilmente pelable.*
- *Se valorará la disponibilidad de las diferentes longitudes de catéter que cubran todas las necesidades del Hospital.”*

Segundo.- El 6 de Agosto de 2019 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Smiths en el que solicita la anulación del acto de exclusión acordado por la Mesa de contratación por considerar que cumple con las prescripciones técnicas previstas en los Pliegos (en adelante PPT).

Tercero.- El 12 de septiembre de 2019 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).

Cuarto.- 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 al considerar plenamente justificada la exclusión.

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 excluida 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 del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se ha planteado contra la resolución por la que se acuerda la adjudicación del contrato y la exclusión de la recurrente que fue notificada 19 de agosto, presentando el recurso el 6 de septiembre, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Cuarto.- 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.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso se alega por el recurrente que el informe que sirvió de base a su exclusión señalaba *“El catéter modelo Protectiv Plus® es utilizado en el hospital desde el año 2014. Sin embargo, desde el mes de marzo*

del presente año, se han recibido numerosas quejas a través de CISEMadrid, email y personalmente, por parte de las enfermeras de hospitalización revelando el incremento de flebitis mecánicas con el uso de este dispositivo. Este incremento de flebitis obliga a que el catéter Protectiv Plus® sea calificado como NO APTO”.

A la vista del informe, considera que el producto ofertado cumple escrupulosamente todas y cada una de las prescripciones técnicas contempladas en los pliegos, resultando además que los catéteres ofertados han sido comercializados en todo el mundo durante muchos años y han sido valorados por sus clientes como catéteres de alta calidad.

Añade que a partir de septiembre de 2016, comenzó a modificar la cánula de sus catéteres de poliuretano, pasando de Ocrilon a TECHRILO. Este último es un material de nueva generación diseñado por Smiths que tienen una mayor estabilidad desde el punto de vista ambiental, mejor recuperación después de la flexión y está equipado con tres pequeñas franjas horizontales que mejoran la radiopacidad. En todo caso, tanto uno como otro funcionan de la misma manera.

Considera que en contra de lo recogido en el informe respecto al aumento de flebitis, destaca el hecho multifactorial de una flebitis por implantación de un CVP, señalando posibles causas asociadas con la incidencia de la flebitis.

Señala que en la ficha Técnica, que acompaña al recurso, consta *“Catéter de Poliuretano: Material de Poliuretano registrado de consistencia firme en el exterior, dada su termo sensibilidad, se ablanda a temperatura corporal dentro de la vena. Se reducen las flebitis hasta un 60%. Menor acodamiento”.*

Finalmente, añade que a pesar de ser conscientes de la discrecionalidad técnica con la que cuenta la administración, no procede la exclusión dado que resulta obvio que su oferta da cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos técnicos,

estando su exclusión motivada únicamente por la supuesta vinculación de un incremento de flebitis a los catéteres ofertados cuando las causas que pueden dar lugar a una flebitis son varias y diversas. Dicha exclusión supone por tanto vulnerar los principios rectores de todos los procedimientos de contratación pública (transparencia, igualdad de trato entre los licitadores y no discriminación) y, consecuentemente, una extralimitación de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el informe de exclusión se realizó de acuerdo con la información que se disponía en el Hospital sobre dichos catéteres, en relación con las notificaciones de incremento de flebitis notificadas y tras descartar otras posibles causas de las mismas. Según la documentación que se aporta con estas alegaciones, a finales de marzo del presente año se empezaron a recibir notificaciones por parte de las enfermeras de las Unidades de Hospitalización, más concretamente de las Unidades de Hospitalización HA0 de Cardiología/Nefrología y HB2 de Neurología/Digestivo, quienes señalaban un notable incremento de flebitis, manifestando que iba asociado a un cambio de los CVP adquiridos por el Hospital. Dichos incidentes fueron notificados a la Comisión de Seguridad del Paciente, que a su vez los remitió a la Responsable de Recursos Materiales para su conocimiento y análisis. Iniciada la investigación, lo primero que se confirmó es que se había llevado a cabo un cambio de presentación del envase exterior. Para conocer si este cambio de envasado también había conllevado un cambio del tipo de producto, con fecha 16 abril, se procede a notificar a la Subdirección Económica Financiera, a los supervisores de enfermería y a la representante de Smiths Medical los incidentes que las enfermeras estaban expresando a la Supervisora de Recursos Materiales.

Con fecha 29 de abril Smiths responde vía email donde reconocen *“un cambio de producción de lo catéteres de US a Italia por ampliar la producción y los ProtectIV producidos en Latina tienen una distancia ligeramente menor entre la cánula y el bisel (menos de un milímetro), por lo que esta podría ser la razón por la que encuentran el*

catéter diferente. Todo lo demás es lo mismo, se trata de retomar las habilidades manuales, no creo que cambiar el lote cambie nada". De esta contestación, el órgano de contratación deduce que con el cambio del lugar de producción se han variado también las características del producto, si bien atribuye los incidentes a que las enfermeras pudiesen carecer de las habilidades manuales.

Alega que se procedió a revisar si en las unidades de hospitalización donde se registraban los incrementos de flebitis, había habido cambios de personal, que hubiesen podido conllevar una menor habilidad para la puesta del catéter, confirmándose que este personal era el habitual, por lo que no parecía factible que la causa del incremento de las flebitis fuese que las habilidades manuales se hubiesen perdido.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si el producto ofertado por la recurrente cumple las características técnicas exigidas por el PPT.

Como sea señalado anteriormente, el PPT recoge las características de los catéteres intravenosos periféricos con dispositivo de seguridad. Entre dichas características se señala *"El biomaterial de fabricación de la cánula debe ser de alta calidad, de alta permanencia por lo que debe reducir las flebitis y ser muy resistente a los acodamientos"*.

Respecto a esta característica es donde se centra la controversia de las partes en cuanto al cumplimiento de las exigencias de los Pliegos. Se trata de determinar si el biomaterial de la cánula ofertada es de *"alta calidad"* y de *"alta permanencia"* lo que producirá una reducción de la flebitis.

El órgano de contratación alega que como consecuencia del cambio de las características del producto ofertado que se venía suministrando, se ha detectado un incremento de flebitis mecánica en los pacientes. Esta circunstancia se acreditó en

base a los informes del personal sanitario de las unidades de hospitalización HAO de Cardiología/Nefrología y HB2 de Neurología /Digestivo, donde hacían constar que el incremento de flebitis iba asociado a un cambio de los CVP adquiridos por el Hospital.

El recurrente, que no pone en cuestión el incremento de la patología mencionada, considera que la causa de dicho incremento es multifactorial, señalando posibles causas asociadas con la incidencia de la flebitis.

Este Tribunal ha de resolver este recurso en términos estrictamente jurídicos, considerando desde este punto de vista la adecuación del producto a las características técnicas exigidas, sin que pueda entrar en consideraciones sobre cuestiones referidas a especialidades médicas al carecer de conocimientos sobre ello.

En este sentido, se comprueba que es una exigencia de los Pliegos que el biomaterial de fabricación de la cánula debe ser de alta calidad y de alta permanencia por lo que debe reducir las flebitis. Si el órgano de contratación en sus informes ha acreditado que el producto ofertado no solo no reduce la flebitis, sino que produce un incremento de la misma, este Tribunal no puede, en este punto, sino apelar la consolidada doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración. Podemos traer a colación, en este sentido, 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”.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, 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.

Cabe recordar también que 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.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del motivo 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 don L.E.H., en representación de la empresa Smiths Medical España S.L. contra la resolución de adjudicación del contrato “Suministro de catéteres intravenosos periféricos con dispositivo de seguridad y válvula de bioseguridad para el Hospital Universitario Fundación de Alcorcón”, Expediente Nº PA 022/19, para el lote 1.

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.