

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

En Madrid, a 27 de enero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fresenius Kabi España, S.A.U., (en adelante FRESENIUS) contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 24 de diciembre por la que se excluye la oferta de la recurrente por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos, en la licitación del contrato de “Suministro de sistemas de nutrición enteral y equipamiento en cesión para el Hospital Clínico San Carlos” Lotes 1 y 3, número de expediente PA2021-0-116 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 4 de noviembre de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 191.419,20 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron ocho empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el pliego de prescripciones técnicas particulares que en su apartado 2, en referencia al lote 1 requiere como exigencias técnicas mínimas en los lotes 1 y 3 las siguientes:

LOTE ÍTEM	CÓDIGO	ESPECIFICACIONES TÉCNICAS
1	246790	<p>SISTEMA NUTRICIÓN ENTERAL CON SEGURIDAD PARA BOMBA (ENFIT)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cabezal universal giratorio, compatible con diversos envases de nutrición enteral, con filtro de aire. • Cámara de goteo transparente y flexible. • Tubo o línea para administración. • Sistema de seguridad anti-caída libre. • Conector distal de seguridad (ENFIT). • Longitud del fungible: 200 a 250 cm. • Puerto de medicación 3 vías y seguridad (ENFIT). • Bolsa plástico para colgar frascos. • Clamp para pinzamiento. • Color de seguridad, no compatible con dispositivos de administración IV. • Desechable o de un solo uso. • Libre de DEHP (Pfalatos) y BPA (Bisfenol A) • Libre de látex. • Envase individual • Estéril.

3	246785	<p>SISTEMA UNIVERSAL POR GRAVEDAD PARA NUTRICIÓN ENTERAL (ENFIT)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cabezal universal giratorio, compatible con diversos envases de nutrición enteral, con filtro de aire. • Cámara de goteo transparente y flexible. • Conector distal de seguridad (ENFIT). • Longitud del fungible: 200 a 250 cm. • Puerto de medicación 3 vías y seguridad (ENFIT). • Bolsa plástico para colgar frascos. • Color de seguridad, no compatible con dispositivos de administración IV. • Desechable o de un solo uso. • Libre de DEHP (Pfalatos) y BPA (Bisfenol A) • Libre de látex. • Envase individual • Estéril.
---	--------	---

Tras la elaboración de informe técnico de cumplimiento de los suministros propuestos por las licitadoras, los requisitos exigidos, la mesa de contratación en base a sus competencias, acuerda excluir de la licitación del lote 1 a todas las empresas

por incumplimiento de dichos requisitos por los suministros propuestos y por la misma razón excluir de la licitación del lote 3 a la recurrente.

Tercero.- El 17 de enero de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FRESENIUS en el que solicita la admisión de sus propuestas, por haber sido excluidas por error técnico en la comprobación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el PPTP.

El 21 de enero de 2022 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 (LCSP).

Cuarto.- Solicitada la adopción de medidas cautelares, no ha lugar a pronunciarse al respecto, al abordar directamente la resolución del recurso.

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 excluida, *“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 el acuerdo impugnado fue adoptado el 15 de diciembre de 2021, practicada la notificación el 24 de diciembre de 2021 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 17 de enero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco 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.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se motiva en dos aspectos, en cuanto al lote 1 el incumplimiento basado en la falta de color de seguridad no compatible con sistemas de administración IV, este motivo se repite en cuanto al lote 5 al que se añade la falta de un sistema de seguridad anti caída libre.

Si bien el recurrente conoce y asume el concepto de discrecionalidad técnica que ha de presidir la acción de la administración pública, incluida la sanitaria, como en este caso, invoca la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales, compartida por este Tribunal por la que dicha discrecionalidad técnica está acotada con ciertos límites como puede ser la arbitrariedad y el error.

Como error técnico trata la exclusión de sus productos a la licitación. Manifiesta que: *“Respecto al segundo punto (color de seguridad) el sistema de administración*

*ofertado por FRESSENIUS cumple con la norma ISO 80369-3 que, entre otras cosas, establece como debe ser el diseño de los sistemas de administración de nutrición enteral para evitar conexiones accidentales con otros sistemas de administración, como los intravenosos. Esta norma ISO, establece entre otros el color de las conexiones, siendo el color lila que tienen nuestros sistemas de administración el establecido. Esta característica se aprecia claramente tanto en la ficha técnica presentada en la documentación técnica de dicho lote (ver **Documentos nº 7 y 9**), como en la muestra presentada”.*

En cuanto a la inexistencia de sistema anti caída manifiesta: *“respecto al primer punto (Sistema de seguridad anti-caída libre) el sistema de administración ofertado por FRESSENIUS posee un clamp de pinzamiento que tiene la función de ser un sistema anti-caída libre (AFF-anti-free flow). Así consta en ficha técnica de la bomba correspondiente, presentada entre la documentación técnica de dicho lote (ver **Documentos nº 7 y 9**), y además se aprecia claramente en la muestra presentada”.*

El órgano de contratación en su informe al recurso se mantiene en la misma posición que contenía el informe técnico de verificación de cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos. No asumiendo error alguno por su parte y defendiendo su actuación mediante las siguientes alegaciones: *“Para explicar que sí cumple con un sistema de seguridad anti-caída libre, la empresa Fresenius Kabi España, S.A.U. ha manifestado que su sistema de nutrición incorpora una pinza clamp.*

*Efectivamente, este es otro requisito que está en el PPT y que lo cumple, pero, sin embargo, **no dispone de ningún sistema de seguridad anti-caída libre**, un requisito que se ha pedido y que existe en el mercado. Su sistema de nutrición enteral no tiene ningún regulador que permitiera cumplir con esa exigencia como sí lo tienen otras empresas que comercializan los sistemas de nutrición enteral conectados a bombas de administración.*

Respecto al color de seguridad no compatible con dispositivos de administración IV, hay que recordar que en este expediente lo que se licitan son sistemas de nutrición enteral, por lo que todas las prescripciones técnicas afectan a

*las características cualitativas y el sistema de nutrición que ha ofertado Fresenius Kabi España, S.A.U. no es del color identificativo de la nutrición enteral, esto **es violeta, en su totalidad**, al margen de que la conexión distal y/o proximal tengan ese color. Las muestras que ha enviado en ningún caso son íntegramente de un color que garantice la seguridad en su totalidad, por lo que ha quedado excluido tanto en Lote 1 como del Lote 3.*

*Mencionar el hecho de que **este requisito sí ha sido cumplido por varias empresas que se han presentado a este mismo expediente, demostrando que se han actualizado a la demanda de calidad y seguridad que exigen los protocolos de la nutrición enteral**”.*

Vistas las alegaciones de las partes el Tribunal considera que deben valorarse los productos 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.

A la vista de las manifestaciones de la recurrente, del órgano de contratación y de la adjudicataria debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, teniendo en cuenta que las características que se valoran aparecen descritas en el PCAP, por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta valoración del producto.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, *“cabe 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”.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en*

cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados' tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”.

La ausencia de un color violeta en la totalidad del suministro, que se constata por la visión de la fotografía de la muestra aportada en la propuesta por el recurrente y la determinación de que se entiende por sistema anti caída libre, son adecuados y respetuosos con lo establecido en el PPTP y PCAP.

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

Es necesario recordar que en caso de duda sobre las exigencias de los pliegos de condiciones, el art. 138 de la LCSP, establece un sistema de información a los interesados donde podrán de forma pública y vinculante pormenorizar este tipo de cuestiones, evitando así incumplimientos de requisitos que a ninguna de las partes favorece.

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal “*arbitrariedad*” ni “*error*” en el juicio técnico, ni falta de motivación de la exclusión, por lo que 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 Fresenius Kabi España S.A.U., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 24 de diciembre por la que se excluye la oferta de la recurrente por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos, en la licitación del contrato de “Suministro de sistemas de nutrición enteral y equipamiento en cesión para el Hospital Clínico San Carlos” Lotes 1 y 3, número de expediente PA2021-0-116

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.- 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.