

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

En Madrid, a 31 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal Fresenius Kabi, S.A.U. (en adelante FRESENIUS) contra la Resolución de 24 de febrero de 2022 del director gerente del Hospital Universitario La Paz por la que se adjudica el contrato de “*suministro de medicamentos: carglúmico ácido, oxibato de sodio, fisiológico AMP, tigeciclina, voriconazol, micafungina, bivalirudina y pantoprazol*”, lote 3, número de expediente P.A. 67/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 16 de noviembre de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único criterio de adjudicación y dividido en ocho lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 5.549.645,71 euros y su plazo de duración será de doce meses.

A la presente licitación se presentaron 14 empresas, entre ellas, la recurrente.

Segundo.- Realizadas las actuaciones correspondientes del procedimiento de licitación, el 24 de febrero de 2022 se adjudica el contrato de referencia mediante resolución del director gerente del Hospital de La Paz. En concreto el Lote 3 se adjudica a B. BRAUN Medical, S.A.

Tercero.- El 18 de marzo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FRESENIUS en el que solicita que se excluya al adjudicatario.

El 24 de marzo 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) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, para el Lote 3, 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 (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.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del Lote 3 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. El 30 de marzo, B. BRAUN presenta alegaciones en plazo.

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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 24 de febrero de 2022, publicado el 25 de febrero e interpuesto el recurso el 18 de marzo 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 el acuerdo adjudicación, 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.c) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de resolución del presente recurso interesa destacar del Anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas lo siguiente:

“Características Particulares Lote 3:

Ampollas de plástico compatibles con jeringas luer y luer-lock.

Se podrá extraer la solución sin utilizar la jeringa y sin derrames al abrir.

Facilidad de separación de las unidades sin dañar el sistema de cierre de las mismas”.

Manifiesta el recurrente que el primer requisito exige que el producto ofertado sea compatible de forma acumulativa y no alternativa, tanto con jeringas con tecnología de conexión luer, como con aquellas otras jeringas con la tecnología de conexión más avanzada que es la conexión luer-lock. La falta de cumplimiento de una u otra compatibilidad determina la exclusión de la oferta por incumplir los requisitos técnicos obligatorios. Así lo establece el propio PPT al exigir mediante la preposición “y” que el producto sea compatible con ambos tipos de conexión.

Alega que el producto ofertado por BRAUN solo cumple con la compatibilidad con las jeringas que tengan conexión luer pero no con las que requieran conexión luer-lock, esta afirmación la deduce de la ficha técnica del producto presentada por la adjudicataria y a la que ha tenido acceso al expediente concedido por el órgano de contratación.

El recurrente aporta una imagen del producto de su oferta alegando que se puede apreciar claramente la existencia de la conexión luer-lock.

En defensa de sus pretensiones cita varios artículos de la LCSP, los principios de igualdad, transparencia y no discriminación que rigen la contratación pública, diversas resoluciones de tribunales administrativos de contratación pública y el Código Civil para hacer referencia a que la oscuridad de las cláusulas no debe favorecer a quien las haya ocasionado.

Así, concluye el recurrente que la valoración realizada en el informe técnico ha incurrido en una serie de incongruencias con respecto a lo exigido en el pliego. La falta de claridad del pliego, a raíz de la sesgada interpretación de los criterios técnicos obligatorios realizada por el órgano de contratación le produce un claro perjuicio porque podía haber presentado oferta con una referencia distinta de producto que solo

cumpliera con el requisito de conexión Luer, permitiendo así una oferta económica más competitiva en precio y asegurando el éxito de la adjudicación.

Por todo ello, solicita la anulación de la adjudicación, declarando la exclusión de la empresa BRAUN respecto del Lote 3 por incumplimiento de las características técnicas obligatorias.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que el recurrente considera que las ampollas deben cumplir tanto con el formato luer como con el luer-lock, sin embargo, en ningún momento el PPT especifica que el cono de la ampolla tenga que tener obligatoriamente conexión luer-lock, sino que basta con que sea compatible con jeringas luer-lock.

Alega que, para poder contrastar la compatibilidad, entre otras, los pliegos exigen la presentación de muestras exponiendo:

“Se presentará una muestra del medicamento, con las mismas características con las que sería suministrado en caso de adjudicación. Si la presentación es en envase clínico, se presentará el cartonaje de dicho envase clínico junto con una o varias unidades de las contenidas en dicha presentación. En caso necesario, se podrá solicitar más muestras a las empresas licitadoras.

Cada muestra deberá presentar una etiqueta que indique el nombre de la empresa, nº de expediente, lote y nº de orden al que presentan la muestra. Las muestras no contendrán ninguna etiqueta que impida su valoración”.

De las muestras presentadas, se comprobó que todos los licitadores al lote nº 3, FRESENIUS y B. BRAUN, cumplían con su compatibilidad tanto con jeringas luer como con luer-lock, ambas jeringas conectaban perfectamente con las dos presentaciones, extrayéndose la solución completamente, sin ningún problema ni derrame, por lo que se consideraron que cumplían con lo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Destaca que la clave en las características exigidas al producto que nos ocupa y que no ha tenido en cuenta la mercantil FRESENIUS es la palabra “compatibles” cuyo significado es “*que pueda funcionar junto con otro por estar diseñado para adaptarse a él*” por lo que el análisis de las ofertas presentadas al lote 3, a través de las muestras corroboran la compatibilidad exigida y satisfacen las necesidades expresadas en los pliegos, y en particular, cumplen las características establecidas en los mismos.

Asevera que el empleo de la característica “*compatibles*” con jeringas luer y luer-lock, en lugar de ampolla “*con cono luer-lock*” se realizó intencionadamente para abrir la concurrencia del producto a distintos licitadores.

A la vista de todo lo anterior, el órgano de contratación estima que la adjudicación ha descansado en el informe de valoración de cumplimiento de las características exigidas en el PPT, emitido por el servicio promotor, aplicando los conocimientos especializados y que se han efectuado con total imparcialidad e independencia, mediante el análisis de las ofertas y muestras presentadas, con la certeza de que éstos satisfacen las necesidades expresadas por los Pliegos y en particular, de que las ofertas presentadas cumplen con los criterios establecidos en los mismos, respetando los principios que rigen la contratación pública.

Por su parte, el adjudicatario alega que el producto ofertado cumple con la compatibilidad con las jeringas que tengan conexión luer y luer–lock. Como se indica en la ficha técnica aportada la presentación del SUERO FISIOLÓGICO BRAUN 0,9% MP 10ML es Mini- Plasco®. A estos efectos aporta un video para visualizar que las ampollas se adaptan perfectamente al sistema luer-lock sin derrames al abrir y fácil separación de las unidades sin dañar el sistema de cierre de las mismas.

Aclara que la descripción de producto de B. Braun en la ficha técnica, se especifica la conexión del envase Mini-Plasco® con jeringas de conexión luer; la especificación “*conexión directa sin agujas*” engloba la conexión luer y la conexión luer

lock, con lo cual, las ampollas son válidas y adaptadas para ambos tipos de conexión.

Añade que, aunque no se mencione específicamente en la ficha técnica la conexión luer-lock, esto no demuestra que no sea compatible con este sistema, que la prueba física del producto si demuestra que es compatible. Asimismo, hace referencia al PPT que se exige la presentación de muestras con lo cual el órgano de contratación ha podido verificar que la ampolla de Suero Fisiológico Braun 0,9% disolvente para uso parenteral ampollas de 10 ml se adapta y es compatible al 100% con el sistema de jeringa Luer-Lock y esto prueba que cumple con el requisito solicitado en el Anexo I del PPT.

Vistas las posiciones de las partes, se constata por este Tribunal que según alega el recurrente, en la ficha técnica del producto ofertado por el adjudicatario consta en la descripción del envase *“conexión luer”*. No obstante, tal y como indica el adjudicatario también consta *“conexión luer (aspiración directa sin agujas)”*.

Asimismo, tal y como indica el órgano de contratación el PPT exige *“ampollas de plástico compatibles con jeringas luer y luer-lock”*, es decir, se exige que las ampollas sean compatibles con los dos sistemas, pero no se desprende de la literalidad del texto que las ampollas deban tener los dos tipos de conexión.

Además, en el documento de valoración técnica, suscrito por el jefe de Servicio de Farmacia, en el que se relacionan una serie de licitadores entre los que se encuentra el adjudicatario se indica *“cumplen con las especificaciones técnicas exigidas en los pliegos”*. Asimismo, el órgano de contratación manifiesta que de las muestras presentadas se comprobó la compatibilidad con ambos sistemas.

Al respecto, procede traer a colación la doctrina mantenida por el TACRC, que este Tribunal comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos. Sirva de ejemplo su Resolución 980/2019, 6 de septiembre, donde afirma *“En este punto, es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes*

técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados (por todas, Resoluciones 618/2016, de 29 de julio, y 152/2017, de 10 de febrero). En este sentido, este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha analizado en diversas resoluciones la discrecionalidad técnica de la Administración, señalando que --cuando la Administración encarga a un órgano “ad hoc”, formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen-- (Resolución 618/2014)”.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto anteriormente y la doctrina citada procede desestimar el 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 legal Fresenius Kabi, S.A.U. contra la Resolución de 24 de febrero

de 2022 del director gerente del Hospital Universitario La Paz, por la que se adjudica el contrato de *“suministro de medicamentos: carglúmico ácido, oxibato de sodio, fisiológico AMP, tigeciclina, voriconazol, micafungina, bivalirudina y pantoprazol”*, lote 3, número de expediente P.A. 67/2021.

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 automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para el Lote 3.

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.