

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa DGM Vascular, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y al Pliego de Prescripciones Técnicas reguladores del procedimiento de contratación de “Suministro de clips hemostáticos de polímero inerte para el Servicio de Urología del Hospital Clínico de San Carlos”. Expediente PA 2023-0-016, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de febrero de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratos del Sector Público el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 166.622,40 euros y un plazo de ejecución de 48 meses.

Segundo.- El 17 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de DGM Vascolar, S.L (en adelante DGM), en el que solicita la nulidad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas.

Tercero.- El 24 de marzo de 2023 el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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.- 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.- La recurrente se encuentra legitimada en base al artículo 48 de la LCSP que reconoce legitimación para la formulación del recurso especial en materia de contratación a aquellos *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 27 de febrero de 2023, e interpuesto el recurso el 17 de marzo, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, de un contrato de suministro 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.- Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta de interés transcribir la cláusula 8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares:

“8.2. Criterios cualitativos:..... 30 puntos.

LOTE 1

- Compatibles con el sistema quirúrgico DaVinci IS4200/IS4000 (20 puntos).

Se puntuará a las ofertas que presenten productos compatibles con el sistema quirúrgico robótico propiedad del Hospital de la siguiente manera:

- 20 puntos: Sí cumple

- 0 puntos: No cumple

- Disponibilidad de aplicadores endoscópicos de tres piezas para la aplicación en cirugías no robóticas (10 puntos).

Se puntuará a las ofertas que presenten productos compatibles con el sistema quirúrgico robótico propiedad del Hospital de la siguiente manera:

- 10 puntos: Sí cumple

- 0 puntos: No cumple”.

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en que la citada cláusula, en concreto el criterio referido a la disponibilidad de aplicadores endoscópicos de tres piezas para la aplicación en cirugías no robóticas, valorado con 10 puntos, perjudicada a su empresa premiando injustificadamente a la empresa TELEFLEX y, por ende, limitan la competitividad y por lo tanto las posibilidades de adjudicación a otros potenciales competidores.

Alega que resulta incomprensible que se valore el carácter de desmontable en tres piezas pues estamos en una licitación para servicios de urología que incluyen procedimientos tanto abiertos como laparoscópicos. En este sentido, haciendo referencia al tipo de aplicadores que se describen en la redacción de los criterios cualitativos, se debe significar que no existen en el mercado aplicadores desmontable en 3 piezas para cirugía abierta por lo que resulta incomprensible que se puntúe el hecho de que lo sea.

Además, como premisa común para los aplicadores de clips de polímero es importante resaltar que en el mercado nacional y comunitario están presentes diferentes modelos de aplicadores, todos ellos desmontables en una y dos piezas, siendo TELEFLEX la única mercantil que dispone de aplicadores desmontables en tres piezas. En este sentido, se puede observar como las especificaciones o criterios cualitativos premian la posibilidad de que los aplicadores de CLIPS DE POLÍMERO sean desmontables en 3 piezas. A su juicio, no se puede compartir ni aceptar dicha exigencia puesto que el lote hace referencia al servicio de urología sin limitarlo a operaciones laparoscópicas.

Considerando que, dada la existencia de gran variedad de aplicadores presentes en el mercado nacional y comunitario (todos ellos con certificados de calidad y seguridad según normativa europea 93/42/EEC o MDR 2017/745), la adjudicación de 10 puntos por una característica no esencial para el funcionamiento o la calidad del dispositivo resulta injusta a la vez que lesiva. La posibilidad totalmente innecesaria de que el aplicador sea desmontado en 3 piezas, la cual solo puede cumplir un determinado producto, de una determinada empresa, es una clara discriminación y vulneración de los derechos a la libre competencia y una limitación a la competitividad de las demás marcas que puedan optar a la licitación en cuestión.

Concluye su alegato manifestando que aun siendo el objeto de la licitación unos clips de polímero no reabsorbibles, los 10 puntos de los criterios cualitativos impugnados, los cuales corresponden al 10% del total y al 33% de los criterios

cualitativos, se adjudican por características no del dispositivo licitado sino de un aplicador no objeto de la licitación.

Por último, solicita la adopción de medidas cautelares hasta la resolución del presente recurso.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que, como aplicación práctica de los criterios legales y doctrinales sobre los criterios de adjudicación, ha elegido un criterio cualitativo cuya valoración considera le va permitir seleccionar un producto que satisfaga mejor sus necesidades, e introduce en los pliegos como criterio de valoración a tener en cuenta, una característica ligada a la funcionalidad del producto, que es: la posibilidad de desmontarse en 3 piezas independientes los aplicadores endoscópicos de cirugías no robóticas, ya que esta característica sirve para garantizar que todas las piezas de los aplicadores estén perfectamente limpias, desinfectadas y sometidas a un procedimiento de esterilización previo a su uso en una intervención quirúrgica. Además, el criterio se formula de una manera totalmente objetiva de manera que no es precisa la labor intelectual por parte de funcionario a la hora de valorar la oferta: ha de separarse en 3 piezas.

Añade que como consecuencia de la interposición de este recurso, se solicita al Servicio de Medicina Preventiva de ese centro, informe para la valoración técnica sobre el tratamiento del instrumental médico. Este informe, de fecha 22 de marzo de 2023, recoge lo siguiente:

“El tratamiento del instrumental médico incluye, por lo general las siguientes fases:

- Preparativos (tratamiento previo, recogida, limpieza previa y, si fuera necesario, desmontaje).*
- Limpieza, desinfección, aclarado posterior y, si fuera necesario, secado.*
- Control visual de la limpieza y del buen estado del material.*
- Control de funcionamiento.*
- Marcado.*

-Si fuera necesario, envasado y esterilización, autorización y almacenamiento.

En este sentido, y para conseguir resultados de limpieza óptimos, el producto sanitario debe poder desmontarse en el número de piezas suficientes para garantizar la accesibilidad de los productos detergentes en toda la superficie del instrumento médico, contribuyendo a la calidad final del proceso de descontaminación previa a la esterilización”.

Respecto a la alegación de la recurrente referente a que TELEFLEX es la única empresa que comercializa unos aplicadores de estas características, manifiesta que desconoce si esta afirmación es cierta y la recurrente no presenta ninguna evidencia de ello.

Finaliza la defensa de sus posiciones argumentando que nos encontramos ante un criterio de adjudicación y no de un criterio de solvencia, por lo que existe límite a la libre concurrencia.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la cláusula de adjudicación objeto de controversia es ajustada a derecho.

El artículo 131.2 de la LCSP establece: *“La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento”.*

Por su parte el artículo 145.4 establece: *“Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades”.*

El apartado 5 del mismo artículo dice: *“Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:*

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

En el caso que nos ocupa procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al respecto que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos.

El TACRC, en su reciente Resolución 8/2023, de 13 de enero, en un supuesto muy semejante con el mismo recurrente manifestaba *“El recurso se funda, en esencia, en considerar que la exigencia de que el producto ofertado se desmonte en 3 piezas independientes para facilitar su limpieza y esterilización supone una exigencia que limita la concurrencia, pues no es necesario ‘para garantizar la limpieza/esterilización, menos aún resulta ser los estándares oficiales’.*

El órgano de contratación y TELEFLEX MEDICAL, S.A. consideran que la exigencia de desmontarse en 3 piezas independientes es necesaria para garantizar

que todas las piezas de los aplicadores estén ‘perfectamente limpias, desinfectadas y sometidas a un procedimiento de esterilización previo a su uso en una intervención quirúrgica’. Nos encontramos, como puede observarse, ante una cuestión de índole claramente técnica, por lo que está sometida a nuestra consolidada doctrina sobre la discrecionalidad técnica del órgano de contratación resumida en nuestra resolución 829/2019 de 24 de septiembre ‘Expuesto lo anterior, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al respecto 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 que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos, como es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla.

Así por ejemplo, en la reciente Resolución nº 516/2016 ya razonábamos que ‘la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor’. Aplicando la anterior doctrina al presente supuesto, no podría estimarse el recurso pues el órgano de contratación motiva suficientemente las razones de dicha exigencia, garantizar la adecuada limpieza de unas piezas que son utilizadas en intervenciones quirúrgicas, lo que exige la máxima esterilización posible, sin que el recurso ponga de relieve el carácter discriminatorio de dicha motivación, su arbitrariedad o error material”.

Aplicando la anterior doctrina al presente supuesto, no podría estimarse el recurso pues el órgano de contratación motiva suficientemente las razones de dicha

exigencia, al considerar que el producto sanitario debe poder desmontarse en el número de piezas suficientes para garantizar la accesibilidad de los productos detergentes en toda la superficie del instrumento médico, lo que exige la máxima esterilización posible, sin que el recurso ponga de relieve el carácter discriminatorio de dicha motivación, su arbitrariedad o error material.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso.

Sexto.- No procede pronunciamiento sobre las medidas cautelares solicitadas por la recurrente en su escrito de 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 de la empresa DGM Vascolar, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y al Pliego de Prescripciones Técnicas reguladores del procedimiento de contratación de “Suministro de clips hemostáticos de polímero inerte para el Servicio de Urología del Hospital Clínico de San Carlos”. Expediente PA 2023-0- 016.

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.