

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

En Madrid, a 22 de septiembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal Becton Dickinson, S.A., contra el acuerdo del director Gerente del Hospital Puerta de Hierro de fecha 11 de agosto de 2022, por el que se adjudica el contrato “Suministro de fungibles para preparación de medicamentos peligrosos y solución para fotoaféresis” en cuanto a los lotes 1 y 2, número de expediente GCSAU 2022-2019, 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 3 de junio de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 4 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 398.075 euros y su plazo de duración será de 2 años renovables por otros tres años más.

A la presente licitación se presentaron 4 licitadores entre los diferentes lotes.

Segundo.- Tras la admisión de las dos propuestas presentadas a este lote, con fecha 12 de julio de 2022, la mesa de contratación procede al conocimiento de las ofertas evaluables de forma automática y de la oferta económica.

Tras la valoración de dichas propuestas, la Mesa de contratación acuerda proponer como primer clasificado a ICU Medical Prod. Farm. Hospit (en adelante ICU MEDIAL), así como previa presentación de la preceptiva documentación proponer al órgano de contratación la adjudicación a su favor.

Con fecha 11 de agosto el órgano de contratación admite la propuesta de la Mesa de contratación y dicta acuerdo de adjudicación de los lotes 1 y 2 del contrato que nos ocupa a favor de ICU MEDICAL.

Con fecha 3 de agosto de 2022, tiene entrada en el registro del Hospital escrito de Becton Dickinson S.A., (en adelante BD) solicitando vista del expediente que se lleva a cabo el 12 de agosto de 2022.

Tercero.- El 5 de septiembre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de BD, en el que solicita la anulación de la adjudicación y la inadmisión del adjudicatario por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en los pliegos a los suministros objeto del contrato.

El 12 de septiembre 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida 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 resto de interesados 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. La adjudicataria en plazo y forma presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho.

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 11 de agosto y notificado al día siguiente, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 5 de septiembre 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 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.c) de la LCSP.

Quinto.- El recurso pretende poner de manifiesto el incumplimiento de los productos ofertados por ICU MEDIAL en relación a los requisitos técnicos exigidos en los pliegos de condiciones.

De esta forma BD analiza las ofertas de cada uno de los dos lotes, concretando en referencia al lote 1 manifiesta que el PPTP exigía los siguientes requisitos técnicos:

“1.- Para el código 124086. *“Anclaje seguro a viales de 20mm con campana que evite derrames y fugas de fármaco”.*

2.- Para el código SAP 124086: *“Posibilidad de mantener estéril el vial hasta 7 días”* (presentar estudios).

3.- Para el código 127631. *“Velocidad del flujo $\geq 4.600\text{ml/h}$ y volumen de purga $\leq 0,12\text{ ml}^3$ ”.*

Manifiesta que la adjudicataria en cuanto al lote 1 obtuvo una puntuación de 16, que se desglosa en 10 puntos en el criterio relativo a la válvula de bioseguridad plana y sin ranuras, 5 puntos en el criterio relativo a la ausencia de piezas rotatorias y un punto en el criterio relativo a si puede proporcionar acceso al vial de 13mm.

Considera el recurrente que la válvula ofertada no es plana ni tiene ranuras, por lo que no corresponde la puntuación obtenida en este concepto y que alcanza los 10 puntos. De haber puntuado correctamente, el total hubiera ascendido a 6 puntos y en consecuencia no hubiera superado el umbral de 15 puntos determinado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) para proseguir en la licitación.

Añade su desacuerdo con el dispositivo ofertado que mantiene que consta de piezas rotatorias por lo que tampoco le hubieran correspondido los cinco puntos de ese criterio.

En cuanto al lote 2 BD considera que: *“la adjudicataria obtuvo una puntuación de 10 puntos en el criterio relativo a ‘sin filtro que comunique el aire con el interior del vial con el exterior’ y 10 puntos en el criterio relativo a ‘sistema completamente hermético sin válvula de intercambio de aire con el exterior’.*

Sin embargo, y como veremos a continuación, el dispositivo ofertado tiene un filtro que comunica el aire con el interior del vial con el exterior, por lo que no se le debieron otorgar 10 puntos en este criterio. De no haberle otorgado esos 10 puntos habría obtenido 10 puntos (en vez de 20) y, por tanto, no habría llegado al umbral mínimo de 15 puntos, por lo que debió ser excluida de la licitación. En consecuencia, de no haber otorgado esos 10 puntos mi representada sería la adjudicataria del lote 2.

Además, el sistema ofertado no es completamente hermético, por lo que no se le debieron otorgar otros 10 puntos en este criterio. De no haberle otorgado esos 10 puntos habría obtenido 10 puntos y, por tanto, tampoco por este motivo, habría llegado al umbral mínimo de 15 puntos, por lo que también por este motivo debió ser excluida de la licitación. En consecuencia, de no haber otorgado esos 10 puntos mi representada sería la adjudicataria del lote”.

A este respecto el órgano de contratación defiende su actuación manifestando:

“En el primer fundamento expresa que para el lote 1, no se cumplen las prescripciones técnicas en relación a la necesidad de disponer de un anclaje con campana, y posibilidad de mantener la esterilidad durante 7 días.

Los responsables del contrato (Recursos Materiales y Farmacia), argumentan que la esterilidad del sistema se encuentra acreditado mediante el archivo presentado a la licitación a través de la plataforma denominado:

CS15-D25B1_Chemoclaveestudioingresomicrobianoa7diaslote1.

Con respecto a la campana, manifiestan que el sistema adjudicado dispone de un sistema que permite el anclaje del vial de forma segura, objetivo pretendido para evitar fugas y derrames, sin atender a la literalidad del término que provocaría una limitación injustificada de la concurrencia, restringiendo completamente otras alternativas de otros competidores, sin que exista evidencia alguna de que sean mejores que otros dispositivos en términos de calidad.

El artículo 126 de la LCSP, apartado 1 señala que: ‘Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia’.

El objetivo es claro, el órgano de contratación tiene la obligación de no introducir exigencias técnicas, condiciones de aptitud, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución que puedan ser discriminatorias, por ello, las características técnicas exigidas en los pliegos respecto a los productos a suministrar deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia. De modo que la exigencia de unas condiciones técnicas de la prestación o de unos requisitos en los medios a adscribir al objeto del contrato que limiten la oferta sin una mayor satisfacción de las necesidades previstas excluiría a posibles empresas que pudieran participar en la licitación.

La recurrente en el mismo fundamento indica que el PPT exigía para el lote 1 Nº SAP 127631, ‘tapón luer macho cerrado para citotóxicos y sustancias peligrosas sin aguja’, y Velocidad del flujo ≥ 4.600 ml/h con Volumen de purga $\leq 0,12$ ml. Ambos

extremos se encuentran en la ficha técnica y en las aclaraciones solicitadas al licitador como refleja el informe técnico.

En el segundo fundamento, la mercantil BD manifiesta que la adjudicataria debió ser excluida de la licitación por no alcanzar la puntuación mínima establecida en el PCAP, señalando que no debió asignarse puntuación al criterio de ‘Válvula de seguridad plana y sin ranuras que permita una fácil desinfección’ y ‘Ausencia de piezas rotatorias (para los Códigos SAP: 127631, 127457 y 124086)’. Este órgano de contratación tampoco comparte estas argumentaciones, pues ambas válvulas son planas y sin ranuras tal y como se evidencia en las fotografías tomadas por los promotores del contrato en el informe emitido para el recurso.

Con respecto a la segunda afirmación relativa a las piezas rotatorias, el recurrente ha confundido referencias con respecto a las presentadas al concurso, mostrando una válvula que no ha sido ofertada, por lo que teniendo en cuenta que los tres productos con códigos SAP de ICU cumplen los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas y por ello les fueron adjudicados los 5 puntos correspondientes.

III. En su fundamento tercero, alegan que la adjudicataria debió ser excluida del lote 2 por no alcanzar el umbral mínimo de los criterios de adjudicación al señalar que no cumple el criterio ‘Sin filtro que comunique el aire en el interior del vial con el exterior’ y ‘Sistema completamente hermético sin válvula de intercambio de aire con el exterior’ (para los SAP 127446, 127447).

*Los sistemas ofertados por la empresa que ha resultado adjudicataria son herméticos y sin intercambio de aire con el exterior según recoge su ficha técnica, disponiendo de un filtro que permite la entrada del aire necesario para poder hacer la transferencia **desde el exterior al interior del vial**, motivo por el cual se otorgó la puntuación a cada uno de estos criterios.*

Considerando los antecedentes expuestos, los pliegos, informes y actas de las mesas de contratación, este órgano de contratación manifiesta su disconformidad ante los argumentos formulados por BECTON DICKINSON S.A., al entender que el órgano de contratación ha realizado la resolución de adjudicación, en base a la propuesta de

adjudicación formulada por la mesa de contratación a la empresa licitadora que ha presentado la mejor oferta atendiendo a criterios de calidad – coste”.

Por su parte ICU Medical informa al Tribunal que el recurso está elaborado sin saber cuáles de las muchas referencias que su marca tiene en el mercado se han propuesto al órgano de contratación.

Informa y reitera que sin ni siquiera haber pedido acceso al expediente para comprobar un hecho tan sencillo y clarificador, ha acudido a los manuales publicitados en internet y ha tomado aquellos que eran necesarios para sus pretensiones.

Esclarece de forma prácticamente idéntica a la efectuada por el órgano de contratación el riguroso cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones que rigen esta adjudicación por los productos propuestos.

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 no aparecen descritas en el PCAP, se trata de cables de sondas “reforzados” y conexiones “simples” por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta valoración del criterio.

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”*.

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.

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal “*arbitrariedad*” en el juicio técnico, en la valoración realizada a la oferta del adjudicatario, ni falta de motivación, 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 Becton Dickinson, S.A., contra el acuerdo del director Gerente del Hospital Puerta de Hierro de fecha 11 de agosto de 2022 por el que se adjudica el contrato “Suministro de fungibles para preparación de medicamentos peligrosos y solución para fotoaféresis” en cuanto a los lotes 1 y 2, número de expediente GCSAU 2022-2019.

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.

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.