

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

En Madrid, a 17 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de LABORATORIOS INDAS contra la Resolución, de 12 de julio de 2024, de la Viceconsejera de Sanidad y Directora General del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudica el “Acuerdo Marco para el suministro de 37 Lotes de absorbentes, empapadores y compresas, para su utilización en los distintos centros dependientes del SERMAS por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios de adjudicación”, Lotes 1 a 12 y 32, número de expediente AM PA SUM 05/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 10 de enero de 2024 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 37 lotes

El valor estimado del contrato asciende a 71.798.882,40 euros y su plazo de

duración será de doce meses.

Segundo. - Tramitado el procedimiento de licitación, el contrato se adjudica por Resolución, de 12 de julio de 2024, de la Viceconsejera de Sanidad y Directora General del Servicio Madrileño de Salud,

Tercero. - El 2 de agosto de 2024 LABORATORIOS INDAS, S.A.U. (en adelante INDAS) presenta recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de los Lotes 1 a 12 solicitando la exclusión de la adjudicataria (HARTMAN) o al menos excluir la oferta de los Lotes 1,2,5,8,10 y 11, y además solicita que la oferta de INDAS se admita al Lote 32 por ser excluida de forma errónea.

En el mismo escrito se pone de manifiesto que el órgano de contratación ha vulnerado el derecho a un recurso efectivo, al no permitir que pueda tomar vista del informe técnico que puntúa las ofertas de forma desagregada y solicita que se conceda la vista del expediente de dicho informe.

El 14 de agosto de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente y el informe preceptivo de conformidad con lo establecido en 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, (LCSP/2017), solicitando la desestimación del recurso y la imposición de multa por temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

El 19 de septiembre de 2024, este Tribunal Acuerda conceder vista del expediente a la recurrente en los términos solicitados, concediéndole 10 días hábiles para que proceda al examen de la documentación y en su caso proceda a completar el recurso.

En el plazo establecido INDAS presenta escrito en el que indica: *“a la vista de la información contenida en el Informe Técnico, no hemos encontrado motivos de impugnación adicionales del Acuerdo de Adjudicación impugnado, por lo que no es preciso completar las alegaciones previamente presentadas en el presente Recurso”*.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para los lotes impugnados, por haberse interpuesto el 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 opone a la suspensión del procedimiento.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a HARTMANN y PROTEC & GAMBLE ESPAÑA, S.A, por ser los adjudicatarios de los Lotes objeto de recurso, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. HARMANN ha presentado alegaciones.

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. - Sobre la legitimación de la recurrente, indicar que la recurrente sólo está legitimada para impugnar los Lotes 1,2,5,8,10 y 11 por haber presentado oferta

únicamente a aquellos y estar clasificada en segundo lugar. Igualmente está legitimada para impugnar el Lote 32 por haber sido excluida su oferta del procedimiento de licitación, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP sus *“derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 15 de julio de 2024, presentándose ante este Tribunal el recurso el 2 de agosto 2024, dentro del plazo de quince días hábiles previsto por el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de 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. - El recurso se fundamenta en los siguientes motivos de oposición:

1.- La oferta presentada por HARTMANN a los Lotes 1 a 12 (AIO) incumple las prescripciones técnicas.

El objeto del suministro de los lotes impugnados es *“absorbente braga-pañal elástico con banda autoajustable”*, siendo que cada lote se refiere a distintas tallas y capacidad de absorción y todos ellos deben tener *“Elástico en la parte posterior del absorbente para mejorar el ajuste...”*

Alega INDAS que los productos ofertados por la adjudicataria no disponen de la característica técnica de ser *“elástico en la parte posterior del absorbente para mejorar el ajuste”*. Basa su alegación en que de la información obtenida a través del

examen físico de las muestras aportadas por HARTMANN es suficiente para acreditar que no cumple.

Al respecto aporta distintas fotografías de los productos ofertados por los licitadores para poner de manifiesto que el producto ofertado por la adjudicataria no cumple en comparativa con el resto que sí cumplen.

Considera que este incumplimiento debe determinar la exclusión de HARMANN como así ha ocurrido en otras licitaciones en las que se exigía la misma prescripción técnica, citando como ejemplo la convocada por el Servicio Extremeño de Salud y el Servicio Gallego de Salud.

A juicio de INDAS la adjudicataria con su oferta pretende confundir al órgano de contratación porque en las fichas técnicas se hace alusión a las propiedades elásticas de los materiales utilizados en la fabricación de los absorbentes y en particular a un tejido de polipropileno con ciertas propiedades elásticas, pero una cosa es que los materiales o tejidos que utiliza tengan cierto grado de flexibilidad y otra que su producto sea elástico con las ventajas que ello proporciona al absorbente en uso, al permitir que la cintura se estire en el momento de su colocación en el paciente, y recupere su forma al liberarse la tensión, permitiendo un ajuste al cuerpo óptimo.

A lo anterior suma que Hartmann no menciona que el tejido de polipropileno o nonwoven (hidrófilo) al que alude en su ficha técnica va unido a una capa de polietileno, que es la que confiere impermeabilidad al producto. El supuesto grado de flexibilidad o elasticidad del polipropileno se vería en todo caso anulado por la rigidez del polietileno.

El órgano de contratación opone que los absorbentes presentados por HARTMANN cumplen con las especificaciones técnicas establecidas en el PPT en cuanto a elasticidad. En sus fichas técnicas se especifica que la elasticidad del tejido del absorbente se encuentra en toda la cintura de este, con lo que no solo cumple la

prescripción técnica, sino que mejora dicha característica presentando elasticidad en toda su cintura, con lo que incluye la parte posterior y aporta una muy buena adaptabilidad del producto en la cintura del paciente. Por ello, concluye que la valoración técnica está correcta y bien evaluada.

En apoyo de lo anterior, cita diversa jurisprudencia y doctrina de los Tribunales Administrativos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación, alegando la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos, la discrecionalidad técnica del órgano de contratación y que en cuestiones que hayan de resolverse a través de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración el único control que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales es el que se refiere a las cuestiones de legalidad que puedan verse afectadas por el dictamen técnico, de manera que no pueden corregir o alterar las apreciaciones realizada en el mismo, ya que dicho control sólo puede tener carácter jurídico, respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico.

Por su parte el adjudicatario alega que INDAS tergiversa la redacción del PPT pues lo que exige la literalidad del pliego técnico es que el producto ofertado sea *“elástico en la parte posterior del absorbente”* pero no, como afirma la recurrente, que el absorbente contenga un elemento elástico incluido en el mismo como así se ha exigido en otras licitaciones.

El producto ofertado por HARTMANN cumple con dicha prescripción técnica pues esta elasticidad puede proporcionarse de distintas formas, siendo una de ellas incorporar materiales en el perímetro de la cintura que tenga propiedades elásticas; otra es incluir un elemento elástico específico y diferenciado, como por ejemplo un fuelle.

Estas propiedades se miden según el estándar UNE EN ISO 20932-1:2021 y

se demuestran por los valores obtenidos en elasticidad y recuperación. Y en este sentido, el certificado emitido por Aitex acredita que los productos ofertados por HARTMANN cumplen todos los requerimientos técnicos del PPT, incluyendo los relativos a la elasticidad.

Esta prueba se realiza siempre en esa zona posterior del pañal porque es la zona que lleva el elastano y que se estira durante su uso. Los resultados obtenidos por Aitex demuestran que, tras cinco ciclos, los productos recuperan parte de su elongación inicial producida por una fuerza externa. Esta recuperación es la característica de un material elástico.

El cumplimiento de la prescripción técnica ha sido constatado y certificado por un laboratorio externo, Aitex Centro de Investigación e Innovación y así es confirmado por el órgano de contratación tras los preceptivos informes técnicos.

Si dichos absorbentes no fuesen elásticos, no saldrían valores de recuperación, quedando así perfectamente acreditado que la parte trasera de los productos ofertados por HARTMANN sí que es elástica, garantizando de esta manera el perfecto ajuste del absorbente añadiendo, además, HARTMANN, a los absorbentes, etiquetas adhesivas que permiten un ajuste adecuado en la zona de la cintura y zona perineal. Es más, es necesario tener en cuenta que ni el estándar UNE EN ISO 20932-1:2021 ni el PPT del expediente de licitación que nos ocupa establecen unos rangos específicos a partir de los cuales un producto se debe considerar elástico o no.

Frente a esta prueba clara y contundente, emitida y averada por un experto técnico independiente, de la elasticidad de los absorbentes ofertados por HARTMANN, todo el fundamento del recurrente se sustenta en el examen físico “a simple vista” que llevó a cabo de los productos ofertados cuando tuvo acceso al expediente, cuando dicha circunstancia no se puede apreciar a “simple vista” y además no se indica la cualificación de las personas que llevaron dicho análisis.

Cita diversa doctrina y jurisprudencia para defender que no procede la exclusión de su oferta y considera que puede entender que concurre mala fe o temeridad en la interposición del recurso pues INDAS es la actual suministradora del producto y a su juicio sus alegaciones carecen de fundamento.

Vistas las posiciones de las partes, hay que partir de la premisa de que las referencias realizadas por la recurrente en relación con otros procedimientos de licitación no tienen cabida aquí. Como hemos sentado en reiteradas Resoluciones cada licitación es única, con unos pliegos que la regulan, no pudiendo hacerse comparativas con lo informado en otros procedimientos. Lo que procede analizar, es si en este supuesto la decisión del órgano de contratación ha sido adoptada conforme a derecho.

Como ha quedado expuesto, el único motivo de controversia es si el producto ofertado por HARTMANN cumple con el requisito técnico *“Elástico en la parte posterior del absorbente para mejorar el ajuste”*

Revisada la oferta presentada por HARTMANN se comprueba que como señala el órgano de contratación consta que el producto ofertado es elástico. La recurrente manifiesta que no cumplen esa elasticidad según se aprecia a “simple vista” aportando fotografías al respecto, de lo que se desprende como alega la adjudicataria que considera que no existe esa elasticidad por no presentar un fruncido.

Interesa destacar que el Técnico de Productos Sanitarios informa *“La cintura de los absorbentes presentados en los lotes del 1 al 12 por la empresa Hartmann cumplen con las especificaciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto a elasticidad. En sus fichas técnicas se especifica que la elasticidad del tejido del absorbente se encuentra en toda la cintura de este, con lo que no solo cumple la prescripción técnica, sino que mejora dicha característica presentando elasticidad en toda su cintura, con lo que incluye la parte posterior y aporta una muy buena adaptabilidad del producto en la cintura del paciente”* y que en

la presente licitación hay que aportar muestras. Asimismo, señalar que el PPT no exige una determinada elasticidad.

De acuerdo con lo que antecede este Tribunal no puede apreciar el incumplimiento alegado por la recurrente pues no se especifica en el pliego cómo ha de obtenerse la elasticidad alegada, bien a través del tejido o bien mediante una especie de fruncido. Al respecto es determinante que en la presente licitación hay que aportar muestras y que el órgano de contratación informa que el producto cumple con la finalidad exigida, siendo los técnicos del hospital los mejores conocedores de las necesidades que se pretender cubrir.

Recordar que según ha manifestado este Tribunal en diversas Resoluciones, citando por todas la alegada por la adjudicataria, Resolución 424/2023, de 14 de diciembre, para que proceda la exclusión del licitador, el incumplimiento de prescripciones técnicas ha de ser claro y expreso, de modo que no quepa ninguna duda que la oferta no puede cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, circunstancia que aquí no acontece, por lo que debe primar la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos que no han quedado desvirtuados por las alegaciones de la recurrente.

En consecuencia, se desestima esta pretensión de la recurrente.

2.- En segundo lugar alega INDAS que su oferta fue excluida del Lote 32 por no presentar datos de capacidad de absorción media, tiempo de absorción, retorno de humedad y no presentar sustancias dermoprotectoras, no llegando a obtener la puntuación mínima de 15.

Sin embargo, como ha podido constatar en el acto de acceso al expediente, sí que presentó un certificado indicando los valores de capacidad de absorción media, tiempo de absorción y retorno de humedad, por lo que la oferta presentada debió ser admitida y objeto de valoración conforme a lo establecido en el PCAP. Adjuntando

copia de dicho certificado.

Alega el órgano de contratación que, tras la vista del expediente, se revisó toda la documentación técnica aportada por parte de INDAS y no fue erróneamente excluida.

Los criterios de carácter técnico: evaluables de forma automática por aplicación de fórmula (máximo 30 puntos) que están incluidos en el lote 32 son 3:

1. Capacidad de absorción media.
2. Tiempo de absorción.
3. Retorno de humedad.

La oferta presentada por la empresa INDAS ha sido evaluada por el equipo técnico y excluida porque no alcanzó el umbral mínimo requerido de 15 puntos según establece el punto 6 de la cláusula 1 del PCAP.

Vistas las posiciones de las partes resulta procedente transcribir del PCAP:

...2. CRITERIOS DE CARÁCTER TÉCNICO: CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULA: 30 Puntos

Dentro de los Criterios Técnicos (diferentes al precio), se contemplan aquellos criterios de calidad evaluables por aplicación de fórmula que se relacionan a continuación:

(..)

- *LOTES 28 al 33 BRAGA PAÑAL PEDIÁTRICO ELÁSTICO (TODAS LAS TALLAS)*

1. ..CAPACIDAD DE ABSORCIÓN MEDIA HASTA 6 PUNTOS.

Se puntuará de forma proporcional a partir de la muestra ofertada con mayor

capacidad de absorción (el resultado se debe aproximar a unidades de gramo)

Valor mayor capacidad de absorción... = 6 puntos.

Valor de la capacidad de absorción de la propuesta a valorar = X puntos.

Se calculará mediante la siguiente regla de proporción:

$$X = 6 \times \frac{\text{Valor de la Capacidad de absorción ofertado por la empresa}}{\text{Valor de la Capacidad de absorción máximo de todas las ofertas}}$$

2. ..TIEMPO DE ABSORCIÓN HASTA 6 PUNTOS.

Se puntuará de forma proporcional a partir de la muestra ofertada con menor tiempo de absorción

Valor menor tiempo de absorción = 6 puntos.

Valor del tiempo de absorción de la propuesta a valorar = X puntos.

Se calculará mediante la siguiente regla de proporción:

$$X = 6 \times \frac{\text{Valor de Tiempo de absorción mínimo de todas las ofertas}}{\text{Valor de Tiempo de absorción ofertado por la empresa}}$$

3. ..RETORNO DE HUMEDAD HASTA 6 PUNTOS.

Se puntuará de forma proporcional a partir de la muestra ofertada con menor retorno de humedad.

Valor menor retorno de humedad = 6 puntos.

Valor del retorno de humedad de la propuesta a valorar = X puntos.

Se calculará mediante la siguiente regla de proporción:

$$X = 6 \times \frac{\text{Valor de Retorno de humedad mínimo de todas las ofertas}}{\text{Valor de Retorno de humedad ofertado por la empresa}}$$

4. *..PRESENCIA DE SUSTANCIAS DERMOPROTECTORAS (TIPO ALOE VERA) HASTA 4 PUNTOS.*

Tiene sustancias dermoprotectoras 4 Puntos

No tiene sustancias dermoprotectoras 0 Puntos

5. *..PRESENCIA DE SUSTANCIAS NEUTRALIZANTES DEL OLOR HASTA 2 PUNTOS.*

Tiene sustancias neutralizantes del olor 2 Puntos

No tiene sustancias neutralizantes del olor 0 Puntos

6. *TIENE ENVASADO COMERCIAL CON INDICACIONES Y PICTOGRAMAS HASTA 6 PUNTOS.*

Tiene envasado con indicaciones y pictograma 6 Puntos

No tiene envasado con indicaciones y pictogramas 0 Puntos

(...)

En aplicación del artículo 146, punto 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público “En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”.

De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase, los señalados en el punto 2 “CRITERIOS DE CARÁCTER TÉCNICO: 30 Puntos”, siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de 15 puntos, en relación con los criterios que vayan a operar en la fase de valoración...

Revisado el expediente de contratación, consta en la Resolución de

adjudicación del contrato que INDAS queda excluida del Lote 32 por los motivos reflejados en el Acta 3.

El Acta nº 3 de la Mesa de Contratación se corresponde con la sesión celebrada el 16 de mayo de 2024. En dicha sesión se procede al estudio del informe de la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmula y con base en el mismo se excluye a INDAS.

El informe técnico atribuye a la oferta de INDAS para el Lote 32, 8 puntos por lo que de acuerdo con el PCAP propone la exclusión por no llegar a los 15 puntos mínimo exigidos. La distribución de puntos y sus observaciones son las siguientes:

- 32.1. Capacidad de absorción media: 0 puntos. No presenta este dato en la documentación presentada.
- 32.2. Tiempo de absorción: 0 puntos. No presenta este dato en la documentación presentada.
- 32.3 Retorno de humedad: 0 puntos. No presenta este dato en la documentación presentada.
- 32.4 Tiene sustancias dermoprotectoras: 0 puntos.
- 32.5. Tiene sustancias neutralizantes del olor: 2 puntos.
- 32.6. Tiene envasado comercial con indicaciones y pictogramas: 6 puntos.

Del informe técnico se desprende que en los criterios de adjudicación: capacidad de absorción media, tiempo de absorción y retorno de humedad se ha asignado a la recurrente 0 puntos por no aportar datos en la documentación presentada.

Consta en el expediente de contratación, en el archivo denominado sobre 2 relativo a la oferta de la recurrente un documento en el que se indica “*Absorción Total (g)*”, “*tiempo de Adquisición y Rewet*” por lo que el motivo de asignar 0 puntos no puede ser “*No presenta este dato en la documentación presentada*”.

Se estima esta alegación anulando la adjudicación del Lote 32 y ordenando la retroacción de actuaciones al momento de valorar los criterios de capacidad de absorción, tiempo de absorción y retorno de humedad según proceda y posteriormente continuar con el procedimiento.

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. - Inadmitir el recurso el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de LABORATORIOS INDAS contra la Resolución, de 12 de julio de 2024, de la Viceconsejera de Sanidad y Directora General del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudicación del “Acuerdo Marco para el suministro de 37 Lotes de absorbentes, empapadores y compresas, para su utilización en los distintos centros dependientes del SERMAS por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios de adjudicación” para los Lotes 4 y 9 por falta de legitimación.

Segundo. - Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de LABORATORIOS INDAS contra la Resolución, de 12 de julio de 2024, de la Viceconsejera de Sanidad y Directora General del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudicación del “Acuerdo Marco para el suministro de 37 Lotes de absorbentes, empapadores y compresas, para su utilización en los distintos centros dependientes del SERMAS por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios de adjudicación”, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho quinto.

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 multa 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.