

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

En Madrid, a 30 de diciembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de IZASA HOSPITAL S.L.U. (en adelante IZASA) contra los pliegos que rigen la licitación del contrato “Suministro de agujas para bolígrafo con destino a los Centros de Salud y consultorios locales de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-034507, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 3 de noviembre de 2021 en el Portal de la Contratación Pública y en el DOUE y el posterior 15 de noviembre en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.107.260,52 euros y su plazo de duración será de doce meses

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

Segundo.- El 25 de noviembre de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de IZASA en el que solicita la anulación de los pliegos, la vista del expediente y la suspensión del procedimiento de licitación.

El 1 de diciembre de 2021 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), en el que solicita la desestimación del recurso y se opone a la suspensión del procedimiento de licitación.

Tercero.- El 2 de diciembre de 2021 mediante Acuerdo de este Tribunal se da traslado del expediente a IZASA a los efectos de completar su recurso.

Cuarto .- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 2 de diciembre de 2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, debido a que con esta misma fecha se acordó dar traslado del expediente de contratación al recurrente.

Quinto .- El 3 de diciembre de 2021 BECTON DICKINSON S.A.U. se persona en el expediente, solicitando que se le dé traslado del recurso a efecto de formular alegaciones. Comprobado que dicha empresa ha presentado oferta a la presente licitación, teniendo en consecuencia la condición de interesado, se da traslado del recurso.

Sexto .- El 17 de diciembre de 2021 IZASA presenta escrito ampliando su recurso y el 22 de diciembre el órgano de contratación remite el informe complementario.

El 23 de diciembre de 2021, BECTON presenta escrito indicando que no va a realizar alegaciones al citado recurso.

Séptimo .- No se ha dado traslado del recurso a otros 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 que ha presentado su oferta después de la interposición del recurso *“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 los pliegos fueron publicados el 3 de noviembre de 2021 e interpuesto el recurso el 25 de noviembre,

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 suministros 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.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa citar del PCAPA

“- Criterio/s cualitativos:

Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:

Lotes 1 y 2

Número 2: Descripción del criterio: Mejora del bisel

Ponderación: 20 puntos

§ Bisel pentafacetado 20 puntos

§ Bisel trifacetado 0 puntos

Número 3: Descripción del criterio: Calibre diámetro interior: Proporcional al resultado más alto

Ponderación: 10 puntos

· Oferta de mayor calibre interno 10 puntos

· Resto de ofertas proporcional a la de mayor calibre interno < 10 puntos

Formula $PL = 10 \times CL / MC$

PL = Puntuación licitador

CL= Calibre ofertado por el licitador

MC= Mayor calibre ofertado

Número 4: Descripción del criterio: Velocidad flujo: proporcional al resultado más alto

Ponderación: 10 puntos

· *Oferta de mayor velocidad de flujo*

10 puntos

· *Resto de ofertas proporcional a la de mayor velocidad de flujo < 10 puntos*

Formula $PL = 10 \times VF / MVF$

PL = Puntuación licitador

VF = Velocidad de flujo ofertada por el licitador

MVF= Mayor velocidad de flujo ofertada”

Alega el recurrente que entre los criterios objetivos de adjudicación se valoran con un total de 60 puntos el criterio precio y con 40 puntos los tres criterios cualitativos de los cuales la mitad, esto es, 20 puntos se refieren exclusivamente al criterio del bisel.

Manifiesta que este criterio premia la supuesta mejora técnica en ofertar una aguja con bisel pentafacetado con 20 puntos frente al bisel trifacetado que se le otorga 0 puntos.

Así considera que la fijación de este criterio de adjudicación carece de justificación, vulnerándose los artículos 116 y 145 de la LCSP y que se atribuye una puntuación desproporcionada que supone una clara ventaja competitiva que solo puede ser ofertada por una empresa.

Añade que la única información obrante en el expediente administrativo referida a la supuesta motivación del criterio relativo a la mejora del bisel, se encuentra en la respuesta del órgano de contratación a la aclaración formulada por mi representada, según la cual, la razón de ser de dicho criterio obedece a que, supuestamente, “(...) en este expediente se han elegido aquellos que, a juicio de los expertos, son más atraumáticos y mejoran la administración de insulina en los usuarios de las agujas para bolígrafo de insulina, pacientes diabéticos insulino dependientes (...)”.

Opone el recurrente que no consta en el expediente el posicionamiento de dichos experto para la determinación del criterio objeto de controversia y que no puede entenderse que dicha criterio se encuentra justificado por el mero hecho de haberse celebrado, con carácter previo a la licitación, reuniones con la Comisión de Adquisiciones y con las asociaciones de diabéticos o por haberse requerido, a los representantes de dichas asociación, que informaran sobre las características técnicas que debía exigirse en los pliegos. Además, considera que del contenido de las Actas de dichas reuniones ni de los documentos aportados por la Asociación de Diabéticos tampoco se acredita de forma razonada la introducción de dicho criterio de adjudicación. Según su criterio considera que las referencia al bisel de las agujas constituyen meras aseveraciones carentes de toda justificación y que no se sustenta en datos científicos que permitan alcanzar dicha conclusión.

Por ello, considera que este criterio supone una restricción injustificada de la concurrencia y genera una inexistencia de competencia por ser una aguja que únicamente posee la empresa Becton Dickinson y que además el otorgar 20 puntos a este criterio de adjudicación supone una desventaja insalvable.

Por su parte el órgano de contratación alega que tanto la elaboración de las características técnicas de los lotes objeto del contrato, como la elección de los criterios aplicables en el mismo, ha sido realizada por miembros de la Comisión de Adquisiciones y Evaluación de Productos de Atención Primaria y que además se ha contado con la colaboración de asociaciones de diabéticos de Madrid con la finalidad de recoger la opinión del paciente y contribuir a una mejora en la calidad de atención a estos pacientes.

Añade que la ponderación establecida (60 % económico y 40 % criterios técnicos), es conforme a lo establecido en el artículo 146 de la Ley 9/2017, en concreto: *“cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse*

mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las formulas establecidas en los pliegos”

En cuanto al criterio objeto de controversia cita los documentos que se consideraron para la preparación del expediente que son:

ACTAS CELEBRADAS POR LA COMISION DE ADQUISICIONES:

- Acta nº 9/2021 de 14-6-21 - Reunión referentes asistenciales Comisión de Adquisiciones con uno de los siguientes puntos del orden del día:

Revisión de las características técnicas y criterios de valoración de las agujas de insulina para plumas y jeringas precargadas y preparación del nuevo expediente de compra.

- Acta nº 10 de 25-6-21 - Reunión referentes asistenciales Comisión de Adquisiciones con el siguiente orden del día:

Revisión de las características técnicas y criterios de valoración de las agujas de insulina para plumas y jeringas precargadas y nuevas propuestas para la preparación del nuevo expediente de compra.

ACTAS CELEBRADAS CON LAS ASOCIACIONES DE DIABÉTICOS:

- Acta nº 1/21 de 25-6-21 - Reunión Agujas Pluma de Insulina
- Acta nº 2/21 de 29-6-21 - Reunión Agujas Pluma de Insulina

Por ello, la Gerencia del Hospital considera suficientemente justificado y recogido en estas actas e informes la idoneidad de la elección de 3 criterios de valoración que los expertos consideran que minimizan la sensación de dolor a los enfermos diabéticos, y que sirven para objetivar algo completamente subjetivo y muy difícil de valorar. Estos criterios fueron indicados a la recurrente después de solicitar aclaración de por qué la consideración del bisel pentafacetado tenía la única y máxima consideración

Así, considera que el bisel pentafacetado está reconocido como una de las mejoras técnicas (si bien no la única) que se puede considerar a la hora de valorar un criterio de mejorar en un expediente de contratación y que no restringe la concurrencia ni la participación de empresas como demuestra el hecho de que el recurrente haya presentado su oferta y que está prejuzgando el tipo de oferta que va a presentar Becton y que en el caso de que se presente presupone que va a ser el adjudicatario. Precisamente el hecho de que el bisel pentafacetado y el resto de mejoras se incluyan en esta ocasión como criterio de valoración y no como una característica técnica, es lo que se ha tenido en cuenta para no limitar la concurrencia, y sin embargo es una oportunidad para que en futuros concursos las empresas conozcan hacia qué mínimos tienen que dirigirse.

La innovación y la mejora de los productos con más altos estándares de calidad deberían ser tenidas en cuenta por las empresas para mejorar sus productos porque lo que hoy son criterios puntuables, llegará un momento en que serán características esenciales de las que no se vaya a prescindir y serán exigibles en un futuro próximo.

Las agujas, como el resto de productos sanitarios, ahora no son las mismas que hace 20 años, han ido variando para lograr mejores resultados en la administración de insulina, en la satisfacción de los pacientes, en la reducción del dolor, etc. Todas estas mejoras objetivas dan respuesta a las necesidades de los pacientes que las utilizan, y van avanzando y desarrollándose. Que algunas empresas no innoven o mejoren sus productos en años no hace que se pare la evolución en el mundo sanitario.

Las decisiones de esta Gerencia respecto a los procedimientos de contratación, y en la valoración del material, se toman en base a una comisión y a un departamento que implica a numerosas personas, no se atiende a factores subjetivos. Y desde luego no tiene que ver con adaptarse a la necesidad de las empresas, como se está pidiendo, para rebajar las mejoras solicitadas, sino con la calidad del producto en sí misma y la adaptación a las necesidades asistenciales de los pacientes.

Vistas las alegaciones de las partes, se constata por parte de este Tribunal la existencia de las Actas citadas por el órgano de contratación, en dichas reuniones participan, entre otras personas, varias enfermeras, la Presidenta de la Asociación de Diabetes de Madrid, el Presidente de la Asociación de Diabéticos de Pinto y la Federación de Asociación de Diabéticos en las que se pone de manifiesto que *“Se convoca a los representantes de la Asociación Diabetes Madrid, para informar de la situación actual del suministro de agujas para plumas y jeringas precargadas, así como para recabar las expectativas de los pacientes de cara a un nuevo expediente de contratación(...).“Se están revisando las prescripciones técnicas para recoger todos aquellos aspectos que permitan la adquisición de agujas que respondan a las necesidades y expectativas de los pacientes, en el contexto de la contratación pública. Se invita a las representantes de la Asociación Diabetes Madrid, a hacernos llegar a la mayor brevedad y a ser posible antes de 15 días, todos aquellos aspectos técnicos que consideren relevantes y que puedan ser incluidos en los Pliegos”*. En las actas se realizan distintas referencias a las agujas de insulina tales como la longitud, diámetro, etc.

Asimismo, consta un escrito de la Asociación de Diabetes de Madrid en el que se manifiesta que *“En cuanto a los **biseles**, apostamos por avance tecnológico del material (5 biseles) en las agujas de alta calidad que minimicen los daños en la inyección.*

El diseño del bisel influye en la sensación de dolor y la penetración de la insulina. Una vez que la aguja penetra en la zona subcutánea, la insulina debe difundirse sin agolparse para que la insulina tenga su efecto y para evitar la formación de lipodistrofias. Todo ello sin olvidar la importancia de la calidad del acero y lubricación.”

Por su parte la Federación de Asociaciones de Diabéticos de la Comunidad de Madrid cita entre las características técnicas mínimas que han de cumplir las agujas *“Aguja pentabiselada, diseño atraumático y que minimice todo lo posible el dolor”*

En definitiva, todos los participantes apuestan por el bisel pentafacetado como el que mejor se adapta a las necesidades de los diabéticos por lo que se considera justificado dicho criterio de adjudicación.

Por lo que se refiere a la puntuación otorgada a los criterios de adjudicación, este Tribunal no considera desproporcionado que al criterio de adjudicación “bisel pentafacetado” se le otorguen 20 puntos, puesto que juega en importancia los restantes 60 puntos otorgados al criterio precio y los otros 20 a otros dos criterios de adjudicación correspondientes a las características técnicas.

Tampoco se está limitando la concurrencia dado que se han presentado nueve empresas, entre ellas la recurrente y respecto a lo alegado sobre que sólo un licitador dispone de bisel pentafacetado, es una simple manifestación que no queda acreditada, pero en el supuesto que así fuera tampoco se limita la concurrencia porque restan otros 80 puntos como criterio de adjudicación por lo que la atribución de 20 puntos al bisel pentafacetado no predetermina el adjudicatario.

En consecuencia, se desestima el recurso interpuesto.

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 IZASA HOSPITAL S.L.U. contra los pliegos que rigen la licitación del contrato “Suministro de agujas para bolígrafo con destino a los Centros de Salud y consultorios locales de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-034507.

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 del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 2 de diciembre de 2021.

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.