

Recurso nº 579/2021

Resolución nº 588/2021

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 Baxter S.A. contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro material de infusión intravenosa para el Hospital Universitario de Getafe” Lotes 32 y 33, número de expediente PAPC 2022-1-3, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE en fecha 6 de noviembre y en la Plataforma de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 24 de noviembre de 2021, 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 de contrato asciende a 1.680.698,73 euros y su plazo de duración será de dos meses.

La presente licitación se encuentra en periodo de presentación de ofertas que terminara el próximo 7 de enero.

Segundo.- El 17 de diciembre de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Baxter en la que se solicita la nulidad de los criterios de adjudicación correspondientes a los lotes 32 y 33 por haber estar debidamente motivados ni en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni en la memoria a la que hace referencia el art. 116 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).

Tercero.- El 23 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 LCSP.

Cuarto.- Solicitada por el recurrente la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, no ha lugar a ello al proceder directamente a la resolución del recurso.

Quinto .- 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, “*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 de condiciones fueron puestos a disposición de los licitadores el 24 de noviembre de 2021 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 17 de diciembre de 2021, 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 condiciones que han de regir 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.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se fundamenta en la ausencia de justificación de los criterios de adjudicación establecidos para puntuar dichos lotes y la imposibilidad de su cumplimiento toda vez que solo una empresa ofrece dichas características en sus artículos.

Manifiesta el recurrente que: “*El PCAP contempla en la cláusula 8 los criterios de adjudicación, que en este caso se encuentran divididos entre el criterio precio y los criterios “Evaluable de forma automática por aplicación de fórmula”, a incluir en el sobre 3.*

Como ha recordado en su Resolución número 184/2018, de 29 de octubre (recurso número 133-2018-SUM-GSSASFV SCS GOB CAN) el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, el artículo 116.4 de la LCSP exige que se justifique en el expediente, de forma adecuada, entre otras cuestiones, “los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato...”

de modo que el artículo 145 no solo exige la plasmación de dicha justificación en el PCAP sino que relaciona los requisitos que deberán cumplir los criterios de adjudicación, de forma que, conforme al apartado 5 de dicho precepto, deberán:

“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.”

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no se ha dado cumplimiento al mandato legal indicado por las razones que se indican a continuación:

A) No obra en el expediente motivación alguna relativa a la utilización de estos criterios. (...)

En el caso que nos ocupa, los criterios de adjudicación además de no poder dar por justificada la elección de los mismos por el mero hecho de que se encuentren relacionados en la cláusula 8.2. del PCAP sorprende a esta parte que ni tan siquiera sean desglosados en el apartado 4 de la memoria justificativa, donde el órgano de contratación simplemente se limita a indicar su ponderación, sin detallar motivación alguna, en especial, en lo que se refiere a los de carácter cualitativos, puesto que de ningún modo queda aclarada la oportunidad de tenerlos en cuenta como indicadores para determinar cuál es la mejor oferta

Analizado el expediente, así como toda la documentación que se ha publicado junto con el anuncio de licitación, no aprecia esta parte que se haya realizado un razonamiento sobre la adecuación de los criterios utilizados para la selección de la

mejor oferta, de forma que, se vulnera en este sentido el artículo 116 antes relacionado.

B) Criterios “Evaluable de forma automática por aplicación de fórmula” para los lotes 32 “Infusor multifunción administración medicación 100 -200 ml/h” y 33 Infusor multifunción administración medicación 300 m”.

En la cláusula 8.2. del PCAP se establecen los diferentes criterios de adjudicación automáticos por aplicación de fórmulas, determinando para cada uno de los lotes un criterio de adjudicación específico. Así, para los lotes 32 y 33, los criterios previstos son los siguientes:

Lote 32

1. Lupa en la carcasa que facilite lectura de la escala graduada del interior:

SI	30 puntos
NO	0 puntos

Lote 33

1. Lupa en la carcasa que facilite lectura de la escala graduada del interior:

SI	30 puntos
NO	0 puntos

Analizando ambos criterios de adjudicación, cabe destacar que, si bien la escala graduada en el interior de los infusores es una característica diferenciadora entre los diversos licitadores que se encuentran en el mercado, cuya valoración permitiría determinar la mejor oferta calidad-precio, la descripción técnica exigida en este caso, sin embargo, sólo puede ser cumplida por un único proveedor; convirtiéndose en una diferenciación técnica restrictiva de la competencia”.

Invoca la letra del artículo 145 apartado 5 letra b) de la LCSP, sobre la objetividad de la formulación de los criterios de adjudicación y por ultimo considera que se incluye una características técnica que sólo puede ser coincidente con la propuesta de un proveedor, lo que supone que le otorgue de una enorme ventaja

competitiva, puesto que el resto de los licitadores partirían del criterio de otra empresa, es decir, de 30 puntos menos en la valoración total de sus ofertas.

Por su parte el órgano de contratación a través del informe técnico del servicio promotor de la contratación alega que:

En el Pliego de Prescripciones Técnicas no aparece la especificación “lupa en la carcasa que facilite la lectura de la escala graduada en el interior”, por lo que no es un requisito técnico excluyente ni restrictivo al no ser de obligado cumplimiento y el hecho de no contar con dicha especificación en el producto presentado por el licitador no le excluye del proceso. Así mismo desconocemos el número de posibles proveedores que cumplen con dicho criterio por lo que creemos que la inclusión del mismo como valoración cualitativa y no como especificación técnica obligatoria no es una diferenciación técnica restrictiva de la competencia.

La existencia del requisito antes mencionado es un criterio cualitativo evaluable puesto que su presencia aporta valor al producto en el ámbito de la seguridad del paciente durante la administración del tratamiento. El dispositivo no solo se utiliza por personal sanitario entrenado en su manejo y dentro del ámbito hospitalario sino que también es aplicado por parte del paciente, familia y cuidadores en el medio extra hospitalario por lo que la mejora en la visualización y lectura de la escala graduada del interior que permite la presencia de la lupa en la carcasa mejora la verificación del correcto funcionamiento del dispositivo por parte del administrador del tratamiento.

Añadiendo en el informe del responsable de la unidad patrimonial que Baxter alega que no es un criterio justificado en el objeto del contrato la evaluación de que el producto incluya una lupa en la carcasa que facilite a lectura de la escala graduada en el interior, asimismo considera que no ha sido suficientemente motivado la inclusión de este criterio.

En relación con la motivación considera que la inclusión de la frase: “que facilite su lectura”, es suficientemente motivadora de la inclusión del criterio de adjudicación.

En relación con la vinculación del criterio al objeto del contrato, tras transcribir el art. 145 de la LCSP indica: *“Cuando se recoge en el PCAP la valoración de la existencia de una lupa en el difusor para la mejor lectura de la graduación, se introduce un criterio de mejora, es decir, un plus de calidad y seguridad en el infusor. No se exige el cumplimiento obligatorio de la posesión de dicha lupa en el equipo, de tal forma que con independencia de la posibilidad de oferta por los licitadores de ducha lupa las propuestas que se presenten serán valoradas en relación al cumplimiento de*

los requisitos técnicos exigidos como mínimos en el PPTP para determinar si cumplen o no la oferta, al estar incorporado en los criterios de adjudicación la existencia de a lupa en el infusor que pasa a ser un requisito de mejora y no de obligado cumplimiento.

No es admisible que una mercantil por el hecho de no cumplir con uno de los criterios que le permitirían obtener mayor puntuación recurra los pliegos por no disponer de esta mejora técnica, en base a que su oferta económica deberá ser más baja que la de los licitadores que sí disponen de dicha lupa en el infusor, pasa a ser un requisito de mejora y no de obligado cumplimiento.

No es admisible que una mercantil por el hecho de no cumplir con uno de los criterios que le permitan obtener mayor puntuación recurra los pliegos por no disponer de esta mejora. (...) Se ha de recordar que la cualidad mínima no la imponen las mercantiles y sus productos sino las necesidades del órgano de contratación. (...)"

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal trae a colación el artículo 99 de la LCSP que establece en su apartado 1 “*El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten*”.

Respecto al caso que nos ocupa, procede invocar la Resolución 468/2019, de 11 de mayo del TACRC que señala: “*El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del órgano de contratación, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica.*

(...)

En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él.

Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico. (...). Y señalábamos asimismo: “De la Directiva pues, se desprende que, si bien el órgano de contratación tiene discrecionalidad para definir el objeto del contrato, en aras de la igualdad y el libre acceso deben aceptarse ofertas que cumplan de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas; lo cual, si bien se refiere al momento de la selección de ofertas, entendemos que, impugnado el propio pliego, debe reflejarse preferiblemente en el mismo para mantener la regularidad y transparencia del proceso de selección; sobre todo si unimos lo dispuesto en la Directiva a la necesidad, reflejada en nuestra doctrina ya citada, de

que el órgano de contratación justifique de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato y su necesidad”.

A la vista de lo anterior, gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir el criterio de la Administración por el suyo propio”.

En el presente caso, por lo que resulta del expediente, el órgano de contratación ha fijado en el PCAP , de un modo claro y razonable, las necesidad a satisfacer y en uso de la discrecionalidad que legalmente se le reconoce y de la experiencia acumulada, ha diseñado las característica técnica que considera más idóneas para la satisfacción el interés público , definiendo el objeto del contrato con precisión, a fin de garantizar que los bienes a suministrar sean adecuadamente utilizados por sus destinatarios, personal sanitario y no sanitario, y que redunda en una mayor calidad y seguridad en la prestación del servicio.

Todo ello, lleva a considerar a este Tribunal que se han cumplido las previsiones recogidas en los artículos 124, 125 y 126 de la LCSP respecto a las prescripciones técnicas del presente contrato.

Por lo que respecta a la necesidad de motivar los criterios de adjudicación en la memoria que conforma el expediente de contratación de conformidad con el art. 116.4 de la LCSOP, este Tribunal ha consultado dicha memoria pareciendo la siguiente justificación: *“Criterios cualitativos, evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: 30 %: Los criterios cualitativos a valorar son tales que permitan valorar la óptima calidad que permita adaptar el producto a las necesidades de las distintas técnicas”* que unido a la propia definición de la característica y lo evidente de su objetivo se considera suficiente, desestimándose en consecuencia el recurso planteado.

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 Baxter S.A. contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro material de infusión intravenosa para el Hospital Universitario de Getafe” Lotes 32 y 33, número de expediente PAPC 2022-1-3.

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.