

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

En Madrid, a 20 de marzo de 2025

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de OPTIMUM VISIÓN CARE, S.A. (en adelante OPTIMUM) contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja, San José y Santa Adela, de 6 de febrero de 2025, por el que se le excluye del procedimiento de licitación para el Lote 1 y se adjudica el contrato denominado “*Suministro de soluciones viscoelásticas para cirugía/exploración intraocular con destino al Hospital Central de la Cruz Roja*”, licitado por este Hospital, número de expediente PA HCCR 20/2024-SU (A/SUM-042765/2024), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente.

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 15 de noviembre de 2024 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en DOUE; y el 27 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 cinco lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 459.850 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación, en concreto al Lote 1, se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo. - El 17 de diciembre de 2024 se reúne la mesa de contratación para proceder a la apertura de los archivos que contienen la documentación administrativa para su posterior calificación, solicitando la subsanación de aquellos extremos que procedan.

El 20 de diciembre de 2024, en la sesión celebrada por la mesa de contratación, se analizan la subsanaciones de la documentación presentada y se procede a la apertura del sobre 3 que incluye las proposiciones económicas y la documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas. En esa misma sesión se da traslado de dicha documentación al servicio responsable del contrato para que proceda a comprobar que las ofertas cumplen con las prescripciones del pliego técnico y para efectuar la valoración y comprobación de los criterios de adjudicación cualitativos evaluables mediante fórmulas.

El 16 de enero de 2025, se reúne nuevamente la mesa de contratación para el análisis del informe técnico emitido el 2 de enero de 2025, por el Jefe del Servicio de Oftalmología, en el que se concluye respecto de la oferta de OPTIMUM que no cumple con las prescripciones técnicas por el siguiente motivo: *“el peso molecular tiene un rango excesivo, lo que podría ocasionar comportamientos indeseados durante la cirugía. De la misma manera la viscosidad en reposo y la osmolaridad tienen un rango excesivo (el límite inferior además obtendría una valoración de 0 puntos).*

A la vista del informe técnico, la Mesa acuerda excluir del procedimiento a OPTIMUM, y requerir al licitador clasificado en primer lugar la documentación correspondiente,

previa a la adjudicación.

El 6 de febrero de 2025, se adjudica el Lote 1, de este contrato a la mercantil MEDICONTUR AVI,S.L.

Tercero. - El 27 de febrero de 2025, OPTIMUM presenta en el Registro General de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, con entrada en este Tribunal el mismo día, recurso especial en materia de contratación en el que solicita que se admita su oferta al procedimiento de licitación.

El 4 de marzo de 2025 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, solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 28 de noviembre de 2024 sobre el mantenimiento de la suspensión en los supuestos de recurso sobre los acuerdos de adjudicación

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. En el plazo otorgado, no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de 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 de la Comunidad de Madrid.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador que ha sido excluido del procedimiento y, en consecuencia, *“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 comprueba la representación del recurrente firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se interpuso en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 6 de febrero de 2025, practicada la notificación el día 10 del mismo mes, e interpuesto el recurso el 27 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra la Resolución de adjudicación que incluye la exclusión de la oferta de la recurrente para el Lote 1, 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.- Fondo del asunto.

1. Alegaciones de la recurrente.

Refiere el recurrente que en el pliego de prescripciones técnicas se establece que los artículos ofertados deben cumplir las siguientes características técnicas mínimas o similares:

“LOTE 1

SOLUCIÓN VISCOELÁSTICA PARA FACOEMULSIFICACIÓN EN CÁMARA ESTRECHA

- *Solución viscoelástica cohesiva de hialuronato sódico al 1.6%.*
- *Jeringa estéril con cánula de cámara anterior de 27G.*
- *Peso molecular de +/- 3.0 MDa.*
- *Libre de látex*

- *Temperatura de conservación entre 2º y 25º C.*

El motivo de exclusión de su oferta es: *“El peso molecular tiene un rasgo excesivo, lo que podría ocasionar comportamientos indeseados durante la cirugía, de la misma manera la viscosidad en reposo y la osmomolaridad tienen un rasgo excesivo (el límite inferior además obtendría una valoración de 0 puntos).”*

Resalta el recurrente que, tanto la viscosidad en reposo y la osmolaridad, son cualidades no contempladas en el PPT, sino aparentes criterios objetivos de valoración.

En el PPT no se establece un rasgo máximo o mínimo concreto para el peso molecular, de la propia literalidad se constata su variabilidad al tener que estar entre el abanico de peso de +/- 3.0 MDa, lo que cumple su producto.

La confirmación de que el producto ofertado cumple con lo requerido en el PPT queda demostrada en la ficha técnica aportada.

La propia razón técnica de que entre los requisitos del PPT se establezca que el Peso Molecular ha de ser de +/- 3.0MDa, se deduce por sí misma. A saber, el origen del ácido hialurónico no es de naturaleza animal, sino que lo es por fermentación bacteriana, por lo que es normal que el rango de peso molecular no pueda ser concreto y haya de encontrarse, como así se recoge en el PPT, entre una variable de peso máximo y mínimo.

Adjunta a su recurso una nota del fabricante del producto ofertado para demostrar que cumple con los requisitos técnicos y que el motivo de exclusión de su oferta obedece a criterios de adjudicación subjetivos no contemplados y, por tanto, no exigidos por el PPT.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación expone que ni los criterios de adjudicación, ni las características de los productos exigidas en el PPT, fueron objeto de impugnación.

En este procedimiento era obligatoria la presentación de muestras de los productos ofertados (soluciones viscoelásticas para cirugía/exploración intraocular), siendo fundamental la valoración técnica efectuada por el personal facultativo que posteriormente va a utilizar estos productos para realizar las cirugías intraoculares en los pacientes del Hospital Central de la Cruz Roja.

En cuanto al motivo de exclusión de la oferta de OPTIMUM, dado que es una cuestión técnica, se ha dado traslado del recurso al Jefe de Servicio de Oftalmología quien ha emitido un informe justificativo de la exclusión de la oferta, cuyos argumentos son los siguientes:

“1. Si bien es cierto que en el pliego de prescripciones sólo se hace referencia al peso molecular, y que los criterios viscosidad y osmolaridad quedan para una segunda fase de valoración técnica, la relación entre estas tres características de una solución es manifiesta.

2. Establecer como característica un peso molecular no exacto de 3.0 MDa, si no de más o menos 3.0 MDa, debería interpretarse como una flexibilidad (¿subjetividad?) a la hora de evaluar el cumplimiento de dicha característica técnica.

3. Con estos dos primeros puntos de argumentación, debemos tener presente que cuanto menos peso molecular tenga una solución menos viscosa será (350000mPas del producto presentado por Optimun, frente a los 400000mPas por debajo de los cuales consideramos que a una solución se la debe valorar con 0 puntos), por lo que, aunque sea una valoración subjetiva, el límite inferior del peso molecular que presenta Optimun podría suponer una viscosidad insuficiente para un buen mantenimiento de una cámara estrecha. En el otro extremo, el límite superior que presenta Optimun podría suponer una viscosidad excesiva que dificultase maniobras como la capsulorrexia o la extracción posterior de dicho viscoelástico. Por último, una osmolaridad, concentración de componentes en una disolución más baja o más alta de lo deseado, redundaran como he comentado, en una viscosidad y por tanto en un peso molecular no deseados.

4. Quiero finalizar volviendo a la valoración de subjetividad. La empresa Optimun acepta como subjetivo no establecer un peso molecular de 3.0 MDa sino de “más o

menos” 3.0 MDa, pero no acepta que, con los argumentos expuestos en el punto 3 de este escrito, el Jefe de Servicio de Oftalmología del H.C. Cruz Roja – San José y Santa Adela estime que el rango es excesivo y en algunos extremos de dicho rango el comportamiento del producto pudiera dar lugar a situaciones indeseadas para la cirugía/el paciente. “

Sexto.- Consideraciones del Tribunal.

En primer lugar, es preciso recordar que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

OPTIMUM presentó su oferta y era conocedor de que uno de los requisitos mínimos exigidos es “*Peso molecular de +/- 3.0 MDa*”.

El valor exigido al peso molecular no es un valor absoluto, sino que permite una fluctuación del mismo (+/-). Esta forma de determinar los requisitos técnicos indudablemente promueven uno de los principios básicos de la contratación pública como es la concurrencia en la licitación, evitando así que por desviaciones insignificantes del producto ofertado, que cumplen con el objeto de la prestación, sean excluidos del procedimiento de licitación.

Ahora bien, es preciso que, en el momento de fijar los requisitos técnicos exigidos, queden perfectamente determinados. Por ello, en los supuestos que se permita una desviación del parámetro exigido, es deseable que se establezcan unos límites, por ejemplo (+/- 0',5), y así evitar interpretaciones y apreciaciones subjetivas sobre cuándo la desviación es de tal alcance que conlleva la exclusión de la oferta.

En el presente supuesto los pliegos no han determinado la desviación admisible, sin embargo no han sido impugnados, por lo que la presentación de la oferta implica la aceptación de los mismos en sus propios términos.

El informe técnico señala que *“el peso molecular tiene un rango excesivo, lo que podría ocasionar comportamientos indeseados durante la cirugía.”*

En la oferta de OPTIMUM consta *“PESO MOLECULAR DE 2.9– 3.8 Millones Daltons”*. Del propio recurso, así como de las alegaciones del órgano de contratación se desprende que estamos ante una cuestión técnica. Este Tribunal no puede discernir si la desviación del peso molecular es excesivo o no, por lo que en este supuesto debe primar el criterio técnico.

Hay que destacar que en el presente procedimiento se han presentado muestras de los productos ofertados y que han sido analizados por el personal facultativo que va a utilizarlos en las cirugías intraoculares en los pacientes del Hospital Centra de la Cruz Roja y que informan: *“que el rango es excesivo y en algunos extremos de dicho rango el comportamiento del producto pudiera dar lugar a situaciones indeseadas para la cirugía/el paciente.”*

En este sentido, en nuestra Resolución 005/2025, de 9 de enero, se argumenta:

“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 139/2023 de 13 de abril (para justificar puntuaciones) Resoluciones n.º 435/2023 de 21 de diciembre, (para justificar cumplimiento de prescripciones).

En la misma línea interpretativa el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, ha delimitado más el ámbito de la discrecionalidad afirmando 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”.

Más recientemente la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 897/2024, de 23 de mayo de 2024 (rec. 2999/2022) en línea con la STS de 25 de abril de 2024 ha considerado que la si la decisión de discrecionalidad técnica está insuficientemente motivada es suficiente para su admisión.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ya desde su sentencia 34/1995 estableció la discrecionalidad técnica como herramienta de la administración, de esa manera ha delimitado más el ámbito de la discrecionalidad afirmando 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 solo en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio técnico para el que se necesiten conocimientos especializados’ tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”.

Si el informe técnico que valora los criterios de adjudicación está justificado, motivado y no es arbitrario, se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos; esa valoración, que se presume imparcial, no puede sustituirse por otra, y menos por la de uno de los postores.

Todos los Tribunales Administrativos de Contratación asumen la doctrina de la discrecionalidad técnica tal y como aquí se ha manifestado, a modo de ejemplo podemos nombrar la Resolución 458/2022 de 22 de septiembre del TARCJA, la Resolución 1187/2022, de 6 de octubre del TACRC, la Resolución 20/2024 de 30 de octubre del OARCE, la Resolución 430/2024, de 20 de noviembre del TCCSP, la Resolución 25/2024 de 8 de marzo del TACPA, la Resolución 108/2024 del TRCCyL,

la Resolución 78/2024 de 31 de mayo de TACGal y la Resolución 15/2023 de 18 de enero de TACP Canarias”

Como ha quedado patente, la cuestión planteada en el recurso tiene un componente técnico que no puede ser enjuiciada mediante razonamientos jurídicos, por lo que estando motivado el informe técnico y no apreciándose error, ni arbitrariedad en el mismo, se desestima el recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

Primero. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de OPTIMUM VISIÓN CARE, S.A. contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja, San José y Santa Adela, de 6 de febrero de 2025, por el que se le excluye del procedimiento de licitación, para el Lote 1, y se adjudica el contrato denominado *“Suministro de soluciones viscoelásticas para cirugía/exploración intraocular con destino al Hospital Central de la Cruz Roja”*, licitado por este Hospital, número de expediente PA HCCR 20/2024-SU (A/SUM-042765/2024).

Segundo. - Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. - 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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el 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.

EL TRIBUNAL