

Recurso nº 104/2011
Resolución nº 93/2011

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

En Madrid, a 28 de diciembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don A.G.M., en nombre y representación de la empresa Sistemas Integrales de Medicina S. A. (SIMMEDICA), formulando recurso especial contra la decisión de la Mesa de Contratación de excluir a la recurrente de la licitación del lote 2, relativo al expediente de contratación 75.1/2012 para el “Suministro de pinzas selladores de vasos y electrodos para cirugía laparoscópica abierta con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, este Tribunal ha adoptado la siguiente .

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución del Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, de 15 de junio de 2011, por delegación de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, de 25 de febrero de 2011, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, el expediente de contratación y el gasto y se acordó la apertura del procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación, con un presupuesto de licitación de 971.308,80 €, IVA excluido, y valor máximo estimado de 1.049.013,50 € y dividido en

dos lotes. El anuncio de licitación se publicó en el BOCM del día 10 de agosto de 2011, en el BOE de 23 de agosto de 2011, y en el DOUE de 18 de agosto de 2011.

Segundo.- La licitación se llevó a cabo siguiendo los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Tercero.- El Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en el apartado 5.2 sobre “Solvencia técnica”, como medio de acreditación, remite a lo establecido en el artículo 66. e) de la LCSP, actual artículo 77. e) del TRLCSP, y exige la presentación de muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante y dispone que junto con las muestras se deberán aportar dos relaciones donde aparezcan las muestras presentadas identificando el expediente, el lote y denominación o nombre del licitador y que en caso de presentar variantes o alterativas, con un máximo de tres, habrá de especificar la variante o alternativa de la que se trate. La no presentación de muestras exigidas será causa de exclusión

En el apartado 8 de dicho Anexo establece los criterios de adjudicación y fija la ponderación respecto de los evaluables mediante juicio de valor de la forma siguiente:

- “a) Disección y sellado hasta 7 mm.....10 puntos*
- b) Bajo nivel de difusión térmica.....10 puntos*
- c) Disminución tiempo quirúrgico.....10 puntos*

d) *Compatible con los generadores existentes en el hospital....10 puntos.*”

La valoración de cada uno de los criterios de calidad técnica se efectuará de conformidad con la definición siguiente

Excelente.....10 puntos

(Se ajusta a las características técnicas exigidas y su calidad es óptima en relación con las ofertas admitidas)

Aceptable.....5 puntos

(Se ajusta a las características técnicas exigidas y su calidad es media en relación con las ofertas admitidas)

Deficiente.....0 puntos

(Se ajusta a las características técnicas exigidas y su calidad es baja en relación con las ofertas admitidas)

Muy deficiente.....Excluido

(No cumple las características técnicas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas)

De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase, los señalados con el número 2, calidad técnica. Aquellas proposiciones que no alcancen en el conjunto de los criterios técnicos un cincuenta por ciento (20 puntos) de la puntuación máxima, su calificación total (precio + calidad técnica), se dividirá por dos”.

En el apartado 9 del Anexo I relativo a la documentación a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación dispone: “*Sobre 2- A: Relación de productos ofertados, ficha técnica, descripciones, catálogos, fotos, con indicación clara de los aspectos valorables e identificación de los lotes a que correspondan*”

El apartado 11 del citado Anexo establece la posibilidad de ofrecer variantes de carácter económico referidas a los precios unitarios y variantes técnicas con un máximo de tres “*siempre que respeten los requisitos de carácter técnico exigidos en*

el Pliego de Prescripciones Técnicas, con carácter de mínimo, y siempre que su utilidad y nivel de prestación sea similar”

El PPT establece que el licitador deberá ofertar por precios unitarios, admite la posibilidad de modificaciones de conformidad con el artículo 93 del LCSP, actual artículo 109 del TRLCSP, la posibilidad de prórrogas, revisión de precios (...). En cuanto a los productos, dispone que se deberán presentar las muestras identificando el expediente, el lote y denominación o nombre del licitador y que en caso de presentar variantes o alterativas con un máximo de tres habrá de especificar la variante o alternativa de la que se trate .La no presentación de muestras será causa de exclusión y añade:

“En general todas las características que figuran en los lotes de este pliego corresponden a descripciones con las que se alcanzaría el objetivo asistencial de cada lote pero se podrán valorar otras alternativas que cumplan con este mismo fin. Particularmente, podrán ser objeto de consideración alternativas sobre reutilizables (no desechables) del producto, siempre que:

*-Permitan alcanzar el objetivo asistencial, en términos de calidad equivalente
-Que considerando las previsiones contenidas en la ficha técnica del producto (organismo notificado) y las propias de vida útil realizadas en condiciones reales de uso ,el precio por proceso quirúrgico no exceda del precio unitario ,por dispositivo, previsto en este Pliego de Prescripciones Técnicas.”*

Aparece un cuadro adjunto, denominado PPT, que precisa respecto del lote 2 lo siguiente:

“PINZA TIROIDECTOMIAS. Pinza de un solo uso tipo mosquito para sellado de vasos.

Medidas de aprox. 16, 5 cms.

Desechable.

Código: 2208006.

Servicio QMQ-1-CMAB-QON2.

*Pr.unit. sin IVA 262,800 Cdad./ 24 meses -456-.Base. Imponible 119.836,80
Imp. total b imponible. 119.836,80.-Tipo IVA 8%.- Importe total IVA 9.586,94.
Imp. Total máximo 129.423,74.”*

Cuarto.-La Mesa de contratación en su reunión de 18 de octubre de 2011 procede a la apertura del sobre que contiene la documentación general y declara admitidas a las dos empresas que han concurrido a la licitación. El 25 de octubre la Mesa se vuelve a reunir y procede en acto público a la apertura del sobre que contiene la documentación técnica e informa que pasa dicha documentación al Servicio de compras para la elaboración del informe técnico correspondiente. El día 24 de noviembre de 2011, la Mesa comunica las puntuaciones otorgadas a las empresas licitadoras y respecto del lote 2 resuelve, de conformidad con el informe técnico emitido, excluir a la empresa Sistemas Integrales de Medicina S.A. por lo siguiente: *“Lote 2: En las pruebas realizadas con las pinzas selladoras no se ha conseguido el objetivo previsto en este lote: 1-º En este caso la trasmisión de la energía depende de la intensidad de presión que con su mano ejerce el cirujano. Si esta presión no es homogénea y constante (cansancio), suena la alarma y hay que resetear el equipo. 2º-Con estas pinzas no se pueden sellar vasos linfáticos .3º -No hay certeza que la duración de las pinzas sea para 30 usos.”*

Quinto.- El 13 de diciembre de 2011 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de Don A.G.M., en nombre y representación de la empresa Sistemas Integrales de Medicina S.A. (SIMMEDICA), interponiendo recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de la empresa por la Mesa de contratación al no otorgarle la puntuación mínima para pasar a la siguiente fase de valoración de los criterios de adjudicación mediante juicio de valor y solicita la suspensión de la tramitación del expediente.

Sexto.- El 14 de diciembre de 2011 el Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación y solicitó la remisión del expediente y el preceptivo informe en el que debía incluir las alegaciones sobre las medidas provisionales solicitadas.

El día 20 de diciembre tuvo entrada en el Tribunal el expediente de contratación y el informe del órgano de contratación en el que no realiza alegaciones sobre las medidas provisionales solicitadas.

Séptimo.- El 21 de diciembre de 2011, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, en cuanto al lote número 2, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 46.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. (TRLCSP).

Octavo- El licitador recurrente, ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

En cuanto al fondo el recurso alega y se fundamenta en lo siguiente: Que mediante fax recibido el día 24 de noviembre de 2011, la recurrente tuvo conocimiento de la exclusión de la empresa del expediente para el Suministro de pinzas selladores de vasos y electrodos para cirugía laparoscópica abierta .Que en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) sobre el objeto del contrato se señalan los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor: siguientes:

- a) *Disección y sellado hasta 7 mm...10 puntos; b) Bajo nivel de difusión térmica...10 puntos; c) Disminución tiempo quirúrgico... 10 puntos; d) Compatible con los generadores existentes en el hospital....10 puntos.”*

Expone que el Anexo añade que: *Aquellas proposiciones que no alcancen en el conjunto de los criterios técnicos un cincuenta por ciento (20 puntos) de la puntuación máxima, su calificación total (precio + calidad técnica), se dividirá por dos. “*

Manifiesta que el resultado de la valoración técnica no otorgó al producto la puntuación mínima de 20 puntos para ser valorada económicamente y transcribe los motivos de la exclusión que se le han comunicado y que son textualmente los que se han reseñados en el antecedente cuarto de los hechos de este Acuerdo.

El recurrente se muestra en desacuerdo con los motivos justificativos de la exclusión por considerar que no son acordes con la realidad demostrada por estudios científicos, certificados oficiales y referencias de uso a nivel nacional e internacional y respecto del primer motivo alega que: *“La transmisión de energía eléctrica no depende de la presión de la mano, lo que sí depende de la presión que se aplica es que se inicie el proceso de sellado, es decir que se active la pinza (inicio de transmisión de electricidad: se produce calor en el tejido a través del cual circula la corriente eléctrica entre los polos activos de la pinza bipolar). Si no se ejerce una mínima presión sobre el tejido a sellar, no se inicia el proceso del sellado.”*

Añade que en el caso de que no se termine el proceso por falta de presión suena una alarma lo que no implica que haya que *resetear* el equipo, sino que se ha de volver a aplicar presión sobre el tejido y activar el equipo.

Sobre la pinza BiClamp dice que el tipo de sellado es más rápido y que la existencia de un sistema tipo *clamp* haría que el instrumento perdiera ergonomía y agilidad y cita los centros en los que se usan las pinzas Biclamp

En cuanto al motivo relativo a que con las pinzas ofertadas no se pueden sellar vasos linfáticos: alega que BiClamp es una pinza de sellado de estructuras y tejidos, tanto de vasos sanguíneos como de vasos linfáticos, y para avalarlo adjunta un Catálogo de producto (01_ERBE_ES_BiClamp_D024733); un Estudio de Evaluación ERBE BiClamp vs Valleylab LigaSure (02 ERBE BiClamp vs Valleylab LigaSure_Español) y Evaluation study: ERBE BiClamp® vs. Valleylab LigaSure™, que es el original en inglés del anterior (03 ERBE BiClamp Evaluation study); y un:

Estudio sellador BiClamp empleada 30 veces especialmente realizado en Tiroides (04 Estudio biclamps vs ligasure tiroides, 05 Certificado FDA sellador BiClamp).

Añade que “En la praxis, por su tipología transparente, es de gran dificultad discernir un vaso linfático en una estructura, siendo estas estructuras selladas y disecadas en conjunto a otras sin diferencia alguna a un vaso o estructura sanguínea.”

Hace constar su no conformidad con las declaraciones efectuadas que considera inconsistentes y que afectan a la puntuación obtenida y también tienen trascendencia por la confusión y el descrédito que la misma pueda inducir. Y estima que *“sin lugar a dudas, que las pinzas BiClamp son capaces de sellar vasos linfáticos.”*

En cuanto al tercer motivo sobre la inexistencia de “certeza que la duración de las pinzas sea para 30 usos”. Adjunta un Estudio sellador BiClamp empleada 30 veces especialmente realizado en Tiroides (04 Estudio biclamps vs ligasure tiroides, 05 Certificado FDA sellador BiClamp) que avalan una durabilidad de al menos 30 usos, y al mismo tiempo se adjunta un certificado del fabricante sobre 06 BiClamp sellado 30 usos.

Expone que el generador VIO300D con funcionalidad de sellado BiClamp, es capaz de contar (mostrándolo en pantalla) el número de veces que se conecta una pinza BiClamp, por lo que es fácil demostrar la duración de las pinzas. Se trata por tanto, de un hecho cierto y fácilmente constatable.

Cita Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el carácter de ley en el concurso del pliego y la obligación de la Administración de adjudicar el contrato con sujeción a los criterios del mismo (STS de fecha 12 de mayo de 1992, STS de 21 de octubre de 1994).

Finaliza exponiendo que *“desde un punto de vista técnico, el producto ofertado para la presente licitación por Sistemas Integrales de Medicina S.A., permite al Organismo que ha convocado la presente licitación, trabajar con la misma técnica que ofertan los proveedores actuales del hospital y que a su vez ha resultado ofertada por otra empresa licitadora en este procedimiento, con la única salvedad que su pinza es desechable y la pinza que hemos ofertado es reutilizable, todo ello de conformidad con la posibilidad que concedía el pliego de ofertar una alternativa reutilizable. Pero en todo caso, ambas se emplean para realizar el sellado de vasos con/mediante energía bipolar.*

La pinza BiClamp, avalada por certificados oficiales (FDA 510k) y por estudios científicos, es una pinza con niveles de eficacia en el sellado de vasos del mismo orden que las pinzas Ligasure, entre ellas el modelo LS1200 presentada por la otra empresa licitadora en este procedimiento, con rangos de difusión térmica iguales, sí no inferiores, y capaz de disminuir el tiempo quirúrgico”.

Noveno.-El órgano de contratación en su informe sobre el recurso relaciona los trámites seguidos en el expediente y sobre el fondo del asunto alega: que en la documentación técnica presentada por la recurrente en el folio 7 sobre condiciones de la oferta se indica *alternativa reutilizable según posibilidad propuesta en el pliego de prescripciones técnicas.*

Señala que el PPT que regula la descripción y las características técnicas de los productos y en concreto sobre el lote 2 “PINZA TIROIDECTOMIAS se hace constar que es pinza de un solo uso, tipo mosquito, para sellado de vasos, con medidas de aprox. 16,5 cms. Que en el mismo documento se especifica que se podrían valorar alternativas en cada lote y podrían ser objeto de consideración alternativas sobre reutilizables (no desechables) del producto, siempre que:

*“-Permitan alcanzar el objetivo asistencial, en términos de calidad equivalente
-Que considerando las previsiones contenidas en la ficha técnica del producto (organismo notificado) y las propias pruebas de vida útil realizadas en condiciones*

reales de uso, el precio por proceso quirúrgico no exceda del precio unitario, por dispositivo, previsto en el pliego de prescripciones técnicas.”

Igualmente indica que en el Anexo I del PCAP apartado 11. B se admite un máximo de tres variantes, en concreto respecto de alternativas sobre reutilizables (no desechables) del producto, siempre que respeten los requisitos de carácter técnico exigidos en el PPT, con carácter de mínimo, y siempre que su utilidad y nivel de prestación sea similar.

Reproduce el informe Técnico emitido el 14 de noviembre de 2011, que consta en el expediente, sobre la motivación de la exclusión de la oferta del recurrente del lote numero 2, que se transcribe el cuarto antecedente de hechos, y los informes de 15 de diciembre de 2011 del Jefe del Departamento de Cirugía y Especialidades Quirúrgicas y del Subdirector Médico del Área Quirúrgica y de 19 de diciembre de 2011, del Jefe de Departamento de Obstetricia y Ginecología respecto de las alegaciones de la recurrente donde hacen constar que suponiendo una alternativa reutilizable al producto hay que valorar su aceptación de acuerdo con los requisitos expresados en el PPT es decir, ver si permite alcanzar el objetivo de calidad asistencial previsto en el lote en términos equivalentes de calidad y que en la pruebas realizadas por el Servicio de Cirugía se comprueba:

“1.-En el uso del producto, al depender la trasmisión de la energía de la intensidad de presión que con su mano ejerce el cirujano, si esta presión no es homogénea y constante (p.e.cansancio), suena la alarma y hay que resetear el equipo, lo que exige una paralización de la intervención con el riesgo adicional incurrido en la intervención.

2.-Las pinzas no se pueden utilizar para sellar vasos linfáticos, ya que durante la prueba realizada sonaba la alarma cuando se intentaba realizar este tipo de procedimiento.

3. -No existe certeza de que la utilización de la pinza sea de al menos 30 usos ya que en todos los casos se utilizó una pinza distinta, y en ningún caso la

misma durante 30 procedimientos.”

En concreto manifiesta que en el informe del Jefe del Departamento de Cirugía y Especialidades Quirúrgicas se especifica *“que alguno de los jefes de servicio me ha manifestado que durante alguna de las cirugías realizadas estuvo presente el delegado de la casa comercial y que fue testigo de las deficiencias encontradas en la referida pinza durante su utilización en las intervenciones quirúrgicas en las que fue probada”* y concluye que en ambos informes se pone de manifiesto: *“que las soluciones que propone el licitador Sistemas Integrales de medicina SA no cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas”*

Finalmente, en relación con lo alegado por la recurrente sobre el cumplimiento del contenido de los pliegos, hace constar *“que en las pruebas realizadas con estas pinzas selladoras no se ha conseguido el objetivo previsto en este lote ni que la solución alternativa que propone cumpla de forma equivalente los requisitos definidos en las prescripciones técnicas que permita conseguir el objetivo asistencial previsto en los Pliegos”*.

Decimo.- El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el día 20 de diciembre de 2011, dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo se han recibido alegaciones de la empresa Covidien Spain SL, que resulto adjudicataria del lote numero 2, donde sobre el producto LigaSure por ella ofrecido y en relación con los motivos del rechazo de la oferta de la recurrente, alega en relación con el primer motivo y referido a su oferta que este sistema se basa en una combinación de presión y energía, ambos no técnico

dependientes, que el instrumento tiene un trinquete que hace que la presión sea correcta y necesaria para el tratamiento del tejido y que está estandarizada para cualquier cliente, es homogénea y constante, estando asegurada la fiabilidad. Que el generador emite el ciclo de energía necesaria sin interrupción debido a que no depende de la presión que se ejerza. En caso de error en el ciclo, emite unos sonidos que reconoce el cirujano y reinicia el ciclo sin necesidad de *resetear* el generador y que el estudio que presenta la recurrente está limitado a tiroidectomías y no consta otro procedimiento asociado.

En cuanto a la imposibilidad de sellar vasos linfáticos manifiesta que la pinza bipolar ofrecida por la recurrente no tiene otra tecnología aplicada por lo que el cirujano entiende que produce coagulaciones bipolares de menor seguridad hemostática que el sellado tisular y que la tecnología Ligasure incorpora el avance tecnológico monitorizando el tipo de tejido que hay entre las mandíbulas del instrumento, ya sean vasos, ganglios linfáticos o tejido que incluya vasos y/o ganglios linfáticos.

En cuanto al ausencia de certeza de la duración de la pinza alega que por desconocimiento de la duración del instrumento por uso reiterado y la escasa evidencia clínica, el uso queda limitado a la falta fiabilidad y que el estudio que presenta la recurrente está limitado a tiroidectomías sin que conste otro procedimiento asociado .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Sistemas Integrales de Medicina S.A., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo

impugnado fue adoptado el 24 de noviembre de 2011, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso, el día 13 de diciembre de 2011, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Fue presentad anuncio previo ante el órgano de contratación, el día 12 de diciembre de 2012.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP 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.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la resolución de la Mesa de contratación que excluyó a la empresa de la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1. c) y 40.2. b) del TRLCSP.

Quinto.-En cuanto al fondo del asunto del recurso, éste se ha interpuesto contra la exclusión por la Mesa de contratación del lote número 2 por considerar que la empresa fue excluida indebidamente.

El recurrente se muestra en desacuerdo con los motivos justificativos de la exclusión alegando las consideraciones que se han transcrito en la exposición número cuatro de los hechos y realiza una serie de precisiones sobre la calidad de la pinza Biclamp de su oferta, que igualmente se reproducen en la exposición de los hechos, afirmando que el tipo de sellado es más rápido y citando los centros en los que se usan las pinzas BiClamp.

En el expediente constan el informe técnico, solicitado por la Mesa de contratación, de 14 de noviembre de 2011, en el que se basa la exclusión de la oferta del recurrente al lote numero 2, que se transcribe en la exposición cuarta de los hechos, y los informes de 15 de diciembre de 2011, del Jefe del Departamento de Cirugía y Especialidades Quirúrgicas y del Subdirector Médico del Área Quirúrgica y de 19 de diciembre de 2011, del Jefe de Departamento de Obstetricia y Ginecología respecto de las alegaciones de la recurrente.

En estos informes se examinan las alegaciones de la empresa recurrente sobre los aspectos técnicos del producto ofertado y, se manifiesta que suponiendo una alternativa reutilizable al producto, hay que considerar si se permite alcanzar el objetivo de calidad asistencial previsto en el lote en términos equivalentes de calidad y que a resultas de las pruebas realizadas por el Servicio de Cirugía se manifiesta en el informe de 15 de diciembre que en el uso del producto al depender la transmisión de la energía de la intensidad de presión que con la mano ejerce el cirujano, si no es homogénea y constante hay que *resetear* el equipo, con una paralización de la intervención que añade un riesgo adicional a la intervención. Que las pinzas no pueden sellar vasos linfáticos, ya que durante la prueba realizada sonaba la alarma cuando se intentaba realizar este tipo de procedimiento y que no existe certeza de que la utilización de la pinza sea de al menos 30 usos.

En el informe del Jefe del Departamento de Cirugía y Especialidades Quirúrgicas se especifica *“durante alguna de las cirugías realizadas estuvo presente el delegado de la casa comercial y que fue testigo de las deficiencias encontradas en la referida pinza durante su utilización en las intervenciones quirúrgicas en las que fue probada.”*

En ambos informes se pone de manifiesto: *“que las soluciones que propone el licitador Sistemas Integrales de medicina SA no cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas”*.

Finalmente en relación con lo alegado por la recurrente sobre el cumplimiento del contenido de los pliegos hace constar *“que las pruebas realizadas con estas pinzas selladoras no se ha conseguido el objetivo previsto en este lote ni que la solución alternativa que propone cumpla de forma equivalente los requisitos definidos en las prescripciones técnicas que permita conseguir el objetivo asistencial previsto en los Pliegos”*.

Sexto.- En cuanto al contenido de los pliegos, en el caso presente, el PCAP establece, los requisitos mínimos de solvencia, como establece el artículo 62 del TRLCSP, la admisión de variantes o mejoras según prevé el artículo 147, y según lo dispuesto en el artículo 150 los criterios para valoración de ofertas ,cuando se tome en consideración más de un criterio, así como la articulación en varias fases , indicando en cuál de ellas se irán aplicando los distintos criterios, y el umbral mínimo de puntuación exigido para continuar el proceso selectivo.

No obstante se observa por el Tribunal, respecto de los criterios de valoración mediante juicio de valor, que el PCAP adolece de indeterminación al establecer la forma de valoración de estos criterios tomando como base para puntuar la calidad en relación con las ofertas admitidas, con lo que otorga al juicio de valor un margen de discrecionalidad excesivo. Por otra parte exige, tanto respecto de los criterios de adjudicación como de las variantes, que cumplan los requisitos de carácter técnico exigidos en el PPT, *“con carácter de mínimo”*, lo que resulta improcedente ya que de no cumplir estos requisitos las ofertas deberían haber sido rechazadas en fase anterior al no acreditar la solvencia técnica en la forma exigida en el PCAP por los medios previstos en el artículo 77. e) del TRLCSP.

Por ello el Tribunal considera conveniente precisar que los criterios de selección de las empresas se refieren a la acreditación de la solvencia, respecto de los que, como transposición de la Directiva 2004/18/CE, en los artículos 74 a 79 del TRLCSP, se establecen como medios para acreditar la solvencia económica y financiera, y técnica o, en su caso, profesional, para los contratos de obras, de

suministro, de servicios y para el resto de contratos, respectivamente.

Distintos de los criterios de solvencia son los criterios de adjudicación que la Ley establece para determinar la oferta económicamente más ventajosa y que en el supuesto de que en el contrato se deba atender a más de un criterio, según el artículo 150 del TRLCSP, deberán estar vinculados al objeto del contrato y venir establecidos en el pliego de cláusulas administrativas. La Ley cita entre otros criterios de adjudicación, la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar la retribuciones ligadas a la utilización de la obra o prestaciones del servicio, el plazo de ejecución o entrega (...). De estos criterios unos podrán ser valorados automáticamente mediante la aplicación de fórmulas y otros en los que su valoración dependerá de un juicio de valor.

Por otra parte los criterios deben garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad de trato a los licitadores y de transparencia por lo que el pliego debía precisar respecto de los criterios de adjudicación su forma de puntuación sin incurrir en la indeterminación observada, por lo que cabe invocar la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002, en el asunto C-470/99 *Universale-Bau contra Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, donde indica en relación con la obligación de incluir en el pliego de cláusulas administrativas los criterios de adjudicación que esta obligación *“tiene por objeto precisamente, hacer posible que los licitadores conozcan antes de preparar sus ofertas los criterios de adjudicación, a los que estas deben responder así como su importancia relativa, garantizando de esta forma el respeto a los principios de igualdad de trato a los licitadores y de transparencia”*.

No obstante el Pliego, en este caso, fue aceptado por la recurrente ya que la impugnación se dirige contra la exclusión de la empresa por la Mesa de contratación al no otorgarle la puntuación mínima para pasar a la siguiente fase de valoración de los criterios de adjudicación, por lo que dado el carácter normativo del pliego y haber

sido aceptadas sus condiciones constituyen pactos que deben ser acatados por ambas partes salvo que hubiesen incurrido en causa de nulidad.

Séptimo.- En cuanto al fondo del asunto, la causa invocada por el recurrente y la justificación de los motivos de rechazo de la oferta, en los informes emitidos por los Jefes del Departamento de Cirugía y Especialidades Quirúrgicas y del Subdirector Médico del Área Quirúrgica y del Jefe de Departamento de Obstetricia y Ginecología, respecto de las alegaciones de la recurrente, reiteran su criterio sobre el uso del producto afirman que las pinzas no pueden sellar vasos linfáticos demostrado en pruebas realizadas. y la falta de certeza sobre el número de uso de la pinza así como el incumplimiento de los requisitos que permitan conseguir el objetivo asistencial previsto en los Pliegos.

El Tribunal considera que la valoración se ha realizado en el ejercicio de las facultades de discrecionalidad técnica de la Administración y sobre estas facultades de los órganos técnicos la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995 , de 6 de febrero, en su fundamento de derecho cuarto reconoce “ *la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos* “ y continua: “*la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad ,la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado.*”

Las Sentencias del mismo Tribunal Constitucional, 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo, sostienen que la existencia de discrecionalidad técnica no supone desconocer derechos a la tutela judicial efectiva, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican, reconocen que no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrarse en algunos casos con fines

determinados como ocurre “ *en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico formulado por un órgano especializado de la Administración.*”

La Doctrina jurisprudencial sentada entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2003, (RJ/2003/4413) refiriéndose a un acuerdo de adjudicación de un concurso y los criterios de valoración aplicados manifiesta que se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones solo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción “*iuris tantum*”, salvo que esta quede desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error debidamente acreditado por parte del que lo alega.

El Tribunal estima que en este caso no es posible apreciar que los informes técnicos, sobre la valoración del producto ofrecido por la empresa recurrente, estén incursos en arbitrariedad ya que motivan su criterio para rechazar el producto basándose en las pruebas realizadas y que estos informes han sido emitidos por tres especialistas que manifiestan su criterio unánime sobre las características del producto que les lleva a emitir su juicio de valor, resultando la motivación expuesta de forma precisa en los informes citados, sin que tampoco pueda considerarse que en este caso se advierta desviación de poder en la actuación del órgano de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y el artículo 3 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, interpuesto por Don A.G.M., en nombre y representación de la empresa Sistemas Integrales de Medicina S. A. (SIMMEDICA), formulando recurso especial contra el acto de exclusión de la recurrente por la Mesa de contratación de la licitación del lote 2, en el expediente diente de contratación 75.1/2012 para el “Suministro de pinzas selladores de vasos y electrodos para cirugía laparoscópica abierta con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón”.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, respecto del lote número 2, acordada por el Tribunal el día 21 de diciembre de 2011, según previene el artículo 43 del TRLCSP

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 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 319 LCSP.