

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

En Madrid, a 27 de enero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa STRYKER IBERIA S.A. contra la resolución de adjudicación a KARL STORZ ENDOSCOPIA IBERICA, S.A. del lote 2 Torres de Fluorescencia, 4K, especialidad Cirugía General, Ginecología y ORL del de fecha 15 de diciembre de 2021 del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria para la participación en el expediente SARA-SER 014/21 para la contratación del suministro de torres de quirófano a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios del Hospital Universitario Fundación Alcorcón fue enviada al DOUE el 8 de octubre de 2021, y publicada en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, el día 13 de octubre de 2021 y en el BOCM nº 249, el día 19 de octubre.

Segundo.- Las puntuaciones de las ofertas fueron las siguientes:

Lote	Licitador	Puntuación económica	Puntuación técnica	Puntuación total
Lote 2	KARL STORZ ENDOSCOPIA IBERICA, S.A. – CIF: A78936606	70,00	28,38	98,38
Lote 2	STRYKER IBERIA, S.L. – CIF: B821734512	69,24	25,00	94,24

Tercero.- El 4 de enero de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, fundado en los siguientes motivos: el órgano de contratación ha realizado una incorrecta valoración de los criterios evaluables mediante fórmula previstos en los PCAP, en relación con los PPT, (i) por un lado, privando de 5 puntos que corresponderían a STRYKER IBERIA conforme a estos criterios; (ii) y otorgando indebidamente 5 puntos a STORZ. De forma que una corrección de la aplicación de los criterios determinaría que STORZ hubiera obtenido 93.39 puntos y STRYKER IBERIA, 99,24 puntos. Se insta la nulidad de la adjudicación procediendo a la misma conforme a los fundamentos del recurso y subsidiariamente la nulidad del procedimiento por falta de motivación.

Cuarto.- El 11 de enero de 2022, 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 transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, con plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y las presenta el 20 de enero.

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 licitadora clasificada en segundo lugar, *“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 el acto impugnado fue publicado el 16 diciembre de 2021, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 4 de enero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra 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.b) y 2. c) de la LCSP.

Quinto.- Para la viabilidad de la pretensión el recurso aduce dos motivos, consignados en antecedentes: que se le suba la puntuación en 5 puntos y se le resten al adjudicatario. En cualquiera de ellos resultaría adjudicatario. Ambos se

basan en la existencia de un error en la evaluación técnica sobre las características de los aparatos ofertados. Y se acompañan de diversas alegaciones auxiliares.

Se afirma la incorrecta valoración que la mesa de contratación ha realizado del criterio cualitativo evaluable mediante fórmulas contenido en el apartado 8.2.1.3 de los PCAP (“si el procesador es ampliable mediante módulos para otras tecnologías Full HD, videoendoscopios flexibles”), razonando que se trata de una valoración errónea y arbitraria, que no encuentra soporte en la documentación técnica y aclaraciones aportados en el expediente resultando patente la arbitrariedad, al haberse producido la modificación de la valoración técnica contenida en el sobre 3-A, después de haberse producido la apertura del sobre 3.B, relativo a la oferta económica, sin apoyo en informe técnico alguno y sin que se contenga motivación clara y suficiente que permita entender la misma.

Según el órgano de contratación no hay modificación de valoración técnica, sino corrección de la autobaremación de los licitadores, a resultas de los informes técnicos y las aclaraciones de los mismos.

Para el mismo, la solución técnica de STRYKER no cumple con la especificación valorable con 5 puntos adicionales, que es que el procesador sea ampliable mediante módulos en un módulo adicional acoplable al video procesador, no a otro elemento de la torre. No se trata de que se llame a todo el conjunto de elementos de la torre “sistema completo de documentación y grabación de imágenes” o “plataforma integrada” y se incluyan en el grabador de imágenes, uno de los componentes del sistema puertos de control de dispositivos o puertos de entrada de señal de video, para otras tecnologías, solución técnica aportada por STRYKER.

Comprueba este Tribunal que la reunión de la mesa de 23 de noviembre de 2021 se le plantean a la Mesa dudas sobre las declaraciones emitidas por los licitadores, a resultas de escritos de los mismos: “Lote 2. En la revisión posterior del cumplimiento de los criterios cualitativos evaluables de forma automática por

aplicación de fórmulas del lote 2 del expediente, más allá de la autodeclaración de los licitadores, se plantean dudas razonables, que se confirman con la posterior presentación de reclamaciones de ambos licitadores para la revisión de la puntuación que corresponde a las autodeclaraciones respectivas, cuya lectura tuvo lugar en esta sesión pública de la propia mesa. Por ello, se decide requerir a los licitadores para que aclaren la autodeclaración presentada en los apartados en conflicto, y suspender la consideración en este lote la oferta con mejor relación calidad-precio hasta su resolución”.

Consta la presentación de un escrito de KARL STORZ ENDOSCOPIA IBERICA, S.A en el que afirma el incumplimiento de esta característica por STRYKER IBERIA S.A., a la que se da traslado para informe. Dice el primero:

A LA MESA DE CONTRATACIÓN:

En virtud de la información recabada en la apertura de concurso público SARA-SUM 014/21 realizada hoy día 23 de noviembre relativa a los criterios de autoevaluación presentados por la empresa Stryker Ibérica, en el lote 2 (torre fluorescencia 4k) observamos que en el criterio 8.2.1.3 se otorgan 5 puntos por que el procesador tenga la capacidad de ser ampliable mediante módulos a otras tecnologías.

Lo que se requiere con dicho criterio es que se ofrezca un procesador de imagen único al cual se le pueda conectar módulos cada uno de ellos con diferentes tecnologías las cuales inclusive se detallan (fullhd, videcendoscopios flexibles, etc).

Teniendo en cuenta la información comercial pública de los procesadores de imagen de la casa comercial Stryker observamos que estos no tienen la capacidad requerida, siendo esta una característica exclusiva de los procesadores de imagen Karl Storz.

Por lo tanto, solicitamos a la mesa de contratación tenga en cuenta dicha consideración para que los 5 puntos auto otorgados por la casa comercial Stryker no se computen a efectos de evaluación.

Y para que conste a los efectos oportunos firmo la presente en Madrid, a 23 de noviembre de 2021.

STRYKER contesta con un detallado escrito de 8 folios sobre el cumplimiento de esta especificación técnica evaluable automáticamente.

En sesión de 1 de diciembre de 2021 se decide revisar las puntuaciones a resultas de estas aclaraciones: “Analizadas las aclaraciones solicitadas a petición de ambos licitadores a las respectivas declaraciones de cumplimiento de los criterios valorables mediante fórmulas en el lote 2 del expediente, referido a las torres de fluorescencia 4K para distintas especialidades, se otorgan las puntuaciones que siguen, corrigiendo en su caso, la que hubiera correspondido a la auto declaración inicial”. El acta no hace mención alguna a informe técnico en que sustentar su decisión. Ni da razón de la estimación de las alegaciones de uno y desestimación de la de otro.

Alega STRYKER que la decisión de la Mesa no permite conocer las razones de su decisión ante la ausencia de informe técnico. Tampoco se motiva la adjudicación.

Por el órgano de contratación se afirma la existencia de reuniones con los médicos, pero no consta el informe técnico en ningún sitio. Según dice el proceso de toma decisiones es el siguiente:

“La mesa de contratación ha solicitado aclaración a ambos licitadores, ha dado trámite a ambas partes de la licitación y ha convocado a los servicios médicos implicados, para asegurarse de que la puntuación en los criterios valorables mediante fórmulas es la correcta, con independencia de la autoevaluación de ambos licitadores”.

La propia Mesa es consciente de la necesidad del informe técnico, pues se dirige por correo electrónico a los médicos, contestando los mismos para reunirse un día determinado a primera hora. De la efectiva realización de esa reunión no hay constancia.

Este Tribunal no puede constatar la respuesta a esa consulta técnica, ni en las publicaciones en el perfil del contratante ni en el expediente administrativo remitido a este órgano. Solo figuran los escritos de alegaciones de ambos licitadores, y por la respuesta del órgano de contratación se acoge la literalidad del adjudicatario y se desecha la del recurrente, sin conocer por qué.

Tampoco figuran en la adjudicación los motivos de la misma.

La presunción de validez de las decisiones técnicas de los órganos de contratación no es aplicable cuando no constan los fundamentos técnicos de la misma, para lo cual es preciso quede constancia escrita de los mismos.

En el segundo motivo del recurso se afirma el otorgamiento indebido a STORZ de 5 puntos, también por un criterio técnico. A semejanza del supuesto anterior, se presenta un escrito por STRYKER denunciando ese incumplimiento en la autovaloración, que le restaría 5 puntos, dándose traslado al primero y confirmando finalmente la autobaremación, de forma igualmente inmotivada por la Mesa.

La actuación de la mesa aceptando los escritos de alegaciones y dando traslado a la otra parte, se ampara en el artículo 145.5 c) de la LCSP:” 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*”.

No es óbice a esta comprobación que se verifique tras la apertura de la oferta económica, porque son criterios automáticos: lo prohibido es la revisión de los criterios subjetivos valorables porque podría condicionarse por la oferta económica ya conocida. Se abren los sobres en la misma Mesa.

La Mesa de Contratación puede requerir los informes técnicos necesarios para adoptar la resolución que proceda: *“Las Mesas de contratación podrán, asimismo, solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato”*, (artículo 326.5 LCSP).

Lo que no puede es obviar la valoración de la aplicación de los criterios de adjudicación, que servirá de motivación a la adjudicación. Habiendo rechazado la autobaremación de STYKER a instancias de STORZ, y aceptando esta última sobre escrito de la primera, no quedan expuestos en ningún sitio los fundamentos técnicos de esa decisión, ni siquiera por remisión a un informe técnico que no figura en el expediente.

Conforme a reiterada doctrina goza el órgano de contratación de una discrecionalidad técnica que impide revisar con criterios jurídicos decisiones de orden técnico, salvo que se aprecie irracionalidad, falta de motivación, error material o arbitrariedad, que es justamente lo acontecido: no consta la motivación de la decisión de la Mesa.

Por lo expuesto, procede la estimación del recurso declarando la nulidad de la resolución de adjudicación, ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la reunión de 1 de diciembre de 2021, debiéndose efectuar las valoraciones y puntuaciones en cuanto a los criterios técnicos evaluables por fórmulas, consignando los fundamentos técnicos de la revisión de la autobaremación de STYKER y correlativamente del mantenimiento de la de STORZ, o de la aceptación de las alegaciones de uno y desestimación de las del otro.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa STRYKER IBERIA S.A. contra la resolución de adjudicación a KARL STORZ ENDOSCOPIA IBERICA, S.A. del lote 2 Torres de Fluorescencia, 4K, especialidad Cirugía General , Ginecología y ORL del de fecha 15 de diciembre de 2021, anulando la adjudicación con retroacción de actuaciones para que se motive la propuesta de la Mesa, y en particular la aceptación de las alegaciones de STORZ y el rechazo de las de STRYKER.

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.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.