

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

En Madrid, a 20 de julio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Prótesis Hospitalaria, S.A., contra el acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario de la Cruz Roja, fecha 10 de junio por la que se excluye la oferta de la licitación del lote 9 del contrato “Suministro de material de cirugía abierta y laparoscópica con destino al Hospital Central de la Cruz Roja” número de expediente P.A. HCCR 6/2023-SU este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 3 de marzo de 2023 y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 9 de marzo de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 17 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 749.839,53 euros y su plazo de duración será de un año, con posible prórroga por otro año más.

A la presente licitación del lote 9 se presentaron 8 licitadores, entre ellos el

recurrente.

Segundo.- Interesa a fin de resolver el presente recurso acudir al apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP), donde se describen las características técnicas del suministro que nos ocupa:

“LOTE 9: ADHESIVO TISULAR Nº de orden 18: Aplicador adhesivo tisular cianocrilato:

- *Dispositivo precargado.*
- *No necesite refrigeración.*
- *Baja reacción exotérmica 15º.*
- *Polimeriza en 10 segundos.*
- *N- butil2-cianocrilato.*
- *Vendrá coloreado para facilitar su visión”.*

Asimismo interesa destacar el apartado 9 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP):

“9.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:

En el sobre número 3, de documentación económica y técnica con aplicación de fórmulas, se incluirá:

- *Índice de la documentación presentada.*
- *la documentación técnica exigida en el Pliego de prescripciones técnicas. Esta documentación permitirá, con carácter previo a la valoración de los criterios objetivos, la verificación del cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas. La no presentación de esta documentación será causa de exclusión de la licitación.*
- *la documentación técnica que permita valorar todos y cada uno de los criterios técnicos evaluables de forma automática del apartado 8.2. Para facilitar la valoración de estos criterios se incluirá como primera hoja el Anexo X de este Pliego, debidamente cumplimentado.*

Será imprescindible la presentación de muestras para la valoración técnica de los lotes. Las muestras se entregarán en el Almacén General del Hospital dentro del plazo fijado en el anuncio de licitación para la presentación de ofertas.

Se presentará un mínimo de DOS MUESTRAS por cada número de orden.

Cada licitador entregará en el almacén junto con las muestras bien identificadas, dos relaciones donde se detalle el número de procedimiento, de lote y nombre del proveedor.

Posteriormente se podrán solicitar más muestras en el caso de que sean necesarias para la realización del informe técnico. La no presentación de las muestras exigidas será motivo de exclusión”.

Tercero.- El 7 de julio de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Prótesis Hospitalarias, S.A., en el que solicita la anulación de su exclusión y en consecuencia su admisión al proceso de licitación.

El 13 de julio de 2023, 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- 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 excluida, *“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 acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de junio de 2023, practicada la publicación en el perfil del contratante el 3 de julio de 2023 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 7 de julio de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, 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.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso la empresa se fundamenta en la exclusión de la oferta de la recurrente, acuerdo adoptado por la Mesa de contratación del HUCR y publicado el 3 de julio de 2023.

Solicita la revisión del informe técnico que ha dado lugar a la exclusión, pues considera que el suministro ofertado cumple con todas las condiciones exigidas en los pliegos de condiciones que rigen esta licitación.

Añade que: *“Según consta en el punto 8.3 de los pliegos NO se aplica la valoración de criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, por lo que no entendemos la EXCLUSIÓN recibida, ya que los motivos de exclusión aportados son precisamente un juicio de valor”*.

Finaliza solicitando: *“revisar la documentación que se aportó al Hospital para poder seguir siendo ADJUDICATARIOS y poder seguir sirviendo el producto que a día de hoy les suministramos”.*

Por su parte el órgano de contratación defiende el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación manifestando que: *“Una vez abierta en la Mesa de contratación la documentación del Sobre nº 3, de ofertas económicas y documentación técnica evaluable por aplicación de fórmulas, tal como consta en el Acta nº 15/2023, se da traslado de la documentación técnica así como de las muestras presentadas al Servicio promotor del contrato, para la emisión del correspondiente informe técnico.*

Por lo tanto, en este expediente, en la elaboración de su informe técnico, el Jefe del Sº de Cirugía General y Digestivo del Hospital, y como no podía ser de otra forma, tiene que valorar las muestras presentadas junto con la documentación técnica, siendo fundamental que el producto cumpla con la finalidad para la que está destinado, no pudiendo recogerse en el Pliego de prescripciones técnicas todas las características y calidades del producto, por ser algunas intrínsecas y consustanciales al mismo.

En el Acta nº 22/2023, se transcribieron los motivos técnicos de exclusión de la oferta, del informe de fecha 10 de junio de 2023:

- ‘1.- Complejidad en la preparación del sistema por parte de la instrumentista.*
- 2.- Obstrucción frecuente de la salida del cianoacrilato que inutiliza el dispositivo para posteriores aplicaciones’.*

Los miembros de la Mesa de Contratación aceptaron por unanimidad dicha motivación al entender que estaba suficientemente motivada”.

Como es sabido, los Pliegos de condiciones 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.

La regulación legal de PPTP y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

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.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

A la vista de las manifestaciones de la recurrente y del órgano de contratación debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, teniendo en cuenta que las características que se valoran aparecen descritas en el PPTP por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la ausencia del cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos al suministro.

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 de 30 de marzo de 2012.

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a la evaluación del cumplimiento de las prescripciones técnicas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

En nuestra Resolución 179/2022, de 12 de mayo, señalábamos *“Este Tribunal debe respetar los resultados de la valoración técnica efectuada por técnico especializado, asumida por el órgano de contratación, y entrar a conocer, únicamente los aspectos formales de la misma, tales como las normas de competencia o procedimentales. En este sentido, debemos recordar el criterio consolidado de este Tribunal y del resto de Tribunales administrativos de recursos contractuales en virtud del cual se circunscribe nuestra competencia a la revisión de las cuestiones jurídicas de la valoración de los expertos sin poder entrar en cuestiones técnicas, pues la doctrina de la “discrecionalidad técnica” ampara la valoración efectuada por los técnicos, siempre con el límite de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes*

públicos (se citan a modo de ejemplo las resoluciones de este Tribunal 515/21, de 12 de noviembre; 1039/2015, de 30 de octubre; 21/2014, de 17 de enero y la Resolución 353/2019, de 29 de marzo, del TACRC)”.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma 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”.*

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal *“arbitrariedad”* en el juicio técnico, en la valoración realizada a la oferta del adjudicatario a través de las muestras entregadas, ni falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

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 Prótesis Hospitalaria, S.A., contra el acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario de la Cruz Roja, fecha 10 de junio por la que se

excluye la oferta de la licitación del lote 9 del contrato “Suministro de material de cirugía abierta y laparoscópica con destino al Hospital Central de la Cruz Roja” número de expediente P.A. HCCR 6/2023-SU.

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 multa 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.