

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Greiner Bio-One España, S.A.U. (en adelante GREINER) contra la resolución del viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud de 18 de julio de 2023 por la que se excluye a la recurrente de los lotes 21 y 22 y se adjudica el acuerdo marco de “Suministro de catéteres intravenosos periféricos, sistemas de extracción para la obtención de muestras de sangre para analítica, sistemas de fijación de vías centrales y periféricas, y celulosa precortada para oclusión post extracción, para todos los centros dependientes del SERMAS”, dividido en 31 lotes, AM PA SUM 45/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) con fechas, respectivamente, de 30 y 27 de enero de 2023, se convocó la licitación del contrato

de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 31.084.010,60 euros y su duración es de 12 meses.

Segundo.- Con fecha 18 de julio de 2023, se publicó la resolución de adjudicación que incluye el acuerdo por el que se excluye la oferta de la recurrente para los lotes 21 y 22 y se acuerda la adjudicación de los mismos a la empresa Nacil Medica Group, S.L. (en adelante NACIL).

Con fecha 4 de agosto de 2023, GREINER interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación, en el que se le excluye de los lotes 21 y 22. En el citado recurso, como primer motivo, alegaba vulneración de los derechos de acceso a la información pública y transparencia por parte del Servicio Madrileño de Salud al no haber sido atendida su solicitud de acceso al expediente.

Con fecha 18 de agosto de 2023, el órgano de contratación concedió de oficio vista del expediente, según consta en diligencia aportada por dicho órgano.

Este Tribunal concedió un plazo de 10 días desde la vista del expediente para la ampliación del recurso, que fue presentada con fecha 28 de agosto de 2023.

Tercero.- En fecha 18 de agosto de 2023, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el lotes 21 y 22 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 (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

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, siendo presentadas el 12 de septiembre por NACIL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa excluida de la licitación, *“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 de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de adjudicación se notificó el 18 de julio de 2023, presentándose el recurso el día 4 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto conviene transcribir el PCAP en cuanto a criterios de adjudicación de los lotes impugnados:

LOTE 21 AL 24 AGUJA ALETAS PARA SISTEMA EXTRACCIÓN SANGRE VACÍO. CAMPANA PREMONTADA

Criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas:	<u>Puntuación</u>	<u>Autobaremo</u>	<u>Justificación</u>
Punta pentafacetada	Hasta 6 puntos		
SI	6 puntos		
NO	0 puntos		
Medida del tubo prolongador	Hasta 10 puntos		
Más de 10 cm y menor o igual de 18 cm	10 puntos		
Más de 18 cm	3 puntos		
Menor o igual de 10 cm	0 puntos		
Diámetro interior de la aguja	Hasta 14 puntos		
Se calcula de forma proporcional, asignando la mayor puntuación al producto ofertado que presente el diámetro interior con mayor calibre. Formula $P = (\text{valor a evaluar} \times 14) / \text{valor del diámetro interior del mayor calibre interno presentado}$			
TOTAL	Hasta 30 puntos		

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso en la incorrecta valoración de las propuestas presentadas por parte de diversas empresas en la licitación de referencia, entre ellas las de la adjudicataria.

Alega que la puntuación que obtiene cada licitador en el criterio “Diámetro interior de la aguja” se encuentra directamente relacionada con las características del producto y la puntuación obtenida por los restantes licitadores.

Pasa a analizar la puntuación obtenida por NACIL, quien ha obtenido una puntuación mayor respecto al criterio “*Medida del tubo prolongador*”.

En este sentido, alega que se observa que las fichas técnicas presentadas para los artículos del LOTE N° 21 (AGUJA ALETAS PARA SISTEMA EXTRACCIÓN SANGRE VACÍO CAMPANA PREMONTADA. CON DISPOSITIVO SEGURIDAD. 21G X 19 MM. \pm 5%) y del LOTE del LOTE N° 22 (AGUJA ALETAS PARA SISTEMA EXTRACCIÓN SANGRE VACÍO. CAMPANA PREMONTADA CON DISPOSITIVO SEGURIDAD 23G X 19 MM. \pm 5%) por la comercial NACIL, describen su producto como un sistema de extracción con un sistema de 18 cm de longitud, es decir, el tubo prolongador de sus soluciones es de 18 cm de longitud.

Estas medidas, al ser fácilmente contrastables durante el acceso al expediente, fueron objeto de corroboración, al poder realizar una medición del sistema de las muestras presentadas, contrastando que dicha longitud era de más de 20 cm.

Este dato claramente erróneo que figura en la ficha técnica de NACIL, le ha facilitado obtener la máxima puntuación para esta característica (10 puntos). La medición de la longitud del sistema en la muestra pone de manifiesto que la ficha técnica presentada no coincide con el producto ofertado y que el licitador no debería de haber obtenido la máxima puntuación para dicho criterio de valoración. NACIL obtuvo por este criterio 10 puntos, cuando de acuerdo a la medida real del producto, debería haber obtenido tan sólo 3.

En cuanto al criterio “*Diámetro interior de la aguja*”, el cual se encuentra directamente relacionado con las características del producto y la puntuación obtenida por los restantes licitadores (es decir, la valoración de estos criterios automáticos depende de las restantes ofertas), dado que la medición del diámetro interior de la aguja no es fácilmente verificable, solicitó al órgano de contratación verificar la mencionada dimensión afirmada por NACIL, utilizando los servicios de

empresas homologadas e imparciales o del propio Instituto Nacional de Metrología, asumiendo la recurrente los costes de tal verificación.

Añade que el diámetro que afirma tener el interior de la aguja de NACIL no es compatible con un uso adecuado del producto. En concreto, el producto ofertado por NACIL se trata de la referencia SNS-LH1921, producto fabricado por la empresa Gemtier Medical. En virtud de la tabla con los diámetros de todos los productos ofertados al lote nº 21 por las diferentes empresas, se puede observar como a NACIL, la adjudicataria, se le ha valorado un producto con un supuesto diámetro de 0,7 mm, esto es, un 25,22% mayor a la media de los restantes diámetros ofertados. En este sentido, señala que, de acuerdo con su experiencia, ese diámetro interno de 0,7 mm, referido a una palomilla 21 G, cuyo diámetro externo es de 0,8 mm, no sería compatible con un uso adecuado del producto.

Considera, en atención a lo expuesto y a los razonamientos extraídos de la norma ISO 9626 y teniendo en cuenta que para obtener el marcado CE es necesario cumplir con los estándares internacionales, los valores máximos de diámetro interno que podrían tener los productos ofertados para el lote nº 21 sería 0,610, por los que todos los valores de diámetro interno máximo por encima de este valor estarían fuera de norma.

Respecto al lote 22, alega que una vez obtenido el acceso a la documentación correspondiente a dicho lote, se ha podido constatar que la información técnica presentada por los licitadores Becton & Dickinson S.A. y Cajal, S.A., indican que el diámetro interno de su aguja es de 0,6 mm.

Esto resulta técnicamente imposible, dado que el diámetro externo de una aguja de 23G es de 0,6 mm, y, por tanto, supondría que el grosor de la pared de la aguja sería cero, o sea que en las agujas de las mencionadas casas comerciales no existirían paredes.

Esta información técnica aportada por las referidas casas comerciales, y el producto entregado, han provocado que las valoraciones de los criterios técnicos de las ofertas presentadas se vean afectados, en tanto que se ha efectuado una valoración técnica sobre información que no refleja la realidad del producto ofertado en cuestión. Esto, por tanto, afecta directamente a las puntuaciones obtenidas por el resto de casas comerciales, entre las cuales se encuentra la recurrente.

Por otra parte, pone en cuestión la forma en la que el órgano ha valorado las ofertas presentadas, en tanto que en el lote 22, las ofertas de Cajal y Becton & Dickinson, compartiendo el mismo producto y características, han recibido una valoración diferente.

Concluye su alegato manifestando que los puntos otorgados a las empresas Becton & Dickinson, S.A., Nacil Medica Group, S.L. y Cajal, S.A. para los citados criterios resulta clave, pues de una valoración realizada en atención a las ofertas y a la realidad de las soluciones ofertadas, resultaría readmitida en el procedimiento de referencia.

Por su parte, el órgano de contratación, con relación a la oferta de NACIL alega que la comisión técnica dio carácter de veracidad a toda la documentación presentada por las empresas licitadoras. En cualquier caso, con fecha 21 de abril, se solicitó a la empresa, que confirmase los datos del calibre interno. El mismo día la empresa manda una declaración responsable confirmando que los datos son de 0,7 mm para el calibre interno del lote 21 y de 0,535 mm para el lote 22.

Por tanto, de acuerdo a la ficha, la declaración responsable de fórmulas y la segunda declaración responsable presentadas por la empresa Nacil Medica Group S.L, el diámetro interno es de 0,535 mm. y es el dato sobre el cual se han realizado los cálculos para la valoración del informe técnico.

Las fichas técnicas son documentos en los que se detallan todas las características de un producto, incluyendo su composición, características físicas y técnicas, donde consta, además de la estandarización de sus productos, estándares y números de certificación, organismo notificado, representante autorizado en la UE, normas y directrices del producto. Los técnicos valoran que la documentación presentada se corresponde con los pliegos rectores de la licitación y obran en consecuencia.

Concluye señalando que la comisión técnica que valoró el expediente realizó, entre las distintas verificaciones de las muestras, la medición real de la muestra presentada por la empresa NACYL y con dicho valor se puntuó.

La puntuación otorgada a la empresa, respecto a la oferta de Becton & Dickinson, señala que la puntuación otorgada corresponde a la presentada en la información remitida por la empresa durante la tramitación del expediente, en la que informan que para el lote 21 su diámetro interno es de 0.547 y para el lote 22 su diámetro interno es de 0.37.

Respecto a la oferta de Cajal alega que la ficha técnica presentada es una ficha técnica de la empresa Becton Dickinson, firmada por el apoderado de la empresa, en la que ellos indican que su diámetro interno es de 0,6 mm, por tanto, es el fabricante y no la empresa Cajal la que indica que su diámetro interno es de 0,6 mm. y es lo que valora la comisión técnica.

Por su parte, NACIL alega que, a la hora de preparar las muestras para la referida licitación, el requisito técnico original en cuanto a los lotes 21 y 22 era tener un tubo no mayor de 22 cm, dando luego una puntuación para una serie de medidas. NACIL, de la mano de su fabricante, GEMTIER MEDICAL INC, suministraron dichas muestras, que fueron valoradas después por el órgano de contratación, dándonos la máxima puntuación. Para este punto, la única prueba que ofrece Greiner es una supuesta medición hecha a mano alzada por uno de sus trabajadores. A su juicio, no

es prueba suficiente para desvirtuar la valoración hecha por el propio órgano de contratación. Afirma que las muestras aportadas se corresponden con las medidas especificadas en la oferta hecha por esta casa, hecho corroborado por el propio órgano de contratación en los informes técnicos que han dado lugar a las puntuaciones objeto de debate.

Respecto del diámetro interior de la cánula, alega que de acuerdo con la cláusula 4.6 de la norma ISO 7864:2016, la designación del tamaño de la cánula se ha etiquetado con información sobre el diámetro exterior. La mayoría de los fabricantes como Becton & Dickinson y Gemtier se han centrado en el diámetro exterior para los documentos técnicos y el paquete. Es por eso que Cajal, S.A. (producto de Becton & Dickinson) puso 0,60 mm para la aguja de 23G erróneamente. GEMTIER también cometió una equivocación en el cálculo del diámetro interior.

Añade que el espesor de pared doble debe deducirse del diámetro interior, pero su anterior equivocación se basaba en la deducción errónea de que se trataba de un espesor de pared simple. Es sólo un error de cálculo y lo hemos corregido antes del resultado de la licitación, nuestra cánula respeta los estándares de la norma ISO y no habrá ningún cambio en el adjudicatario final para los centros a los que se suministre. De los datos que aporta sobre el diámetro exterior y el grosor de la pared proceden del archivo adjunto "*Annex-02 Gemtier's cannula supplier-Inspection Report-21G+23G*", puede ver que el diámetro interior es conforme a la norma ISO.

Concluye afirmando que cuando recibieron el correo electrónico el 22 de agosto de 2023 para la aclaración del diámetro interior de la oficina de licitación, habíamos encontrado nuestro error de cálculo e informado al órgano de contratación para corregir el diámetro interior de "*0,60 mm para 21G y 0,43 mm para 23G*".

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la exclusión de la recurrente ha sido ajustada a derecho.

Hay que recordar, en primer lugar, que la exclusión de la recurrente se produjo por no alcanzar el umbral mínimo exigido en los pliegos en cuanto a los criterios cualitativos cifrado en 15 puntos (obtuvo 13,98 en el lote 21 y 10,40 en el lote 22).

Respecto a la oferta de NACIL cuestiona la longitud el tubo prolongador de sus soluciones de 18 cm, ya que a su juicio la medición real es de 20 cm por lo que la puntuación que se le debería otorgar es de 3 puntos en lugar de los 10 concedidos.

El criterio de valoración "*medida del tubo prolongador*", hasta 10 puntos, es un criterio absoluto, que se puntúa en función de su longitud, sin que se tenga en cuenta las ofertas del resto de los licitadores para realizar calculo proporcionales. Por tanto, la estimación de este motivo resulta irrelevante para las aspiraciones de la recurrente, que no son otras que aumentar su puntuación para alcanzar el umbral mínimo exigido y poder pasar a la fase decisoria. El hecho de que se estimara el motivo y se concedieran solo tres puntos a NACIL, no mejoraría su puntuación. Por tanto, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, debe inadmitirse este motivo del recurso.

Respecto al motivo referido al criterio "*Diámetro interior de la aguja*", valorado hasta con un máximo de 14 puntos, hay que manifestar que sí tiene un carácter proporcional en función de las ofertas de los licitadores, por lo que su estimación podría tener relevancia en las pretensiones de la recurrente.

Alega la recurrente que el diámetro que afirma tener el interior de la aguja de NACIL no es compatible con un uso adecuado del producto. En concreto, señala que el diámetro interno de 0,7 mm, referido a una palomilla 21 G, cuyo diámetro externo

es de 0,8 mm, no sería compatible con un uso adecuado del producto.

Resulta evidente que este Tribunal carece de conocimientos técnicos especializados para valorar la afirmación realizada por la recurrente. Procede, por tanto, acudir a la doctrina de la discrecionalidad técnica reconocida por los tribunales de resolución de recurso especiales en materia de contratación y por la jurisprudencia. A este respecto, sirva 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.*

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.

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

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 base a lo anterior, este Tribunal estima que la valoración de la oferta técnica que ofrece el órgano de contratación se encuentra dentro de lo razonable y proporcionado y que no adolece de errores materiales, arbitrariedad o discriminación que justifique su revisión, únicos extremos que, fuera de las normas de competencia y procedimiento, puede controlar este Tribunal por mor del respeto al principio de discrecionalidad técnica.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del presente motivo.

Respecto al lote 22, alega que los licitadores Becton & Dickinson S.A. y Cajal, S.A., indican que el diámetro interno de su aguja es de 0,6 mm. A su juicio, esto resulta técnicamente imposible, dado que el diámetro externo de una aguja de 23G es de 0,6 mm, y, por tanto, supondría que el grosor de la pared de la aguja sería cero, o sea que en las agujas de las mencionadas casas comerciales no existirían paredes.

Nuevamente nos encontramos ante una cuestión eminentemente técnica para la que este Tribunal carece de conocimientos para su valoración, siendo plenamente aplicable la doctrina expuesta anteriormente respecto a la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación con los límites expuestos en el motivo anterior.

En cuanto a que las alegaciones referidas a que las ofertas de CAJAL y BECTON, compartiendo el mismo producto y características para el lote 22, han recibido una valoración diferente, se constata en el informe de valoración que la oferta de la primera era de 0,6 mm. Mientras que la de la segunda era de 0,37 mm.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del presente motivo.

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 de la empresa Greiner Bio-One España, S.A.U, contra la resolución del viceconsejero de Sanidad y Director General del Servicio Madrileño de Salud de 18 de julio de 2023 por la que se excluye a la recurrente de los lotes 21 y 22 y se adjudica el acuerdo marco de “Suministro de catéteres intravenosos periféricos, sistemas de extracción para la obtención de muestras de sangre para analítica, sistemas de fijación de vías centrales y periféricas, y celulosa precortada para oclusión post extracción, para todos los centros dependientes del SERMAS”, dividido en 31 lotes, AM PA SUM 45/2022.

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

para el lote 21 y 22.

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.