

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

En Madrid, a 15 de febrero de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Laboratorios Indas, S.A.U. (en adelante Indas) contra la resolución de fecha 22 de diciembre de 2023 del Director Gerente del Hospital Universitario de La Paz por el que se adjudica el contrato y se le excluye de la licitación de los dos lotes del “Contrato de Suministro de Empapadores para el Hospital Universitario de La Paz, para su adjudicación por Procedimiento Abierto n.º 2023-0-57”, dividido en dos lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 22 de agosto de 2023, se publicó en el Portal de la Contratación pública de la Comunidad de Madrid y en DOUE el anuncio de licitación y los Pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 1.024.148,40 euros y dispone de un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo. - A la presente licitación se presentaron diez empresas, entre ellas la recurrente.

La apertura del sobre de documentación administrativa se efectuó el día 20 de septiembre de 2023.

La apertura de sobres de documentación técnica se realizó el día 27 de septiembre de 2023, una vez subsanada la documentación solicitada. La apertura de la documentación económica de las ofertas no excluidas se llevó a cabo en la sesión de la mesa de contratación del día 8 de noviembre de 2023. Las únicas ofertas admitidas fueron las de las empresas ACTIVE MEDICAL DISPOSABLE (en adelante ACTIVE) y ONTEX ID.

En la sesión de la mesa de contratación de fecha 20 de diciembre de 2023, se propone elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación del procedimiento a la empresa ACTIVE para los Lotes 1 y 2.

Mediante resolución del órgano de contratación de fecha 22 de diciembre de 2023 se acuerda dicha adjudicación que fue notificada el mismo día.

Con fecha 15 de enero de 2024 se presentó recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de los Lotes 1 y 2 recogida en la resolución de adjudicación del contrato de referencia por considerar que su exclusión no fue ajustada a Derecho.

Tercero.- El 1 de febrero de 2024, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para los Lotes 1 y 2 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, sin que se haya recibido alegación alguna.

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.- La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador excluido de la licitación, conforme al 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 de adjudicación se adoptó el 22 de diciembre de 2023, siendo notificado en esa misma fecha, presentándose el recurso el 15 de enero de 2024, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro 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.- El recurso se fundamenta en la indebida exclusión del licitador al considerar que su propuesta cumple las exigencias técnicas de los pliegos para ambos lotes.

Señala que la exclusión se fundamenta en la presentación de *“una oferta cuyas características técnicas no se ajustan a las exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige para este procedimiento”*.

Esta conclusión se alcanzó por la mesa de contratación en base a un informe técnico emitido por la Subdirección de Gestión del Servicio de Suministros que se limita a señalar: *“No cumple. Se solicita resistente a la tracción en seco y no es resistente. Se solicita que la capa externa sea impermeable y no presenta la impermeabilidad requerida”*.

No consta en el expediente administrativo, al cual accedió Laboratorios Indas con fecha 28 de diciembre de 2023, ningún otro documento o informe técnico complementario que pudiera dar más información sobre los motivos por los que se llega a la conclusión de que su oferta no cumple las especificaciones técnicas.

Por tanto, son dos las especificaciones técnicas que, supuestamente, no cumplen los productos ofertados por Laboratorios Indas:

- a. Resistencia a la tracción en seco de la primera capa (capa interior de tejido sin tejer);
- b. Impermeabilidad de la capa externa.

Respecto a la primera, señala que el PPT para ambos lotes exige “EMPAPADOR DE TRES CAPAS [...] 1. Capa interior de tejido sin tejer [...]. Resistente a la tracción en seco y en húmedo, tanto longitudinal como transversal. [...] 3. Capa externa de material impermeable tanto del exterior del empapador al interior como del propio empapador al exterior. [...]”. El PPT no especifica ningún método o sistema, objetivo o subjetivo, para verificar o evaluar el cumplimiento de ambas especificaciones técnicas. No hay referencia a ningún estándar técnico que los productos ofertados debieran cumplir o que pudiera servir de referencia para considerar si las especificaciones técnicas requeridas se cumplen.

Afirma que el informe técnico, además de carecer de fecha y firma, no razona los motivos por los que el órgano de contratación llega a la conclusión de que su oferta no cumple las especificaciones técnicas requeridas.

Apela a los límites a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, considerando que se ha producido un error patente en la apreciación de las características técnicas, ya que su oferta sí cumple las especificaciones técnicas.

Añade que las Fichas Técnicas acreditan el cumplimiento de las especificaciones técnicas de resistencia a la tracción en seco e impermeabilidad de la capa externa, como se muestra a continuación:

a. En relación con la resistencia, en las páginas tercera y quinta se indica:

“...Gran resistencia

La elevada compactación de la celulosa y el calandrado en forma de rombos forma una estructura compacta que le confiere elevada resistencia a la rotura ante los tirones y casi nulas posibilidades de desmoronamiento de la celulosa”.

“SABANINDAS 60x40cm gracias a su estructura en rombos y a la correcta desfibración y distribución del núcleo de celulosa, resulta ser un producto de elevada resistencia, que no se desmorona ante los movimientos del paciente.

El desplazamiento del núcleo tanto en seco como en húmedo es nulo...”.

b. En relación con la impermeabilidad de la capa externa, en la página cuarta (descripción técnica) se indica:

“• Capa externa de polietileno impermeable, de color blanco con figuras de color, tratado electrónicamente en ambas caras para disminuir la electricidad estática por rozamiento”.

c. En general, al final de las Fichas Técnicas hay un cuadro acreditando el cumplimiento de cada una de las especificaciones técnicas requeridas.

Sin perjuicio de lo anterior, la recurrente aporta al escrito de recurso documentación acreditativa del cumplimiento de las especificaciones técnicas supuestamente incumplidas.

A mayor abundamiento, señala que los empapadores ofertados por Laboratorios Indas son ampliamente utilizados en España en hospitales, centros sanitarios, residencias de ancianos y hogares españoles, siendo Laboratorios Indas líder del mercado en esta categoría habiendo comercializado en el año 2023 más de 75 millones de unidades de empapadores, de los cuales más de 7 millones son al Servicio Madrileño de Salud, sin que se hayan registrado queja de clientes o usuarios respecto de la falta de resistencia a la tracción en seco o a la falta de impermeabilidad de los mismos.

Finalmente, incluye doctrina y jurisprudencia sobre los límites de la discrecionalidad técnica y sostiene que la resolución carece de motivación suficiente para su exclusión.

Por su parte, el órgano de contratación alega que para asesorar al órgano de contratación se formó una Comisión Técnica encargada de la evaluación y valoración de las ofertas presentadas. Esta evaluación versa no solo sobre la revisión de las fichas técnicas y demás documentación aportada por la empresa, sino también sobre

las muestras que se exigían en el PPT y que fueron entregadas por los licitadores, realizando una exhaustiva revisión de todo ello.

Analizando cada uno de los productos señalados por el recurrente en su escrito, manifiesta que los técnicos corroboran el informe emitido.

Añade que se llevaron a cabo pruebas de resistencia de todos los empapadores ofertados al procedimiento abierto. Se hicieron simulaciones del uso de los empapadores como se llevan a cabo en las unidades de hospitalización. En estas pruebas se valoraron el comportamiento y la resistencia de los empapadores durante el proceso de movilización y cambios posturales. Durante este proceso, se moviliza al paciente tanto en bloque como por partes, pero no solo se moviliza al paciente, sino también sábanas y empapadores se movilizan durante este proceso. Por ello los empapadores están sometidos a fuerzas de fricción y de estiramiento, por lo que hay que comprobar su resistencia en situaciones reales de movilidad. En ella se comprobó su resistencia a la tracción, en una simulación a pacientes encamados y dependientes durante los cambios posturales. En ella se vio que, en estas situaciones de movilización, en los empapadores se producía rotura de sus capas, que esto genera dificultad en la labor de los profesionales, aumentando cargas de trabajo y generando disconfort a los pacientes, teniendo que movilizarles más veces.

Hay que señalar que se llevaron a cabo pruebas empíricas para la valoración, de la absorción y la impermeabilidad de los empapadores de todas las ofertas presentadas en el procedimiento abierto. Estas pruebas consistían en echar líquido (agua estéril, a temperatura de ambiente) a los empapadores de diferentes cantidades (100 ml, 200 ml y 500 ml) A partir de los 300 ml el empapador perdió la capacidad de absorción e impermeabilidad (adjunta foto explicativa).

Al realizar la prueba de absorción, y echar líquido al empapador se verificó que tenía tan poca capacidad de absorción que transparentaba los pictogramas de la parte interna y al no absorber, lo que produjo fue un desbordamiento del líquido, con la consecuencia de la permeabilidad calando la parte interna del empapador. Por lo que

los empapadores de laboratorio Indas, no cumple con los requerimientos exigidos para el Hospital universitario La paz, ya que los empapadores tienen que absorber no solo líquidos, sino también grandes cantidades de fluidos y como se puede verificar el producto no ha sido apto.

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, por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta valoración de los criterios de adjudicación, siempre que no incurra en arbitrariedad.

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 los criterios evaluables en función de juicios de valor 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 pueda 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...”.

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...”.*

Así mismo, procede traer a colación la doctrina sobre la presunción de acierto de las actuaciones de los órganos de contratación. Como manifestábamos en nuestra Resolución 419/23, de 30 de noviembre “...*Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación la doctrina mantenida por el TACRC y que este Tribunal comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos. Sirva de ejemplo su Resolución 980/2019, 6 de septiembre, donde afirma “En este punto, es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados (por todas, Resoluciones 618/2016, de 29 de julio, y 152/2017, de 10 de febrero).*

En este sentido, este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha analizado en diversas resoluciones la discrecionalidad técnica de la

Administración, señalando que --cuando la Administración encarga a un órgano “ad hoc”, formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute-- (Resolución 618/2014)...”.

En el caso que nos ocupa, la justificación del órgano de contratación se limita a señalar *“No cumple. Se solicita resistente a la tracción en seco y no es resistente. Se solicita que la capa externa sea impermeable y no presenta la impermeabilidad requerida”*, lo que a juicio de este Tribunal es manifiestamente insuficiente para motivar una decisión tan grave como es la exclusión de un licitador.

En base a la doctrina expuesta, este Tribunal no pone en cuestión el resultado técnico al que llega un comité de expertos de indudable cualificación, máxime analizando las alegaciones contenidas en el informe al recurso, sino que se limita a comprobar los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de dicho informe, en especial si existe una motivación suficiente.

El comité de expertos realizó su trabajo analizando de forma exhaustiva las muestras presentadas por la recurrente concluyendo que no cumplía las exigencias técnicas, ahora bien, esas conclusiones justificativas no se trasladaron a la recurrente para que pudiera conocer de modo suficiente los motivos de su exclusión y obrar en consecuencia.

La motivación debe realizarse en la notificación de la resolución, no en el informe de alegaciones al recurso especial. En este sentido, el artículo 151 de la LCSP establece:

1. *“... La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.*

2. *Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:*
 - a) *En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*

 - b) *Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.*

 - c) *En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas; y, en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores...”.*

Respecto a la necesidad de motivación de los actos administrativos sirva traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014 (Recurso de casación 3415/12), *“...la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal – exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es solo, como subraya el Tribunal Constitucional, una elemental cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda (...).”*

Como señalábamos en nuestra Resolución 95/22, de 10 de marzo *“...Esta exigencia de motivación adquiere especial relevancia cuando nos encontramos ante supuestos amparados por la discrecionalidad técnica de la Administración. En otro caso nos podríamos encontrar ante situaciones en las que la discrecionalidad técnica pueda degenerar en arbitrariedad. Estas circunstancias se dan de un modo evidente en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, en los que la aplicación de dicho criterio se aplica de un modo reiterado, siguiendo la doctrina de los Tribunales de resolución de recursos contractuales y de la jurisprudencia.*

La discrecionalidad técnica de la Administración encuentra en la necesidad de motivación de los actos un muro de contención contra la arbitrariedad, de manera que se ha de mostrar de forma clara e inequívoca el razonamiento del autor del acto, para, por un lado, permitir a los interesados conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y, por otro lado, permitir al juez ejercer su control. En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 35/2002 declara que “la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los

ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan...”.

Por tanto, la doctrina de la discrecionalidad técnica debe ceder, en el presente caso, ante el principio de interdicción de la arbitrariedad, por lo que procede la estimación del recurso, anulando el acto recurrido, con retroacción de actuaciones al momento previo a la exclusión de la recurrente para que se motive convenientemente y proceda en consecuencia.

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. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Laboratorios Indas, S.A.U. contra la resolución de fecha 22 de diciembre de 2023 del Director Gerente del Hospital Universitario de La Paz por el que se adjudica el contrato y se le excluye de la licitación de los dos lotes del “Contrato de Suministro de Empapadores para el Hospital Universitario de La Paz, para su adjudicación por Procedimiento Abierto nº 2023-0-57.

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 para los lotes automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para los Lotes 1 y 2.

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.