

ASUNTO: RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN Nº PA 022/19, CONVOCADO PARA EL SUMINISTRO DE CATÉTERES INTRAVENOSOS PERIFÉRICOS CON DISPOSITIVO DE SEGURIDAD Y VÁLVULA DE BIOSEGURIDAD PARA EL HOSPITAL UNIVERSITARIO FUNDACIÓN ALCORCÓN. LOTE Nº 1.

En Barcelona, a 06 de septiembre de 2019

**AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

D. Luis Alfonso Esteban Hernández, con NIF Nº 18.430.675-Q, actuando en nombre y representación de la empresa **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, con CIF B83886176 y con domicilio social en Barcelona (Barcelona), en la Avenida Diagonal, 635, cuya representación acredito mediante copia legitimada ante Notario de mi escritura de poder (se adjunta como **Documento Nº 1**), conforme proceda en derecho y de conformidad con lo previsto en el **artículo 44 y siguientes** 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**, interpone mediante el presente escrito,

**RECURSO ESPECIAL
EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

Contra la Resolución de Adjudicación del **Expediente Nº PA 022/19, convocado para el suministro de catéteres intravenosos periféricos con dispositivo de seguridad y válvula de bioseguridad para el Hospital Universitario Fundación de Alcorcón**, por la que se determina la exclusión de **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.** del expediente de contratación de referencia.

Se adjunta como **Documento N° 2** copia de la Resolución de Adjudicación objeto del presente recurso.

El presente recurso se fundamenta en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO. – Que, la empresa **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, presentó su proposición en el procedimiento con **Expediente N° 022/19, convocado para el suministro de catéteres intravenosos periféricos con dispositivo de seguridad y válvula de bioseguridad para el Hospital Universitario Fundación de Alcorcón.**

Que, por este motivo, la empresa a la que represento tiene la consideración de parte interesada en el procedimiento de referencia.

SEGUNDO. – Que, con fecha 19 de agosto de los corrientes, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la Resolución de Adjudicación del procedimiento en la que se determina la exclusión de la oferta presentada por **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L** al **Lote N° 1** del procedimiento de referencia.

A la vista de las serias irregularidades jurídicas de que adolece la Resolución aludida y en la medida en que dichas irregularidades constituyen una infracción de los principios esenciales que deben regir la contratación del sector público, se interpone mediante este escrito, en tiempo y forma, este **RECURSO ESPECIAL** contra dicho acto, por considerarlo contrario a Derecho y gravemente perjudicial para sus intereses, lo que hace al amparo del **artículo 44** 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** y sobre la base de los siguientes Requisitos y Fundamentos Jurídicos,

I REQUISITOS

PRIMERO. – REQUISITOS SUBJETIVOS

1.1 Órgano competente

Como quiera que el presente Recurso Especial se dirige contra la exclusión contenida en la Resolución de Adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada convocado por el **HOSPITAL UNIVERSITARIO “FUNDACIÓN ALCORCÓN”**, la competencia para conocer el mismo corresponde al **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**.

1.2 Legitimación

De acuerdo con el **artículo 48** 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:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

La compañía **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, está legitimada para la interposición del presente Recurso Especial por cuanto la exclusión contenida en la Resolución de Adjudicación adoptada por el órgano de contratación resulta gravemente perjudicial a los intereses legítimos de esta compañía.

SEGUNDO. – REQUISITOS OBJETIVOS

2.1 Acto impugnado

Como hemos adelantado, el acto objeto de Recurso Especial lo constituye la exclusión de **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, contenida en la Resolución de Adjudicación del **Lote Nº 1** del Expediente de referencia

2.2 Recurribilidad del acto

Estamos así ante un acto que cumple los requisitos establecidos en la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** para ser calificado como recurrible a través del Recurso especial, a saber:

1. Acto objeto del recurso especial conforme al **artículo 44.2** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**.
1. Acto referido a contrato de suministro que supera el umbral establecido para la procedencia de la interposición de Recurso Especial en materia de contratación, conforme a los **artículos 21 y 44.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, indicando este último que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.”

Resulta fuera de toda duda que estamos ante un contrato de suministro que supera el umbral mencionado.

En este sentido, conviene recordar que:

- De conformidad con el **artículo 101.2 y 12** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** (Cálculo del valor estimado de los contratos),

“En el cálculo del importe total estimado deberán tenerse en cuenta las eventuales prórrogas del contrato”, y, en particular, tratándose de la adjudicación simultánea por lotes separados de contratos de suministro homogéneos, “se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes”.

- Adicionalmente, para este último supuesto, el **artículo 21.2** de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público** establece la siguiente regla que obliga, expresamente, a aplicar a la adjudicación de cada lote las normas de la regulación armonizada (entre ellas, la procedencia del recurso especial):

“En el supuesto previsto en el artículo 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote”.

TERCERO. – REQUISITOS FORMALES

3.1 Plazo

Tratándose de actos recurribles conforme a lo señalado en el apartado anterior y siendo de aplicación la tramitación del Recurso Especial prevista en 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, el plazo para la interposición del mismo, conforme al **artículo 50**, es de 15 días hábiles, los cuales se contarán, a partir del día siguiente a aquel en que se ha tenido conocimiento de la posible infracción.

En su virtud, el presente Recurso Especial se presenta dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido por el **artículo 50** 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.

A estos hechos le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – DE LA IMPROCEDENCIA DE LA DECISIÓN DE EXCLUSIÓN ADOPTADA POR EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE LICITADORES, TRANSPARENCIA Y DE NO DISCRIMINACIÓN, QUE DEBEN REGIR UN PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

No podría comenzar esta representación el presente Fundamento de Derecho Primero sin reproducir extracto obrante en la Resolución de Adjudicación que motiva la exclusión esgrimida por el organismo en la Resolución publicada en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha de 19 de agosto de 2019 y que determina la presentación del presente escrito de Recurso Especial y que adjuntamos como **Documento N° 2**:

Son declaradas no aptas técnicamente según consta en el informe técnico de aptitud elaborado por la Dirección de Operaciones y Enfermería las ofertas presentadas por:

Lote 1. GREINER BIO-ONE ESPAÑA, SAU; PALEX MEDICAL, S.A. y SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.R.L.

Como podemos observar en el extracto anterior, la Resolución de Adjudicación declara no apta técnicamente a la oferta presentada por **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, sobre la base de lo dispuesto en el Informe Técnico de Aptitud, que fue objeto de publicación en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 1 de agosto de los corrientes, informe en el cual se recoge lo siguiente:

6.- Smiths Medical España, S.R.L.:

Smiths oferta el catéter modelo Protectiv Plus® sin aletas de la marca Jelco, fabricado en Poliuretano con las siguientes referencias:

Lote 1.1 con ref. 3068 (2,2x32mm).

Lote 1.2 con ref. 3062 (1,8x32mm).

Lote 1.3 con ref. 3065 (1,3x32mm).

Lote 1.4 con ref. 3066 (1,1x32mm).

Lote 1.5 con ref. 3060 (0,9x25mm).

Lote 1.6 con ref. 3063 (0,7x19mm).

Cuenta con un dispositivo de seguridad activo que precisa de la intervención de la enfermera para su correcta activación. La confirmación de la activación del sistema es auditiva y visual y la aguja queda totalmente encapsulada.

Según la ficha técnica, el catéter está fabricado en un material de Poliuretano registrado de consistencia firme en el exterior, dada su termo sensibilidad, se ablanda a temperatura corporal dentro de la vena reduciendo así las flebitis hasta un 60%.

El catéter modelo Protectiv Plus® es utilizado en el hospital desde el año 2014. Sin embargo, desde el mes de marzo del presente año, se han recibido numerosas quejas a través de CISEMadrid, email y personalmente, por parte de las enfermeras de hospitalización revelando el incremento de flebitis mecánicas con el uso de este dispositivo. Este incremento de flebitis obliga a que el catéter Protectiv Plus® sea calificado como NO APTO.

Pues bien, tal y como se deduce del subrayado en rojo del extracto anterior, lo que, conforme al Informe Técnico de Aptitud, determina la exclusión de la oferta de mi representada del **Lote Nº 1** del expediente de referencia es la supuesta recepción de numerosas quejas recibidas desde el mes de marzo de los corrientes que denuncian el aumento de casos de flebitis mecánicas con el uso de este dispositivo, vinculando este aumento al uso del dispositivo ofertado por mi representada, lo que no deja de ser cuanto menos sorprendente si se tiene en consideración que, según el propio Informe, el catéter Protectiv Plus® es utilizado en el hospital desde el año 2014.

No cabe si no concluir que, conforme a la argumentación esgrimida en el Informe Técnico de Aptitud anteriormente citado, es del todo improcedente la exclusión de **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, puesto que, tal y como se pone en

evidencia en el informe, que no indica en ningún momento lo contrario, el producto ofertado cumple escrupulosamente todas y cada una de las prescripciones técnicas contempladas en los pliegos, resultando además que los catéteres de **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.** han sido comercializados en todo el mundo durante muchos años y han sido valorados por nuestros clientes como catéteres de alta calidad.

Es del interés de esta representación poner de manifiesto, a efectos de que el Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos tenga una información actualizada de los productos ofertados por **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, que a partir de septiembre de 2016, mi representada comenzó a modificar la cánula de sus catéteres de poliuretano, pasando de Ocrilon™ a TECHRILON™.

El nuevo poliuretano TECHRILON™ es un material de nueva generación diseñado directamente por **SMITHS MEDICAL** que cuenta con las siguientes características:

- Mayor estabilidad desde el punto de vista ambiental.
- Mejor recuperación después de la flexión.
- Está equipado con tres pequeñas franjas horizontales que mejoran la radiopacidad.

Es importante tener en cuenta que los tubos en TECHRILON™ funcionan de la misma manera que los tubos en Ocrilon™. Ambos materiales están hechos de poliuretano y tienen las mismas características de rendimiento en términos de forma, adaptabilidad y funcionalidad. Las resinas del material son muy similares y nuestras pruebas han demostrado que los tubos en TECHRILON™ y Ocrilon™ cumplen con los mismos estándares de rendimiento y materiales: en lo que se refiere a la radiopacidad: el tubo TECHRILON™ fue radiopaco en todas las muestras analizadas; respecto del caudal, los caudales libres para dispositivos fabricados con tubos Ocrilon™ y TECHRILON™ son estadísticamente equivalentes; en lo referente a la recuperación después de la flexión, los tubos TECHRILON™ mostraron una recuperación mejor del caudal después de la flexión, esto es, los tubos en TECHRILON™ han vuelto a su forma original más rápidamente y con velocidades de flujo más altas que los tubos Ocrilon™ en todos los tamaños y longitudes de agujas probadas; por último destacamos en

lo que respecta a la penetración y fuerza de arrastre, que no hubo diferencia estadística entre ambos tubos en la fuerza de penetración máxima del catéter, la resistencia promedio mínima, la resistencia máxima del catéter o la resistencia promedio del catéter.

Así pues, considerando la causa que, conforme al Informe Técnico de Aptitud (el “incremento de flebitis”) se califica al catéter ofertado por mi representada como no apto para su uso después de 5 años de manejo en el **HOSPITAL UNIVERSITARIO “FUNDACIÓN ALCORCÓN”**, resulta necesario destacar el hecho multifactorial de una flebitis por implantación de un CVP (catéter venoso periférico).

Respecto de lo anterior, varios estudios clínicos y guías internacionales han identificado las posibles causas asociadas con la incidencia de flebitis:

- *Características físico-químicas de las soluciones a infundir:* en las venas periféricas, las soluciones se pueden administrar con una osmolaridad no superior a 600 mOsm /l y un pH entre 5 y 9.
- *Volumen y velocidad de infusión:* con una infusión rápida aumenta el riesgo de flebitis, debido al tiempo reducido de hemodilución.
- *La elección del sitio de inserción del CVP:* los INS Standards of Practice 2016 establecen una recomendación de que la relación catéter / vaso puede aumentar del 33% y ahora ocupa hasta el 45% o menos del diámetro del vaso. En el adulto, se prefieren las venas en la superficie dorsal y ventral de las extremidades superiores.
- *Mantenimiento de la permeabilidad CVP:* mantenimiento de la permeabilidad de los catéteres mediante la técnica de lavado y bloqueo.

Respecto de lo anterior, es necesario recordar que los riesgos asociados a la implantación de un CVP y en concreto, a la flebitis, es un problema multifactorial:

- Existen tres grandes grupos de factores de riesgo relacionados con el CVP y el desarrollo de flebitis. **Los factores propios del paciente, como la edad, su sexo y las patologías a él asociadas.** Aunque se han

encontrado indicios de que la edad avanzada y el sexo femenino constituyen factores de riesgo.

- En relación a **los factores de riesgo propios del catéter**, calibre y localización, existen indicios según los cuales, calibres más grandes y emplazamientos de mucha movilidad aumentan el riesgo de flebitis, así como el lugar anatómico de inserción.
- Respecto al material y tiempo de permanencia, los resultados reflejan que catéteres actualmente comercializados son de material médico a los que se somete a pruebas estrictas de radio-detectabilidad; fuerza de penetración y fuerza de arrastre asegurando que cumplen los estándares marcados de rendimiento y materiales, siendo el Tchrilon el material de última generación y usado en catéteres PROTECTIV PLUS está sometido a dichas pruebas y asegurada la superación de estas. No obstante, un recambio indicado clínicamente según el paciente, suponen factores preventivos que evitan daños adyacentes.
- Por otra parte, debe tenerse en cuenta asimismo la concomitancia de catéteres, alargaderas y bombas de infusión entre los posibles factores de riesgo.
- Los factores de riesgo propios de la medicación como pH y osmolaridad, suponen otro grupo que suma en la aparición de una flebitis. A pesar de ello, aspectos como la tolerancia a cada fármaco independientemente del pH y el tipo de infusión, son factores de riesgo.
- **Otro grupo son los factores de riesgo dependientes de la actuación enfermera:** higiene de manos, correcta fijación y habilidad técnica entre otros, suponen el grupo de factores sobre el que más posibilidades de acción existen. Cuanto mayor sea la implicación y el nivel de conocimientos de la enfermera sobre los aspectos mencionados anteriormente, menor será el riesgo de desarrollar una flebitis.

El riesgo y la precocidad de la flebitis aumentan a medida que coinciden diversos factores. Por tanto, las medidas de prevención deberán ir encaminadas a aquellos que son modificables o al menos tener en cuenta que el riesgo de desarrollar flebitis es variable según diversas circunstancias. Por ello se hace

necesario el desarrollo e implantación de guías de práctica clínica que favorezcan la cultura del cuidado vascular en todos los aspectos relacionados con la inserción, mantenimiento y cuidado del catéter.

Dicho lo anterior, podemos concluir que afirmar (sin haber reportado y sin que mi representada tenga reportes aumentados de dicha incidencia a nivel mundial), es del todo subjetivo y poco concluyente, más aun teniendo en cuenta, como se desprende del propio Informe Técnico de aptitud, que en la Ficha Técnica del producto ofertado por mi representada, que extraemos a continuación y que adjuntamos al presente escrito como **Documento N° 3**, el material del que está fabricado el catéter, el poliuretano, reduce la flebitis hasta en un 60%:

Catéter de Poliuretano: Material de Poliuretano registrado de consistencia firme en el exterior, dada su termo sensibilidad, se ablanda a temperatura corporal dentro de la vena. Se reducen las flebitis hasta un 60%. Menor acodamiento.

A mayor abundamiento, **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.** no tiene conocimiento de que se haya reportado comunicación alguna de dichas incidencias en la Agencia Española del Medicamento (ni en ninguna otra agencia equivalente en otro país del mundo).

Es por este motivo que, a pesar de ser conscientes de la discrecionalidad técnica con la que cuenta la administración, no puede ésta excluir a la comercial que represento dado que resulta obvio que su oferta da cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos técnicos, estando su exclusión, como hemos desarrollado a lo largo de este Fundamento de Derecho Primero motivada únicamente por la supuesta vinculación de un incremento de flebitis a los catéteres ofertados por **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.** cuando, como hemos puesto de manifiesto y volvemos a reiterar, las causas que pueden dar lugar a una flebitis son varias y diversas. Dicha exclusión supone por tanto vulnerar los principios rectores de todos los procedimientos de contratación pública (transparencia, igualdad de trato entre los licitadores y no discriminación) y, consecuentemente, una extralimitación de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Es del interés de esta representación traer a colación la **Resolución 43/2017** del mismo Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos en al que se dispone lo siguiente en una situación muy similar a la que nos ahora nos ocupa:

“La regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, 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 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación y que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de

dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

La exclusión del recurrente no se fundamenta en el incumplimiento de las condiciones requeridas sino en una recomendación realizada por el Grupo Técnico de Evaluación recogida en su informe de 13 de diciembre de 2016, según criterios de oportunidad en materia de prevención de la salud que constan en el expediente fundamentados en una información elaborada por la Agencia Nacional de Seguridad del Medicamento y de Productos y un informe de SECPRE.

(...)

El Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse ante un supuesto similar en la Resolución 266/2016: “El Tribunal ha de resolver el recurso en términos jurídicos (en este caso de adecuación de lo ofertado a lo requerido en el PPT como condición técnica) y no en términos éticos, ni tampoco puede discutir, juzgar o hacer consideraciones sobre cuestiones de la especialidad médica. Es decir, el pronunciamiento favorable a la inclusión en este procedimiento concreto de contratación del expansor anatómico con texturado BIOCELL no significa un enjuiciamiento técnico sobre el mismo, ni sobre la adecuación de su implante ni sobre la conveniencia de rechazarlo, el cual corresponde al ámbito de la medicina, siendo por tanto una cuestión que excede las competencias del Tribunal.

En consecuencia, resultando las exigencias impuestas ahora por el órgano de contratación novedosas y que van más allá de las prescripciones de los pliegos el recurso debe estimarse por este motivo. *Todo ello sin perjuicio, de que si el órgano de contratación lo considera conveniente y concurren las causas legalmente previstas, de interés público, pueda desistir del procedimiento, renunciar al contrato o finalizar el expediente de cualquier otra manera.*

Como decíamos, el supuesto es casi idéntico al que estamos resolviendo sin que exista diferencia que permita separarnos del antecedente”

Como podemos observar, la Resolución citada determina la imposibilidad de excluir a un licitador por cuestiones que van más allá de las prescripciones de

los pliegos. Recordemos que las características técnicas de los productos para el **Lote Nº 1**, sin perjuicio de las “Descripciones técnicas generales de los productos” contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de referencia son las siguientes:

- **Características técnicas de los productos:**

- Catéter venoso periférico estéril de un solo uso, con dispositivo de seguridad integrado regulado según la orden 827/2005 de 11 de mayo de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid.
- Consta de una cánula intravascular radiopaca, biocompatible y termosensible.
- El biomaterial de fabricación de la cánula debe ser de alta calidad, de alta permanencia por lo que debe reducir las flebitis y ser muy resistente a los acodamientos.
- Con cono de conexión luer-lock con código de color regulado por la UNE 53-373 e ISO 6009 que facilite la identificación del calibre que debe contar con una pestaña antigiro.
- El cono debe asegurar una total estanqueidad de acoplamiento sin existir pérdidas de líquido por las juntas.
- Con aguja introductora de acero inoxidable grado médico de acuerdo a la norma ISO 9626, recta, cilíndrica, siliconada y bisel trifacetado.
- La aguja no debe contar con un punto de inyección para la toma de muestras de sangre ni tampoco debe existir un puerto de inyección en la parte superior del catéter.
- Diseño ergonómico donde el dispositivo de seguridad debe poder activarse con una sola mano y una vez activado, el dispositivo de seguridad debe ser irreversible.
- Una vez activado el dispositivo de seguridad, la zona cortopunzante de la aguja debe quedar perfectamente cubierta.
- El dispositivo de seguridad no debe interferir en el uso habitual del catéter y debe permitir visualizar el retorno sanguíneo antes de la retirada de la aguja introductora.
- El catéter debe ser fácil de usar para el personal sanitario y el diseño debe sugerir el uso correcto.
- El catéter debe ser compatible con el sistema de fijación de vías venosas periféricas según protocolo existente en el Hospital.
- Con tapa protectora que se acople perfectamente a la parte superior del pabellón del catéter y que asegure la total esterilidad del dispositivo hasta su uso.
- El envase individual debe contar con código de color ISO para facilitar la identificación del calibre y debe ser fácilmente pelable.
- Se valorará la disponibilidad de las diferentes longitudes de catéter que cubran todas las necesidades del Hospital.

Pues bien, como podremos observar en la argumentación contenida en el Informe Técnico de Aptitud que recogíamos al inicio del presente Fundamento de Derecho, la exclusión de mi representada no se soporta, en un incumplimiento de las Prescripciones Técnicas establecidas en los pliegos del procedimiento, sino que se sustenta en una cuestión ajena a estas, esto es, en el supuesto aumento de la incidencia de flebitis achacado al producto de mi representada,

pudiendo deberse este incremento de los reportes de flebitis mencionado en el Informe Técnico de Aptitud a multitud de factores ajenos a los catéteres ofertados por **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, como hemos tenido la oportunidad de desarrollar en el presente escrito de recurso.

Por todo lo anterior, no queda sino solicitar la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno con el objeto de que se readmita a la casa comercial que represento y se valore la solución ofertada por la misma conforme a la realidad de esta y las exigencias de los pliegos rectores del procedimiento, suponiendo de facto la anulación de la Resolución de Adjudicación publicada en la Plataforma de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha de 19 de agosto de 2019.

SEGUNDO. – OBJETIVIDAD DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS. NO AFECCIÓN A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Con relación a lo expuesto en el Fundamento de Derecho precedente, interesa subrayar que la apreciación del cumplimiento de las especificaciones técnicas recogidas en los pliegos por la oferta presentada por esta casa comercial al expediente de contratación, se solicita a los solos efectos de poner de manifiesto la incorrecta aplicación de los pliegos rectores del procedimiento, sobre la base de los argumentos expuestos, los cuales resultan claramente objetivos.

Lo que se persigue es la constatación objetiva de que no ha sido de aplicación lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas respecto de la apreciación del cumplimiento de las exigencias recogidas en el mismo, en clara quiebra de los principios rectores de la contratación pública.

Todo ello es refrendado por el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)**, en su **Resolución nº 437/2014**, mediante la cual el TACRC entra a analizar las especificaciones técnicas requeridas en los pliegos al objeto de dilucidar si la oferta que había resultado adjudicataria respetaba tales condiciones mínimas.

Ello lo hace sin perjuicio del respeto a la discrecionalidad técnica de la Administración, toda vez que esta doctrina se refiere al objeto de las valoraciones técnicas y no a la revisión del cumplimiento de lo establecido en los pliegos por parte del órgano de contratación.

En este sentido, justifica el Tribunal su pronunciamiento al respecto de la siguiente manera:

“En la medida en que las alegaciones del recurrente no versan sobre la corrección técnica de la propia valoración sino que se refieren al incumplimiento en las especificaciones técnicas por la empresa adjudicataria por lo que entiende debió excluirse la misma, entrará el Tribunal a examinar la cuestión suscitada.”

Es decir, debido a lo expuesto, no se pretende obtener una nueva valoración de las ofertas técnicas por parte del Tribunal, sino la comprobación por éste del evidente y acreditado error incurrido al considerar que nuestra oferta no se ajustaba a los requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas cuando objetivamente no es cierto.

La doctrina de los tribunales especializados manifiesta una posición unánime, como hemos podido observar, en cuanto a la procedencia de revisar el cumplimiento por parte de las ofertas presentadas respecto de los requisitos técnicos mínimos establecidos en los pliegos ha resultado patente, lo que viene a reforzar la viabilidad de las pretensiones objeto del presente recurso, esto es, la mera aplicación de las normas recogidas en los pliegos, a fin de garantizar la adjudicación del expediente a las empresas que se encuentran en condiciones de acreditar el cumplimiento de los requerimientos exigibles, de forma que se garantice, así, la salvaguarda de los principios más elementales que deben presidir todo procedimiento de adjudicación de un contrato público.

Como puede apreciarse, son numerosas las resoluciones que vienen a admitir que los Tribunales se encuentran facultados para examinar la adecuación o no de las ofertas a las prescripciones técnicas de obligado cumplimiento.

De este modo, los argumentos recogidos en el presente escrito, así como los fundamentos jurídicos y la documentación que lo acompañan, deberán determinar la anulación del acto impugnado por medio del presente recurso.

TERCERO. – LOS PLIEGOS SON LEY ENTRE LAS PARTES.

Al hilo de las anteriores dicciones, ha de ser referenciado el hecho de que lo previsto en los Pliegos marca los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de los licitadores para poder optar a convertirse en adjudicatarios del contrato.

En el presente caso, no se han respetado las dicciones obrantes en el Pliego de Contratación a la hora de valorar la adecuación de las soluciones ofertadas a las prescripciones técnicas de obligadas cumplimiento predefinidas en los Pliegos rectores de la convocatoria.

Es preciso recordar, asimismo, que los pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos por ninguno de los ofertantes, que, por tanto, los han aceptado en todo su contenido. Por este motivo, **el órgano de contratación debe aplicar el contenido previsto en los mismos**, garantizando en todo caso el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y transparencia por los que se rige la convocatoria. En este sentido, entendemos que la exclusión de una licitadora que cumple escrupulosamente con las prescripciones técnicas contenidas en los Pliegos del procedimiento por cuestiones completamente ajenas a lo allí contenido vulnera de manera flagrante los principios enunciados anteriormente.

Por tanto y tomando en consideración lo antedicho solicita esta representación la readmisión al procedimiento de contratación de su proposición tras la anulación de la Resolución de Adjudicación que determina la exclusión de la oferta de mi representada al expediente de referencia.

CUARTO. – DE LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE BÚSQUEDA DE LA MÁXIMA CONCURRENCIA Y DE LA LIBRE COMPETENCIA. DE LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE NO DISCRIMINACIÓN, IGUALDAD DE TRATO Y TRANSPARENCIA.

La empresa a la que represento ha visto vulnerados los principios más elementales de contratación pública y especialmente los de **igualdad de trato y no discriminación, y transparencia**, que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración, al haberse producido la

vulneración de los distintos preceptos citados, recogidos en las disposiciones legales, y en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas (desestimación de la oferta de mi representada que determina su exclusión del procedimiento pese a haber cumplido con los requerimientos técnicos que se recogen en el Pliego de Prescripciones Técnicas).

Esto, lamentablemente, nos conduce a una situación de quiebra por parte del órgano de contratación del principio de búsqueda de la máxima concurrencia y de la libre competencia de los operadores económicos en los procedimientos de contratación pública, que entronca, a su vez, con el principio de libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad, no discriminación y transparencia, que son en definitiva los pilares fundamentales que rigen la contratación pública tal y como estipula el **artículo 1** 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 que,

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (...).”

En este mismo sentido, dispone el **artículo 132** de la **Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, que,

“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”.

No se da, en definitiva, un trato igualitario al excluir una oferta que, como ha quedado probado, cumple las prescripciones técnicas mínimas recogidas en el pliego.

En este sentido, veamos la jurisprudencia existente sobre la materia referida:

1.- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1996:

“La contratación mediante concurso público está regida, y lo recogen la Ley y el Reglamento de Contratos del Estado, por los principios, entre otros, de buena administración, publicidad y libre concurrencia y hay que añadir el de satisfacción del interés general y del fin público en cuya razón se contrata, garantizando la igualdad de oportunidades”.

2.- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997:

“(…) El reconocimiento del derecho del recurrente a participar en igualdad de oportunidades en los concursos que celebre (…)”.

Por su parte, el **Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón**, en **Acuerdo 03/2011, del 7 de abril de 2011**, sostiene que:

“(…) la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 134 LCSP, es una infracción grave que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 LCSP, el de garantizar los principios de «publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos (…)»”.

Por su parte, el **Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón**, mediante **Acuerdo 1/2011**, de 28 de marzo de 2011, resalta la importancia del principio de igualdad, como fundamento de todo el ordenamiento jurídico – español y comunitario – vigente en materia de contratación pública:

“(…) El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad.

Principio de igualdad de trato que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como ponen de relieve las Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002 Universale-Bau y otro, y de 19 de junio de 2003, GAT. (...)”.

Igualmente, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 123/2013, de 11 de septiembre de 2013, indica:

“Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

Sí, podemos traer a colación lo señalado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki. T-345/03, cuando señala “Pues bien, en materia de adjudicación de contratos públicos, el principio de igualdad de trato entre los licitadores adquiere una importancia absolutamente particular. En efecto, es preciso recordar que se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 73) (...).

Resulta de la jurisprudencia que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91).

El principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las

empresas que participen en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 141 anterior, apartado 93)”.

Todo ello supone la vulneración de los derechos reconocidos en la legislación aplicable que, según ya se ha concretado, contemplan los principios rectores de la contratación pública.

QUINTO. – CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS DE NULIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE LOS PROVEEDORES DE LA ADMINISTRACIÓN.

Como se viene expresando en los Fundamentos anteriores, las circunstancias que hemos puesto de manifiesto deben ser suficientes para determinar la nulidad del acto objeto de la presente reclamación.

Dispone el **artículo 39** 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**:

“1. Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

Este precepto, se concreta según el **artículo 47** de la **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**:

“1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.**
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

En virtud de cuanto se ha expuesto, al Tribunal,

SOLICITO

- I. 1.- Que tenga por presentado este escrito que constituye Recurso Especial en Materia de Contratación Administrativa, contra la Resolución de Adjudicación del **Expediente N° 022/19, convocado para el suministro de catéteres intravenosos periféricos con dispositivo de seguridad y válvula de bioseguridad para el Hospital Universitario Fundación de Alcorcón**, por la que se excluye del expediente de referencia a la casa comercial **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**

- II. 2.- Que se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas y, conforme a lo acreditado en el presente recurso, se proceda a readmitir a **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, al procedimiento de contratación.

PRIMER OTROSÍ DIGO: SOLICITUD DE PARALIZACIÓN INMEDIATA DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

Se adopte la medida cautelar consistente en la suspensión del acto administrativo que origina el presente recurso con base en las siguientes,

ALEGACIONES

ÚNICA. - Concurrencia de los requisitos legales necesarios para otorgar la suspensión.

El órgano a quien corresponda la resolución del recurso debe, previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que al recurrente o recurrentes se le causa como consecuencia de la ejecutividad inmediata del acto, acordar la suspensión del acto si la ejecución pudiera ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación o que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno Derecho previstas en el **artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**.

A lo largo del presente escrito han quedado acreditadas diversas infracciones legales que no sólo aconsejan, sino que imponen la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Pasaremos ahora a examinar en el presente caso los daños a la empresa a la que represento y que se derivan de la ejecución inmediata de la actuación administrativa impugnada, y la inexistencia de perjuicios para el interés público

por razón de la suspensión, que llevan a una clara conclusión: La necesidad de que se proceda a la suspensión de la actuación administrativa impugnada.

1.1.- Inexistencia de perjuicios para el interés general derivados de la suspensión del procedimiento de adjudicación. El propio interés general demanda la suspensión.

El propio interés general demanda la suspensión del procedimiento, pues es contraria al interés público la prosecución de un procedimiento que, aquejado de vicios que comprometen indefectiblemente su validez, generará actuaciones y gastos para los potenciales licitadores, con las eventuales reclamaciones a que ello pueda dar lugar con posterioridad.

En el presente supuesto es evidente que la resolución impugnada incurre en manifiestas infracciones de preceptos legales, con las trascendentales consecuencias que además han atribuido a estas infracciones los Tribunales. El carácter manifiesto de estas infracciones no solo ampara, sino que, desde la mera prudencia, recomienda la suspensión del procedimiento de licitación.

E igualmente el interés público demanda la suspensión en cuanto es a la Administración a quien primero interesa que el contrato se configure sobre unas bases que garanticen el mantenimiento del contrato y, con ello, del suministro.

A este respecto no está de más recordar que la jurisprudencia (Sentencias de Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1994, Ar. 9456 y de 13 de enero de 1997, Ar. 127) determina que ha de tenerse en cuenta no “el interés público” como algo abstracto, sino el interés concreto en juego. Lo que implica que este concepto jurídico indeterminado ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa. Y en el presente caso, el indudable interés público de una actividad que afecta directamente a la sanidad pública se protege suspendiendo el procedimiento de adjudicación, habida cuenta el carácter manifiesto de las infracciones legales invocadas por esta parte y habida cuenta los riesgos que entraña la continuación del procedimiento tal como se acaba de exponer.

En cambio, la suspensión del procedimiento de adjudicación no genera perjuicio para el interés general, pues las necesidades de los pacientes han estado hasta hoy perfectamente cubiertas con los contratos vigentes, y podrá seguir estándolo

–pues la ley habilita para ello- hasta tanto se adjudique un nuevo expediente de contratación conforme con las exigencias legales.

Por todo ello, se impone la suspensión del expediente de contratación impugnado como una medida cautelar de necesaria adopción en aras a proteger tanto los intereses privados como el propio interés público en conflicto.

1.2.- Los perjuicios derivados para la empresa a la que represento. Apariencia de buen derecho.

Resulta evidente que la adjudicación realizada por el órgano de contratación causa un grave perjuicio a **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, puesto que su oferta ha sido erróneamente valorada respecto del cumplimiento de las exigencias técnicas obrantes en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Por ello, resulta evidente que, atendida la inexistencia de perjuicios para el interés general, así como los daños y perjuicios que la actuación administrativa impugnada causa a **SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.**, y teniendo en cuenta además el carácter manifiesto de las infracciones legales invocadas, se impone la suspensión del procedimiento hasta que se resuelva sobre la adecuación a la legalidad de la convocatoria.

En su virtud, esta parte,

SOLICITA

A este Tribunal que acuerde la suspensión cautelar del procedimiento de licitación del expediente de referencia, hasta la resolución del Recurso Especial interpuesto mediante el presente escrito.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO:

Que por medio del presente propongo y desde ahora acepto que cualquier notificación se me pueda verificar por medios electrónicos o telemáticos, y señalo para ello los siguientes datos:

FAX: 934196971

Email: concursos@smiths-medical.com

Teléfonos para confirmación: 933638400

Y que, en todo caso, el domicilio postal a efectos de notificaciones es el que figura en los datos incluidos en el encabezamiento del presente.

Por todo ello, esta parte,

SOLICITA

A ese Tribunal que tenga por realizada la anterior manifestación a efectos de medios de notificación.

Y para que conste a los efectos oportunos, se firma la presente en Barcelona, a 06 de septiembre de 2019.

Fdo.: Luis Alfonso Esteban Hernández

Apoderado:

SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L.

DOCUMENTACIÓN ANEXA

- **Documento Nº 1:** Copia de escritura de apoderamiento del representante legal.

- **Documento N° 2:** Copia de la Resolución de Adjudicación que constituye el acto impugnado.
- **Documento N° 3:** Ficha técnica del catéter periférico *Protectiv Plus®*.