

Recurso nº 288/2022
Resolución nº 305/2022

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 11 de agosto de 2022, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Becton Dickinson, S.A. (en adelante BECTON), contra la Resolución de 24 de junio de 2022 de la Gerente Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudican los 2 lotes del contrato “Suministro de agujas para bolígrafo con destino a los Centros de Salud y consultorios locales de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-034507, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 3 de noviembre de 2021 en el Portal de la Contratación Pública y en el DOUE y el posterior 15 de noviembre en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.107.260,52 euros y su plazo de duración será de doce meses.

A la presente licitación se presentaron nueve empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tras la tramitación del expediente de licitación, el 4 de abril de 2022 se adjudican los dos lotes del contrato mediante Resolución de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria a la empresa Becton Dickinson, S.A.U.

El 3 de mayo de 2022 MENARINI DIAGNOSTICOS, S.A. (en adelante MENARINI) interpone recurso solicitando la adjudicación de los dos lotes con retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas con el fin de que se realice una nueva valoración del criterio precio de las ofertas admitidas respecto de ambos lotes, una vez que ha sido excluida la empresa IZASA por no justificar la viabilidad de su oferta.

El 26 de mayo de 2022, este Tribunal mediante la Resolución 200/2022 estima el recurso interpuesto.

En cumplimiento de esta Resolución se emite nueva valoración y se adjudica el 24 de junio de 2022 los dos lotes del contrato a MENARINI.

El 14 de julio de 2022, BECTON interpone recurso contra la adjudicación solicitando su anulación y la suspensión del procedimiento de licitación.

El 21 de julio de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se 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 (LCSP).

Tercero.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con

lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de los dos lotes, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que han sido presentadas en plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación fue publicado el 24 de junio de 2022, e interpuesto el recurso el 14 de

- *Ensayo de penetración.*
- *Verificación del funcionamiento de la aguja.*
- *Composición metalúrgica de la aguja.*

Este informe se presentará en el sobre 1 debidamente anonimizado, de forma que no se revele de manera anticipada la información relativa a la evaluación de los criterios objetivos por aplicación de fórmula”.

Alega el recurrente que el PCAP exige como solvencia técnica un informe elaborado por un laboratorio externo que acredite la compatibilidad de las agujas con todos los dispositivos de autoadministración de insulina por lo que su incumplimiento determina la exclusión automática de aquel licitador que la incumpla.

Que ante las dudas que le generaba dicha cláusula 6 solicitó al órgano de contratación una aclaración de la misma, manifestando el 30 de noviembre de 2021 respecto a la compatibilidad de las agujas, lo siguiente:

“Ante las dudas suscitadas por la empresa en lo referente al informe solicitado se debe aclarar que al referirnos a un laboratorio externo se debe entender como un laboratorio independiente de la empresa, que certifique los aspectos técnicos que se detallan.

Compatibilidad: Dado que este parámetro se puede acreditar con una norma ISO 11608-2 el mismo se aceptaría como un certificado oficial (AENOR) que permita acreditar el parámetro requerido.

Por lo tanto, este aspecto técnico quedaría acreditado presentando el licitador bien la norma referida o bien el Informe del Laboratorio externo que recoja dicho aspecto. (...).”.

Considera el recurrente que MENARINI no ha acreditado la compatibilidad de sus agujas (Lote 1 y 2) con todos los dispositivos de administración de insulina, por lo que ha incumplido la cláusula 6 del PCAP relativa a la acreditación de la solvencia técnica por lo que debió ser excluida de la licitación en ambos lotes.

Fundamenta sus alegaciones en que el informe aportado por la adjudicataria para acreditar la compatibilidad de las agujas es de mayo de 2015 por lo que es manifiesto que no se ha podido acreditar la compatibilidad con todos los dispositivos de autoadministración de insulina(en adelante también plumas) autorizados con posterioridad a dicha fecha. Al ser este informe de hace 7 años no se ha podido testar todas las plumas que se hayan autorizado y comercializado desde esa fecha hasta la actualidad.

Así las cosas, debido a la evolución científica y técnica, desde mayo de 2015 han sido aprobados por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) diversos modelos de pluma para la administración de insulina para mercado español.

A título de ejemplo cita nuevos modelos de dispositivos de autoadministración y alega que al menos 7 han sido autorizados con posterioridad:

-Novo Nordisk

Fiasp 100 unidades/ml flextouch solución inyectable en pluma precargada autorizada en fecha 05/04/2017) CIMA: FIASP 100 UNIDADES/ML FLEXTouch SOLUCION INYECTABLE EN PLUMA PRECARGADA (aemps.es).

Tresiba 200 unidades/ml solución inyectable en pluma precargada (autorizada en fecha 16/07/2019) CIMA: TRESIBA 200 UNIDADES/ML SOLUCION INYECTABLE EN PLUMA PRECARGADA (aemps.es).

-Mylan

Semglee 100 Unidades/ml Solución inyectable en pluma precargada (autorizada en fecha 25/02/2019) CIMA: SEMGLEE 100 UNIDADES/ML SOLUCION

INYECTABLE EN PLUMA PRECARGADA (aemps.es).

-Sanofi

Toujeo 300 Unidades/ml solostar solución inyectable en pluma precargada (Autorizada en fecha 11/05/2015) CIMA: TOUJEO 300 UNIDADES/ML SOLOSTAR SOLUCION INYECTABLE EN PLUMA PRECARGADA (aemps.es).

Toujeo 300 Unidades/ml doublestar solución inyectable en pluma precargada Autorizada en fecha 28/02/2020) CIMA: TOUJEO 300 UNIDADES/ML DOUBLESTAR SOLUCION INYECTABLE EN PLUMA PRECARGADA (aemps.es).

-Eli Lilly

Abasaglar 100 unidades/ml Kwikpen Solución inyectable en pluma precargada (autorizada en fecha 23/06/2016) CIMA: ABASAGLAR 100 UNIDADES/ML KWIKPEN SOLUCION INYECTABLE EN PLUMA PRECARGADA (aemps.es).

Humalog Junior Kwikpen 100 unidades/ml solución inyectable en pluma precargada (autorizada en fecha 31/10/ 2017) CIMA: HUMALOG JUNIOR KWIKPEN 100 UNIDADES/ML SOLUCION INYECTABLE EN PLUMA PRECARGADA (aemps.es).

En definitiva, existen varios modelos de dispositivos de autoadministración de insulina que han salido con posterioridad a la fecha del informe del adjudicatario y que no han podido tenerse en cuenta para acreditar.

Añade que el informe es parcial e incompleto puesto que en el mismo no han sido tenidos en cuenta muchos de los dispositivos de autoadministración de insulina (plumas) más representativos del mercado español y que en el informe consta que las agujas del tipo 810 (Glucojet®), de tamaño 32G/4mm, 31G/8mm y 29G/12mm

únicamente son compatibles con 12 modelos de plumas obviando la existencia de numerosos dispositivos ampliamente utilizados en el mercado español, lo que nuevamente implica un incumplimiento de lo establecido en el PCAP que exige acreditar la compatibilidad con todos los dispositivos de autoadministración de insulina.

Indica cuales son las plumas más representativas que no están presentes en el informe:

-Eli Lilly:

HumaPen Luxura; HumaPen Luxura HD; Humalog Pen; Humalog KwikPen (MirioPen); HumaPen Memoir; Humulin N Pen; Umuline NPH Pen; HumaPen Ergo II; Forteo/Forsteo (Colter); Humalog Mix 75/25 Pen; Humalog Mix 75/25 KwikPen; HumatroPen MG & HumatroPen 3; HumatroPen; HumaPen Savvio; Lilly Bil KwikPen; BIV KwikPen (Albasagar); Basaglar Kwikpen; Humalog Mix 50/50 KwikPen; Humulin 70/30 KwikPen; Lilly U500 Pen; Humalog Mix 25 KwikPen; Umuline NPH KwikPen; Humalog U200 KwikPen/Humalog Junior KwikPen; Humalog KwikPen 30U.

-Sanofi-Aventis:

SoloSTAR with Apidra; SoloSTAR with Lantus; ClickSTAR Lantus; OptiPen Pro 2 Lantus; OptiClik; TactiPen Lantus; Lyxumia; AllStar Insuman & Lantus; Toujeo Solostar U300; Junior Star; Lixilan 60U; Lixilan 40U; U300 Max/Toujeo DoubleStar/Toujeo Max SoloStar; Sanofi AllStar Pro; Lispro SoloStar (Admelog), Insuman Basal, LixiLan 1:1, Soliqua 100/33.

-Novo Nordisk:

Novolin R Innolet; Novolin N Innolet; NovoPen Junior; NovoPen 300 Demi; NovoPen 300; NovoPen 3 (NovolinPen 3); NovoPen 3 PenMate; NovoLog FlexPen;

Levemir FlexPen; Novolin R FlexPen; Novolin N FlexPen; NovoRapid FlexPen; Novolin R FlexPen (NG: twistlok); NovoMix 30 FlexPen; Mixtard 30 NovoLet; Novo Victoza; NovoPen Echo; NovoLog Mix 70/30 FlexPen; Novo FlexTouch; NovoRapid FlexTouch; Levemir FlexTouch; NovoPen 4 (also NovolinPen 4); NovoPen 5; Xultophy; NovoMix.

50 FlexPen; Insulatard FlexPen; Tresiba FlexTouch (U200); Tresiba FlexTouch (U100); FIASP FlexTouch, Saxenda, Novomix 70 FlexPen, Novo Ozempic (1mg); Novo Ozempic (0.5mg).

-B. Braun: Omnicar Pen 31; Omnicar Pen 32.

-Bioton: Gensupen2.

-Owen Mumford: Autopen 24 (also Biosulin) 21U & 42U; AutoPen Classic 21 & 42; WanBang Pen; Gliject Pen; AutoPen 2 (Bailin Pen II).

-Amylin: SymlinPen 60; SymlinPen 120.

-AztraZeneca: Byetta 10mcg (Next Generation); Byetta 10mcg; Byetta 5 mcg.

-Ypsomed: YpsoPen (also Biomatik); ServoPen (a Gansulin Pen & OmniFill Pen).

-Tong Hua Dong Bao Group: Dongbao Pen; Insupen Pro.

-BD: BD Pen III, BD Vystra, BD Vystra Pen (NovoFine 32G Tip).

-Omnitrope: Omnitrope 10 Pen.

-Berlin-Chemie: BerliPen Areo, BerliPen Areo 3.

-Wockhardt: Wosulin Pen Royale.

-Genentech: Nutropin NuSpin 5mg, 10mg, 20mg.

-Pfizer: Genotropin Pen.

-United Labs: UNIPEN.

-Merck Sharps & Dohme: Puregon Pen; LUSDUNA Nexvue.

-Biocon:

Biocon Pen; INSUPen Pro.

-Pendiq: Pendiq 2.0.

-Mylan: Semglee.

-EMD Serono: Aluetta 6mg, 8.8mg, 12mg, 20mg.

-Stealth: Elampretide (0.5mL) Pen.

Además no presenta en su informe compatibilidad con las plumas de los últimos tratamientos para pacientes con diabetes, en especial el GLP-1 como puede ser Ozempic o Saxenda.

También manifiesta que las agujas Glucojet no han sido testadas según el protocolo ISO 11608-2021. El informe manifiesta expresamente que existe “*una posibilidad compatibilidad*” con todos los dispositivos por lo que es evidente que el informe no acredita.

En concreto se ha empleado el protocolo MET/ELC/HTL/P14-0260 y posteriormente se han extrapolado los resultados y asumido que “posiblemente” serían también compatibles con la ISO 11608 solicitada:

a. *“... se han analizado según el protocolo MET/ELC/HTL/P14-0260 para evaluar su compatibilidad con los bolígrafos de insulina disponibles en el mercado de conformidad con los requisitos de la norma ISO 11608- 2...”*.

b. *“...estos resultados indican la posible compatibilidad con todos los bolígrafos que cumplen la norma ISO 11608...”*.

En relación con el lote 2 alega que no se ha testado la compatibilidad de las agujas de 5mm con todos los dispositivos de autoadministración de insulina (plumas).

A su juicio, todo ello pone en evidencia la comisión de un error del órgano de contratación al valorar la solvenica de la adjudicataria.

Por su parte el órgano de contratación alega que vistas las alegaciones del recurso formuladas por Becton Dickinson pueden ser cuestionables, por un lado, la validez del informe del laboratorio, aportado por Menarini, el cual fue tenido en cuenta por la Comisión de Adquisiciones cuando emitió el informe técnico, y por otro lado, la compatibilidad requerida al señalar la recurrente que el informe de Menarini manifiesta expresamente que existe “una posible compatibilidad” con todos los dispositivos.

No obstante, considera que es necesario que se revise de nuevo el informe técnico emitido convocando para sus efectos a la Comisión de Adquisiciones de este órgano de contratación, por lo que es intención de esta Gerencia acceder a la primera pretensión de la recurrente consistente en *“dejar sin efecto la resolución de fecha 24 de junio de 2022”*.

Por ello, solicita a ese Tribunal se estime parcialmente el recurso interpuesto por la licitadora BECTON DICKINSON, S.A. acordando se anule la resolución de adjudicación y se acuerde la retroacción de actuaciones con el fin de revisar el informe técnico emitido en su momento y en virtud del cual resultó adjudicataria la licitadora MENARINI DIAGNOSTICO, S.A.

Por su parte el adjudicatario manifiesta que el informe del laboratorio externo de mayo de 2015 se ajusta a los requisitos exigidos en los pliegos y que no se exige que el mismo sea de una fecha reciente.

Por lo tanto, un informe, como el aportado, que recoja que las agujas de bolígrafo ofertadas han sido analizadas de conformidad con los requisitos de la norma ISO 11608-2 se ajusta a lo exigido en los pliegos y acredita el parámetro relativo a la compatibilidad con todos los dispositivos de autoadministración de insulina.

No obstante, con carácter subsidiario, solicita en el supuesto de ser advertido defecto u omisión en la acreditación de la solvencia técnica conforme a lo exigido en los pliegos, le sea conferido trámite de subsanación, en aplicación del principio antiformalista y de búsqueda de la máxima concurrencia que deben regir los procedimientos de selección de los contratistas.

En el presente caso el órgano de contratación se allana parcialmente a las pretensiones del recurrente solicitando la anulación de la adjudicación del contrato y se acuerde la retroacción de actuaciones con el fin de revisar el informe técnico en virtud del cual resultó adjudicataria MENARINI.

Como manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015 de 11 de marzo de 2015 *“El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP (actual 57.2 LCSP) establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimarás las pretensiones*

formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativo, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (art. 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante, a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión ...”

A la vista de las manifestaciones de las partes debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir por falta de conocimientos técnicos en la materia.

En este sentido, procede destacar que, 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, 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.

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”*.

En el presente supuesto el allanamiento parcial del órgano de contratación a la pretensión del recurrente no solo no constituye infracción alguna del ordenamiento jurídico, sino que promueve su cumplimiento pues con ello se pretende revisar el informe técnico emitido que dio lugar a la adjudicación del contrato.

Por lo expuesto, este Tribunal considera procedente estimar parcialmente el recurso presentado, anulando la adjudicación del contrato con retroacción de actuaciones de acuerdo con lo expuesto anteriormente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Becton Dickinson, S.A, contra la Resolución de 24 de junio de 2022 de la Gerente Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudican los 2 lotes del contrato “Suministro de agujas para bolígrafo con destino a los Centros de Salud y consultorios locales de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-034507, anulando la adjudicación del contrato con retroacción de las actuaciones de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho quinto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos

meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2022.08.16 08:58