

Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía las firmas auténticas y se han ocultado los datos personales protegidos y los códigos que permitían acceder al original

Recurso nº 393/2023
Resolución nº 409/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 23 de noviembre de 2023, 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 de la empresa Fidia Farmacéutica, S.L., contra la resolución de 15 de octubre de 2023, del Director Gerente del Hospital Universitario El Escorial por la que se decide la exclusión de la recurrente y se adjudica el contrato de “Suministro de un sistema de concentración de plasma rico en plaquetas (PRP), con destino al Hospital Universitario El Escorial (Expediente A/SUM-026100/2023)” este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 5 de julio de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 189.000 euros y su duración es de 12 meses.

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

Celebradas las correspondientes sesiones de la mesa de contratación de apertura de la documentación de cada una de las ofertas, se dio traslado de la documentación técnica al Servicio de Traumatología para la elaboración del correspondiente informe técnico de cumplimiento de las prescripciones técnicas, el cual fue evacuado con fecha 23 de septiembre de 2023.

En dicho informe, el Jefe de Sección de Traumatología del Hospital, una vez examinada las ofertas técnicas presentadas por las empresas, declaraba el incumplimiento de los requisitos técnicos del pliego por parte de cuatro de las ofertas presentadas, entre ellas la de la recurrente.

A la vista de dicho informe técnico, y asumiendo el mismo, la mesa de contratación, en sesión de fecha 27 de septiembre de 2023, elevó la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, que, tras la remisión de la documentación correspondiente por parte del licitador propuesto, dio lugar a la adjudicación del expediente en favor de la empresa Arthrex España, S.L.

Con fecha 6 de noviembre de 2023, Fidia Farmacéutica, S.L. (en adelante FIDIA) presentó recurso especial en materia de contratación contra la resolución por la que se adjudica el contrato de referencia, que incluía su exclusión del procedimiento de licitación porque no cumple los criterios técnicos del Pliego Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) al no incluir su oferta un sistema cerrado ni sencillo como se pide, requiriendo excesivas manipulaciones y trasvases del producto hasta la obtención final del plasma rico en plaquetas (en adelante PRP).

Tercero.- En fecha 13 de noviembre de 2023, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone

al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida 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 hayan presentado en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de adjudicación se notificó el 16 de octubre de 2023, presentándose el recurso el día 6 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios 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 de la recurrente al haber ofertado un equipo que cumple con todas y cada una de las especificidades requeridas para cubrir la necesidad de la Administración que ha motivado la convocatoria del expediente de licitación.

Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta de interés la cláusula del PPT concernida por el recurso: *“1.- OBJETO DEL CONTRATO El contrato tiene por objeto el suministro de diversas unidades de un Kit completo, estéril, desechable, de un solo uso, para la extracción de sangre y obtención por centrifugación de concentrados autólogos, para el tratamiento con Plasma Rico en Plaquetas (PRP) de desórdenes musculoesqueléticos y tratamientos de lesiones articulares, para atender las necesidades asistenciales del Hospital Universitario El Escorial.*

Características del suministro:

1º.- Sistema cerrado con el que se realice la extracción de sangre, el centrifugado, el aspirado del plasma rico en plaquetas y su posterior infiltración al paciente, evitando la manipulación por trasvase del producto y el riesgo de contaminación.

2º.- Manejo sencillo y rápido, que permita obtener el preparado de PRP en 5-15 minutos.

3º.- Sistema que permita obtener un mínimo de 4 ml de PRP por cada 15-20 ml de sangre extraída al paciente.

5º.- Sistema suministrado en envase individual estéril, debidamente etiquetado y con marcado CE”.

Considera la recurrente que el motivo de exclusión no es acorde con la

realidad de los hechos, toda vez que la propia ficha técnica e instrucciones de uso (IFUs) del producto ofertado – Hy Tissue PRP 20, además del listado de productos sanitarios considerados como sistemas de obtención de PRP cerrados (de la AEMPS), aportada por FIDIA en su proposición, confirma clarísimamente que cumple con el pliego de condiciones. Hy Tissue PRP 20 es un sistema cerrado, incluido en el listado de productos sanitarios considerados como sistemas de obtención de PRP CERRADOS comunicados en la aplicación CCPS, emitida por la Agencia Española del Medicamento y Producto Sanitario (AEMPS).

Además, Hy Tissue PRP 20 es un sistema sencillo *“sin excesivas manipulaciones y trasvases de producto”* (según aparece en el pliego de condiciones), como puede observarse en las instrucciones de uso del producto, y cuyos pasos se indica a continuación de forma resumida:

- a) la extracción de sangre (con previa adición de anticoagulante a la jeringa de extracción de sangre).
- b) carga de la sangre en el tubo específico donde se realizará el procedimiento de obtención de PRP.
- c) centrifugación del tubo para separación de las fases; y finalmente,
- d) extracción de la fracción PRP.

Concluye su alegato manifestando que la empresa Zimmer Biomet Spain, S.L.U., no fue excluida, presentando el producto sanitario GPS III para la obtención de fracción PRP, cuyas características, tanto relacionadas con el sistema cerrado como con la sencillez (sin excesivas manipulaciones y trasvases del producto) en las etapas de funcionamiento, son muy similares al producto de FIDIA.

Por su parte, el órgano de contratación transcribe el informe técnico sobre el recurso del Jefe de Sección de Traumatología: *“Según establece la empresa recurrente en el propio recurso, la utilización del producto ofertado requiere los siguientes pasos:*

- a) la extracción de sangre (con previa adición de anticoagulante a la jeringa de extracción de sangre);*

- b) carga de la sangre en el tubo específico donde se realizará el procedimiento de obtención de PRP;*
- c) centrifugación del tubo para separación de las fases; y finalmente,*
- d) extracción de la fracción PRP.*

Se requiere así para la realización de la técnica precargar la jeringuilla utilizada para la extracción de sangre con el anticoagulante, añadiendo éste a partir de una ampolla externa, como puede comprobarse en la página 6 del documento:

‘6_IST10001008_A_IFU_Hy_Tissue_PRP_20_13_lingue_compressed.pdf’ presentado por la empresa en su recurso, concretamente en el apartado ‘II. Extracción’, que en su apartado primero establece lo siguiente:

1. Abra la bolsita “Extract Kit”. Conecte la jeringa de 20 ml (A) a la cánula (B) y llénela con 2 ml de ACD-A (Figura 01). Deseche la cánula.

Es necesario por ello conectar la jeringa con la que se realizará la extracción de sangre a una cánula externa para cargar el citrato sódico (anticoagulante).

Posteriormente, el producto requiere otros pasos para la realización de la técnica:

- Una vez precargada la jeringa con el anticoagulante, se realiza la extracción de sangre del paciente.*
- Se conecta la jeringa a un tubo conector y se transfiere la sangre anticoagulada al tubo de centrifugado.*
- Se centrifuga la muestra de sangre.*
- Se aspira con otra jeringa el PRP obtenido con un tubo conector desde el tubo de centrifugado.*
- Se inocular el PRP obtenido al paciente.*

Como puede comprobarse, se requieren diversas manipulaciones para la obtención final del producto, con lo que no se cumple el pliego de prescripciones técnicas, que requiere que se evite la manipulación por trasvase del producto y el riesgo de contaminación, así como que se trate de un sistema de manejo sencillo y rápido”.

Así mismo, en el informe se hace constar que en el listado de productos sanitarios considerados como sistemas de obtención de PRP cerrados comunicados

en la aplicación “CCPS”, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, aportado como prueba por el recurrente y que ya formaba parte de su documentación técnica, distingue dos tipos de productos:

- Listado de productos sanitarios para la obtención de PRP mediante técnica cerrada.
- Listado de productos sanitarios para la obtención de PRP mediante técnica cerrada con exposición ambiental mínima.

En relación a este último grupo, en el cual se encuentra el producto ofertado por FIDIA, se establece en el propio documento que *“En las fases donde exista una posible exposición ambiental deben extremarse las precauciones y realizarse en entornos adecuados para reducir al mínimo el riesgo de contaminación del material de partida o producto obtenido”*, reconociendo así la existencia de riesgo de contaminación.

Además, en dicha relación, en la descripción del producto ofertado por FIDIA se establece como momento de posible exposición ambiental mínima las etapas iniciales de la técnica (carga de anticoagulante, etc.), aclarando al final que *“el uso de aguja y ampollas no se considera técnica cerrada”* (Página 7 del documento).

A la vista de todo lo anterior, no cabe excluir la posibilidad cierta de existencia de riesgo de contaminación en el uso del producto de la empresa recurrente, ya que exige la utilización de una ampolla externa para la adicción del anticoagulante, así como numerosas manipulaciones y fases que contravienen lo exigido en el pliego técnico.

Concluye su defensa afirmando que no se juzga aquí la funcionalidad y excelencia del producto, sino la adecuación a las exigencias técnicas expresadas en el pliego y que en virtud de los principios de legalidad e igualdad obliga a todos los licitadores en el concurso, y que han sido aceptadas en su redacción actual por el recurrente en el momento de presentar su oferta.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la exclusión de la recurrente fue ajustada a Derecho por incumplir las exigencias técnicas de los pliegos.

Del análisis de la materia objeto de controversia, debe afirmarse en primer lugar que nos encontramos ante una cuestión eminentemente técnica, para la que este Tribunal carece de conocimientos especializados para abordarla desde ese punto de vista.

La determinación sobre si el sistema tiene un manejo sencillo y rápido, como exigen los pliegos, en base a las apreciaciones realizadas por las partes, sobrepasa los conocimientos técnicos de este Tribunal para su enjuiciamiento. Lo mismo se puede decir en relación a la posible contaminación del material en su proceso.

La doctrina de la “*discrecionalidad técnica*” ampara la valoración efectuada por los técnicos, siempre con el límite de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, en consonancia con la doctrina del resto de Tribunales administrativos de resolución de recursos contractuales.

A este respecto, sirva de muestra la Resolución nº 353/2019, de 29 de marzo, del TACRC: “Sexto. Dicho lo anterior, debe determinarse en esta resolución si el órgano de Contratación, a priori, ha aplicado correctamente el PCAP y el PPT en relación con la valoración de las ofertas a través de un informe técnico que incorpora criterios basados, principalmente, en el conocimiento de aquellos especialistas que valoran las ofertas recibidas. Entrando al fondo de la cuestión, en cuanto a las alegaciones hechas en contra del acuerdo de adjudicación, se aduce por la Recurrente (i) la errónea valoración efectuada por los técnicos en el informe de valoración de las ofertas técnicas. Al respecto, la Recurrente afirma de manera dispersa entre los 12 primeros puntos de su escrito de recurso que el Órgano de

Contratación ha procedido a la utilización de criterios de valoración no previstos en los pliegos en relación a aquellos elementos sujetos a juicio de valor. Este Tribunal debe discrepar del planteamiento de la Recurrente. Cuestión incontrovertida por la parte Recurrente, pues no lo niega, es que la figura de los técnicos encargados de la valoración técnica de las ofertas se alza como una garantía para una correcta e imparcial valoración de aquellas ofertas donde los juicios de valor tienen un determinado peso en el total de la puntuación a otorgar por el órgano de contratación, no teniendo que ser la mesa de contratación quien tuviese que valorar aquellas cuestiones específicas del contrato que escapan a su conocimiento.

Por tanto, que sean los técnicos los encargados de valorar las ofertas, que son los que entienden y tienen los conocimientos necesarios para determinar si una oferta se ajusta a las necesidades de un determinado servicio público a contratar, requiere que esas personas, esos técnicos, apliquen su sabiduría y sus estructuras de conocimiento para poder desempeñar sus funciones, todo ello, dentro de la discrecionalidad reconocida a la administración u órgano a través, no solo del PCAP y PPT, si no de la normativa administrativa general aplicable y la normativa en materia de contratación. A pesar de lo anterior, la Recurrente entiende que la valoración de las ofertas no se ha realizado correctamente por cuanto se utilizan criterios técnicos no previstos que suponen incurrir en arbitrariedad, o si se prefiere, en exceso de discrecionalidad. En respuesta a este motivo (que como se verá a continuación, engloba las 12 primeras alegaciones del Recurso) debemos recordar el criterio consolidado de este Tribunal en virtud del cual se circunscribe nuestra competencia a la revisión de las cuestiones jurídicas de la valoración de los expertos sin poder entrar en cuestiones técnicas. Así, la Resolución 1039/2015, de 30 de octubre: 'En cuanto a los aspectos objeto de valoración de naturaleza técnica, también es preciso traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración (por ejemplo, Resolución nº 21/2014, de 17 de enero). Venimos manifestando a tal respecto 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 que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos, como

es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Por ello, en la medida en que se cuestione la valoración de un aspecto de naturaleza técnica, nos corresponderá analizar si de las alegaciones del recurrente puede extraerse la concurrencia de alguna de tales circunstancias”.

En este sentido, se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación ha realizado una refutación técnica suficiente respecto de las alegaciones de la recurrente, yendo más allá de la mera literalidad de las fichas técnicas, debiéndose considerarse amparadas por la discrecionalidad técnica y presunción de acierto del órgano de contratación.

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

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Fidia Farmacéutica, S.L., contra la resolución de 15 de octubre de 2023 del Director Gerente del Hospital Universitario El Escorial por la que se decide la exclusión de la recurrente y se adjudica el contrato de “Suministro de un sistema de concentración de plasma rico en plaquetas (PRP), con destino al Hospital Universitario El Escorial (Expediente A/SUM-026100/2023)”.

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

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

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.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2023.11.28 11:54