

Recurso nº 325/2024
Resolución nº 357/2024**NOTIFICACIÓN**

Le notifico que, con fecha 19 de septiembre de 2024 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 la mercantil LAPHYSAN, S.A.U. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye su oferta presentada a los Lotes 1 y 2 de la licitación del contrato denominado “Suministro de productos de Fluidoterapia con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Clínico San Carlos de Madrid”, número de expediente PA 2024-0-062, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero. - Mediante anuncios publicados el día 25 de abril de 2024 en el DOUE y el 30 de abril de 2024 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en ocho lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 1.809.536 euros y su plazo de ejecución será de 12 meses.

Segundo. – A la licitación de los Lotes 1 y 2 concurrieron tres licitadores, entre ellos, la recurrente.

Celebrados por la Mesa los actos de apertura y calificación de la documentación de cumplimiento de requisitos previos de los licitadores y apertura de documentación correspondiente a criterios evaluables mediante juicio de valor, en la sesión celebrada el 12 de junio de 2024 se procede a la evaluación de los informes técnicos de valoración de los criterios de juicio de valor y del cumplimiento de prescripciones técnicas, recogiendo el Acta lo siguiente:

...La empresa LAPHYSAN, S.A., CIF: A83938175, que presentó oferta a los lotes 1,2,3 y 8, no cumple con todos los requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, por los motivos detallados en el citado informe y que se extraen a continuación:

Lotes 1 y 2: No son autocolapsables, por lo que se precisa toma de aire para el vaciado completo y no se mantiene el ritmo de goteo. Esto se ha podido comprobar en una muestra del orden 1.2.y 2.2.

Lotes 3 y 8: No puede ser valorado su cumplimiento puesto que no se han presentado al nº orden 3.1 y 8.2.

La Mesa propone su exclusión de los lotes 1,2,3 y 8...

El 14 de junio se publica en el Tablón de Anuncios Electrónico de la licitación, certificado de ofertas expedido por la Secretaria de la Mesa de Contratación, constando un cuadro en el que se refleja que la recurrente, para los lotes 1,2,3 y 8, *“no cumple PPT”*.

En la misma sesión se da lectura a las puntuaciones obtenidas en los criterios evaluables mediante juicio de valor y se procede a la apertura de la documentación del sobre-archivo n.º 3, correspondiente a los criterios evaluables mediante aplicación de fórmula.

La licitación continúa con la valoración de dichos criterios y la propuesta de adjudicación en sesión celebrada por la Mesa el 19 de julio de 2024.

El 23 de julio de 2024 se envía notificación a los licitadores de documento denominado “Tablón admitidos y excluidos”, suscrito por la Secretaria de la Mesa, en el que consta la exclusión, entre otros licitadores, de LAPHYSAN, S.A., de los Lotes 1, 2, 3 y 8, siendo el motivo el siguiente: *“No cumple con todas las prescripciones técnicas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, según se detalla en el informe del Servicio Promotor”*.

No consta adjudicación de los lotes impugnados en el expediente remitido por el órgano de contratación. En el Portal de Contratación, el estado de la licitación se encuentra pendiente de adjudicación.

Tercero. – El 29 de julio de 2024 la mercantil LAPHYSAN interpone recurso especial en materia de contratación contra el acta n.º 31 de la mesa de contratación de 19 de julio de 2024, publicada el 23 de julio de 2024 y documento denominado “tablón final admitidos y excluidos” de la Secretaria de la mesa de contratación de 19 de julio de 2024, remitido a mi representada el 23 de julio de 2024,

Solicita asimismo la suspensión de la tramitación del procedimiento.

En fechas 2 y 6 de agosto de 2024 se recibe en este Tribunal, remitidos por el órgano de contratación, 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), oponiéndose al recurso.

Cuarto. – Solicitada medida cautelar de suspensión del procedimiento por parte de LAPHYSAN, el órgano de contratación ha comunicado a este Tribunal que el procedimiento permanecerá en suspenso hasta el pronunciamiento de este Tribunal.

Atendiendo a lo anterior y a que se entra directamente a resolver sobre el fondo del asunto, no se ha considerado procedente la adopción de medidas cautelares.

Quinto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 jurídica que ha sido excluida de varios lotes de la licitación, impugnando su exclusión de los Lotes 1 y 2, considerando este Tribunal que se encuentra legitimada al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al considerarse que sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues pese a que el Acta de la Mesa de 12 de junio del 2024 fue publicada el 17 de junio del 2024, no fue notificada a la recurrente. LAPHYSAN admite en su recurso que ha conocido de la exclusión a través de la notificación del documento firmado por la Secretaria de la Mesa en fecha 23 de julio. El recurso se presenta ante este Tribunal, en fecha 29 de julio de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir de la citada notificación, de conformidad con el artículo 50.1 de la misma Ley.

Cuarto. - El recurso debe entenderse interpuesto contra el acto de exclusión de la oferta de la recurrente para los Lotes 1 y 2, que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. – Entrando en el fondo del asunto, considera la recurrente disconforme a Derecho la exclusión de sus ofertas a los Lotes 1 y 2 de la licitación por entender que no se encuentra motivada y que cumple la prescripción técnica referida a la autocolapsabilidad.

En lo concerniente a la falta de motivación, entiende LAPHYSAN que los actos impugnados acuerdan la exclusión de su oferta a los Lotes 1 y 2 sin explicar las razones de dicha exclusión y sin reproducir o remitirse al informe técnico de 11 de junio de 2024.

Admite que, si bien este último fue objeto de publicación en la plataforma de contratación como Anexo del acta n.º 25 de la mesa de contratación de 12 de junio de 2024, tampoco permite conocer las razones de la pretendida falta de autocolapsabilidad, pues se limita a indicar que *“NO CUMPLE CON EL PPT en el siguiente punto: No son autocolapsables, por lo que se precisa toma de aire para el vaciado completo y no mantiene el ritmo de goteo. Esto se ha podido comprobar en una muestra del orden 1.2 y 2.2”*.

Por esta razón entiende que el acto impugnado adolece de un defecto de motivación que le impide conocer la razón por la que se considera que los recipientes no son autocolapsables, generándole una absoluta indefensión, pues no le es posible comprender, ni tan siquiera de forma indiciaria las concretas razones que llevaron a la Mesa a apreciar este incumplimiento, lo cual deriva en nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación tramitado con posterioridad a la aprobación de los pliegos.

Por lo que respecta a la autocolapsabilidad, defiende que los recipientes de los productos que ofertó a los Lotes 1 y 2, números de orden 1.2 y 2.2, son autocolapsables, como establece sin ambages el informe de su fabricante, laboratorios Basi2, el cual acompaña al escrito de recurso junto con su traducción privada (documentos n.º 8 y 9), bajo los términos *“a través de este informe podemos concluir que las botellas en el sistema de cierre cerrado de los diferentes presentaciones mencionadas, administradas a una velocidad de infusión automática constante de 1200mL/h y administrados mediante un sistema de infusión manual, son adecuados para la terapia ya que el porcentaje de volumen extraído es $\geq 99\%$ y que independientemente de que el porcentaje de aire en las botellas sea diferente, el volumen residual es el mismo y por lo tanto el volumen de aire en la botella no tiene impacto en su colapso todos permiten un colapso adecuado para el flujo del producto”*.

Informa a este Tribunal que durante el año 2024 ha suministrado al mismo Hospital un total de 15.000 envases de los mismos productos con idéntico recipiente, sin que haya formulado queja alguna respecto a su autocolapsabilidad. Alude asimismo a la adjudicación de varios contratos de suministro de los mismos productos con idéntico recipiente para varias entidades contratantes, sin que se haya puesto en tela de juicio esta característica técnica.

Apela a la doctrina de los tribunales encargados de la resolución de recursos especiales en virtud de la cual sólo cuando la oferta se oponga a las prescripciones técnicas de forma indubitada es posible su exclusión.

Y concluye, debieron solicitarse más muestras antes de acordar su exclusión, que considera improcedente.

El órgano de contratación, en su informe, defiende la naturaleza contractual de los pliegos, su discrecionalidad técnica y la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos por la cualificación técnica de quienes los emiten.

Y partiendo de tales premisas, opina que la valoración técnica, realizada por el Servicio Promotor, es objetivable de una manera sencilla: La cláusula 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, bajo la rúbrica “características de recipiente y envasado”, establece que *“el envase deberá cumplir las condiciones de conservación específicas de la forma farmacéutica, garantizando las condiciones de conservación, en su envase original hasta su administración (...) Los recipientes de plástico deberán ser flexibles y AUTOCOLAPSABLES, garantizando un sistema cerrado que NO PRECISE TOMA DE AIRE PARA EL VACIADO COMPLETO DEL CONTENIDO, manteniendo el ritmo de goteo durante toda la perfusión”*. Por su parte, la cláusula 3, bajo la rúbrica “muestras solicitadas para la evaluación de los productos: si, 2 unidades por cada nº orden” dispone que *“no obstante, y durante el periodo de evaluación técnica del producto ofertado, se podrá solicitar más muestras, en aquellos casos que se considere necesario, requisito imprescindible para valorar la calidad del producto”*.

Prosigue señalando que en la página 7 de la documentación técnica aportada por LAPHYSAN consta: *“El envase es totalmente colapsable independientemente del sistema de administración utilizado (manual/automático, abierto/cerrado)”*, pero que el Servicio promotor verificó la autocolapsabilidad del sistema en todas las muestras presentadas, apreciando, como se señala en el informe que nos son autocolapsables, pues se precisa la toma de aire para el vaciado completo y no se mantiene el ritmo de goteo. E indica, que pese a que en aquel informe se hacía constar *“Esto se ha podido comprobar en una muestra de la orden 1.2 y 2.2”*, es una errata, pues esta verificación se efectuó a partir de unas muestras, no de una sola, por lo que no se consideró necesario solicitar más muestras”.

A la vista de lo anterior, informa que se incumple la cláusula 2.3 del PPT que indica que *“Los recipientes de plástico deberán ser flexibles y autocolapsables, garantizando un sistema cerrado que no precise toma de aire para el vaciado completo del contenido, manteniendo el ritmo de goteo durante toda la perfusión”*.

La autocolapsabilidad es el vaciado completo del contenido del envase sin la necesidad de ningún factor externo, como podría ser la apertura de la toma de aire.

Continúa alegando que para la comprobación de la autocolapsabilidad se utilizaron las muestras de volúmenes menor o igual a 100 ml, ya que son los envases donde la falta de autocolapsabilidad y por tanto el volumen residual que quedaría sin infundir, es proporcionalmente mayor y supone una mayor repercusión clínica. Y que, a través de esas muestras, se observó que el suero no autocolapsa y no permite la administración completa con el sistema de toma de aire cerrado, que es el criterio incluido en el PPT. Por lo que las muestras del Lote 1 y 2 de este licitador, no cumplen el PPT.

Adjunta, para comprobación del Tribunal, vídeos y fotos de la verificación de muestras realizadas, en las que se puede comprobar que la muestras de LAPHYSAN, a diferencia de lo que ocurre con las de otros licitadores, no son totalmente autocolapsables, porque el envase no está totalmente vacío.

Con respecto a los envases que se adquirieron al licitador desde marzo al 12 de junio de 2024, fue un total de 24.870 unidades de los Lotes 1 y 2. Estas adquisiciones se realizaron debido a varios desabastecimientos del proveedor adjudicatario del procedimiento de sueros PA 2020-0-030, que ha estado vigente hasta el 30 de junio de 2024. Tras la evaluación y detectar que algunos sueros no eran autocolapsables, se realizó un informe de valoración del cumplimiento del PPT, a partir del cual no se realizaron más pedidos de sueros a Laphysan, S.A., buscando otros proveedores alternativos. Desconocen cual ha podido ser la incidencia de este problema en las unidades de hospitalización, pero saben que, si esto ha ocurrido, han abierto la toma de aire para completar la administración. Esta práctica, aunque en alguna ocasión se utilice, no es la recomendada y es por lo que de manera explícita se ha recogido en el PPT este criterio.

Vistas las alegaciones de las partes, debe acudirse a la regulación que hacen los pliegos de esta prescripción técnica a efectos de resolver la controversia. Establece el apartado 2.3 del PPT, entre las características del recipiente y envasado que *“los recipientes de plástico deberán ser flexibles y autocolapsables, garantizando*

un sistema cerrado que no precise toma de aire para el vaciado completo del contenido, manteniendo el ritmo de goteo durante toda la perfusión”.

Pese a que la documentación técnica de la oferta de LAPHYSAN sí contempla esta característica, la misma ha sido objeto de verificación por el órgano de contratación a través de las muestras entregadas. A partir de esta verificación, el Informe técnico denominado “INFORME TÉCNICO DE LAS MUESTRAS – CUMPLIMIENTO DE PPT” señala que la recurrente no cumple con todos los requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, por los motivos detallados en el citado informe y que se extraen a continuación: *“Lotes 1 y 2: No son autocolapsables, por lo que se precisa toma de aire para el vaciado completo y no se mantiene el ritmo de goteo. Esto se ha podido comprobar en una muestra del orden 1.2.y 2.2.”*

Los motivos de la exclusión constan claramente identificados en el informe técnico que dio lugar al acuerdo de exclusión de la Mesa y que se plasman en el acta de dicha sesión, que fue publicada en el Portal. No puede alegar falta de motivación la recurrente, ni indefensión alguna en ese sentido, pues se señala la prescripción técnica incumplida y el motivo a partir del cual el técnico verifica el incumplimiento, decayendo la pretensión de nulidad del acuerdo por falta de motivación.

En lo concerniente al incumplimiento, como ya se ha señalado, el informe técnico lo fundamenta en la verificación de las muestras, permitida por los pliegos que rigen la licitación.

La prescripción técnica aparece claramente definida en el PPT, en atención a las necesidades del órgano de contratación, que es a quien corresponde su definición. Procede en este punto señalar que los pliegos son la Ley del contrato y que obligan tanto al órgano de contratación como a los licitadores. Éstos al presentar sus ofertas, deben ajustarse a los pliegos y su presentación supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de la LCSP.

Establece el apartado 9 del PCAP que *“No se valorarán las ofertas de aquellas empresas que no cumplan las características mínimas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas y en consecuencia resultarán excluidas del proceso de licitación”*.

En este caso, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico. 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, para cuestiones de esta índole, 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. 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 los resultados de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

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

Y en el caso que nos ocupa, se han verificado las muestras aportadas, se ha emitido un informe técnico motivado y de la documentación gráfica aportada, puede apreciar este Tribunal que los envases no se vacían en su totalidad, por lo que puede mantenerse la presunción de acierto y veracidad del informe técnico emitido.

Por lo que se refiere a otras licitaciones a las que se ha ofertado el mismo producto, como ya hemos señalado en numerosas resoluciones, no pueden enjuiciarse licitaciones distintas para valorar la controversia suscitada en ésta, en la que concurren unas circunstancias concretas que son las que debe analizar este Tribunal.

Se desestima, en consecuencia, el recurso presentado por Laphysan.

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 legal de la mercantil LAPHYSAN, S.A.U. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye su oferta presentada a los Lotes 1 y 2 de la licitación del contrato denominado “Suministro de productos de Fluidoterapia con destino al Servicio de Farmacia del Hospital Clínico San Carlos de Madrid”, número de expediente PA 2024-0-062.

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. – 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: 2024 09 23 09:19