

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

En Madrid, a 1 de agosto de 2012.

VISTO el recurso especial interpuesto por Don A.G.M., en nombre y representación de Sistemas Integrales de Medicina S.A., (SIMMEDICA), contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de la Princesa, de fecha 4 de julio de 2012 por la que se adjudica el contrato P.A. 35/2012 HUP, "Suministro de material sanitario desechable para cirugía endoscópica" este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante resolución de 22 de marzo de 2012 del Director Gerente del Hospital Universitario de La Princesa, en virtud de delegación de facultades por Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de 25 de febrero de 2011, se aprobó el expediente para la adjudicación mediante procedimiento abierto del contrato HUP "Suministro de material sanitario desechable para cirugía endoscópica".

El valor estimado del contrato asciende a 354.495,37 €, publicándose el

anuncio de licitación en el D.O.U.E. de 31 de marzo de 2012, en el B.O.E. el 4 de abril de 2012, en el perfil del contratante y en el B.O.C.M. de 9 de abril de 2012. El contrato se divide en cinco lotes, en función de los distintos productos a suministrar, mediante procedimiento abierto y criterio precio.

Segundo.- La licitación se encuentra sometida a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero.- Con fecha 5 de septiembre de 2011, el Director Gerente del Hospital Universitario de La Princesa, en virtud de delegación de facultades por Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de 25 de febrero de 2011, aprobó el expediente para la adjudicación mediante procedimiento abierto del contrato HUP “Suministro de material sanitario desechable para cirugía endoscópica” dividido en lotes. En este contrato el lote número 7 correspondía a *Pinza de laparoscopia para disección de planos tisulares* y lote número 8 a *Pinza para resección de tejidos sin sangrado*. La empresa SIMMEDICA había concurrido a estos lotes de los que resultó excluida e interpuso recurso especial contra la resolución de adjudicación por la que se notificaba su exclusión el día 3 de enero de 2012, ante este Tribunal.

El Tribunal dictó Resolución, 10/2012, de 25 de enero desestimando el recurso por considerar justificada la exclusión una vez analizado el expediente, las ofertas presentadas y los informes emitidos el día 14 de noviembre de 2011, por la Dirección Médica y el 11 de enero de 2012, del Órgano de contratación y estimando que la exclusión estaba debidamente motivada y adoptada dentro del margen de discrecionalidad técnica en la aplicación de criterios basados en conocimientos especializados sin que se advirtiese desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de justificación. Finalmente en esta licitación resultaron desiertos los lotes 7 y 8.

Cuarto.- El órgano de contratación decidió volver a convocar el contrato de suministro con la misma denominación pero su objeto corresponde al suministro de los productos que se encontraban en los lotes que resultaron desiertos y en este caso los productos de los lotes 2 y 3 se trata de los que correspondían a los lotes 7 y 8 de la anterior licitación.

El lote 2 se refiere a pinza para cirugía laparoscópica. El Pliego de características técnicas exige respecto de esta pinza las siguientes: *Estéril; De un solo uso; Sellado y corte de vasos y tejidos hasta 7 mm; instrumento multifuncional; Activación manual y con pedal; Diseño de mandíbulas de punta roma; Mandíbulas texturizadas con topes de cerámica; Mecanismo de cuchilla integrado para corte tisular. Rueda de rotación de 180° de eje. Difusión térmica reducida y controlada., Mango ergonómico. Sellado completo con 1 activación única de vasos y tejidos de hasta 7 mm.de diámetro* Estas características coinciden exactamente con las establecidas en la anterior licitación respecto del lote 7.

El lote 3 corresponde a pinza para resección de Tejido sin sangrado que coincide con el objeto del lote 8 del anterior contrato.

Quinto.-El día 11 de junio de 2012, se emite informe de la Dirección Médica sobre las ofertas y respecto de las presentadas por SIMMEDICA a los lotes 2 y 3, informa que ha presentado el mismo producto a los dos lotes siendo así que en el lote 3 se solicitaba pinza para cirugía abierta y ha presentado pinza para cirugía laparoscópica lo que motiva su exclusión. Respecto del Lote 2 informa que no cumple por las mismas argumentaciones que se hicieron respecto del anterior recurso interpuesto por la recurrente contra la exclusión del lote 7 de anterior licitación que resultó desierto.

El informe técnico de la Dirección Médica, emitido el 14 de noviembre de 2011, por dicha Dirección se puntuaba la oferta de SIMMEDICA, al lote 7, con cero

puntos indicando *“No es sellador de vasos, es bipolar. No cuenta con activación manual”*.

El informe de la Dirección médica de 11 de junio de 2012, reproduce el informe técnico que se transcribía en el texto del recurso 1/2012, que no se considera necesario volver a reproducir aquí, en el que justificaba la exclusión por no cumplir la pinza para cirugía laparoscópica las características técnicas exigidas en el Pliego.

El órgano de contratación ha remitido la oferta presentada por la recurrente y la pinza laparoscópica que ofrece al lote número 2 coincide con la presentada la lote número 7 de la anterior licitación del que resultó excluida por no cumplir las características técnicas.

El órgano de contratación notifica a la recurrente, el día 6 de julio de 2012, mediante fax, la resolución de 4 de julio del Director Gerente por la que se adjudican determinados lotes y se declara desierto el lote 2 “pinza de laparoscopia”, por sobrepasar el precio de licitación la única oferta que cumple las características técnicas exigidas. La posibilidad de declarar desierta la licitación encuentra su apoyo en el artículo 151.3, segundo párrafo, del TRLCSP. En la resolución se adjudica el lote 3 a Covidien Spain, S.L. y sobre este lote respecto de la oferta de SIMMEDICA se dice que *“solo la empresa Covidien Spain S.L. cumple las características técnicas exigidas en el punto 5 del Anexo I del PCAP”*.

Sexto.- El 24 de julio de 2012, se ha recibido en este Tribunal escrito de Don A.G.M., en nombre y representación de Sistemas Integrales de Medicina S.A., formulando recurso especial en materia de contratación, contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de la Princesa, de fecha 4 de julio de 2012 por la que se adjudica el contrato P.A. 35/2012 HUP "Suministro de material sanitario desechable para cirugía endoscópica".

El licitador recurrente, ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del

TRLCSF, que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición de dicho recurso.

Séptimo- El recurso se fundamenta en lo siguiente:

Que la resolución de adjudicación establece que el lote 2 queda desierto porque el proveedor que cumple las características técnicas exigidas sobrepasa el precio de licitación. El recurrente añade que solicitó informe técnico para conocer la causa de exclusión y que el informe sienta una serie de declaraciones y conclusiones que no son ciertas y que perjudican gravemente la imagen de sus productos.

Menciona la Resolución de este Tribunal de 26 de enero de 2012, en el Recurso 1/2012, interpuesto contra la resolución del órgano de contratación en relación con los lotes los lotes 7 y 8 de aquel contrato.

Sobre el informe técnico reproduce parte de las argumentaciones que presentó en relación con el anterior recurso sobre las pinzas bipolares y transcribe parcialmente las motivaciones que contiene el informe técnico sobre el que alega.

Manifiesta que, en esta ocasión, el Hospital formula una serie de declaraciones en su informe sobre la exclusión sin contrastar la veracidad de las mismas y considera que no está en condiciones de conocer el cumplimiento de los requisitos técnicos sin una demostración previa del funcionamiento por personal adecuado de la empresa por tratarse de un generador que no se había empleado antes en el Hospital.

Alega que presentó la documentación técnica correspondiente a las características del producto ofertado para justificar la solvencia técnica profesional, a estos efectos incluyó el catálogo BiCision, añade que se solicitaron muestras de los productos ofertados así como el generador que se había incluido en la oferta en

cesión de uso y manifiesta que las muestras solicitadas fueron enviadas al Hospital y SIMMEDICA intentó protocolizar una demostración que el Hospital no permitió realizar y que era necesaria para poder concluir las afirmaciones vertidas en el informe. Que en el Informe se dice que no se aportó el generador correspondiente y sobre estas circunstancias cita una serie de correos dirigidos a concertar una cita para ampliar la información y realizar una prueba en el quirófano.

En cuanto a la afirmación del Informe técnico sobre que no se produce verdadero sellado de vasos señala que el producto ofertado al lote 2 cumple con las características del pliego. En especial reitera que la pinza presentada dispone de certificado de sellado de vasos de 7mm, científicamente probado y así se corrobora también con el certificado FDA510K de referencia a nivel internacional. Añade que no se trata de una pinza bipolar como señala el Informe técnico sino que emplea energía bipolar especialmente modulada, temporizada y dosificada con lecturas de impedancia que producen el sellado o fusión tisular de estructuras, vasos sanguíneos y linfáticos y que la energía bipolar es empleada igualmente por pinzas Ligasure.

En tercer lugar alega que en el Informe y sobre la experiencia respecto del producto se dice *“respecto de pinzas bipolares es que no se produce un verdadero sellado de vasos y sí se realiza un efecto de coagulación con la respetiva formación de carbonilla, no se explica de otra manera que se oferte con el equipo lápiz para limpiar las ramas de la pinza”* y aclara que si se incluye lápiz es como valor accesorio ya que es sabido que las pinzas de sellado se deben limpiar en determinados momentos si el uso es reiterado o se realiza a muy alta potencia, produciendo en ocasiones carbonización por exceso de uso sobre una misma zona de tejido.

Reitera la necesidad de que debía haberse realizado una demostración del producto para determinar si cumple o no.

Solicita la anulación de la declaración de desierto del lote 2, ya que su oferta debió ser valorada que la exclusión supone una vulneración del principio de igualdad al no haberse realizado dicha valoración y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la elaboración del informe técnico, permitiendo a la recurrente realizar una demostración del producto antes de decidir su exclusión.

Octavo.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación y el informe sobre el recurso, el día 30 de julio de 2012, en el que informa que los productos que se incluyen en este contrato son los que resultaron desiertos en la anterior licitación correspondiente al expediente 1/2012 y que el artículo contenido en lote 2 coincide con el del lote número 7 del anterior contrato que fue objeto de recurso especial desestimado por el Tribunal en Resolución 10/2012, de 25 de enero. Ratifica que el informe técnico emitido el 11 de junio de 2012, coincide con el efectuado sobre el Lote 7 del anterior contrato y que la empresa recurrente ha presentado en este contrato el mismo artículo y la misma referencia que el presentado en su día al lote 7.

El Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Dentro del plazo concedido formuló alegaciones la empresa Covidien Spain, S.L., manifestando que la referencia por ella presentada al Lote 2 se ha podido valorar tanto en la ficha técnica como en muestras aportadas y que los requisitos técnicos solicitados en el Pliego de Prescripciones Técnicas cumplen la referencias presentadas por su empresa y no los cumple la referencia presentada por la recurrente.

La empresa Olympus España S.A.U. informa que no va a realizar alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Sistemas Integrales de Medicina S.A., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

El recurso ha sido planteado en tiempo y forma, pues se interpone contra la Resolución de adjudicación del contrato y declaración de desierto el Lote 2 cuya resolución se adoptó el 4 de julio de 2012, practicada la notificación el día 6, e interpuesto el recurso, en 24 de julio de 2012, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Segundo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la resolución del órgano de contratación por la que se adjudican varios lotes y decide declarar desierto el lote 2 de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso especial en base al artículo 40.2. c) del TRLCSP.

Cuarto.- Sobre el fondo del asunto y analizado el sentido del escrito de interposición el Tribunal entiende que el fundamento del recurso, si bien no se encuentra conforme con la Resolución del órgano de contratación, se centra en su desacuerdo al haber excluido su oferta y haber declarado desierto el lote 2, ya que de la propuesta de la Mesa de contratación se deriva la Resolución del órgano de contratación tal y como se evidencia de lo que establecen los artículos 151.3 y 160

del TRLCSP.

El artículo 160.1, prevé que el órgano competente para valorar las proposiciones, y una vez realizados los trámites establecidos en esta norma, es a quien igualmente corresponde formular la propuesta de adjudicación al órgano de contratación y que cuando haya de tenerse en cuenta más de un criterio de adjudicación, esta se realizará a favor de la proposición más ventajosa, según los criterios establecidos en el PCAP. Dispone asimismo que la Mesa podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos e igualmente podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen las especificaciones técnicas del pliego. En el apartado 2 del referido artículo se precisa, que no obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión. A su vez el artículo 151.3 dispone que no podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

De ello se deriva que la Resolución del órgano de contratación se basa en la propuesta de la Mesa de contratación y está fundada en la valoración técnica efectuada de acuerdo los criterios del Pliego que asimismo reconoce el derecho de la Administración a declarar desierta la licitación cuando no exista alguna oferta o proposición que se haya considerado admisible.

En este caso la Mesa de contratación propuso declarar desierto el Lote número 2, motivándolo en base al incumplimiento de *las características técnicas exigidas en el punto 5 del Anexo I del PCAP*.

En su escrito el recurrente alega ausencia de justificación de las afirmaciones del informe técnico del que reproduce párrafos. El Tribunal advierte que el contenido de estos párrafos son idénticos a los del informe técnico emitido en relación con la pinza bipolar que fueron objeto de examen en el Recurso 1/2012, desestimado por el

Tribunal.

Quinto.- Sobre las alegaciones del recurso el Tribunal observa que, como informa el órgano de contratación, en este expediente se ha ofertado por la recurrente la misma pinza que motivó su exclusión en anterior licitación por no cumplir las prescripciones técnica exigidas en aquel Pliego y que el Pliego actual contiene las mismas exigencias por lo que resulta lógico que haya sido excluida la oferta.

Tratándose del mismo producto y con las mismas prescripciones exigidas en el Pliego del anterior contrato que dio lugar a la desestimación del recurso entonces planteado, el Tribunal reitera su criterio sobre los informes técnicos en los que existe presunción de veracidad en el actuar de los técnicos de forma objetiva e independiente, sin que sobre este punto proceda valorar por el Tribunal o ejercer algún control sobre los conocimientos técnicos y especializados donde prima el criterio discrecional de quienes efectúan la valoración atendiendo a los especiales conocimientos que poseen.

En el anterior recurso interpuesto por SIMMEDICA el Tribunal, respetando el criterio técnico, aportó su opinión objetiva sobre las características de la pinza bipolar ofrecida, citando un estudio del Hospital Clínico San Carlos, publicado en la Revista de la Sociedad Española de Cirugía Laparoscópica “Endosurgery” sobre Equipamiento e instrumental en cirugía laparoscópica, sobre el instrumental de disección y tracción y respecto de electrocirugía (monopolar o bipolar) el estudio establecía la diferencia, según el tipo de cirugía y precisaba sobre las pinzas bipolares que no permiten la disección.

La Doctrina jurisprudencial sentada tanto por el Tribunal Constitucional, como por el Tribunal Supremo, entre otras en las Sentencias, de 25 de mayo de 2004 (RJ/2004/5592), y de 3 de junio de 2003 (RJ/2003/4413) refiriéndose a discrecionalidad técnica de valoraciones en la contratación y la consideración de que los acuerdos de adjudicación y los criterios de valoración aplicados, son supuestos

de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones solo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción “iuris tantum”, salvo que ésta quede desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error debidamente acreditado por parte del que lo alega.

En consecuencia el Tribunal reitera la consideración sobre su competencia para resolver los problemas jurídicos únicamente en estos términos, y que excede de sus facultades revisoras entrar en el aspecto de valoración técnica, que en estos supuestos se concretan en consideraciones técnicas sobre productos de aplicación en cirugía especializada que implica la interpretación de la calidad del producto en términos médicos.

Por ello el Tribunal se acoge al criterio técnico emitido, en virtud de la potestad discrecional de la Administración expresada en los informes de la Dirección Médica, de 11 de junio de 2012 y de 14 de noviembre de 2011, recordando lo que dispone la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/2004 (RTC 2004, 219), de 29 de noviembre, en cuanto a que puede haber cuestiones que han de resolverse mediante elementos de carácter exclusivamente técnicos.

En este caso no se aprecia desviación de poder, ni que se haya incurrido en arbitrariedad y el informe de valoración sobre la pinza bipolar resulta motivado en cuanto a la experiencia que se tiene sobre su calidad.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 Don A.G.M., en nombre y representación de Sistemas Integrales de Medicina S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de la Princesa, de fecha 4 de julio de 2012, por la que se adjudica el contrato P.A. 35/2012 HUP, "Suministro de material sanitario desechable para cirugía endoscópica".

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.