

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

En Madrid, a 6 de marzo de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.D.B., en representación de la empresa Mölnlycke Health Care, S.L. (en adelante MHC), contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de diciembre de 2018, por la que se excluye de los lotes 5, 6, 10 y 11 referente al Acuerdo Marco de suministros “Material desechable de cirugía laparoscópica del Servicio Madrileño de Salud, 42 lotes”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 8 de febrero de 2019 se publicó en el DOUE anuncio de licitación del contrato de referencia. Así mismo, con fecha 5 y 6 de febrero se publicó respectivamente en el BOE y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

El valor estimado de contrato asciende a 12.937.458,40 euros y su plazo de duración es de 24 meses.

**Segundo.-** El 5 de febrero de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don J.D.B., en representación de la empresa MHC, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de diciembre de 2018, por la que se determina la exclusión de los lotes 5, 6, 10 y 11 referente al Acuerdo Marco de suministros “Material desechable de cirugía laparoscópica del Servicio Madrileño de Salud”.

**Tercero.-** El 19 de febrero 2019 el órgano de contratación remitió copia del 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 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 (LCSP).

**Cuarto.-** Con fecha 20 de febrero de 2019 se acordó la suspensión del procedimiento de licitación para los lotes 5, 6, 10 y 11.

## 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 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 del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la notificación tuvo lugar el día 28 de enero de 2019 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 5 de febrero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de diciembre de 2018, por la que se excluye a la recurrente de los lotes 5, 6, 11 y 12.

El recurrente manifiesta que con fecha 21 de junio de 2018, se publicó en el perfil del contratante el acta de la Mesa de contratación número 2, de fecha 7 de junio de 2018, que tuvo por orden del día, entre otras cuestiones, estudiar el informe elaborado por los técnicos del Hospital 12 de octubre sobre el cumplimiento de las especificaciones técnicas por los licitadores.

Señala que en dicha sesión la Mesa de contratación no acordó en ningún momento, expresamente la exclusión de MHC para los lotes objeto de recurso.

La Mesa de contratación de 7 de junio de 2018 (acta nº 2) a que hace referencia el recurrente, entre otros asuntos se estudió efectivamente el informe técnico emitido por el Hospital 12 de Octubre sobre cumplimiento de las especificaciones técnicas exigidas en los Pliegos, donde se recogen lote por lote las empresas que cumplen las especificaciones técnicas y las empresas que no las cumplen. En el referido informe se estableció que la oferta de MHC no cumplía las especificaciones del PPT, para los lotes 5, 6, 10 y 11.

Señala el recurrente que el acuerdo de la Mesa de contratación de 7 de junio de 2018 (acta nº 2) citado no fue objeto de notificación formal y expresa a MHC, sino simplemente publicada en el perfil del contratante.

Continua señalando que el acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de diciembre de 2018, (acta número 6) de propuesta de adjudicación, es la única que ha

sido formalmente notificada a MHC, y que hasta la misma no se ha tenido conocimiento de la existencia de un acto que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, pues, hasta este momento, no ha conocido que el órgano de contratación no iba a valorar su oferta en los lotes referenciados, al no estar la misma incluida en la propuesta que la mesa de contratación le ha elevado.

Finalmente manifiesta que si bien en los acuerdos de la Mesa de contratación recogidos el acta número 2 ya preveía los motivos de exclusión al hacer referencia al informe técnico de valoración de las condiciones técnicas de ejecución, ésta no llevaba consigo un acuerdo formal y expreso de exclusión de la oferta de MHC contra él pudiera intuir que debía interponer recurso, ni fue notificada de forma expresa.

Respecto a estas alegaciones, hay que manifestar, en primer lugar, que en contra de lo que sostiene el recurrente, la inclusión como anexo al acta de la Mesa de contratación del informe técnico sobre cumplimiento de especificaciones técnicas supone la aceptación de la Mesa de lo propuesto en el mismo, resultando pertinente el procedimiento realizado dado lo voluminoso de la información por la existencia de 42 lotes. Ello supone que la Mesa acordó con fecha 7 de junio de 2018 la exclusión para los lotes 5, 6, 10 y 11 de la empresa MHC. Este acuerdo se publicó en el perfil de contratante el 21 de junio de 2018, sin que fuera notificado al recurrente.

En el caso que nos ocupa, el recurrente ha pretendido interponer recurso especial contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 7 de junio de 2018, por la que se acordó su exclusión para los lotes 5, 6, 10 y 11.

Sin embargo, interpone recurso *“contra el acta número 6 dictada por la Mesa de contratación en fecha 21 de diciembre de 2018, por el cual se acuerda la exclusión de Mölnlycke Health Care S.L. de los lotes número 5 (orden 6), 6 (orden 7), 10 (orden 11) y 11 (orden 12) del contrato (Acuerdo marco) de suministro de material desechable de cirugía laparoscópica (42 lotes) para los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”*.

No obstante, aunque formalmente recurre el acuerdo de propuesta de adjudicación, que fue lo que acordó la Mesa en la fecha señalada por el recurrente, del escrito del recurso queda claro que su pretensión se refiere a la exclusión de la licitación para los lotes 5, 6, 10 y 11 que tuvo lugar por acuerdo de la Mesa de Contratación de 7 de junio de 2018, publicada en el Perfil del Contratante el 21 de junio de 2018, no realizándose notificación al recurrente.

El recurrente manifiesta que tuvo conocimiento de dicha exclusión por la notificación de la propuesta de adjudicación de fecha 28 de enero de 2019 para otros lotes, cuando se le requiere la documentación justificativa de estar al corriente en obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. Dado que no existen elementos que hagan dudar a este Tribunal de la certeza de esta afirmación, procede admitir la tramitación del recurso en los términos señalados por el recurrente de conformidad con el artículo 50.1 c) de la LCSP, aplicando los principios de tutela judicial efectiva y economía procedimental.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, el recurrente fundamenta su recurso en que su oferta cumple las especificaciones técnicas de los pliegos para los lotes 5, 6, 10 y 11.

En lo referente al lote 5, *“Instrumento recogida y extracción de especímenes, con mecanismo de apertura y cierre, bolsa de alta resistencia que garantice la ausencia de fugas, resistente a desgarros, para utilización con cánula de 15 mm, volumen entre 1200 y 1500ml”*.

La causa de exclusión fue que *“presenta un volumen de 1.125 cc, inferior a lo solicitado”*.

Por su parte, el recurrente manifiesta que en la ficha técnica entregada, la cual consta en el expediente de referencia, si bien se indica un volumen de 1.200 ml, en el envase estéril del producto aparece 1.150 ml como volumen de referencia. A tal efecto,

se acompaña como documento número 10, una declaración por parte del fabricante en la que indica que el volumen de la bolsa presentada (referencia 899112) cumple con las especificaciones técnicas, al estar tramitando la modificación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que revisadas las documentaciones y muestras presentadas a dicho lote, se ratifica en lo indicado en el informe técnico emitido el 25 de mayo de 2018.

En el informe del fabricante a que hace referencia el recurrente señal que *“El volumen total de la bolsa es de 1850 ml en su disposición totalmente abierta, medida desde el aro metálico de la bolsa. Mölnlycke ha establecido un volumen de 1150ml. Con esta declaración, Mölnlycke establece un volumen recomendado de 1500ml para un cierre fácil de la bolsa, una vez recogido el espécimen”*.

Esta afirmación no desvirtúa el criterio mantenido por el órgano de contratación, ya que el término *“volumen recomendado”* no acredita de modo fehaciente el cumplimiento de la prescripción técnica, por lo que debe primar el criterio mantenido por aquel.

Por todo ello, este motivo debe ser desestimado.

En lo referente a lote 6, *“Disector entre 28-35 cm longitud, 5 mm de diámetro, eje rotatorio y adaptador monopolar. Bisagras de apertura del cabezal totalmente integradas en el vástago de la pinza”*.

La causa de exclusión fue que *“la ofertas presentada por esta empresa presentan un instrumento con bisagras de apertura del cabezal no integradas totalmente en el vástago”*.

El recurrente señala que los productos fabricados por MHC, en todo su catálogo de pinzas de instrumental laparoscópico, siguen los mismos estándares de calidad.

Así, en el proceso de fabricación de las pinzas, se encuentra integrado en el vástago cada una de las puntas de las pinzas. De hecho, basta observar los productos de MHC con los de la mercantil Medtronic (Covidien), cuyas pinzas sí se han admitido en la licitación, para comprobar que la punta está integrada de la misma forma, siendo la única diferencia perceptible la diferencia de color y no de integración, siendo sustancialmente idénticas.

Por su parte el órgano de contratación señala que una vez analizada nuevamente la muestra presentada se ratifica en su informe, considerando que *“presenta un instrumento con bisagras de apertura del cabezal no integradas totalmente en el vástago”*.

El recurrente incorporó al texto del recurso fotografías del disertor presentado como muestra por él mismo y el presentado por la empresa Mectronic que fue admitida a la licitación, asegurando que la punta está integrada de igual forma.

Ante la dificultad de comprobar dicho extremo a través de las fotografías, se acordó requerir al órgano de contratación para que enviase ambas muestras, comprobándose que en el disertor presentado por el recurrente las bisagras de apertura del cabezal no están totalmente integradas en el vástago, incumpliendo de este modo las características técnicas requeridas en los Pliegos.

Por todo lo anterior, este motivo debe ser desestimado.

Respecto a los lotes 10 y 11 para los que el recurrente hace una motivación conjunta, lotes 10, *“Tijera curva longitud entre 31-35 cm, de 5 mm de diámetro, filo 16 mm eje rotatorio de 360º con rotor ergonómico, con adaptador monopolar, corte en toda la longitud y articulación de la bosa recubierta por aislante”*.

Lote 11 *“Tijera curva longitud entre 31-35 cm, de 5 mm de diámetro, filo 10mm eje rotatorio de 360º con rotor ergonómico, con adaptador monopolar, corte en toda la longitud y articulación de la bosa recubierta por aislante”.*

El motivo de exclusión ha sido el mismo para ambos, en concreto, *“presentar una tijera que no corta en toda su longitud (Se solicita con corte en toda su longitud)”* añadiendo para el lote 11 que *“presenta tijera con rotor no ergonómico”*

Por su parte, el recurrente señala que no es correcta la afirmación realizada, ya que las tijeras monopolares de MHC presentan una hoja afilada en toda la superficie para poder garantizar el corte de tejidos y/o hilos. Adjunta ficha técnica del producto entregada al órgano de contratación, donde se especifica que *“las afiladas hojas de mandíbula Metzenbaum aseguran un corte preciso y limpio a lo largo de toda su longitud”.*

Señala que se han admitido los productos de otros licitadores, similares a los presentados por MHC. Respecto al lote 11 añade que obstante, el diseño de los mangos de las tijeras, incluyen una rueda de rotación suave de 360º, accesible a todos los tamaños de manos, que permite su giro suave tanto con la tijera cerrada como abierta.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe manifiesta que revisada la documentación y las muestras para ambos lotes se ratifica en su informe de 25 de mayo de 2018.

Tratándose, por tanto, de una apreciación eminentemente técnica, el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“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 incurra 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 entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: 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 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”. En el mismo sentido la Resolución 1036/2018 del TACRC donde se señala “(...) Sin que en el contenido del informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación”.*

*Así mismo la Resolución 915/2018 del mismo Tribunal “Al respecto, debemos establecer una premisa fundamental, como es la de que las valoraciones de las ofertas realizadas por la mesa de contratación, con base en los dictámenes o informes técnicos elaborados “ad hoc” por órganos especializados no pueden ser sustituidas por las valoraciones que pueda hacer este Tribunal. Es decir, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Sin embargo, ello no significa, como ya hemos apuntado anteriormente, que este Tribunal no pueda entrar a analizar el resultado de estas valoraciones, sino que este análisis debe limitarse 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 arbitrarios o discriminatorios o*

*que no se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

Como se ha señalado anteriormente, la valoración técnica está dotada de presunción de acierto y veracidad, de modo que sólo cabe frente a ella una prueba suficiente de que es manifiestamente errónea o se ha dictado en clara discriminación de los licitadores, circunstancias que no se dan en el caso que nos ocupa.

Vistos los argumentos expuestos por el recurrente y el órgano de contratación, se aprecia claramente que se trata de apreciaciones subjetivas, frente a las cuales debe prevalecer el criterio técnico de la Administración, que a juicio de este Tribunal aparece como suficientemente motivado y razonable.

Por todo lo anterior, este 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 don J.D.B., en representación de la empresa Mölnlycke Health Care, S.L., contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 21 de diciembre de 2018 referente al Acuerdo Marco de suministros “Material desechable de cirugía laparoscópica del Servicio Madrileño de Salud”, para los lotes 5, 6, 10 y 11.

**Segundo.-** Levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento para los lotes 5, 6, 10 y 11 acordada el 20 de febrero de 2019.

**Tercero.-** 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.

**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.