

Recurso nº 313/2024
Resolución nº 316/2024

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

En Madrid, a 8 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de EVERSENS, S.L. contra los pliegos que rigen la licitación del contrato de “Suministro de sensor medidor de óxido nítrico para el Hospital Universitario Infanta Sofía”, número de expediente A/SUM-025548/2024 (GCASU2400008), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncio publicado el 24 de junio de 2024 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 192.000 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación no se ha presentado ninguna entidad.

Segundo. - El 12 de julio de 2024 EVERSENS presenta ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación alegando que el procedimiento limita la competencia.

El 15 de julio de 2024 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso junto con 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), solicitando la desestimación del recurso.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el 15 de julio de 2024.

El 17 de julio de 2024 se reúne la mesa de contratación acordando en dicha sesión proponer al órgano de contratación declarar desierto el procedimiento al no haberse presentado ninguna oferta.

Posteriormente el órgano de contratación declara desierto el procedimiento de licitación.

Tercero. - 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 legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador *“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 los pliegos fueron publicados el 24 de junio de 2024, e interpuesto el recurso el 12 de julio de 2024 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra los pliegos que rigen la licitación 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.a) de la LCSP.

Quinto. - Alega la recurrente que la cláusula 4 del PPT recoge las condiciones que han de regir el equipo solicitado: *“Sistema para la detección de la inflamación de las vías aéreas tanto altas como bajas, revelando instantáneamente la mala adherencia al tratamiento antiinflamatorio, mediante valores de Óxido Nítrico exhalados por método electroquímico, además de permitir la previsión de exacerbaciones. Deberá poderse conectar a un sistema informático de gestión de pacientes. Dispondrá de dos modos de espiración adulto 10 segundos y pediátrico 6 segundos. Permitirá la medición de óxido nítrico nasal. Portátil, con pantalla táctil y un sistema informático*

para su conexión. No requerirá ni mantenimiento preventivo ni calibración. Permitirá la inhalación de la muestra de aire a través del dispositivo para evitar la contaminación de la muestra de aire expirado con óxido nítrico ambiental.”. EVERSENS resalta en negrita la característica técnica “permitirá la medición de óxido nítrico”.

Manifiesta que, evaluados los equipos de otros fabricantes, ha podido observar que únicamente existe una casa que fabrique un sistema con estas características en el mercado, quedando limitada por completo la competencia. Adjunta una tabla de las diferentes características para los fabricantes que hay en el mercado de forma que se evidencia que el único que cumple todas las condiciones impuestas en el pliego es NIOX.

Considera que atendiendo a la especificidad de los criterios de participación que recoge el PPT, parece confeccionado a medida de las características técnicas de “NIOX VERO” que coinciden en todos sus puntos con la redacción del pliego.

Alega incongruencia ente el informe de necesidad y las características del PPT pues la finalidad del equipo, descrita entre las ventajas de la medición del óxido nítrico es ajustar las dosis de corticoides inhalados, detectar si se está tomando la medicación, prevenir agudizaciones de los procesos asmáticos y evitar falsos diagnósticos de asma. Como podemos comprobar, entre estas finalidades no se recoge el diagnóstico de discinesia ciliar primaria, única función que aporta como mejora la nNo, siendo suficiente para cumplir con el informe de necesidad el sistema FeNo. Es por este motivo, que considera arbitraria y desproporcionada la inclusión entre las características técnicas imprescindibles la capacidad de medir la nNo del equipo.

Por su parte el órgano de contratación expone la importancia que tiene para el Hospital la posibilidad de realización de óxido nítrico nasal:

“Esta técnica mide el óxido nítrico en vías respiratorias superiores. Es una prueba no invasiva, sencilla, segura y repetible en pacientes a partir de 5 años.

Existen varios estudios que remarcan la importancia de la medición de óxido nítrico nasal entre ellos la Sociedad Respiratoria Europea y la American Thoracic Society por los siguientes motivos:

El óxido nítrico nasal es un buen biomarcador para las siguientes patologías: Rinitis alérgica, fibrosis quística, sinusitis. Es un marcador sensible y específico para la discinesia ciliar primaria. Midiendo las vías superior e inferior facilita el diagnóstico de estas patologías.

Un óxido nítrico nasal aumentado apunta a un diagnóstico de rinitis alérgica (aunque un óxido nítrico nasal normal o disminuido no la excluye).

Un óxido nítrico nasal bajo (< 421 ppb) se asocia muy significativamente (VPP del 87% y VPN del 91%) con sinusitis crónica con poliposis nasal y puede sugerir al doctor hacer estudios complementarios (fibroendoscopia nasal, TAC senos).

Un óxido nítrico nasal extremadamente bajo sugiere una Fibrosis quística o un Síndrome de Kartagener.

Se ha mostrado útil para monitorizar la respuesta al tratamiento de la rinosinusitis crónica. La principal fuente de óxido nítrico se produce en las células ciliadas que recubren el interior de los senos paranasales. Los pacientes con sinusitis crónica presentan un óxido nítrico nasal disminuido, debido a que estas células se encuentran cubiertas por gran cantidad de moco y/o pus y porque la luz del conducto de salida de los senos maxilares a la cavidad nasal (ostium) se encuentra obstruido. Cuando a estos pacientes se les pone un tratamiento adecuado (antibióticos durante 1-3 meses y/o corticoides y/o cirugía) puede observarse un claro aumento del óxido nítrico nasal. Este aumento se correlaciona significativamente con la mejoría observada en el TAC de los

senos paranasales. La correlación es tan significativa que se ha sugerido el usar la medición de óxido nítrico nasal en lugar del TAC para comprobar la respuesta al tratamiento y evitar el exceso de radiaciones.

Por otro lado, es muy interesante que los niveles de FENO nasal se correlacionen significativamente con los síntomas de Rinitis alérgica y PIF y en los pacientes con asma con el PEF.

Se adjuntan artículos científicos que hacen referencia a lo anteriormente comentado y como bibliografía se pueden consultar: Lucas JS, Barbato A, Collins SA, et al. European Respiratory Society guidelines for the diagnosis of primary ciliary dyskinesia. Eur Respir J 2017.

Referente a la incongruencia entre el informe de la necesidad y las características del PPT a las que hace referencia la empresa recurrente:

El informe de la necesidad hace referencia a la vía respiratoria alta que se refiere a nasal. En el recurso se indica que la única finalidad de la medición de óxido nítrico nasal es el diagnóstico de la discinesia ciliar primaria, sin embargo, como se ha expuesto previamente tiene otras utilidades como ser un biomarcador para rinitis alérgica, fibrosis quística y sinusitis. Por otro lado, la medición de óxido nítrico nasal puede ayudar a prevenir agudizaciones de los procesos asmáticos y evitar falsos diagnósticos de asma, como está especificado en el informe de la necesidad del hospital. Ese objetivo tiene una correlación clara con el diagnóstico de las patologías como rinitis alérgica, fibrosis quística y sinusitis. La rinitis es un factor de riesgo para padecer asma y otras afecciones nasosinusales como poliposis y la sinusitis crónica también se asocian con frecuencia al asma además de influir en su gravedad.

Por todo lo expuesto anteriormente:

Se considera que no hay ninguna limitación a la concurrencia por los siguientes motivos:

El hospital dispone desde el año 2020 de la posibilidad de utilización del óxido nítrico nasal. Renunciar a dicha funcionalidad supondría una merma en la calidad de la asistencia sanitaria que el hospital puede llegar a prestar.

Por el hecho de que una empresa comercialice un equipo que no dispone de esta funcionalidad, no es limitación a la concurrencia sino falta de desarrollo tecnológico en el equipo comercializado ya que otras empresas lo incorporan hace mucho tiempo.

Existen otras casas comerciales que disponen de dicha posibilidad: Hyp Air FENO de Medisoft y Sanrosan, pudiendo existir más.”

Vistas las alegaciones de las partes, la recurrente dice que sólo hay una casa que cumpla con todas las características técnicas que se exige en el pliego, sin embargo para manifestar su desacuerdo solo hace referencia la características técnicas de “*permitirá la medición de óxido nítrico*”.

Del cuadro que adjunta, analizando las empresas que cumplen con las características técnicas, no se puede acreditar que no existan más fabricantes que los allí analizados pues el órgano de contratación refiere a otras casas comerciales que no se citan por la recurrente.

EVERSENS solo expone su oposición sobre la medición de óxido nítrico nasal que a la vista de los manifestado por las partes se pone de manifiesto 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.

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.

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 consecuencia, se desestima el recurso.

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 EVERSENS,S.L. contra los pliegos que rigen la licitación del contrato de “Suministro de sensor medidor de óxido nítrico para el Hospital Universitario Infanta Sofía”, número de expediente A/SUM-025548/2024 (GCASU2400008).

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.

