

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa B. BRAUN MEDICAL, S.A. (en adelante, Braun), contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de octubre de 28 de junio de 2024 por el que se adjudica el Lote 1 del contrato de “Suministro de Bomba Automática de llenado y material fungible necesario para la preparación de nutriciones parenterales por el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid”, Expediente 2023-0-81, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fechas 30 de abril y 3 de mayo de 2024 se publicó, respectivamente en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 320.133,05 euros y dispone de un plazo de ejecución de doce meses.

Segundo. – A la presente licitación se presentaron cuatro ofertas, entre ellas la de la recurrente.

Mediante resolución del órgano de contratación de 13 de octubre de 2023 se inició el expediente de contratación del suministro de referencia.

Con fecha 1 de marzo de 2024 se aprobó el expediente y se dispuso la apertura de procedimiento abierto para su adjudicación.

Realizada la apertura y evaluación de las ofertas recibidas, con fecha 26 de junio de 2024 la Mesa de contratación propuso la adjudicación del contrato.

Mediante Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de octubre de 28 de junio de 2024 se adjudica el Lote 1 del contrato de referencia.

El 16 de julio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Braun, en el que solicita la nulidad de la adjudicación del contrato.

El 13 de agosto de 2024 el órgano de contratación remitió 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 (en adelante, LCSP).

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el 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 (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea

necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018.

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 que fueron presentadas en plazo y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

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. - La recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso al tratarse de un licitador clasificado en segundo lugar, cuyos derechos e intereses legítimos se pueden ver afectados, conforme a lo dispuesto en el 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 el acuerdo impugnado fue publicado en 28 de junio de 2024, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 16 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra la adjudicación 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.c) de la LCSP.

Quinto. - El recurso se fundamenta en la errónea oferta presentada por BAXTER, adjudicataria del contrato, que atentaría a la igualdad en la concurrencia competitiva que la contratación supone.

Dentro del Lote 1, existen 6 números de orden, al cual se tienen que ofertar en su totalidad. En concreto el orden 1.2 es el Set de material fungible que requiere la Bomba automatizada de llenado para nutrición parenteral del Orden 1.1. Los órdenes del 3 al 6 son las diferentes bolsas de nutrición parenteral.

Señala que, tras la revisión del expediente de Baxter han encontrado varias discrepancias en la documentación presentada, todas ellas relacionadas con la valoración económica del fungible necesario para el montaje diario de las como mínimo 20 mezclas que debe elaborar la máquina y que se requiere en el PPT.

En el sobre 3.1 en el PCAP se solicita: *“Listado valorado y codificado de todos los accesorios y fungible que utiliza y requiere el sistema, según lo estipulado en la cláusula 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).”* En la página 12/13 del PCAP solicitan este listado valorado según se vaya a utilizar y no es así como Baxter lo presenta.

Se indica claramente que la *“No presentación de esta documentación o la presentación de documentación defectuosa supondrán la exclusión de la oferta del licitador”*. Este desglose que forma el Kit del fungible Baxter lo valora en la oferta económica (sobre 3.2) y es donde lo relaciona y valora erróneamente, no pudiendo realizar la sesión diaria que marca el pliego con el fungible que relaciona. Tal y como solicitaba el pliego, la bomba automatizada de llenado debía de ser de al menos 20 canales (Baxter ofertó una de 24 canales y así fue valorada en los criterios automáticos) y ésta necesita diariamente 20 unidades de la Línea EM2400 – Referencia H938173 (24 en su caso).

El cómputo total del fungible que Baxter indica, 83,60 euros, señala, no permite realizar la nutrición como el Órgano solicita.

Si se tuviesen en cuenta 20 canales el coste del fungible diario serían 155 euros en lugar de 83,60 euros. La referencia H938173 de 4,4 euros debería multiplicarse por 20 unidades al día y sumarle una unidad de la referencia H938724E que es la válvula central 67 euros.

Si se tuviesen en cuenta 24 canales el coste del fungible diario serían 172,6 euros en lugar de 83,60 euros. La referencia H938173 de 4,4 euros debería multiplicarse por 24 unidades al día y sumarle una unidad de la referencia H938724E que es la válvula central 67 euros.

Apelan a la igualdad en la concurrencia competitiva de la contratación, ya que el error que Baxter ha tenido en los cálculos del fungible, ha hecho que sea el adjudicatario, dejando en total indefensión al resto de licitadores.

Concluye solicitando la exclusión de la empresa BAXTER por no realizar correctamente los cálculos del orden 1.2 (Set de material fungible) y por no aportar la documentación que solicitaban en el sobre 3.1 correctamente.

Por su parte, el órgano de contratación alega que estas bombas, objeto del concurso, tienen distintos canales por donde se infunden los distintos componentes para preparar la nutrición parenteral. A su vez las casas comerciales tienen distintos tipos de canales. En los pliegos solo se indicó que se necesitaban 20 canales, sin especificar el tipo de líneas. BAXTER, en su oferta, especifica el coste de sus 4 tipos de líneas, pero no hace una configuración total de 20 líneas por lo que su oferta es errónea.

Por su parte, el adjudicatario se opone a la estimación del recurso, considerando que su oferta es conforme a las exigencias de los pliegos.

Alega que presentó su oferta económica, dónde sí se valora el material del set de fungible, siguiendo las indicaciones de lo dispuesto en los Pliegos. Además, en la

documentación técnica aportada, se muestra el listado de fungibles y accesorios que pueden llegar a usarse por cada línea según necesidades del hospital y del paciente, no especificadas en ningún momento en el pliego.

En ningún momento, dada las características del set, se podría haber determinado qué fungible se va a utilizar, pudiendo usarse varios y diferentes canales. La máquina de Baxter, en contra de lo que expresa B. Braun, puede usarse con 20 canales como exige el pliego, pero ofrece la posibilidad añadida de usarse con 24 canales, según necesidades del órgano de contratación. Siendo este un criterio evaluable con 2 puntos, no entendiendo *“que pueda llegar a perjudicar a mi representada a la hora de tener en cuenta la valoración global de la oferta económica”*. La oferta de Baxter cumple con las especificaciones del pliego, sin interpretación alguna válida. Se pide la valoración del set de fungible, y así se refleja. Pero no puede suponer ni adelantar qué líneas usarán.

Es el propio órgano de contratación el que reconoce este extremo en el informe técnico respecto al recurso especial presentado por la empresa Braun. Resolución que, por otra parte, esta parte no entiende, puesto que, si bien está reconociendo dicho extremo, después no puede desdecirse y hacer una interpretación posterior de los mismos.

Añade que Braun ha elaborado el recurso utilizando un ejemplo con 20 unidades de la línea más cara. Además, en todos los clientes de Baxter se verifica variabilidad de líneas en la configuración utilizada. No hay forma de prever que tipo de línea el cliente irá a utilizar sin saber que ingredientes utiliza. Y por ello, el pliego no te pide el desglose de estas líneas, más que su valoración.

No se concreta en los pliegos si se usarán esos 20, 16 o 24 canales, ni que tengan que indicar el precio global teniendo en cuenta 20 canales. De hecho, la máquina que se oferta por Baxter ofrece la posibilidad del uso de 24 canales. El hecho de dar una valoración global a los 20 canales por set de fungible no deja de ser una interpretación del recurrente, no ajustándose a lo que estrictamente exige el pliego. Y,

reitera no se puede hacer el cálculo de 20 canales con un solo tipo de línea, puesto que el uso del tipo de líneas depende de las necesidades del hospital, no concretadas en los pliegos.

Finalmente, señala que Braun sostiene que la máquina que oferta Baxter dispone de 11 canales según la fotografía que adjunta. Sin embargo, en esta fotografía no se pueden ver los canales que dispone la máquina de forma adecuada. Estos 24 canales pueden verse en el Catálogo aportado por Baxter en el expediente.

Vistas las alegaciones de las partes procede dilucidar si la oferta presentada por Baxter cumple las exigencias de los pliegos.

La controversia se centra básicamente en si la oferta de la adjudicataria incluye la configuración de 20 canales como exigen los pliegos.

El órgano de contratación dio inicialmente por correcta la oferta presentada por Baxter, si bien en vía de recurso, una vez comprobada nuevamente dicha oferta, admite el incumplimiento del requisito, ya que no hace una configuración total de 20 líneas por lo que su oferta es errónea.

Como manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015, de 11 de marzo de 2015, y más recientemente la Resolución nº 28/2021, de 21 de enero: *“El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP (actual 57.2 LCSP) establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga ‘infracción manifiesta del ordenamiento jurídico’ (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa)”*. Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de

contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante, a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión.

Sobre la valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas la del órgano de contratación viene amparada por la reiteradísima doctrina de la discrecionalidad técnica, a tenor del cual esa valoración técnica no es sustituible por una valoración jurídica propia del Tribunal de Contratación, por lo que, salvo acreditación de un error manifiesto, prevalece la misma.

Así, por ejemplo, en Resolución 269/2022, de 7 de julio, de este Tribunal: *“Vistas las posiciones de las partes 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>Asimismo, procede traer a colación la doctrina mantenida por el TACRC, que este Tribunal comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad

de los informes técnicos. Sirva de ejemplo su Resolución 980/2019, 6 de septiembre, donde afirma >En este punto, es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados” (...)>.

O también, como señalamos en Resolución 266/2022, de 7 de julio: *“A la vista de las manifestaciones de la recurrente y del órgano de contratación debe señalarse 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”.

O en la Resolución 434/2022, de 17 de noviembre: *“Por otro lado, la discrecionalidad de los técnicos del órgano de contratación en la valoración del cumplimiento de las prescripciones no puede desplazarse por consideraciones jurídicas del Tribunal, al que solo resta apreciar la posible existencia de algún error material evidente (“de visu”) o alguna incongruencia, puesto de manifiesto en las alegaciones y documentación del recurrente. O se proponga y practique alguna prueba pericial capaz de desvirtuar la presunción de acierto del dictamen técnico oficial. Como no se ha hecho esta valoración, tampoco puede apreciar estas circunstancias”.*

En el caso que nos ocupa, la cuestión objeto de controversia requiere una interpretación técnica, para la que se requiere una pericia de la que este Tribunal carece. Es la Jefa de Sección del Servicio de Farmacia la que, una vez revisada la documentación presentada por Baxter tras el recurso presentado, concluye que la oferta no hace una configuración total de 20 líneas por lo que su oferta es errónea.

Por tanto, en el presente supuesto, el allanamiento del órgano de contratación a la pretensión del recurrente no solo no constituye infracción alguna del ordenamiento jurídico, sino que promueve el correcto cumplimiento de las normas de contratación, por lo que el acuerdo de adjudicación debe ser anulado.

En consecuencia, procede la estimación del recurso, anulándose la adjudicación del contrato.

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. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal la empresa B. BRAUN MEDICAL, S.A. contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de octubre de 28 de junio de 2024 por el que se adjudica el Lote 1 del contrato “Suministro de Bomba Automática de llenado y material fungible necesario para la preparación de nutriciones parenterales por el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid”, Expediente 2023-0-81.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto 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.