RE 097/2018

Acuerdo 98/2018, de 5 de octubre de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "TELEFLEX MEDICAL, S.A." frente a la adjudicación del contrato denominado «Material sanitario e implantes de Urología», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación relativo al contrato indicado en el encabezamiento de este Acuerdo, se publicó en el Boletín Oficial de Aragón el día 28 de julio de 2017, en el Diario de la Unión Europea el día 29 de julio de 2017 y en el Perfil del Contratante del Gobierno de Aragón el 31 de julio de 2017. Por último, el mismo anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 14 de agosto de 2017.

Se trata de un contrato de suministros, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, sujeto a regulación armonizada y un valor estimado de 1.309.361,52 euros, IVA no incluido.

El procedimiento contemplaba la posibilidad de licitar por lotes y sublotes o partidas dentro de un mismo lote.

Segundo.- Una vez tramitado el correspondiente procedimiento, el órgano de contratación dictó, con fecha 23 de agosto de 2018, resolución por la que se adjudica, por lo que a este expediente interesa, el Lote 1, Posición 24, a favor de la entidad "IMEX SALUD, S.L.". Dicha resolución fue publicada en el Perfil del Contratante del Gobierno de Aragón y notificada, a la ahora recurrente, con fecha 24 de agosto de 2018.

Tercero.- El día 14 de septiembre de 2018, se recibió en este Tribunal correo electrónico anunciando la interposición de escrito de recurso especial en materia de contratación. Dicho correo electrónico adjuntaba escaneado el escrito del recurso contra la adjudicación del contrato de referencia, así como un ticket de la Sociedad de Correos y Telegráfos, S.A. emitido el 13 de septiembre de 2018 a las 21,26 horas.

El día 18 de septiembre de 2018, se recibió en el Registro de este Tribunal el escrito original del recurso.

Del recurso se dio traslado al órgano de contratación quien remitió el expediente de contratación el día 21 de septiembre de 2018, a través del Registro de este órgano, junto con el informe sobre el recurso.

Cuarto.- Con fecha 21 de septiembre de 2018 se dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras otorgándoles un plazo de 5 días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado, con fecha 27 y 28 de septiembre, y por tanto en plazo, respectivamente, "BEST MEDIC, S.A." e "IMEX SALUD, S.A.", oponiéndose al mismo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "TELEFLEX MEDICAL, S.A." para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

SEGUNDO.- El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro de valor estimado superior a sesenta mil euros, convocado por un ente del sector público y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible del recurso especial en materia de contratación, al amparo del artículo 44 –apartados 1.a) y 2.c)– de la LCSP y del artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en los que se fundamenta el recurso.

En el escrito de recurso se afirma, que las proposiciones de la empresa que ha resultado adjudicataria, "IMEX SALUD, S.A." y de otra de las

licitadoras admitida en el procedimiento, "BEST MEDIC, S.A.", no se ajustan a las especificaciones técnicas exigidas por los Pliegos, de manera que debieron ser excluidas, por lo que la resolución de adjudicación incurre en causa de anulabilidad.

Señala la recurrente que respecto al producto constitutivo del Lote 1 posición 24, cuya adjudicación se recurre, consistente en clips de ligadura HEM-O-LOK, el PPT exige que sean compatibles con el instrumento HEM-O-LOK y estériles. Y según la recurrente, el sistema ofrecido por ella, «*el sistema de ligadura de WECK® es un aplicador de clip polímero automático con capacidad para colocar y extraer clips*», que tiene una notable presencia, según afirma, en centros hospitalarios de Aragón. Pues bien, según ella, «*los clips WECK® HEM-O-LOK, no han sido validados para su uso con ningún otro sistema de aplicación o extracción, de manera que, disponiendo el propio órgano de contratación, como es el caso, de aplicadores WECK®, sólo puede hablarse de compatibilidad con los clips de ligadura del sistema HEM-O-LOK de la que resulta ser fabricante la empresa TELEFLEX MEDICAL, S.A.*» (la recurrente).

Es decir, que según el escrito de recurso, la única que propone un aplicador compatible con el del producto a suministrar es la propia recurrente, de manera que las otras licitadoras no cumplen con lo exigido en el pliego.

Respecto a la cuestión de la esterilidad, la recurrente manifiesta que dicha característica se exige respecto del aplicador y afirma que el único aplicador de clips desmontable y, por tanto, que permite su

limpieza para obtener la esterilidad exigida, de entre todos los ofertados por los licitadores, es el propuesto por la recurrente y, en consecuencia, los aplicadores de las otras licitadoras no cumplirían dicha prescripción técnica. Para acreditar tal extremo remite a la página web de una de las licitadoras, y aporta, respecto a la otra, un folleto informativo comercial.

Respecto a ello, el informe del órgano de contratación emitido con ocasión del presente recurso señala:

«Los clips de ligadura de polímero son utilizados para realizar la oclusión permanente alrededor de los vasos sanguíneos, tanto en cirugía abierta como laparoscópica, necesitan de un aplicador para colocarlos. Cada casa comercial debe proveer de este aplicador al Hospital una vez haya sido adjudicataria de los clips, según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, donde dice que los licitadores deberán incluir en su oferta el material y la cesión en uso de equipos que el Hospital considere necesarios, por los que los clips Weck® Hem-o-Lock® de TELEFLEX no son necesarios para aplicar los clips de otra casa comercial, ya que la empresa IMEX SALUD, S.L. dispone de aplicadores marca WEDU® compatibles con sus clips de polímero, así como BESTMEDIC también dispone de aplicadores marca GRENA® compatibles con sus clips Click'av.

La prescripción técnica "estéril", a la que se refiere la descripción del material 7553, hace referencia al material ofertado y no a la esterilización de los aplicadores. En relación con los aplicadores y su esterilización de los aplicadores.

En relación con los aplicadores y su esterilización para su posterior uso, tanto IMEX SALUD, S.L. como BESTMEDIC disponen de aplicadores de clips con vástago desmontable para su correcta limpieza y esterilización (adjuntamos documentación)».

Este Tribunal ha podido comprobar que, en el informe de valoración de los criterios sujetos a evaluación previa, emitido por los asesores de la Mesa de contratación, de fecha 24 de abril de 2018 que obra en el expediente administrativo, se señala respecto de las dos licitadoras cuyo cumplimiento de las prescripciones técnicas se cuestiona respecto de la posición 24 del Lote 1, cuya adjudicación es objeto del presente recurso, lo siguiente:
«*Calidad y prestaciones adecuadas. Correcta capacidad de cierre del clip*».

En el escrito de alegaciones, "BEST MEDIC, S.A." señala que el producto por ella ofertada cumple perfectamente con lo exigido en el PPT, como se puede comprobar a la vista de su ficha técnica. Remarca que el objeto de la licitación es un clip de polímero de ligadura, no un aplicador, así como que los clips que ofrece esta empresa también cuentan con presencia en numerosos centros hospitalarios de Aragón –mismo argumento que se usa en el escrito de recurso- y que requieren de sus propios aplicadores para su uso, no pudiendo utilizar tampoco los aplicadores de la recurrente para colocar sus clips al igual que a la inversa. No obstante señala que «*nuestro clip se ha validado y valorado técnicamente con los aplicadores existentes en el hospital*» habiendo quedada validada dicha compatibilidad. Finalmente expresa que sí

disponen de aplicadores desmontables y que sus aplicadores, que están descritos en su ficha técnica que obra en el expediente administrativo, cumplen con todos los requisitos necesarios para su reprocesamiento y esterilización. Acompaña a su escrito diversa documentación en apoyo de tales afirmaciones.

En el escrito de alegaciones, la empresa adjudicataria, "IMEX SALUD, S.A.", se expresa en similares términos resaltando que su producto cumple perfectamente las prescripciones técnicas exigidas en el PPT. También señala que su propuesta comprende el instrumental compatible con el clip de ligadura que ofrece. Asimismo, indica que los pliegos no especifican que el aplicador sea desmontable, por lo que no resulta exigible, por lo que el argumento de la recurrente carece de fundamento.

Es doctrina consolidada de todos los Tribunales Administrativos de contratos (por todos, los Acuerdos de este Tribunal 78/2013, de 23 de diciembre, 8/2014, de 11 de febrero, y 15/2017, de 20 de febrero, así como las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –en adelante, TACRC– 176/2011, de 29 de junio, 209/2013, de 5 de junio, 431/2013, de 2 de octubre, 908/2014, de 12 de diciembre, y 313/2017, de 31 de marzo), que la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas, es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación, y que los Tribunales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. Pues bien, a este

tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «discrecionalidad técnica» de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999).

En este sentido se manifiesta la citada Resolución 313/2017 del TACRC, que este Tribunal comparte, cuando señala que: «*Procede traer a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al 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. Así, por ejemplo, en la reciente Resolución nº 516/2016, de 1 de julio, ya razonábamos que la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el*

órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor. (...) Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal… Asimismo, dicha resolución señaló que "lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica (..)
En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias».

La aplicación de la doctrina invocada y los términos en los que está planteado el recurso conforme a lo explicado más arriba, debe necesariamente conducir a la desestimación de las alegaciones formuladas por la recurrente, en cuanto vienen a cuestionar la valoración técnica realizada respecto del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas por parte de las propuestas ofertadas por las otras licitadoras y ello, tanto a la vista del informe técnico de valoración de los criterios obrante en el expediente administrativo,

como de lo argumentado en el informe elaborado por el órgano de contratación con motivo del presente recurso, donde se ha podido evidenciar el acierto de dichos informes así como la inexistencia de error o arbitrariedad por parte del órgano de contratación.

Por todo ello, la actuación impugnada es conforme a Derecho, y procede desestimar el motivo del recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por "TELEFLEX MEDICAL, S.A." contra la Resolución del Rector de 23 de mayo de 2018, por la que se adjudica el contrato denominado «Material sanitario e implantes de Urología», promovido por la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de dicha Ley.

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.