

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ACUERDO 68/2015

Acuerdo 68/2015, de 12 de junio de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por BECTON DICKINSON, S.A.U, contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado: «Acuerdo Marco de suministro de agujas y jeringas con destino a los Centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos, del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 31 de diciembre de 2014 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Acuerdo Marco para la contratación del suministro de agujas y jeringas con destino a los Centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud», convocado por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos (en adelante CGIPC) del Servicio Aragonés de Salud, acuerdo marco sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y seis Lotes, con un valor estimado para el conjunto de los mismos de 2 196 469,92 euros, IVA excluido.

En el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), figuran las especificaciones técnicas mínimas que deben reunir los productos ofertados para los distintos lotes, partidas y materiales; y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), se recogen los criterios sujetos a evaluación previa, y su método de valoración.

SEGUNDO.- Por Resolución de 7 de mayo de 2015, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, se adjudicó el referido acuerdo marco en sus distintos lotes, partidas y materiales, siendo publicada en el Perfil de contratante, el 7 de mayo de 2015.

TERCERO.- El 22 de mayo de 2015 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Ricardo Isla Buabent, en representación de BECTON DICKINSON, S.A.U. (en adelante BECTON), frente al acuerdo de adjudicación en lo referente al lote 6, partidas 58 y 59, del «Acuerdo Marco para la contratación del suministro de agujas y jeringas con destino a los Centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud».

El licitador recurrente anunció, el 20 de mayo de 2015, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

a) Que se ha adjudicado el lote 1, partida 58, a la empresa SMITHS MEDICAL ESPAÑA S.L. (en adelante, SMITHS), pese a que su propuesta no cumple con los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP por el que se rige la convocatoria. En concreto, argumenta que el PCAP incluye como criterio sujeto a evaluación previa «tapón que garantice la hermeticidad», y sin embargo, SMITHS ha ofertado un producto que no cumple con ese criterio y, pese a ello, ha obtenido la puntuación máxima (25 puntos). Manifiesta que la jeringa de SMITHS no presenta un tapón como tal, sino un filtro para la eliminación de burbujas de aire, y que ese filtro es permeable y no cumple con lo estipulado en el pliego, que establece expresamente que el tapón de cierre de la jeringa garantice hermetismo, con el fin de evitar la entrada de aire. Considera incomprensible que su propuesta —que sí presenta el tapón hermético solicitado— haya obtenido en este punto la misma puntuación que la de SMITHS. A su juicio, el producto de SMITHS solo podría obtener un máximo de 24 puntos en el subcriterio «adecuación del émbolo», y 0 en el de «tapón que garantice la hermeticidad», por lo que no alcanzaría los umbrales técnicos de puntuación previstos en el PCAP, lo que determinaría su exclusión de la licitación.

b) Que se ha adjudicado el lote 6, partida 59, a SMITHS, pese a que su propuesta no cumple con la exigencia de aportar un tapón que garantice hermeticidad. La recurrente reproduce los argumentos esgrimidos en la partida 58, y aporta catálogos y documentación complementaria.

c) Que a la vista de la doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, han aportado elementos objetivos que obligan a revisar la valoración realizada, sin que pueda considerarse ésta una intromisión en la discrecionalidad técnica de la Administración.

d) Mantiene que concurren causas de nulidad de los procedimientos de selección de los proveedores de la Administración, por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido. Por lo expuesto, solicitan que se retrotraigan las actuaciones, se valoren adecuadamente sus propuestas y la de la adjudicataria en el lote 6, dictando una nueva resolución con adjudicación a la oferta que, en correcta aplicación de los criterios de valoración fijados en el PCAP, sea la económicamente más ventajosa. Pide además, como medida cautelar, la suspensión de la formalización del contrato hasta la resolución del recurso.

CUARTO.- El 25 de mayo de 2015, el Tribunal solicita del CGIPC la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, y el informe al que hace referencia el artículo 46.3 TRLCSP. El 26 de mayo tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

El 28 de mayo de 2015, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso a los licitadores que ostentan la condición de interesados en el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

QUINTO.- El 2 de junio de 2015, D^a Alicia Verger Lacroix, en nombre y representación de SMITHS, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación, por lo siguiente:

a) Indican que SMITHS cumple adecuadamente con los requisitos técnicos exigidos por los pliegos que rigen la licitación, en las dos partidas recurridas. Se remiten a la ficha técnica de sus productos, que incorporan tapón Filter-Pro para el sellado y transporte de la jeringa. Alegan, en concreto, que el tapón de transporte y sellado de la muestra incorpora un dispositivo de eliminación de burbujas de aire con filtro hidrofóbico de seguridad y anticontaminación Filter-Pro.

b) Se remite también a la Guía de uso del dispositivo para eliminar las burbujas de aire y tapón Filter-Pro, donde puede comprobarse que se describe el mismo como tapón, siendo Filter-Pro parte del nombre comercial registrado por SMITHS para el producto.

Explican asimismo que ese dispositivo incorpora una tecnología exclusiva de doble funcionalidad que, por un lado, permite al profesional sanitario expulsar las burbujas de aire de forma segura, y por otro, incluye una función de auto sellado que permite que el dispositivo realice la función de tapón hermético.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa BECTON DICKINSON, S.A.U. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación, en el marco de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y el recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el fondo del asunto, este Tribunal debe pronunciarse respecto de la medida cautelar solicitada por la recurrente, que pide al Tribunal se acuerde la suspensión cautelar de la formalización del contrato hasta la resolución del recurso especial interpuesto. Se debe poner de manifiesto nuevamente a la recurrente (como ya se hiciera en nuestro Acuerdo 71/2014), que la suspensión de la tramitación del expediente de contratación es automática por imperativo legal (ex artículo 45 TRLCSP) cuando el acto recurrido es el de adjudicación, y se mantendrá hasta que se pronuncie expresamente el Tribunal, sin que pueda procederse a la formalización del contrato, ni comenzarse su ejecución. La resolución que adopte deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación, salvo que estimando el recurso declare la nulidad de la misma, en cuyo caso la suspensión queda sin objeto, o si concurren otras circunstancias que exigen mantenerla, como puede ser la retroacción de actuaciones al momento de realizar la notificación, en los casos de notificación defectuosa.

TERCERO.- La cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso, se reduce a comprobar si los productos ofertados por SMITHS —respecto de las partidas 58 y 59— cumplen con los requisitos técnicos establecidos en el PPT; y, en consecuencia, si existe coherencia en las valoraciones técnicas efectuadas en dichas partidas.

Su resolución requiere examinar si las actuaciones del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, al PPT, que junto con el PCAP, constituyen la ley del contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Para ello, este Tribunal debe comenzar recordando, como ya ha venido declarando desde su Acuerdo 1/2011, que el artículo 1 TRLCSP establece como uno de sus fines, el de garantizar el principio de «no discriminación e igualdad de trato de los candidatos». En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia».

El principio de igualdad de trato implica, como ha reiterado este Tribunal en numerosos Acuerdos, por todos el Acuerdo 21/2014, de 31 de marzo, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera.

La regulación legal de las prescripciones técnicas se contiene en los artículos 116 y 117 TRLCSP, refiriéndose a aquellas instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación objeto del contrato, singularmente en el caso de los contratos de suministro se refieren a los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los estándares mínimos que debe reunir dicho producto, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Estas prescripciones técnicas contenidas en los pliegos son las únicas a las que deben atenerse los poderes adjudicadores a la hora de adjudicar.

Entre las prescripciones técnicas puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto. Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable.

Puede haber otras prescripciones que, de acuerdo con lo que se haya establecido en el Pliego, tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación.

En todo caso, la interpretación de los pliegos, corresponde al órgano de contratación, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en el TRLCSP. Prerrogativa que debe ser ejercida, en atención a la prestación misma, que pretende satisfacer el objeto del contrato, y a sus resultados. Lo que, en definitiva, determina la oferta económicamente más ventajosa.

CUARTO.- Sentados estos principios, el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones establecidas en los pliegos se convierte en una cuestión de interpretación de las normas jurídicas —pues los pliegos configuran, como se ha dicho, la ley del contrato— y de prueba, respecto de la cual es necesario comprobar si los productos ofertados por SMITHS, en las partidas recurridas, se ajustan a lo establecido en los mismos, y cumplen con los requisitos exigidos.

La recurrente alega, en primer lugar, que el producto de la adjudicataria —SMITHS— en el lote 6, partidas 58 y 59, incumple los requisitos mínimos exigidos, en concreto respecto de la necesidad de incluir un tapón. Alega que «el presunto tapón no es un tapón propiamente dicho sino un mero filtro que, conforme lo indicado literalmente por SMITHS se limita a expulsar de forma segura burbujas de la muestra sin exposición a sangre. De lo anterior se concluye que la misma SMITHS reconoce que el filtro, que no tapón, es permeable al aire y por lo tanto no cumple el criterio de valoración —Tapón que garantice la hermeticidad— ».

Afirma, además, que aunque los filtros del tipo de jeringas ofertadas por SMITHS se sellan en contacto con el líquido, no permitiendo desde ese instante el paso del aire, si el personal que realiza la extracción no se asegura de expulsar completamente la burbuja y la muestra entra en contacto con el filtro, éste no se sella, permaneciendo permeable al aire.

Para analizar este motivo de recurso hay que partir del PPT, cuyo anexo I describe los materiales de la siguiente manera:

«Lote 6, partida 58, material 50:«Jeringa de tres piezas con aguja de seguridad de 23 G. de 3 ML. Para determinación de gases en sangre arterial. Cono Luer Lock. Tapón. Con heparina de litio balanceada. Estéril».

Lote 6, partida 59, material 34471:

«Jeringa de tres piezas de 3 ML. para determinación de gases en sangre venosa. Cono Luer Lock. Tapón. Con heparina de litio balanceada. Estéril».

A su vez, el PCAP incluye entre los criterios de valoración sujetos a evaluación previa, otorgándole 25 puntos, el siguiente: «Tapón que garantice la hermeticidad.

Método de valoración: Mediante manipulación táctil se verificará que el tapón de cierre de la jeringa garantice hermetismo con el fin de evitar la entrada de aire».

En relación a dicho motivo de impugnación, SMITHS aporta con sus alegaciones documentación técnica sobre sus productos, para acreditar el cumplimiento de los requerimientos técnicos exigidos en el PPT en ambas partidas, y en concreto, la existencia de tapón.

En concreto, SMITHS afirma en sus alegaciones que:

«El dispositivo para eliminar las burbujas de aire y tapón Portex Filter-Pro incorpora una tecnología exclusiva de doble funcionalidad: Por una parte, permite al profesional sanitario expulsar las burbujas de aire de una forma segura en una muestra de sangre sin el riesgo de exponerse al contacto con la sangre o a patógenos transmitidos por la misma.

Al tiempo que la función de auto sellado, que se activa al entrar en contacto con la sangre al empujar el émbolo para expeler el aire de la muestra, (procedimiento habitual en la práctica clínica de los profesionales sanitarios cuando se toma una muestra de sangre con una jeringa de gasometría), permite que el dispositivo realice la función de tapón hermético para evitar la entrada de aire y realizar el transporte de la muestra de una forma segura».

Por lo que respecta a la ficha técnica de la referencia 4558PG, jeringa PORTEX PRO-VENT PLUS, correspondiente a la partida 58, indica: «Tapón de transporte y sellado de la muestra: elemento de seguridad que incorpora un dispositivo de eliminación de burbujas de aire con filtro hidrofóbico de seguridad y anti-contaminación Filter-Pro. Elimina con seguridad las burbujas de aire de la muestra sin exposición a patógenos sanguíneos o transmitidos por la sangre. Elimina la práctica potencialmente peligrosa de aerosolización de las burbujas de aire. Sella las jeringas para una mayor seguridad durante el transporte».

Y por lo que se refiere a la partida 59, la ficha técnica del material ofertado con referencia 4042E, PORTEX LINE DRAW PLUS, describe: «Dispositivo para eliminar las burbujas de aire y tapón Filter-Pro: Incorpora un dispositivo de eliminación de burbujas de aire con filtro hidrofóbico de seguridad y anti-contaminación que puede emplearse como tapón de transporte y sellado de las muestras. Permite al profesional sanitario expulsar las burbujas de aire de forma segura en una muestra de sangre sin exposición a patógenos transmitidos por la sangre. Elimina la práctica potencialmente peligrosa de aerosolización de las burbujas de aire».

Reafirmando lo anterior, la Subdirectora de Compras y Logística del CGIPC, mantiene en su informe al recurso, respecto al requisito de un tapón que, tras la extracción de la muestra, impida la entrada de aire en la jeringa, lo siguiente:

«Esta función la cumple perfectamente el tapón Filter-Pro ofertado por la empresa SMITHS MEDICAL ESPAÑA, S.L, que consiste en un tapón que incluye un filtro.

Este dispositivo se coloca en la jeringa una vez extraída la sangre y a continuación se procede al purgado sin que haya riesgo de derramamiento de sangre ni aerosoles (pequeñas partículas de líquido).

Una vez purgado, el filtro queda sellado por la sangre, impidiendo la entrada de sangre».

Respecto a la «inquietud» de la recurrente en cuanto a un posible mal uso por parte de los profesionales, la considera totalmente injustificada.

Por una parte, el tapón es transparente, por lo que el profesional puede comprobar visualmente la total expulsión de las burbujas de aire. Por otra, este tipo de material viene utilizándose en distintos Sectores sanitarios de la Comunidad Autónoma desde hace doce años, sin que se haya detectado un solo problema de mala praxis profesional. Y ello es así porque todo el personal sanitario dedicado a este tipo de extracciones arteriales y venosas conoce perfectamente el comportamiento de los filtros hidrofóbicos, es decir, que el filtro saturado o en contacto con líquidos, se comporta como un tapón hermético.

Además, el producto incorpora una Guía de uso, ilustrativa y accesible a todos los profesionales.

A la vista de lo señalado y de la documentación aportada, la conclusión de este Tribunal, es que la oferta de la adjudicataria del lote 6, partidas 58 y 59, cumple con los requisitos mínimos establecidos en el PPT, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

QUINTO.- Respecto a la alegación de la recurrente de que, al no cumplir con el requisito de incluir un tapón que garantice hermeticidad, la oferta de la adjudicataria debió haber sido valorada con «0» puntos en el subcriterio; como este Tribunal tiene establecido, por todos Acuerdo 46/2014, de 7 de agosto, en relación con los criterios evaluables en función de juicios de valor, resulta de plena aplicación la doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Supremo con respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración y por ello su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y a los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

Como viene recordando este Tribunal —entre otros, Acuerdo 46/2014— es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que el control jurisdiccional de las facultades discrecionales solo se puede producir a

través del análisis de los hechos determinantes alegados y probados por la parte recurrente (entre otros STS de 15 de abril de 1992 y 17 de marzo de 1992) y que la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones gozan de presunción «iuris tantum» y solo se pueden desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STS de 23 de junio de 2003).

En el presente supuesto, tal y como consta en el Acta de la Mesa de contratación de la sesión celebrada el 18 de marzo de 2015, ambas empresas obtuvieron la máxima puntuación en el Informe realizado por el Grupo técnico, en los criterios sujetos a evaluación previa, sin que la puntuación otorgada haya sido desvirtuada por la recurrente. Como ha quedado acreditado en el fundamento anterior, el tapón de cierre de las jeringas ofertadas por SMITHS garantiza su hermetismo, por lo que no es posible advertir que en la valoración se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que se haya incurrido en error material al efectuarla.

En definitiva, a juicio de este Tribunal se comprueba que se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetando los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración de las propuestas se han ajustado a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

SEXTO.- Finalmente, por parte del CGIPC, en su informe al recurso, se somete a la consideración del Tribunal la imposición de una multa, por entender que existe mala fe y temeridad en la interposición del recurso.

En concreto, porque el video elaborado por la recurrente, que se aporta al recurso, maneja el material de una forma que nada tiene que ver con el uso habitual de cualquier jeringa en la realización de una gasometría, en la que los profesionales son especialmente cuidadosos para evitar la contaminación de la muestra con aire. Cuantifica la multa en 2 500 euros, en atención al mayor coste diario (165 euros) que debe asumirse por el retraso en la adjudicación del contrato (aproximadamente 15 días).

El artículo 47.5 TRLCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa. Y este Tribunal tiene establecido (entre otros, Acuerdo 27/2013 y 45/2014), que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso. En el presente caso, no se da ninguno de dichos presupuestos, por lo que no procede atender la petición de imposición de multa.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, presentado por D. Ricardo Isla Buabent, en representación de BECTON DICKINSON, S.A.U, frente a la adjudicación de las partidas 58 y 59, del lote 6, del procedimiento denominado «Acuerdo Marco para la contratación del suministro de agujas y jeringas con destino a los Centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos, del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, en las partidas 58 y 59, del lote 6, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.