



Recurso nº 1423/2021 C.A. Región de Murcia 102/2021

Resolución nº 1606/2021

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 12 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.S.J., en representación de la mercantil IZASA HOSPITAL, S.L.U. (en adelante, la “Recurrente”) contra la exclusión en el procedimiento la contratación del *“Suministro de parches de modulación de temperatura con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud”*, Lote 1, expediente CS/9999/1100979822 (en adelante, el “Contrato”), siendo órgano de contratación el Servicio Murciano de Salud, tramitado por procedimiento abierto, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 7 de julio de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el Acta de apertura del Sobre C “Criterios cuantificables de forma automática”, en la que, entre otros aspectos, se reflejaba, en primer lugar, cuál era la propuesta de adjudicación de la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud de 1 de julio en el referido expediente de contratación, así como, y en segundo lugar, la decisión de exclusión de la Recurrente *“por no superar el umbral técnico mínimo”*.

En efecto, la Junta de Contratación propuso para la adjudicación de aquel lote a la empresa BARD DE ESPAÑA, S.L.U. (en adelante, la “Adjudicataria”).

Segundo. El valor estimado del contrato es de 570.000,00 euros (IVA excluido), por tanto, tiene carácter de contratación armonizada a tenor de los artículos 22 y 44.1. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”).

Tercero. Analizada la oferta de la Recurrente, como se han indicado, y después de recibir el correspondiente informe técnico, el Órgano de Contratación consideró pertinente apreciar que aquella no reunía los mínimos requeridos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como de Prescripciones Técnicas (en adelante, “PCAP” y “PPT”, respectivamente).



Cuarto. Frente lo anterior, la Recurrente ha planteado recurso especial en materia de contratación en el que, en síntesis, plantea un error en la valoración de la oferta presentada por ella al considerar que no se han respetado los criterios que han de regir la discrecionalidad técnica de la que goza la administración, así como, los principios informadores que han de regir todo procedimiento de contratación, si bien, en este caso, sin concretar en qué hechos concretos aquellos principios quedan conculcados, lo que de ad limine, no deben ser atendidos.

Quinto. El Órgano de Contratación ha procedido a la emisión de informe ante el recurso presentado por la Recurrente en el que analiza los distintos motivos de alegación por parte de la Recurrente justificando su conformación y su ajuste a Derecho.

Sexto. La Secretaría del Tribunal en fecha 21 de septiembre de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 01 de octubre de 2021 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

Antes de proceder a la resolución del recurso formulado, cabe recordar que existe un límite a la jurisdicción de este Tribunal.



En este sentido, este Tribunal solo tiene una función revisora, por tanto, su función consistirá en determinar si procede o no declarar la invalidez del acto recurrido y, si así procede, ordenar la retroacción de actuaciones al momento en que el vicio se produjo, pero no sustituir al órgano de contratación en el ejercicio de sus funciones ni en la interpretación de los pliegos cuando su redacción es clara y conforme al LCSP, ni menos aún, en las valoraciones técnicas, debidamente justificadas, por otro lado, por parte del Órgano de Contratación, y todo lo anterior, en relación con el suplico de la Recurrente y los términos en los que está formulado.

Segundo. El contrato al que se refieren los pliegos impugnados es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP por ser un contrato de suministro de valor superior a 100.000 euros. Por su parte, el acto objeto del recurso son los pliegos, acto expresamente recogido como recurrible en el artículo 44.2.b) de la LCSP.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 48 de la LCSP. Y ello por cuanto que recurre su exclusión del procedimiento de licitación y como consecuencia de la estimación del recurso se vería beneficiada en cuanto que procedería la admisión de esta al referido procedimiento.

Cuarto. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles desde la notificación al interesado del acto o acuerdo recurrido, o desde su publicación, de acuerdo con el artículo 50.1 de la LCSP. En el mismo sentido cabe citar el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. El recurso ha sido interpuesto en plazo.

Quinto. En primer lugar, y con claro carácter preliminar, en relación con las alegaciones planteadas por la Recurrente (y lo alegado por el Órgano de Contratación en su informe al recurso), resulta preciso referirse a la indiscutible necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones técnicas de los pliegos, constituyendo ambos, el PCAP y el PPT, la ley del contrato, que no solo vincula al órgano de contratación, sino también a los licitadores, máxime, como es el caso concreto de la aquí Recurrente, cuando aquellos pliegos, PCAP y PPT, no fueron recurridos en el momento procedimental oportuno.



En este sentido, si tanto el PCAP como el PPT son aceptados y no impugnados por las partes, se constituyen como ley del contrato plenamente vinculante, y, por tanto, debe entenderse precluida la posibilidad de la impugnación de su contenido (y, por ende, de los criterios de valoración) con ocasión de la adjudicación del contrato.

Este Tribunal, en su Resolución 175/2011, afirmó que la participación en licitaciones públicas comporta *“la asunción de una serie de cargas formales que, además de ir orientada a que la adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores, conforme a los principios de no discriminación y transparencia consagrados en la normativa contractual.”*

En consecuencia, de lo antedicho, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los del PCAP y del PPT, como resulta de los 122 a 124 de la LCSP. De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deban ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, Resoluciones 208/2014 y 737/2014).

A su vez, hay que mencionar el principio de igualdad de trato, y que le es aplicable a la aquí Recurrente, pero no solo a ella respecto de su esfera jurídica de derechos y obligaciones en el procedimiento desde un punto de vista individual, sino también, al resto de aquellos que fueron sus competidores, lo que claramente implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad, en primer lugar, tanto en el momento de presentar sus ofertas, como, y en segundo lugar, al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (en este sentido, la Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión c. Bélgica).

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus resoluciones, afirma que el respeto al principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también, que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE –TJUE- de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).

En este sentido, el artículo 139 LCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, señala que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el*



pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. (...) Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, (...)".

Con base en todo lo anterior, y de un análisis previo de la documentación obrante en el expediente administrativo, todo indica que la Recurrente, en primer lugar, aceptó tanto el PCAP como el PPT como ley del contrato, pues no impugnó los pliegos, y por tanto, debe mostrarse conforme con la aplicación que efectúa el órgano de Contratación dentro de sus potestades, y en segundo lugar, y desde un punto de vista específico, aceptó que sería el Órgano de Contratación el que determinaría la adjudicación del contrato con base en los criterios técnicos de valoración que aplicarían los parámetros específicos (valorativos) necesarios con base en el conocimiento de aquellos encargados de la ejecución de esta labor.

Sexto. Dicho lo anterior, procede exponer los motivos de recurso planteados por la Recurrente, que en síntesis, se refieren a cuestiones puramente técnicas relativas a la precisión y accesibilidad de los aparatos o bienes fungibles que son objeto de Contrato (a saber los materiales de regularización de temperatura, su frecuencia y eficacia, y concretamente, los de la marca Criticool-CureWrap).

Según la Recurrente *"el dispositivo ofertado por IZASA HOSPITAL, S.L.U., esto es, Criticool, realiza una lectura prácticamente a tiempo real (cada 133 milisegundos, es decir, cada 0,13 segundos) de la temperatura del paciente mediante una sonda central. El equipo Criticool, tras recibir la información de la temperatura central del paciente, modifica en consecuencia la temperatura del agua que fluye al fungible CureWrap para conseguir la temperatura objetivo establecida por el sanitario. Esta regularización de la temperatura es la más frecuente y la más eficaz del mercado"*, siendo, por el contrario, el material ofertado por la Adjudicataria de una frecuencia menor (i.e. 2 segundos).

De igual forma, en lo relativo a la accesibilidad, la Recurrente afirma que *"el CureWrap, cubre más del 80% de la superficie corporal del paciente para conseguir la temperatura objetivo de manera rápida, segura y eficaz y permite el acceso al paciente según precise el sanitario. Los velcros para el cierre de CureWrap se pueden reposicionar tantas veces*



como sea necesario, sin perder su capacidad de cierre ni suponer riesgos en la integridad de la piel del paciente, ya que estos se adhieren al propio fungible”.

Sin embargo, al respecto, el Órgano de Contratación afirma que *“Respecto al de PRECISIÓN, reclama la empresa que su producto es más preciso que el de la otra oferta, siendo las dos valoradas por igual. La valoración sobre la precisión en la medición de la temperatura del paciente se ha extraído de las fichas técnicas de los equipos que han sido ofertados por las empresas; en concreto, su dispositivo, CRITICOOL, tiene en ficha técnica del fabricante una sensibilidad de su sensor de temperatura de paciente $\pm 0.3^{\circ}\text{C}$ y el ofertado por la otra empresa fluctúa entre ± 0.2 a $\pm 0.4^{\circ}\text{C}$ según el nivel de temperatura. Por tanto, la medición de la temperatura es de una precisión muy similar entre ambos equipos y por ello han recibido la misma puntuación. Respecto a la frecuencia de medición de la temperatura que realiza un equipo u otro, este elemento no afecta a lo que a la precisión se refiere, ya que, un equipo con baja precisión, seguiría siendo poco preciso por muchas mediciones que realizase.*

En lo que se refiere al criterio de ACCESIBILIDAD, se ha valorado no solo la necesidad o no de reposicionar los parches como indica en su recurso la empresa, sino también la dificultad de acceder a zonas del cuerpo que en su caso, como ellos mismos indican, quedan cubiertas en un 80%, por lo que hay que retirar el parche si se precisa acceder a esa zona del cuerpo, interfiriendo en la terapia, y en el caso de la otra oferta, al quedar más zonas descubiertas son fácilmente accesibles sin necesidad de retirar ningún parche ni afectar en el tratamiento. En lo que a los cuidados de la piel se refiere, este aspecto no afecta a la accesibilidad de las zonas de la piel, sino que es un cuidado a realizar por el personal de enfermería en sus rutinas de trabajo en todos los pacientes. Es por ello que una vez valorado en conjunto han recibido la puntuación que el informe técnico recoge en el criterio de ACCESIBILIDAD.”

Séptimo. Con base en lo anterior, se observa que los criterios técnicos -que se insiste, este Tribunal no puede modificar- que han sido tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas están revestidos de una más que suficiente motivación que no ha de llevar sino a la desestimación del recurso planteado.

Al respecto, ya en la temprana Resolución 939/2014, respecto a la valoración técnica, señalábamos que *“este Tribunal ha manifestado reiteradamente las limitaciones relativas*



al análisis de cuestiones vinculadas a la discrecionalidad técnica que debe predicarse de los órganos de contratación cuando valoran cuestiones de esta índole, en las que no cabe entrar sino en tanto en cuanto esa valoración adolezca de una defectuosa motivación o de una manifiesta infracción del ordenamiento (Cfr. entre otras, la reciente Resolución nº 905/2014, de 5 de diciembre).

Así, podemos traer a colación diversas Resoluciones dictadas en tal sentido por este Tribunal, por ejemplo, la Resolución nº 806/2014, en la que señalábamos que “Continúa el recurrente trayendo a colación la doctrina de este Tribunal que ya ha expresado reiteradamente en cuanto a los criterios evaluables mediante juicios de valor. Así la Resolución 234/2011, de 5 de octubre, entre muchas otras entiende que “en el ejercicio de las potestades discrecionales, cuando la Administración debe utilizar criterios subjetivos de valoración, el único elemento reglado de control posterior es la sujeción a los criterios que previamente se hayan definido al elaborar los pliegos. Pero la valoración que haga la Administración de esos parámetros objetivos, si está debidamente motivada, no puede ser sustituida por un criterio diferente”. Por otra parte, en doctrina reiterada de este Tribunal (194/2014, 219/2014, 220/2014, 247/2014, 248/2014, 249/2014, 250/2014, 251/2014, 252/2014, 253/2014, 254/2014, 255/2014, 256/2014, 257/2014, 258/2014, 259/2014 y 261/2014), en estos casos, “... no se trata efectivamente de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, si no más exactamente, y tal y como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en el criterio de adjudicación se ha producido error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos”.

Visto todo lo anterior, este Tribunal concluye que no puede acoger los motivos planteados por la Recurrente en tanto que considera razonable, y más que suficiente, los motivos de exclusión considerados por el Órgano de Contratación.

FALLO

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.S.J., en representación de la mercantil IZASA HOSPITAL, S.L.U. contra la exclusión en el procedimiento la contratación del *“Suministro de parches de modulación de temperatura con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud”*, Lote 1, expediente CS/9999/1100979822, del Servicio Murciano de Salud por considerarse acorde a derecho.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 letra k) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.