

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

En Madrid, a 25 de marzo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa B. Braun Medical, S.A. (en adelante Braun), contra la adjudicación del contrato “Suministro sistemas cerrados de transferencia de medicamentos peligrosos para el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, número de expediente 2020000017 del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de junio de 2020, se publicó en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria de licitación del contrato de suministro de referencia, y el 9 de julio en el BOCM, mediante licitación electrónica a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 996.337,18 euros, para un plazo de ejecución de 12 meses, con una duración máxima de 24 meses, incluidas las prórrogas.

Segundo.- A la licitación del contrato se han presentado 3 empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 28 de julio de 2020 la mesa de contratación procede a descryptar el sobre 2 relativo a los “criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor” de las tres empresas admitidas a la licitación. El 25 de noviembre se procedió a la apertura pública del sobre nº 3 relativo a la “oferta económica y criterios evaluables por aplicación de fórmulas”, requiriéndose informe técnico de las puntuaciones obtenidas.

El 16 de diciembre de 2020 la Mesa selecciona a Palex Medica S.A. (en adelante Palex) como licitador con mejor puntuación, siguiendo el informe técnico de valoración emitido por el servicio proponente, al no valorarse en la fase decisoria la proposición de Icu Medical Productos Farmacéuticos y Hospitalarios S.L. (en adelante ICU), por sumar 31,5 puntos en la ponderación de los criterios cualitativos de juicios de valor y de aplicación de fórmulas sin alcanzar el umbral mínimo exigido de 35 puntos.

La recurrente con fecha 5 de enero de 2021 solicitó rectificación del Acta de 16 de diciembre de 2020, alegando error en la calificación global del expediente, desestimado por el órgano de contratación el 14 de enero de 2021, por haber procedido conforme lo dispuesto en el apartado 8 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

El órgano de contratación adjudicó el contrato a Palex el 4 de febrero de 2021, a propuesta de la Mesa de contratación de fecha 27 de enero de 2021, publicándose en el perfil de contratante y notificándose a los interesados el mismo día.

Tercero.- Con fecha 8 de febrero de 2021, se recibe en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de suministro de referencia, presentado por la representación de Braun, en el que solicita la rectificación de la adjudicación impugnada, adjudicándosele el contrato. Asimismo, solicita medida cautelar de suspensión del procedimiento en tanto se dicte resolución del presente recurso, habida cuenta del perjuicio irreparable que el acto impugnado le comporta.

Cuarto.- El 19 de febrero de 2021, se recibió en el Tribunal extracto del expediente administrativo, así como el preceptivo 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), en el que el Hospital Universitario Ramón y Cajal (HURC) solicita la desestimación del recurso.

Quinto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno, sin que se haya recibido documentación alguna.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y 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, dado que el órgano de contratación en su informe no solicita levantamiento de la medida cautelar de suspensión.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso planteado.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Braun para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora que puede resultar adjudicataria del contrato, *“cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue adoptado, notificado y publicado en el perfil de contratante el 4 de febrero de 2021, y el recurso se interpuso ante el Tribunal el 8 de febrero de 2021 dentro del plazo de quince días hábiles establecido, según dispone el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si ha sido correcta la valoración efectuada por el órgano de contratación de los criterios de adjudicación que han determinado la adjudicación del contrato.

Por ser de interés para la resolución del contrato se cita a continuación lo dispuesto en las cláusulas 1.8 y 8 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP):

Cláusula 1. Características del contrato

8.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato.

“CRITERIO/S RELACIONADO/S CON LOS COSTES:

8.1 Precio: Ponderación 30 puntos.

La asignación de los puntos se efectuará proporcionalmente a la oferta económica de los licitadores, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$PL = \frac{BL}{Bm} \times 30$$

Siendo:

PL= puntuación otorgada al licitador.

Bm= mayor baja de todas las presentadas.

BL= baja del licitador.

Baja= Precio de licitación-oferta económica del licitador

(...)

8.2 Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: (HASTA 38 PUNTOS)

- Capacidad para evitar la contaminación con el medicamento peligroso durante el

proceso de elaboración:

- o Alta capacidad: 17,5 puntos*
- o Capacidad media: 5 puntos*
- o Baja capacidad: No: 0 puntos*

(...)

- Compatibilidad y estabilidad con el mayor número de fármacos peligrosos de uso en el hospital incluidos en “NIOSH List of Antineoplastic and Other Hazardous Drugs in Healthcare Settings, 2016” :

- o más de 75% de los fármacos : 7,5 puntos*
- o 74%-50% de los fármacos: 5 puntos*
- o menos del 50% de los fármacos: 0 puntos*

- Aprovechamiento total de los viales de medicamentos peligrosos durante el proceso de elaboración

- o Si permite aprovechar la totalidad del vial: 8 puntos*
- o No permite aprovechar la totalidad del vial: 0 puntos*

- Adaptador a jeringa con tapón protector para proteger la conexión durante el transporte de la jeringa cargada:

- o Con tapón: 2 puntos*
- o Sin tapón: 0 puntos*

- Menor número de referencias:

- o Menor número: 2 puntos*
- o Resto: 0 puntos*

- Membrana de los componentes que permita ser perforada hasta 10 veces manteniendo un uso eficiente:

- o Hasta 10 veces: 1 puntos*
- o Menor número de veces: 0 puntos*

8.3 Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: (HASTA 32 PUNTOS)

- *Facilidad de manejo en la elaboración de medicamentos peligrosos*
 - o Muy bueno: 13*
 - o Bueno: 10*
 - o Regular: 7*
 - o Malo: 0*
- *Facilidad de manejo en la administración de los medicamentos peligrosos.*
 - o Muy bueno: 7*
 - o Bueno: 6*
 - o Regular: 5*
 - o Malo: 0*
- *Sistemas ofertados por los licitadores que mejoren la seguridad y la eficiencia en el proceso de utilización de medicamentos peligrosos en Hospital, en términos de seguridad y/o eficiencia:*
 - o Alto impacto de la mejora: 12*
 - o Impacto medio: 5*
 - o Bajo impacto: 2*
 - o Ninguna mejora: 0*

TOTAL: 100 PUNTOS

De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase, los señalados en el apartado “8.3” y posteriormente “8.2”, siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de 35 puntos (umbral mínimo del 50 por 100 de la puntuación para el conjunto de los criterios cualitativos), en relación con los criterios que vayan a operar en la fase de valoración. ...”

“Cláusula 8. Criterios objetivos de adjudicación.

Los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del contrato son los establecidos, con su correspondiente ponderación o, en su defecto, por orden decreciente de importancia, en el apartado 8 de la cláusula 1.

Cuando el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, de entre

los criterios objetivos de adjudicación, en el mismo apartado de dicha cláusula se especifican, en su caso, los que se valorarán en una primera fase, siendo necesario obtener, como mínimo, en cada uno de ellos la puntuación que asimismo se indica para que la oferta pueda ser valorada en la fase decisoria...”.

La recurrente plantea que de los criterios objetivos previstos en el apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP se valorarán en una primera fase, los señalados en el apartado “8.3” y posteriormente “8.2”, refiriéndose a ambos tipos de criterios técnicos tanto objetivos, como subjetivos, siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de 35 puntos, la mitad de los 70 puntos que suman los citados criterios técnicos. La oferta de ICU por no llegar al umbral mínimo no se debe tener en cuenta para la valoración final, es decir no se debe incluir en la fórmula establecida para éste expediente y queda excluida por no superar la ponderación exigida en la primera fase.

En este sentido Braun alega que *“En el acta publicada el 4 de enero se informa que ICU MEDICAL queda excluida de la presente licitación por no haber alcanzado el mínimo exigido de 35 puntos, pero erróneamente se ha tenido en cuenta a dicha empresa para el cálculo de la valoración final resultando erróneamente PALEX la empresa mejor puntuada”*. Así detalla las puntuaciones resultantes si se tiene en cuenta o no la oferta económica de ICU, resultando mejor puntuada Palex en el primer caso y Braun en el segundo. De ello concluye que existe un claro error de la mesa, por no haber procedido como indican los pliegos respetando el umbral mínimo exigido en la valoración técnica que da lugar a la exclusión de ICU y la incorrecta inclusión en la valoración económica para la ponderación final de los licitadores de su oferta.

Por su parte el órgano de contratación informa que el artículo 146.3 de la LCSP prevé seleccionar al licitador que reúne las mejores condiciones de calidad-

precio en su oferta mediante la exclusión de aquellos que no cumplen con los requisitos de calidad exigidos. De esta forma cada licitador va superando de forma progresiva las diferentes fases establecidas en los pliegos que rigen el contrato, hasta la adjudicación del mismo, se trata de procedimientos con dos fases de valoración y un momento decisorio.

En este sentido el HURC alega que de acuerdo con la citada ley y los pliegos el procedimiento abierto objeto del recurso, no contiene fases eliminatorias sino sólo una primera fase de valoración de los criterios subjetivos y una segunda fase de valoración de los criterios objetivos por fórmulas, que incluye el precio como un elemento más, dado que la actual LCSP no contempla un sobre independiente para la oferta económica que impida su valoración en el momento de la apertura. Posteriormente la mesa de contratación aplicó el umbral de acuerdo con lo estipulado en el apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP, que expresamente indica que *“Será necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de 35 puntos (por aplicación del umbral mínimo del 50% de la puntuación para el conjunto de los criterios cualitativos)”*. Por tanto, en este sentido la oferta técnica de la empresa ICU al no incumplir los criterios técnicos exigidos, no puede ser excluida de la fase de valoración, y así la Mesa procedió correctamente a la apertura de toda la información aportada por los licitadores, y a valorar todos los criterios objetivos y no sólo una parte de ellos, que es lo que pretende la recurrente.

Concluye indicando que *“En base a estos fundamentos, la Mesa de contratación en el momento decisorio, que es la propuesta de adjudicación, seleccionó de entre los licitadores admitidos aquellos que superaron el umbral de saciedad al haber obtenido mayor valoración, con el fin de obtener la mejor relación calidad-precio, tal y como se indica en los Pliegos de condiciones y en aras de evitar ofertas anormalmente desproporcionadas”*.

Este Tribunal a la vista del expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes constata que, como pone de manifiesto en su informe el órgano de contratación, no procede excluir de la licitación a ICU, empresa que en aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP ha obtenido la mayor puntuación y cumple con las condiciones establecidas en los pliegos que rigen el contrato de suministro, sino simplemente aplicarle la previsión recogida en la citada cláusula 1.8 de no valorar su proposición en la fase decisoria por no haber obtenido 35 puntos en la suma de las ponderaciones otorgadas en los apartados 8.2 y 3 correspondientes a los criterios cualitativos. De manera que ICU no podrá llegar a ser adjudicataria al no poder continuar en el proceso selectivo, y por tanto no aplicársele la puntuación obtenida en el criterio precio (apartado 8.1), sin que ello suponga alteración ni variación alguna sobre las valoraciones de los criterios de adjudicación previamente efectuadas.

En primer lugar se ha de recordar como doctrina asentada que los pliegos de contratación son *lex inter partes*, conformando la ley del contrato y vinculando en sus propios términos tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido el artículo 139 de la LCSP establece que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna...”*, como igualmente recoge el PCAP del contrato impugnado en sus cláusulas 1.12 y 10 relativas a los medios electrónicos y a la presentación de proposiciones, pliego que no ha sido objeto de impugnación.

Asimismo, respecto a la referencia por las partes a criterios subjetivos, se ha de señalar que todos los criterios de adjudicación han de ser objetivos, claros, proporcionales y no discriminatorios, debiendo garantizar la competencia efectiva entre los licitadores independientemente de que su valoración dependa de un juicio de valor o se pueda ponderar de forma automática mediante la aplicación de fórmulas.

El que una o varias de las ofertas admitidas a la licitación, una vez ponderadas las proposiciones según lo previsto en el pliego, no lleguen a pasar a la siguiente fase de adjudicación establecida en el PCAP, conforme a lo dispuesto en el artículo 146.3 de la LCSP, como es el caso, no supone la exclusión de su oferta ni de ninguna manera implica que se tengan que volver a recalcular los porcentajes de baja ofertados por los licitadores admitidos a la licitación. El citado recalcular desvirtuaría la finalidad perseguida con el establecimiento de las fases para seleccionar la oferta de mejor relación calidad-precio, sin estar previsto además en el PCAP ni en la LCSP. Es decir, el que una licitadora no supere el umbral mínimo de puntos establecido para los criterios cualitativos impidiendo su clasificación, con posterioridad a la apertura y ponderación de las proposiciones económicas, no conlleva que se deba volver a calcular y ponderar el criterio precio previsto en el pliego. Al licitador que no supera la fase de calidad se le inhabilita para continuar el procedimiento de adjudicación, sin afectar ni alterar las ponderaciones dadas al resto de licitadores de acuerdo con los criterios que se hayan establecido en el PCAP.

Por lo expuesto hemos de convenir con el HURC que la actuación de la mesa de contratación ha sido conforme a lo dispuesto en la cláusula 13 del PCAP que la regula, aplicando correctamente los criterios de adjudicación establecidos en la cláusula 1.8 del PCAP, sin apreciarse error en la valoración efectuada por el órgano

de contratación.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que procede desestimar el recurso interpuesto por Braun contra la adjudicación del contrato de suministro impugnado.

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 de la empresa B. Braun Medical, S.A., contra la adjudicación del contrato “Suministro sistemas cerrados de transferencia de medicamentos peligrosos para el Servicio de Farmacia del Hospital Universitario Ramón y Cajal”, número de expediente 2020000017 del Servicio Madrileño de Salud.

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.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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 59.1 de la LCSP.