

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

En Madrid, a 3 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don J.P.J. y don V.B.M., en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, de fecha 10 de octubre de 2014, por la que se acuerda la adjudicación del contrato convocado para el “Suministro de kits de material fungible necesario para el funcionamiento de bombas de infusión de insulina” para el citado Hospital, en cuanto al lote 1, Expediente: 2014-0-23, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 16, 19 y 21 de mayo de 2014, se publicó respectivamente en el DOUE, el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 2.556.654,55 euros, dividido en 2 lotes a adjudicar mediante el procedimiento de subasta electrónica.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato las características técnicas de los productos a suministrar para el lote 1, de uso para pacientes adultos.

Lote 1. Kit mensual fungible para pacientes adultos con bomba de cesión.

Descripción: *“Kit de infusión necesario para un tratamiento de 30 días, compuesto por: jeringas, catéteres (mínimo 10 unidades de cada una) y/o sets de infusión y baterías. Autoadhesivo hipoalergénico.*

Diferentes opciones de cánula de teflón y/o metálica y distintos tamaños de jeringas/catéteres para adaptarse a las necesidades individuales de los pacientes.

Los catéteres se presentarán con su correspondiente insertador automático.

Batería alcalina estándar”.

Por otro lado, deben suministrarse Bombas para pacientes adultos así como determinado equipamiento, mantenimiento y software de descarga de datos, todo ello con determinados requisitos técnicos que se especifican y que son comunes para ambos lotes, el lote 1 para pacientes adultos y el lote 2 para pacientes pediátricos.

Se acompaña a los Pliegos una encuesta técnica de obligada cumplimentación por los licitadores en la que se reproducen todos y cada unos de los requisitos establecidos en los Pliegos. Se indica que en la encuesta deben reflejarse todas las características del producto ofertado, indicándose en el caso de no formar parte de la oferta la palabra “opcional”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cuatro empresas entre ellas la recurrente.

Tras la apertura de la documentación administrativa y técnica y posteriormente la económica, realizada mediante subasta electrónica, se reunió de nuevo la Mesa de contratación con fecha 30 de julio de 2014, y se procedió en base al informe técnico emitido por el correspondiente servicio del Hospital a la clasificación de las empresas finalmente admitidas por cumplir con los requisitos técnicos exigidos en los Pliegos.

El día 12 de agosto de 2014 se dicta Resolución de adjudicación del contrato que se notifica a la recurrente con fecha 18 de agosto. Interesa recoger en relación

con el objeto del recurso que el lote 1 fue adjudicado a la empresa Roche Diagnostics, S.L., siendo la recurrente clasificada en segundo lugar.

El 2 de septiembre de 2014, Medtronic Ibérica, S.A. presenta recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato ante el órgano de contratación, de conformidad con el artículo 40 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP.

Tercero.- Con fecha 25 de septiembre de 2014, el Tribunal dicta la Resolución nº 163/2014, por la que se acuerda estimar el recurso interpuesto y se anula la adjudicación realizada, debiendo excluirse la oferta de la empresa Roche Diagnostics, S.L., y previas las actuaciones oportunas, adjudicarse el contrato a la oferta que cumpliendo los requisitos técnicos resulte mejor clasificada.

Cuarto.- En ejecución de la Resolución del Tribunal, con fecha 10 de octubre de 2014, se dicta por el Director Gerente del Hospital, Resolución de adjudicación del lote 1, a favor de Medtronic, S.A. Dicha resolución fue notificada, el día 22 de octubre de 2014.

Quinto.- Con fecha 7 de noviembre de 2014, la empresa Roche Diagnostics, S.L., presenta, recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato, ante el órgano de contratación, de conformidad con el artículo 40 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, en adelante TRLCSP. El recurso fue previamente anunciado el mismo día.

En el recurso se solicita que se declare desierto el concurso respecto del lote número 1 ya que la recurrente ha sido excluida de la licitación y la adjudicataria Medtronic, S.A. no cumple las características técnicas exigidas, por las razones que se exponen en el escrito del recurso.

Sexto.- Con fecha 19 de noviembre de 2014 se remite a este Tribunal el recurso junto con el expediente administrativo, aportando el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el indicado informe el órgano de contratación se remite a las consideraciones realizadas en el informe técnico y valoración de criterios que fue remitido al Tribunal con ocasión del recurso interpuesto por Medtronic Ibérica, S.A., Dicho informe consideraba que los productos ofertados por ambas empresas (Roche Diagnostics, S.L., y Medtronic Ibérica, S.A.) cumplían las exigencias técnicas establecidas en los Pliegos.

Séptimo.- Mediante Resolución de fecha 26 de noviembre de 2014, el Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión automática producida como consecuencia de lo establecido por el artículo 45 del TRLCSP.

Octavo.- Con fecha 21 de noviembre se concedió a la empresa adjudicataria trámite de audiencia, habiendo presentado alegaciones en las que aduce, en primer lugar la falta de legitimación de la recurrente ya que ha sido excluida de la licitación y por tanto no ostenta interés en el resultado del recurso que de estimarse dejaría desierto el concurso. Igualmente alega la necesaria inadmisión del recurso ya que el contrato ha sido formalizado con fecha 28 de octubre de 2014 y en consecuencia el Tribunal no puede entrar a conocer del recurso interpuesto. Finalmente, sostiene que sus productos cumplen con las especificaciones técnicas del pliego y detalla las características de los mismos en la forma que posteriormente se analizará.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de Roche Diagnostics, S.L., para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) pues se trata de un procedimiento en el que existen solo dos licitadores y la declaración de

desierto del procedimiento por la exclusión de ambos, le permitiría volver a concurrir en el caso de una nueva licitación.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado asciende a 2.556.654,55 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la Resolución de adjudicación se produjo el 10 de octubre y se notificó el día 22, por lo que el recurso presentado el día 7 de noviembre se interpuso en plazo.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.

Quinto.- En primer lugar y antes de analizar los motivos del recurso, conviene recordar que el plazo de quince días hábiles para formalizar el contrato, desde que se remita la notificación de la adjudicación, viene establecido por el artículo 156.3 del TRLCSP y es de obligado cumplimiento para los órganos de contratación, persigue que no se prive de eficacia al recurso especial que pudiera interponerse en ese plazo y además evitar los perjuicios que pudiera derivarse de una potencial anulación del procedimiento y consiguientemente del contrato formalizado, una vez que éste ha empezado a ejecutarse.

En este caso, consta que la resolución de adjudicación es de fecha 10 de octubre de 2014 y fue notificada con fecha 22 de octubre. El contrato se formalizó el día 28 de octubre, por lo tanto el órgano de contratación incumplió el plazo

suspensivo del artículo 156.3 del TRLCSP, en todo caso el Tribunal, en aras del respeto a la legalidad y el derecho a recurrir debe entrar a conocer el fondo del recurso.

Sexto.- El recurso mantiene que la oferta de Medtronic Ibérica, S.A., no cumple las prescripciones del PPT en relación con los catéteres a incluir en los kists de material fungible a suministrar puesto se exige que los catéteres se presenten con su correspondiente insertador automático y en la oferta de Medtronic solo dos, de los tres productos ofertados tienen insertador automático.

Por lo que siguiendo el criterio mantenido por el Tribunal en su Resolución 163/2014 de 25 de septiembre, debería haberse excluido la oferta igual que se excluyó la presentada por Roche.

Reiteramos las consideraciones contenidas en la Resolución 163/2014 de este Tribunal en cuanto a los Pliegos que conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos. Los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Igualmente cabe recordar como ya se hizo en la citada Resolución que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Sentado lo anterior debe considerarse si los productos ofertados por Medtronic Ibérica, S.A. para el lote cumplen las características técnicas exigidas respecto del insertador automático de los catéteres.

Se alega en el recurso que *“la oferta de MEDTRONIC incluía 3 gamas de productos distintas, tal y como puede apreciarse en las páginas 2 y 3 del documento “Anexo Encuesta Técnica Lote 1” que se adjunta al presente escrito como documento anexo 4, Dichas gamas son las siguientes:*

Quick Set.

Silhouette

Sure-T.

Evidentemente, cada una de dichas gamas incluye múltiples referencias que corresponden a los diferentes catéteres propios de cada gama, tal y como se desprende de la oferta económica presentada por MEDTRONIC, la cual se adjunta al presente escrito como documento anexo 5.

En relación con el requerimiento que aquí se analiza, en la propuesta de MEDTRONIC (apartado 6, página 4 del documento “Anexo Encuesta Técnica Lote 1” que se adjunta al presente escrito como documento anexo 4 I, se incluyó la siguiente mención:

6. los catéteres se presentarán con su correspondiente insertador automático

Los catéteres Quick Set y Silhouette disponen de dispositivo automático de ayuda a la inserción.

Por tanto, de la propia oferta de MEDTRONIC se desprende que únicamente los catéteres de dos de las tres gamas ofertadas disponen de insertador automático y que, en cambio, los catéteres correspondientes a la gama “Sure-T” no tienen dispositivo automático de ayuda a la inserción”.

Del análisis del Pliego se desprende que, en relación con los catéteres, dos son los requisitos exigidos:

1. Diferentes opciones de catéteres
2. Que esas opciones se presenten con su correspondiente insertador automático.

Analizada la oferta de Medtronic Ibérica, S.A., vemos que presentan dentro *“tres tipos de equipos infusión de insulina diferentes para adecuarse a las*

necesidades de cada uno de ellos. El equipo médico elegirá el que más se adecue a cada paciente”

Por lo tanto, se ofrecen tres alternativas de productos para que el órgano de contratación escoja el más conveniente. Esa opción se reitera en el documento de la oferta económica, en el que consta que el producto set de infusión insertable son de tres tipos “a elegir entre los siguientes...”

En consecuencia, debemos concluir que el primer requisito ha sido cumplido.

Respecto del segundo requisito, poseer insertador automático, la adjudicataria hace constar en la encuesta que los catéteres Quick Set y Silhouette disponen de dispositivo automático de ayuda a la inserción.

Conviene destacar que no se trata en este caso de la presentación de variantes por parte de Medtronic Ibérica, S.A., sino que dentro de los distintos productos del lote, se ofertan por el mismo precio diferentes alternativas para elegir la más apropiada.

Al exigir el PPT, como se ha indicado diferentes opciones, necesariamente al menos dos de las ofertadas deben tener insertador automático, pues caso contrario se incumpliría la condición impuesta.

Eso es precisamente lo que ocurre con la oferta presentada por la adjudicataria, dos de cuyos equipos de infusión cuentan con insertador automático, Quick Sey y Silhouette, es decir cumplen las especificaciones del PPT, de manera que el órgano de contratación puede válidamente rechazar la tercera sin quedar invalidada toda la oferta. Este extremo es confirmado por la adjudicataria en su escrito de alegaciones.

Por todo ello, este Tribunal considera que efectivamente el producto ofertado cumple con la prescripción establecida en el PPT y procede desestimar el recurso por este motivo.

Quinto.- Especial mención merece la alegación realizada por el recurrente en el sentido de exigir la exclusión de la adjudicataria ya que en caso contrario *“ante dos situaciones equiparables se ha recibido un trato desigual con fatales consecuencias, no sólo para ROCHE sino también para el propio interés público, al resultar adjudicataria una oferta que, según el criterio mantenido por este Tribunal, no cumple con los requisitos técnicos impuestos por el órgano de contratación”*.

Considera el Tribunal que no nos encontramos ante dos situaciones equiparables ante las que evidentemente la solución habría de ser la misma.

Al contrario, del estudio de las dos ofertas presentadas se deduce que la oferta de Roche Diagnostics, S.L., si bien presentaba diferentes opciones, aunque en este caso no indicaba que se tratase de alternativas a elegir, solo una de ellas, “AccucheK Flex LinK”, permitía utilizar el insertador automático ofertado.

De manera que el órgano de contratación, en el caso de que hubiese considerado, aunque no lo dice la oferta, la posibilidad de escoger entre los productos propuestos aquel que cumpliera lo establecido en el PPT, solo tendría una alternativa, cuando ya hemos indicado que se exigen al menos dos.

Por ello, las situaciones son distintas y la conclusión tiene que ser igualmente distinta.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por don J.P.J. y don V.B.M., en nombre y representación de Roche Diagnostics, S.L., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, de fecha 10 de octubre de 2014, por la que se acuerda la adjudicación del contrato convocado para el “Suministro de kits de material fungible necesario para el funcionamiento de bombas de infusión de insulina” para el citado Hospital, en cuanto al lote 1, Expediente: 2014-0-23.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 49 del TRLCSP.