

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

En Madrid, a 17 de diciembre de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por don J.P.J. y don I.R.S., en nombre y representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.U, contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 3 de octubre de 2014, por la que se adjudica el contrato, “Suministro de sistemas de infusión para bombas de insulina para el Hospital Universitario “12 de Octubre”, nº de expediente: P.A. 2014-0-35, lote 1, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 9, 29 y 31 de julio de 2014, respectivamente, se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el BOE y en el BOCM, con un valor estimado de 1.396.115,14 euros.

**Segundo.-** Interesa destacar a efectos del presente recurso que el Pliego de Condiciones Técnicas (PCT), por el que se rige el contrato establece en el apartado “otros requerimientos” que *“el adjudicatario prestará asistencia técnica gratuita al usuario 24 horas y 365 días/año”* y en el punto dos del apartado “Características

generales del fungible”, indica que *“En el caso de que algún paciente presentase algún tipo de alergia a los componentes del fungible, o que el material fungible no se adaptase específicamente a las necesidades individuales del paciente (ej. Problemas con la longitud de la cánula o del catéter, alergias a apósitos, etc.) la empresa adjudicataria se comprometerá a realizar las modificaciones oportunas del fungible adaptándolo a las necesidades del paciente sin variar el precio ofertado.”*

Una vez admitidas las empresas a la licitación, con fecha 3 de octubre de 2014, se adjudicó el lote 1 del contrato mediante Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, a la empresa Medtronic Ibérica, S.A., lo que se notificó a la recurrente mediante fax el 14 de octubre siguiente.

En fecha 20 de octubre de 2014, la recurrente solicitó acceso al expediente administrativo, requerimiento que fue concedido en fecha 24 de octubre.

**Tercero.-** Con fecha 31 de octubre de 2014, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), Roche Diagnostics, S.L.U, presenta recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación, que lo remitió a este Tribunal el 6 de noviembre. El expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, se remitieron el 7 de noviembre.

En el recurso se solicita que se anule la adjudicación efectuada al incumplir la oferta en dos aspectos concretos, de un lado la línea telefónica que la adjudicataria pone a disposición del personal sanitario y de los pacientes no es una línea de teléfono de coste 0, sino que el emisor de la llamada asume parte del coste de la misma, y que la adjudicataria se obliga a realizar los cambios de material fungible que se consideren necesarios, pero siempre dentro del límite de los productos ofertados, esto es, con los equipos de infusión Silhouette y Sure-T.

Por su parte el órgano de contratación en su informe sostiene el cumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de la adjudicataria.

**Cuarto.-** Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiéndose presentado escrito de alegaciones por la adjudicataria, en las que además de señalar que es imposible sustituir el criterio de valoración técnica del Órgano de contratación, afirma que su oferta cumple estrictamente con las exigencias del PCT, en relación con los dos incumplimientos hechos valer en el recurso. Aduce asimismo que los pliegos no prevén la exclusión para los aspectos técnicos no puntuables, ni exigen una puntuación mínima en la oferta técnica, lo que no permitiría excluir su oferta. Concluye solicitando la imposición de una multa a la recurrente ante la debilidad de sus argumentos, por manifiesta temeridad, señalando que al ser la actual adjudicataria del contrato la suspensión de la adjudicación del presente le ha supuesto un enriquecimiento injusto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Roche Diagnostics, S.L.U, ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por 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).

Asimismo resulta acreditada la representación del firmante 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 1.396.115,14 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 ha sido interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Así la notificación a la recurrente de

la adjudicación del contrato se produjo el 14 de octubre de 2014, habiéndose presentado el recurso ante el órgano de contratación el día 31 de octubre.

**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.-** El recurso se fundamenta en dos pretendidos incumplimientos por parte de la adjudicataria del contrato, de las prescripciones del PCT, expuestos en el relato fáctico de la presente Resolución.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas 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, (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, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, cuando 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”*, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Con carácter previo cabe señalar que, si bien como señala Medtronic en su escrito de alegaciones, corresponde a los órganos de contratación, a través de los órganos o unidades que la tengan encomendada, la valoración técnica de las ofertas respondiendo a criterios de discrecionalidad técnica, no es menos cierto que dicha discrecionalidad encuentra sus límites en la prohibición de la arbitrariedad y en la

necesaria atención a los intereses públicos, para cuya defensa la misma es concedida por el ordenamiento, con el límite asimismo de la necesidad de que la valoración efectuada se acomode a los criterios objetivos indicados en los Pliegos, como normas a las que ha de atenerse la resolución del proceso de licitación, en el bien entendido de que los mismos deben ser adecuados al objeto de la licitación y a las exigencias relativas a la calidad del servicio ofertado, tal y como se desprende entre otras de las Sentencia del Tribunal Supremo de 14 julio 2004 (RJ 2004\5360) con cita de las de 25 de enero (RJ 2000, 1231) y 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 6081). A ello cabe añadir que los órganos encargados del recurso especial podrán en el ejercicio de sus competencias de revisión de los actos a que se refiere el artículo 40 del TRLCSP, singularmente el de adjudicación, anular *“las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, (...)”*, examinando los elementos reglados que concurren en las decisiones discrecionales de los órganos de contratación.

Sentado lo anterior procede examinar la oferta de la adjudicataria a la luz de las alegaciones de la recurrente para determinar su adecuación al PCT.

Respecto de la obligación *“el adjudicatario prestará asistencia técnica gratuita al usuario 24 horas y 365 días/año”*, señala la recurrente que la misma es incumplida en la oferta de la adjudicataria puesto que a su juicio dicha obligación implica que la adjudicataria deberá poner a disposición de los usuarios una línea telefónica de atención gratuita, mientras que Medtronic ofrece un número de asistencia 901(...). Afirma que los números 901 son de pago compartido entre el emisor y el receptor de la llamada, tal y como acredita mediante una carta de Telefónica España en respuesta a solicitud de información por parte de la recurrente.

El Órgano de contratación sostiene que *“lo sustancial que plantea el Hospital 12 de octubre en este tipo de servicio es la capacidad de respuesta de asistencia técnica, además de su gratuidad, pero no se cuestiona el medio de cómo se accede a la misma por los profesionales o pacientes, como tampoco se plantea la necesidad a los usuarios de que cuenten con un servicio contratado de telefonía o de internet,*

(...)”.

En la misma línea la adjudicataria alega que el PCT no exige al licitador una línea 900, que Medtronic incluyó en su oferta el número de asistencia técnica que habitualmente utiliza en el mercado que es un 901, y un correo electrónico habilitado al efecto, de manera que el paciente podrá elegir el medio de contacto que le resulte más cómodo y conveniente. Asimismo señala que debe distinguirse ente la solicitud del servicio de asistencia técnica y la prestación del mismo, siendo este último el que debe tener carácter gratuito, tal y como ha asumido Medtronic en su oferta. Por último indica que el PPT exige que sea el adjudicatario del contrato, no el licitador el que preste la asistencia de forma gratuita, de forma que incluso dando por buena la interpretación de la recurrente, la contratación del número 900, Medtronic cuenta con una línea de estas características contratada con Telefónica el 6 de noviembre.

Como más arriba señalábamos debe estarse al contenido de los pliegos, en este caso la literalidad del PCT no permite considerar que la exigencia era de atención telefónica gratuita, sino de asistencia técnica gratuita. Efectivamente, este Tribunal compartiendo la interpretación tanto del órgano de contratación, como de Medtronic, entiende que lo que el PCT exige a la adjudicataria es la prestación gratuita del servicio de asistencia técnica, con independencia del modo en que la misma se solicite, bien sea telefónicamente, o por internet, carta, etc, cuyo coste puede corresponder al solicitante, siempre que no suponga un ingreso por este solo concepto para la adjudicataria.

No ocurre así en este caso en que se ofrece un número de coste compartido, que no implica un coste adicional para el usuario. Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo.

En cuanto al segundo de los incumplimientos aducidos, relativo a la sustitución de los fungibles en el caso de falta de adaptación del mismo, considera la recurrente que dicha obligación resulta incumplida, en tanto en cuanto en la oferta de la adjudicataria se ofrece su cumplimiento, dentro de las dos referencias ofertadas. Continúa explicando que *“tal y como es sabido por el órgano de*

*contratación, en nuestro mercado se comercializan, básicamente, tres tipos de sistemas de infusión de insulina para cubrir las necesidades existentes. Los dos tipos que la adjudicataria relaciona en su oferta, esto es, el sistema de cánula de teflón con ángulo de inserción ajustable entre 30 y 45 grados y el sistema consistente en aguja metálica con inserción a 90 grados y, un tercer método que es el de cánula de teflón con inserción a 90 grados”, siendo esta última utilizada por ejemplo, en pacientes alérgicos al metal que, por su morfología corporal y su constitución subcutánea requiere un ángulo de entrada de 90 grados, pacientes que tienen recomendada la inserción de la aguja en los glúteos por ser una zona en la que la inserción a 90 grados es más fácil y pacientes con alergia al metal y que tienen menos destreza en las manos al ser la misma más sencilla, de manera que aceptar la oferta de Medtronic, “supondría que aquellos pacientes que se encontraran en alguno de los supuestos anteriormente referidos no pudieran ver satisfechas sus necesidades.”*

*El Órgano de contratación entiende que “de la lectura atenta del pliego de prescripciones técnicas, en modo alguno se puede deducir que sea exigible para los licitadores la presentación del fungible tal como la recurrente pretende: tres equipos de infusión”.*

*En el mismo sentido la adjudicaría, después de explicar cómo su oferta cumple los criterios objetivos de valoración establecidos en los pliegos, señala que no puede sostenerse que su oferta no cumple por no adaptarse supuestamente a las necesidades de los pacientes, puesto que el PCT no prevé ningún requerimiento específico para el set de infusión, solo la obligación de realizar las modificaciones necesarias para adaptarlos a las necesidades de los pacientes sin variar el precio ofertado. Para ello se ofrece “la posibilidad de adaptar el fungible ofertado, que ya incluye una amplia gama de opciones, como: inserción de 30-45 o 90°, material metálico o de teflón, cánulas de 13 a 17 mm y de 6 o 8 mm, con tubos de polietileno de 60 ó 110 cm y de 60 ó 80 cm. Con esta variedad, se eliminan todas las incidencias comunes relativas a las alergias y a los problemas con longitud de la cánula o del catéter. Por ende, se cumple con lo previsto en el pliego.”*

Como hemos señalado en otras ocasiones, corresponde al Órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCPS, determinar las necesidades que quiere cubrir o atender con los contratos cuya adjudicación licita, y la forma en que aborda dicha atención.

En este caso, del tenor literal del PCT no se deduce que tengan que presentarse tres tipos distintos de sets de infusión, y mucho menos los que la recurrente parece decidir que son los más adecuados. En este caso el PCT se limita a señalar que *“En el caso de que algún paciente presentase algún tipo de alergia a los componentes del fungible, o que el material fungible no se adaptase específicamente a las necesidades individuales del paciente (ej. Problemas con la longitud de la cánula o del catéter, alergias a apósitos, etc) la empresa adjudicataria se comprometerá a realizar las modificaciones oportunas del fungible adaptándolo a las necesidades del paciente sin variar el precio ofertado”*, pero sin especificar la forma en que dicha adaptación tenga que verificarse.

De este modo, ofreciéndose por la adjudicataria de forma expresa el cumplimiento de esta obligación, no se observa incumplimiento alguno, y por ende el recurso también debe ser desestimado por este motivo.

**Sexto.-** Este Tribunal debe pronunciarse aún sobre la existencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso habida cuenta de las alegaciones de la adjudicataria. El apartado 5 del artículo 47 del TRLCSP invocado en alegaciones establece que *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”*.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues

ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. La Sentencia núm. 29/2007, de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.”*

En el caso que nos ocupa es cierto que la argumentación de la recurrente es endeble, y que la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso le favorece como adjudicataria actual del contrato. Ahora bien la mala fe en la interposición del recurso no puede presumirse, sino que debe tener al menos cierto sustento probatorio, y la debilidad de los argumentos y la desestimación del recurso no puede sin más, llevar a su consideración como temerario.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que no procede la imposición de la multa solicitada.

**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 I.R.S., en nombre y representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.U, contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 3 de octubre de 2014, por la que se adjudica el contrato. “Suministro de sistemas de infusión para bombas de insulina para el Hospital Universitario “12 de Octubre”, nº de expediente: P.A. 2014-0-35, lote.

**Segundo.-** Levantar la suspensión automática cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal.

**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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**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 49 del TRLCSP.