

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

En Madrid, a 1 de febrero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.O.A., en representación de la mercantil Medtronic Ibérica, S.A., (en adelante, Medtronic) contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote 3 del “Suministro de material para sellado y corte de vasos para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, nº expediente PA 2016-0-60, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 1 y 2 de septiembre de 2016, se publicó respectivamente en el BOE y BOCM, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en tres lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios, todos ellos objetivos. El valor estimado del contrato asciende a 1.400.595,90 euros. El anuncio de la licitación había sido enviado al DOUE para su publicación el 10 de agosto de 2016.

Segundo.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece, entre otras, las siguientes características técnicas para los suministros incluidos en el Lote 3, Pinza

ultrasonido.

LOTE	CÓDIGO ARTÍCULO	ARTÍCULO DESCRIPCIÓN TÉCNICA
3 (orden 5 a 7)		<u>CARACTERÍSTICAS COMUNES</u> Pinzas de ultrasonido, de un solo uso, para Laparoscopia y/o Cirugía abierta para sellado y corte de vasos o tejidos. Rotación Completa 360º
	016713	Pinza para laparoscopia para trocar de 5mm. Longitud varilla entre 35-39 cm.
	017178	Pinza curva o recta para Cirugía abierta. Longitud varilla entre 10-14 cm.
	016589	Pinza ultrasónica con mandíbula pequeña para cirugía abierta de campo reducido.

Por otra parte el PCAP respecto a los criterios técnicos en su cláusula 1ª apartado 8.2 establece una puntuación máxima de 30 puntos distribuidos en dos criterios:

- Posibilidad de aspiración de humo: 25 puntos.
- Que el electrobisturí esté integrado en el generador: 5 puntos.

La Mesa de contratación el 2 de noviembre acordó excluir a Medtronic Ibérica del lote 3.

El 22 de noviembre de 2016 Medtronic solicitó acceso al expediente y a la vista del mismo afirma que no tuvo acceso a la motivación de la Resolución, bien por su inexistencia, bien porque no le fue puesta de manifiesto,

Tercero.- Tras la realización de los trámites oportunos, el día 2 de diciembre de 2016, se dictó Resolución de la Directora Gerente del Hospital por la que se adjudica el lote 3 a la empresa Olympus Iberia, S.A. *“Características de la proposición de los adjudicatarios determinantes de la adjudicación a su favor: la oferta de adjudicación ha sido seleccionada como la económicamente más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios objetos (sic) que figuran en el pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente, y haber obtenido la máxima puntuación de entre todas las*

admitidas” y se excluye a la recurrente, indicándose como causa de la misma: “La pinza ofertada en el orden 7, no es válida para cirugía abierta en campo reducido”.

La Resolución fue notificada al recurrente el 12 de diciembre de 2016 y publicada en el perfil del contratante, al día siguiente.

Cuarto.- Con fecha 3 de enero de 2017, la empresa Medtronic interpone recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación y la exclusión de su oferta, alegando insuficiente motivación de la Resolución de adjudicación y que su producto cumple las especificaciones exigidas.

Añade además que la adjudicación incurre en error, arbitrariedad o discriminación porque la compañía adjudicataria del lote 3, ha presentado para dos lotes diferentes (2 y 3) la misma referencia con distinto precio, en concreto, se trata de la referencia N4505730, THUNDERBEAT Open Fine Jaw, cuando las características de ambos son diferentes, sin que haya sido excluida en ninguno de ellos a pesar de que son distintas las funcionalidades técnica a satisfacer y por tanto los requisitos determinados en el PPT.

Advierte asimismo de la oferta o bonificación no permitida de Olympus al consistir su mejora en la entrega de equipos relacionados con instrumental que no es propio de este expediente, lo que supone una vulneración del artículo 147 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).

Finalmente, considera un error la decisión de excluir su oferta realizada para el lote 3 que considera que *“La pinza ofertada en el orden 7, no es válida para cirugía abierta en campo reducido”*, sin razonar el motivo.

Por todo ello solicita la estimación del presente recurso, se declare nula de pleno derecho la resolución recurrida y se acuerde la retroacción de las actuaciones

hasta el momento de la indebida exclusión de Medtronic para que sea examinada y valorada su oferta y las causas de exclusión de Olympus.

El día 18 enero de 2017, tuvo entrada en el Tribunal procedente del Hospital el recurso acompañado del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

El órgano de contratación en dicho informe alega que *“la adjudicación recurrida está suficientemente motivada en los términos exigidos por el artículo 151.4 del TRLCSP, a saber: contiene la información necesaria que permite al candidato excluido interponer recurso suficientemente fundado conteniendo la exposición resumida -como dice la Ley- de las razones por las que se ha desestimado su candidatura (en este caso en concreto, se informa en la Resolución impugnada que “la pinza ofertada en el orden 7, no es válida para cirugía abierta en campo reducido”); expresa igualmente el nombre del adjudicatario, así como las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las presentadas por los otros licitadores admitidos: ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios objetos que figuran en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente, y haber obtenido la máxima puntuación de entre todas las admitidas. Hecho éste totalmente objetivo.”* Hechos que además ha podido comprobar el recurrente al haber tenido acceso al expediente el día 30 de diciembre de 2016 a su plena conformidad.

En cuanto a la mejora ofertada por la adjudicataria, afirma que se refiere al mantenimiento de los equipos indicados en el procedimiento de contratación, sin que por el hecho de que a título informativo aporte una memoria general, implique que el mantenimiento se extienda más que a los equipos contenidos en la dotación contractual reflejada en los Pliegos.

Por último, la exclusión de la recurrente al lote 3 se justifica en que *“la pinza aportada, si bien tiene un tamaño de mandíbula adecuado para la cirugía en campo*

reducido, su vástago es muy largo (característico para la cirugía laparoscópica), lo que lo hace no adecuado en la cirugía abierta, al dificultar la técnica quirúrgica en este tipo de cirugía abierta de campo reducido, al igual que sucede en el caso de la cirugía tiroidea, en donde este tipo de pinza se utiliza fundamentalmente.”

Quinto.- Con fecha 23 de enero de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Transcurrido el plazo se han recibido escritos de alegaciones de Olympus Iberia y de Johnson & Johnson que se oponen al recurso considerando correcta la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplir las especificaciones del Pliego y manifiestan su acuerdo con las alegaciones del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Medtronic para interponer recurso especial contra el acto por el que se acuerda su exclusión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora que ha sido excluida y por tanto *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. La legitimación para impugnar la adjudicación a Olympus queda condicionada a su admisión a la licitación pues un licitador excluido ningún beneficio

puede obtener con la exclusión del adjudicatario pues la anulación del acto de adjudicación repercutiría a favor del siguiente en el orden de clasificación de las ofertas.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) en relación al 15.1.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 2 de diciembre de 2016, practicada la notificación el 12 del mismo mes e interpuesto el recurso el 3 de enero de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto a la falta de motivación de la resolución, el artículo 151.4 del TRLCSP dispone que la adjudicación *“deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil del contratante. La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”*.

Asimismo el mencionado artículo regula el contenido mínimo de la notificación de la adjudicación del contrato disponiendo que debe contener:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta

de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

Como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, el derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores viene recogido por la doctrina emanada de los Tribunales de la Unión Europea, en concreto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 20 de septiembre de 2011, que resuelve el asunto T-461/08 Evropaïki Dynamikiy; y en la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos cuyo considerando 6 señala que se debe dar a los licitadores el tiempo suficiente para examinar la decisión de adjudicación y evaluar si es preciso iniciar procedimiento de recurso. Cuando se notifique la decisión de adjudicación se debe proporcionar información que sea esencial a favor de un recurso eficaz. Asimismo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. Ello no significa que deba hacerse una

motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

Por lo tanto, la motivación de la adjudicación está en estrecha relación con la posibilidad de plantear un recurso fundado y de obtener un beneficio con la resolución del mismo.

Comprueba este Tribunal que en la resolución impugnada consta que se adjudica el contrato *“de acuerdo con la propuesta de la Mesa de contratación”*, que no se acompaña en la notificación, por lo que la notificación es defectuosa. Tampoco se hace constar la puntuación obtenida por cada una de las licitadoras en cada uno de los criterios de adjudicación. Aunque se hace constar el incumplimiento genérico de la prescripción técnica motivo de la exclusión no se explica cuál es el incumplimiento concreto que conduce a la conclusión de que la pinza ofertada no cumple la condición de ser apta para cirugía abierta en campo reducido.

El recurrente advierte que se le excluye porque la pinza no es válida para cirugía abierta sin explicar el motivo. Supone que pudiera ser debido al tamaño de la mandíbula de la pinza ofertada por Medtronic -que es de 1,45 cm- a pesar que este requisito no recoge ninguna medida asociada a la pinza requerida, lo cual considera erróneo máxime porque la ofertada por Olympus presenta una mandíbula mide 1,9 cm.

Recalca que la oferta de Medtronic *“asegura los máximos estándares de calidad, que la mayor o menor amplitud de sellado posibilita una mayor versatilidad del dispositivo y consecuentemente una reducción del tiempo quirúrgico, que resulta un dispositivo totalmente válido y eficaz, y que se adapta fielmente a las exigencias*

técnicas requeridas al combinar una capacidad de sellado de vasos de hasta 7 mm de diámetro con una pasmosa facilidad de manejo.”

Por contra en el informe del órgano de contratación, se afirma que *“si bien tiene un tamaño de mandíbula adecuado para la cirugía en campo reducido, su vástago es muy largo (característico para la cirugía laparoscópica), lo que lo hace no adecuado en la cirugía abierta, al dificultar la técnica quirúrgica en este tipo de cirugía abierta de campo reducido, al igual que sucede en el caso de la cirugía tiroidea, en donde este tipo de pinza se utiliza fundamentalmente.*

Ello puede evidenciarse si comparamos con las pinzas ofertadas por las otras dos empresas licitadoras a este Lote, ambas carentes de vástago. De hecho, en el número de orden 4 del Lote 2, donde la definición de la pinza solicitada tan sólo varía en la característica bipolar-ultrasonido, la mercantil Medtronic oferta un material carente de vástago y por tanto adecuado para la cirugía abierta de campo reducido, motivo por el cual ha sido admitida a la licitación.

Añadir que se excluyó a la mercantil Applied Medical Distribution Europe, B.V., en ese mismo Lote, por haber ofertado una pinza no adecuada a la cirugía abierta en campo reducido, en este caso sí, por el tamaño de la mandíbula, tal y como se refleja en la Resolución de adjudicación recurrida.”

La empresa Olympus Iberia S.A en su escrito de alegaciones argumenta que *“del análisis de la oferta técnica presentada por Medtronic Ibérica, S.A., resulta meridianamente claro que la recurrente carece de tijeras de mandíbula pequeña para cirugía abierta de campo reducido (descripción del orden 7 del Lote 3) y que esta circunstancia, por consiguiente, le permitió ofertar tijeras adecuadas para cumplir con la descripción técnica del orden 5 y 6, pero no del orden 7, motivo por el que se la excluye”.*

Las posiciones de las partes denotan que la recurrente no conoce exactamente la causa de no adecuación de la pinza ofertada para cirugía en campo reducido y las alegaciones de las interesadas tampoco se centran en el tamaño del vástago,

circunstancia que no se hizo constar en la notificación sino que se ha puesto de manifiesto con motivo del recurso.

Por lo tanto, no habiéndose notificado una motivación suficiente para que los interesados tuvieran el debido conocimiento de los motivos de exclusión para poder defender sus derechos e intereses, el recurso debe ser estimado, debiendo procederse a retrotraer las actuaciones a fin de practicar la notificación motivada de la exclusión de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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.- Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por doña M.O.A., en representación de la mercantil Medtronic Ibérica, S.A., contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote 3 del contrato denominado “Suministro de material para sellado y corte de vasos para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, procediendo la retroacción de las actuaciones a fin de que se practique notificación de la adjudicación debidamente motivada.

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.