

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

En Madrid, a 30 de enero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de BOSTON SCIENTIFIC IBERICA,S.A. (en adelante BOSTON) contra la resolución del Director Gerente del Hospital Clínico San Carlos por la que se adjudica del contrato “Suministro de material para el tratamiento de enfermedades neurológicas de trastornos del movimiento mediante estimulación cerebral profunda del Hospital Clínico San Carlos de Madrid”, Expediente PA2 2018-0-101, para el lote 2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fechas 23 de julio y 25 de julio de 2019 respectivamente y en el BOCM de fecha 5 de agosto, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 2.961.820,22 euros y su duración es de 24 meses.

Segundo.- El 23 de diciembre de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de BOSTON en el que solicita la anulación de la adjudicación del contrato de referencia para el lote 2.

Tercero.- El 30 de diciembre de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el 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 (LCSP).

Cuarto.- Por parte de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados para la presentación de alegaciones conforme al artículo 56.3 de la LCSP. De las alegaciones presentadas se dará cuenta en el Fundamento de Derecho Quinto.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación para el lote 2 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 el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, 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 se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se ha planteado contra la adjudicación de un contrato, cuya notificación tuvo lugar el 5 de diciembre de 2019, presentando el recurso el 23 de diciembre, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días hábiles previsto por la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del asunto el recurrente sostiene, en primer lugar, que una de las características mínimas que deben cumplir los generadores de impulsos del Lote 2 es que tengan un control de corriente independiente, como así se desprende de la descripción técnica incluida en el PPT. Considera que los generadores de impulsos ofertados por el adjudicatario no tienen un control de corriente independiente, siendo este un claro incumplimiento del PPT. Considera que el control de corriente independiente requerido en el PPT sólo se consigue cuando el hardware del generador tiene múltiples controladores de corriente, es decir, uno por cada contacto.

Entiende que el hardware de la solución ofertada por el adjudicatario sólo tiene un controlador de corriente para todos los contactos. Esta característica del producto del adjudicatario impide tener un control de corriente independiente en cada contacto y, por tanto, supone un incumplimiento evidente de las prescripciones técnicas. Se trata de un producto que dispone únicamente de una única fuente de corriente en la que existe 1 controlador por polaridad para 16 polos y no uno dedicado a cada contacto como exigen los pliegos.

Así mismo, como segundo motivo de impugnación considera que se ha realizado una incorrecta valoración de la oferta del adjudicatario.

Por su parte, el órgano de contratación, respecto al primer motivo, mantiene que ambos productos permiten el uso de frecuencias simultaneas, si bien el producto de Abbott Medical tiene en cada polo del electrodo un control totalmente independiente de corriente, siempre que se programe en configuración unipolar (con un solo cátodo), y el producto de Boston tiene la capacidad de aplicar simultáneamente, entre los diferentes contactos del electrodo, parámetros distintos de estimulación, en el sentido tanto de intensidad, como de anchura de pulso, como de frecuencia, de forma independiente, lo que conlleva una prestación superior, siendo así que, Boston obtuvo una mayor puntuación en el apartado técnico, 30 puntos, frente a los 20 puntos de Abbott Medical.

Sin embargo, considera que la puntuación obtenida en la oferta económica (70 puntos de Abbot frente a los 13,59 de Boston) determinó la adjudicación a favor de Abbott Medical, debido al menor coste del producto en referencia al precio de licitación.

El órgano de contratación acompaña un informe técnico firmado por el Director del Instituto de Neurociencias del Hospital Clínico San Carlos en el que

hace constar *“En ese sentido hay que señalar que el pliego en este lote establece dos niveles de análisis:*

- Requisito básico; control independiente de corriente*
- Criterio de calidad, control independiente de frecuencias.*

Parecemos interpretar que el Boston considera que el requisito básico, se refiere ambos criterios, lo que no es el criterio del pliego, porque si se hubiera querido incluir lo segundo en el primero, no tendría sentido incluir el apartado en el criterio de calidad.

Definición de los términos:

Control independiente de corriente. Se entiende la posibilidad de a estimular distintas intensidades los distintos polos del electrodo. Es un requisito básico, sin lo cual no puede realizarse los fines del pliego, y ambas empresas lo cumplen, según sus especificaciones y por ello superaron el requisito previo.

Control independiente de frecuencias. Es un nivel de calidad superior, que permite estimular los distintos electrodos a distintas frecuencias.

Valoración de los productos.

En el producto de Abbott cada polo del electrodo tiene control totalmente independiente de corriente (requisito básico) siempre que se programa en configuración unipolar, pero no permite el control por frecuencias, por ello no se le valoró por el apartado correspondiente de calidad.

Al contrario el producto de Boston es capaz de aplicar simultáneamente entre los diferentes contactos del electrodo, parámetros distintos de estimulación en el sentido tanto de intensidad (requisito básico) como de anchura de pulso como de frecuencia de forma independiente (criterio de calidad), lo que es una prestación superior”.

Por su parte, el adjudicatario sostiene que tal como verificó oportunamente la Mesa de Contratación, el Generador objeto de la Oferta de Abbott (sistema Infinity) cumple con las prestaciones técnicas exigidas en el PCAP y el PPT. Del análisis de dicha oferta se puede verificar fácilmente que el Generador cumple con lo siguiente:

- Dispone de un “*Control de corriente independiente*”. La Oferta de Abbott señala que, en relación con esta prestación técnica, cuenta con un Control de corriente independiente en cada uno de sus polos en configuración monopolar con un solo cátodo.

- Dispone de una “*direccionalidad con giros de definición de 1 grado*”. En relación con esta prestación técnica, la Oferta de Abbott señala que cuenta con una direccionalidad con giros proporcionales a la relación de variación de la amplitud en rangos de 0,05 mA y de la impedancia de los tejidos.

- Dispone de un “*control independiente de corriente en cada uno de sus polos*”. En relación con esta prestación técnica resulta claramente de la Oferta de Abbott que el generador cuenta con un control de corriente independiente en cada uno de sus polos en configuración monopolar con un solo cátodo.

Vistas las alegaciones de las partes, se trata de determinar en primer lugar si el adjudicatario cumple las prescripciones establecidas en el PPT.

El PPT establece entre las características mínimas que deben cumplir los generadores de impulsos en el lote 2, disponer de “*control de corriente independiente*”.

En la oferta presentada por el adjudicatario consta: “*Generador de impulsos implantable no recargable de doble canal para estimulación cerebral profunda*.”

Los generadores de impulsos implantables de la familia InfinityTM están diseñados para su uso en combinación con los demás componentes de la familia de sistemas de estimulación cerebral profunda InfinityTM de St. Jude Medical (Abbott).

Características destacadas:

- *Generador con 16 polos, 8 polos por canal, para estimulación cerebral bilateral.*

- *Corriente constante: El estimulador mantiene un nivel constante de corriente durante toda la duración del impulso de estimulación, adaptando el voltaje a los*

cambios de resistencia de los tejidos circundantes, lo que garantiza una estimulación consistente en el tiempo.

- *Conexión octopolar en anillo electrodo – extensión – generador*
- *Compatible con electrodos direccionales de St. Jude Médical (Abbott) para un control más preciso del target anatómico.*
- *Conexión inalámbrica de campo lejano con el controlador del paciente y el programador clínico. (Dispositivos Apple™ con comunicación Bluetooth™).*
- *Control de corriente independiente (...).*

El PPT exige como característica técnica que el generador tenga control independiente de corriente, sin mayores características o precisiones. Por tanto, dado que el producto ofertado por el adjudicatario dispone de él, cumple sin lugar a dudas las prescripciones exigidas por el PPT en este aspecto.

Conforme a la doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato y su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta. Por tanto, la apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como requisitos mínimos necesarios en los pliegos que rigen el procedimiento. Requisitos que cualquier licitador interesado razonablemente informado y normalmente diligente podría comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, que la entidad adjudicadora puede comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata.

Así el artículo 139.1 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 (...)*”.

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

Respecto al segundo motivo de recurso, se fundamenta en una vulneración del principio de igualdad en la valoración de los criterios de adjudicación. Alega una incorrecta valoración de la oferta del adjudicatario y su necesaria exclusión. Expone el recurrente una tabla comparativa de las características de la tecnología que disponen los dispositivos ofertados por el adjudicatario y los suyos, debiendo haberse reflejado en la puntuación obtenida. Se refiere concretamente a los criterios *“Control independiente de corriente en cada uno de los polos”* y *“Direccionalidad con giros de definición de 1 grado”*.

Sobre la valoración del órgano de contratación de *“control de corriente independiente en cada uno de sus polos”*, considera que el producto ofertado por el adjudicatario no reúne esta característica técnica. Sostiene que el sistema propuesto es un sistema direccional de estimulación cerebral profunda que ofrece 2 neuroestimuladores no recargables con diferentes capacidades de batería. Estos neuroestimuladores incluyen una tecnología de una única fuente de corriente por polaridad de los pulsos. Los generadores de impulsos ofertados por el Adjudicatario no cuentan con la característica técnica consistente en un control de corriente independiente en cada uno de los polos.

Respecto a la *“Direccionalidad con giros de definición de 1 grado”*, mantiene que el control de corriente independiente es el factor determinante que aporta la capacidad de dividir la corriente en porcentaje de 1% entre varios contactos de forma simultánea lo que, en consecuencia, permite realizar giros del campo de estimulación en definición de 1 grado.

Añade que el sistema Infinity del adjudicatario permite giros alrededor del electrodo direccional sin tener la capacidad de dirigir la corriente de grado en grado al no disponer de control de corriente independiente. Los pliegos exigen una

tecnología que permita un control exacto, simultáneo e independiente de la polaridad y amplitud de la corriente que cada contacto en el electrodo inyecta a las fibras neuronales, lo cual incluye a la carcasa metálica del neuroestimulador. Esta tecnología es necesaria para la estimulación selectiva de fibras que, en cualquier caso, incrementan las posibilidades de una terapia eficaz. Esta tecnología requiere de fuentes de corriente independientes y dedicadas a cada uno de los contactos en los electrodos cuya configuración es propiedad exclusiva de su empresa, sin que sea posible que un operador económico en el mercado una tecnología semejante.

El adjudicatario aporta un Informe Técnico Justificativo elaborado por el experto técnico Especialista Clínico del Departamento de Neuro-modulación” y “*Senior Scientist Clinical Research*” del Grupo Abbott Medical Devices para el área de América Latina, en el que se señala que tras analizar desde el punto de vista técnico el generador de impulsos ofertado por Abbott, (sistema Infinity), se concluye lo siguiente: (i) el artículo cuenta con un control de corriente independiente en el sentido indicado en el PPT; (ii) permite una direccionalidad con giros de definición de 1 grado y (iii) el control independiente de corriente se establece en relación con cada uno de los polos de dicho control de corriente.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe del Director del INC manifiesta textualmente *“Direccionalidad con giros de definición de 1 grado. Este apartado corresponde a un criterio de valoración, y no es un requisito. De hecho, en el transcurso del proceso de elaboración del pliego hubo un error de transcripción. El término “Direccionalidad con giros de definición de 1 grado”, no existe y ninguna empresa lo cumple. En realidad fue un problema de transcripción de lo que salió del equipo técnico.*

Cuando se mandó la propuesta, el borrador ponía que se requería direccionalidad con giros, que lo cumplen los dos, y no cumplir se daba 1 punto y cumplir 8 puntos, en ese borrador.

Luego se modificó, y se puso lo de 0 a 10, y cuando se transcribió el 1 del punto, no sé cómo ocurrió pero alguien lo transcribió como un grado (es lo que pensamos que debe haber ocurrido).

Como el criterio era disponer de capacidad de direccionalidad y ambos lo tienen se les dio 10 puntos como criterio de valoración a ambas empresas, porque realmente es lo que se quería valorar obviando lo de un grado, que no debería haber estado.

Si se consideraba lo de un grado, ambas empresas deberían tener cero, porque no existe tanta precisión, pero no es lo que se quería valorar. Lo incumple Boston, al que se le dio 10 puntos y Abbott, al que se le dio 10 puntos. No existe esa precisión de un grado. Lo que realmente se requería y es que hubiera direccionalidad, y por eso, se puntuó a los dos, que lo tienen, pero es un criterio de valoración, no un requisito”.

El PCAP establece como criterios de adjudicación sujetos a fórmulas los siguientes:

“Lote 2. Puntuación máxima 30 puntos:

1. Direccionalidad con giros de definición de 1 grado:

Si: 10 puntos.

No: 0 puntos.

2. Control independiente de corriente en cada uno de sus polos:

Totalmente: 10 puntos.

No: 0 puntos.

3. Uso de hasta 4 frecuencias simultáneas:

Sí: 10 puntos.

No: 0 puntos.”

Para los criterios 1 y 2 ambas empresas han obtenido 10 puntos, mientras que para el criterio 3 la recurrente obtuvo 10 puntos y las adjudicatarias 0 puntos.

En relación con lo anterior, conviene señalar que la Cláusula 1 del PCAP establece que cada licitador debe reunir una puntuación mínima de 15 puntos en relación con los criterios de valoración cualitativa para que su oferta pueda ser valorada a efectos de adjudicación del Lote 2 del Contrato.

Respecto al cumplimiento del criterio *“Control independiente de corriente en cada uno de los polos”*, se observa que en el Anexo a la ficha técnica presentada por el adjudicatario se incluye, dentro de sus características técnicas *“Control de corriente independiente en cada uno de sus polos en configuración monopolar”*, por tanto puede considerarse cumplido el requisito técnico señalado, siendo correcta su valoración.

Sin embargo, respecto del criterio *“Direccionalidad con giros de definición de 1 grado”*, el propio órgano de contratación manifiesta que el adjudicatario cumple la direccionalidad con giros, pero no de 1 grado, ya que esta característica, con ese grado de precisión, ninguna empresa del mercado la cumple, tampoco la recurrente.

Como se ha señalado anteriormente, esa exigencia, según el órgano de contratación de debió a un error de transcripción, ya que lo que se pretendía es que el generador de impulsos dispusiera de la capacidad direccional con giros, sin otras precisiones, requisito que cumplen el producto de las dos únicas empresas presentadas a la licitación.

Sin embargo, considerando que la cláusula tal como está redactada resulta de imposible cumplimiento, debido a un error de transcripción, exigiéndose un requisito no pretendido por el órgano de contratación, al no existir en el mercado un producto con esas características, considerando, así mismo, que ninguna empresa recurrió los PCAP y aplicando el principio de economía procedimental, procede a juicio de este Tribunal, conforme al criterio seguido por el órgano de contratación, conceder los 10 puntos a ambos licitadores, que fueron los únicos que presentaron ofertas, al cumplir ambos el requisito de la direccionalidad de giro. De este modo, se da

cumplimiento a los principios de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores, tal como exige el artículo 1 de la LCSP.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

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 representación de BOSTON SCIENTIFIC IBERICA, S.A., contra la resolución del Director Gerente del Hospital Clínico San Carlos por la que se adjudica del contrato “Suministro de material para el tratamiento de enfermedades neurológicas de trastornos del movimiento mediante estimulación cerebral profunda del Hospital Clínico San Carlos de Madrid”, para el lote 2.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, para el lote 2.

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 de la LCSP.