

Recurso nº 442/2018

Resolución nº 45/2019

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

En Madrid, a 6 de febrero 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.P.M.G., en nombre y representación de la empresa OTICON ESPAÑA S.A. contra la Resolución de 5 de diciembre de 2018, del Director Gerente del Hospital Universitario de Getafe por la que se adjudica el contrato de “Suministros de implante coclear para el Hospital Universitario de Getafe”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 12 de septiembre de 2018 se publicó en el DOUE anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia. Así mismo, se publicó en el Portal de la Contratación Pública el día 11 de septiembre de 2018 y en el BOCM el 24 de septiembre. El valor estimado del contrato es de 391.000 euros y un plazo de ejecución 12 meses.

Interesa conocer para la resolución del recurso que el objeto del suministro es “*implante coclear para el Hospital Universitario de Getafe*”.

**Segundo.-** Finalizado el plazo de presentación de ofertas, con fecha 6 de noviembre de 2018, la Mesa de contratación del Hospital General Universitario de Getafe, acuerda admitir a la licitación a las tres empresas presentadas:

- 1.- ADVANCE BIONICS SPAIN
- 2.- MED-EL ESPAÑA
- 3.- OTICON ESPAÑA

La Resolución de adjudicación del contrato se adoptó el día 5 de diciembre de 2018, publicándose dicha resolución el 10 de diciembre de 2018 en el Portal de la Contratación Pública, habiendo recaído la adjudicación a la empresa MED-EL ESPAÑA.

**Tercero.-** El 27 de diciembre de 2018, la empresa OTICON ESPAÑA presenta en este Tribunal recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato. Alega que la empresa adjudicataria incumple el PCAP y PPT y valoración errónea en los criterios objetivos de valoración a la adjudicataria.

Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en 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) que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 4 de enero de 2018, solicitando su desestimación.

**Cuarto.-** Con fecha 21 de enero de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiéndose presentado en plazo.

## 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 recurso.

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

Asimismo se acredita la representación del 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, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la publicación de la Resolución de adjudicación se produjo el 10 de diciembre de 2018, por lo que el recurso presentado el día 27 de diciembre, se interpuso en plazo.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, el recurrente alega dos motivos:

- Nulidad de la resolución de adjudicación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.1.e de la ley 39/2015, de 1 de octubre y el artículo 139 LCSP, por infracción de lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en el Pliego de Cláusulas Administrativas: concurre una causa de exclusión de la oferta realizada por la adjudicataria.

- Nulidad de la resolución de adjudicación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.1.e) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, el principio de interdicción de la arbitrariedad y artículo 139 LCSP, por infracción de lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en el Pliego de Cláusulas Administrativas: errónea valoración de los criterios objetivos de adjudicación del contrato.

En lo referente al primer motivo, el recurrente alega que “*definiéndose en el apartado 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas las ‘características técnicas que deben reunir los productos solicitados’, el apartado 3.3 del mismo Pliego de prescripciones Técnicas (Innovación) dispone que ‘durante la vigencia del contrato (duración inicial y eventual prórroga), la empresa suministradora deberá proporcionar la última tecnología disponible, sin coste adicional (es decir, sin impacto alguno en el precio de adjudicación).*”

*Por tanto, del tenor literal del citado apartado 3.3. del Pliego de Prescripciones Técnicas se desprende claramente que los productos que fueran suministrados por parte de la empresa adjudicataria (aparte de cumplir con los requisitos de legalidad y autorización de comercialización establecidos en la normativa nacional y comunitaria (apartado 3.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas) y con las demás especificaciones técnicas generales contenidas en el apartado 2.2. del Pliego) debían constituir la última tecnología a disposición de la empresa licitadora, debiendo por tanto ofrecerse y suministrarse los productos y modelos más novedosos a su disposición”.*

Señala a continuación que la tecnología que MED-EL ESPAÑA se ofreció a suministrar durante la vigencia del contrato en absoluto consiste en la última tecnología a disposición de la empresa (modelo *Concerto*), tratándose en realidad de productos con casi ocho años de antigüedad, disponiendo, a su juicio, de productos de tecnología más avanzada (modelo *Syncrony*).

Por su parte, el órgano de contratación, manifiesta que el análisis de las ofertas se efectuó utilizando la documentación aportada por los distintos licitadores y comprobando el cumplimiento de las prescripciones técnicas, fundamentalmente el

punto 2 del PPT, (en el caso de la empresa MED-EL ESPAÑA, S.A. en su modelo ofertado *Concerto*).

El adjudicatario en sus alegaciones manifiesta que ha ofertado el implante modelo *Concerto* siendo así que tanto este modelo como el *Syncrony*, tienen exactamente la última y misma tecnología. La diferencia entre ambos estriba en la Resonancia Magnética Nuclear.

El punto 2.2 del PPT establece *“A continuación se describen las características técnicas que deben reunir los productos solicitados. Las especificaciones son orientativas, por lo que las Empresas concursantes podrán incluir en sus ofertas, materiales de características similares, aunque utilicen tecnología, procedimientos o composición diferente, admitiéndose todas aquellas proposiciones que cumplan todos los requisitos técnicos y de prestaciones que, con carácter de mínimo se han establecido en este pliego y siempre que su rendimiento y exigencia funcional sean considerados válidos y supongan una mejora para el paciente. Si en la descripción de algún artículo se utiliza marca comercial y/o referencia, deberá entenderse como orientación para localizar el artículo, sin que en ningún caso implique que sea necesario ofertar dicha marca o referencia.*

*Lote I. Implante coclear:*

- Estimulador/receptor implantable, multicanal con guía intracoclear portaelectrodos con contactos activos multicanal.*
- Procesador de voz retro auricular/corporal con los accesorios y componentes para su uso (incluidos accesorios para la conexión de sistema FM).*
- Capacidad de procesar un mínimo de 40.000 pulsos por segundo (pps)*
- Posibilidad de distintas guías electrodos.*
- Podrá ser utilizado en RMN desde 1.5 Teslas, sin tener que remover el imán.*
- Material específico para realizar la cirugía del Implante Coclear.*
- Rehabilitación postimplante en un volumen de horas no inferior a 120 horas/año.*

*3.3-Innovación: Durante la vigencia del contrato (duración inicial y eventual prórroga), la empresa suministradora deberá proporcionar la última tecnología*

*disponible, sin coste adicional (es decir, si impacto alguno en el precio de adjudicación).*

En este sentido, hay que destacar que se trata de un suministro mediante precios unitarios, a medida de las necesidades de la Administración por un periodo de 12 meses prorrogable, por lo que la citada cláusula 3.3 de PPT se debe referir a la ejecución del contrato durante su periodo de vigencia.

El órgano de contratación consideró que el modelo ofertado por la adjudicataria disponía de las características técnicas exigidas en el PPT, aspecto no cuestionado por el recurrente, por lo que procedió a su admisión.

La interpretación que realiza el recurrente de los Pliegos supondría que cualquier empresa licitadora debería presentar el modelo más innovador tecnológicamente de los que dispone, lo que implicaría la necesidad de que el órgano de contratación realizara una labor indagatoria previa a la adjudicación para determinar si alguno de licitadores dispone de productos de tecnología más avanzada y no los ha ofertado. Supondría una clara indefinición del objeto del contrato.

Por otro lado, supondría que los licitadores tuvieran que ofertar el modelo tecnológicamente más avanzado, aunque su precio no encajase desde el punto de vista económico con el precio de licitación, lo que carece de fundamento.

El órgano de contratación, como ha realizado en este caso, debe analizar la propuesta del licitador en base a determinar el cumplimiento de las prescripciones técnicas descritas en el PPT y si las cumple, como así es, proceder a su admisión.

Ello no obsta, para que, dado que se trata de un contrato de suministro a medida de las necesidades de la Administración durante un periodo de 12 meses, el órgano de contratación pueda exigir al adjudicatario, en aplicación de la citada

cláusula, la última tecnología que vaya surgiendo durante la vigencia del contrato cuando realice los correspondientes pedidos.

Por todo lo anterior, este motivo debe ser desestimado.

Respecto al segundo motivo de impugnación el recurrente alega que dentro de los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, se valora con una puntuación de 2 puntos estar en posesión de certificación ISO 14001. Alega que la adjudicataria no dispone de dicha certificación por lo que no debía haber obtenido puntuación alguna.

El órgano de contratación manifiesta que la empresa MED-EL ESPAÑA, S.A. ha presentado un certificado expedido por el organismo certificador TUV AUSTRIA, otorgando la certificación ISO 14001 a la empresa MEDEL (matriz en Austria) para diseño y desarrollo, producción y distribución de dispositivos médicos. Certificado que como se puede ver en la documentación adjunta está vinculado al objeto del contrato según el artículo 145 de la ley 9/2017 LCSP.

En el mismo sentido se manifiesta en sus alegaciones el adjudicatario.

Efectivamente consta en el expediente el certificado ISO 14001 expedido a nombre de la matriz en Austria, que si bien pudiera generar dudas sobre su validez ya que no está expedido a nombre de su filial en España, resulta irrelevante entrar en el fondo del asunto, ya que de aceptarse la alegación del recurrente disminuiría en dos puntos la puntuación del adjudicatario, pasando de 100 a 98, frente a los 58 puntos de la empresa recurrente.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 interpuesto por doña M.P.M.G., en nombre y representación de la empresa OTICON ESPAÑA S.A. contra la Resolución de 5 de diciembre de 2018, del Director Gerente del Hospital Universitario de Getafe por la que se adjudica el contrato de “Suministros de implante coclear para el Hospital Universitario de Getafe”.

**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 del procedimiento previsto en el artículo 53 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 de la LCSP.