

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

En Madrid, a 12 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don N.M.V.A., en representación de la empresa Johnson & Johnson S.A., contra la Resolución nº 531/2018 de 5 de octubre dictada por la Viceconsejería de Sanidad por la que se adjudica el Acuerdo Marco para el suministro de “Tiras reactivas para la detección de niveles de glucemia capilar con destino a los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”. Lote 1. Número de expediente PA SUM 24/2017 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 22 y 24 de enero de 2018, se publicó respectivamente en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, la convocatoria para la licitación del acuerdo marco de suministro de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en lotes y un valor estimado de 57.623.186,04 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en su cláusula 6 establece las características de las

tiras para la determinación de glucosa en sangre para pacientes. Medición electroquímica y que son:

- *“Principio de medición: El sistema de medición no será mediante la enzima glucosa-deshidrogenasapirrolquinolinaquinona (GDH-PQQ).*
- *Tipo de determinación: Cuantitativo.*
- *Sensibilidad del test: Entre 20 y 600 mg/dl, como mínimo.*
- *Forma de presentación: a definir por el licitador.*
- *Tiempo de lectura: No superior a 30 segundos.*
- *Volumen de muestra: Máximo 5 µl.*
- *Rango de Hematocrito: Compatible para el hematocrito de pacientes adultos y niños”.*

Por su parte el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 38 establece el procedimiento para la formalización de los contratos derivados del Acuerdo Marco en los siguientes términos: *“El centro sanitario seleccionará de entre los adjudicatarios los que se ajusten a las necesidades del mismo. En el caso de ser adjudicados varios proveedores, tendrán preferencia absoluta los que según la puntuación técnica y económica establecida, hayan alcanzado mayor puntuación total. Excepcionalmente, se podrán adquirir los productos sanitarios que no hayan alcanzado la mayor de las puntuaciones si existen motivos de médicos y asistenciales fundados en la propia valoración de los criterios técnicos de adjudicación consignados en el punto 8 de la cláusula primera, que hagan justificable excepcionalmente la elección de otro adjudicatario; siempre y cuando estén debidamente justificados y bajo la autorización de la Dirección Médica”.*

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron once empresas una de ellas la recurrente. Siendo excluidas de la licitación tres de ellas.

Tramitado el procedimiento de licitación, mediante Resolución de la Viceconsejería de Sanidad número 531/2018 y fecha 5 de octubre se adjudica el

acuerdo marco a todos los licitadores admitidos y clasifica las ofertas en orden decreciente de puntuación.

Tercero.- El 29 de octubre de 2018 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Johnson & Johnson S.A. (J&J), en el que solicita la exclusión de la oferta presentada por Abbott Laboratories S.A. (Abbott), al lote 1 tanto en la oferta base como en la variante 1 por incumplir el rango de medida de glucemia establecido en el PPT que es de 20 mg a 600 mg de glucosa en sangre.

Con fecha 30 de octubre se dio traslado al órgano de contratación del recurso planteado solicitándole la remisión del 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 transpone 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). El órgano de contratación remitió dicha documentación a este Tribunal el 12 de noviembre de 2018.

Alega en su informe que según las características técnicas de las tiras reactivas ofertadas por Abbott, el rango de medición alcanza desde los 20 mg a los 600mg de glucosa en sangre, así mismo manifiesta que tras el estudio de las muestras, efectivamente las tiras reactivas alcanzan los niveles requeridos de medición, alertando cuando esta es superior a 500mg.

Cuarto.- Con fecha 30 de octubre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso a Abbott en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Transcurrido dicho plazo la interesada

ha presentado alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

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 una licitadora que ha alcanzado la condición de adjudicataria del Acuerdo Marco en su lote 1, obteniendo su propuesta el puesto sexto en la oferta base y el puesto cuarto en la variante 1 y estando determinada en los PCAP la formalización de los contratos basados a la oferta mejor clasificada salvo excepciones que deberán de ser autorizadas por el órgano de contratación previa justificación y motivación suficiente por parte del servicio promotor de las adquisiciones y siguiendo el orden de clasificación.

Por ello este Tribunal entiende que alcanzar una mejor posición dentro de la clasificación de las ofertas redundará en interés de la recurrente, por lo que de conformidad con lo señalado en el artículo 48 de la LCSP se considerará interesado pues sus *“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”*.

Así mismo acredita la representación del firmante del recurso

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 5 de octubre de 2018, publicado en el perfil de contratante del órgano de contratación el día 8 de octubre de 2018, momento en el cual la

recurrente se considera notificada e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 29 de octubre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la clasificación de oferta en un acuerdo marco 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.- En cuanto al fondo del recurso este se ha interpuesto contra la admisión de la oferta propuesta por Abbott, por considerar la recurrente que el suministro ofertado no cumple los requisitos técnicos exigidos en los Pliegos de Prescripciones Técnicas.

Como es sabido, los Pliegos 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 Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, 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.

En este sentido es necesario analizar la propuesta presentada por Abbott y su adecuación a las características técnicas de las tiras reactivas exigidas en los pliegos de condiciones.

Según el informe al recurso emitido por el órgano de contratación *“en las tiras reactivas de glucemia (sic presentadas por Abbott) sensibilidad del test entre 200 y 600 mg/dl y en el sistema de control de glucosa en sangre y cuerpos cetónicos el rango de medida, como mínimo será de 20 mg/dl y 600 mg/dl, ya que establece que valoramos que el rango de lectura es de 0-600mg/dl, aunque su marcador indique cuantitativamente de 20 mg/dl a 500mg/dl y en valores por debajo de 20 mg/dl y por arriba de 500 mg/dl el sistema de glucosa en sangre y cuerpos cetónicos indica a través de una alerta de seguridad. Ambos documentos se adjuntan en el expediente administrativo”*

La documentación referida ha sido comprobada por este Tribunal pudiendo constatar la descripción de las características de las tiras reactivas en los mismos términos que ha señalado el órgano de contratación.

Por su parte la empresa Abbott en su escrito de alegaciones ha puesto de manifiesto al igual que el informe del órgano de contratación que la medición de las tiras reactivas y del lector alcanzan cuantitativamente el rango 20 mg/500 mg de glucosa por dl de sangre y a partir de 501 hasta 600 emite un mensaje de alerta.

Alega que las mediciones por encima de 500mg/dl, son escasas en la práctica y que dichos valores aconsejan una inmediata actuación médica.

Manifiesta que el rango de medición de las tiras reactivas y del lector se encuentra ajustados a los requerimientos del PPT e invoca la resolución de este Tribunal número 63/2013, de 8 de mayo.

Es necesario advertir que la cláusula 6 del PPT establece claramente que el rango de medición es de 20-600 mg/dl de glucosa en sangre y la determinación de la medición es cuantitativa, es decir por cifra, no por alertas. Si las tiras reactivas propuestas por Abbott determinan mediante alerta la medición de glucosa en sangre en el rango de 500-600 mg/dl, en lugar de cuantitativamente, esta propuesta no se ajusta a las prescripciones establecidas y en consecuencia deben ser inadmitidas.

Cabe recordar también 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, considerando como válidas otras que no se encuentren recogidas en los propios pliegos de condiciones.

En este caso el rango de medición ha de ser cuantitativo, es decir en cifras y no mixto, cifras y alerta en un determinado nivel. Si estos requisitos no son necesarios o se consideran excesivos, es el órgano de contratación el que debe obrar en consecuencia a la hora de redactar los pliegos de condiciones, evitando exigir condiciones a los suministros innecesarias o excesivas, pues una vez consten estas condiciones en los pliegos, se consideran exigibles y como ya se ha señalado no pueden obviarse en el procedimiento de licitación.

Por todo ello este Tribunal debe estimar el recurso planteado por J&J y en consecuencia anular la adjudicación del acuerdo marco en el lote de referencia retrotrayendo el procedimiento hasta la admisión de ofertas, inadmitiendo la presentada por Abbott y procediendo ya sin ella a una nueva valoración y clasificación de las ofertas.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Johnson & Johnson S.A., frente a la Resolución de la Viceconsejería de Sanidad de fecha 5 de octubre de 2018, por el que se adjudica y clasifican las ofertas en el Acuerdo Marco para el suministro de “Tiras reactivas para la detección de niveles de glucemia capilar con destino a los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”. Lote 1. Número de expediente PA SUM 24/2017, anulando la adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento de admisión de ofertas, en el cual se considerara inadmitida la presentada por Abbott, procediéndose a una nueva valoración de las restantes ofertas admitidas y adjudicando nuevamente el lote 1 del acuerdo marco objeto del recurso.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista 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.