

Recurso nº 634/2019
Resolución nº 509/2019

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

En Madrid, a 5 de diciembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto en representación de la sociedad Ypsomed Diabetes S.L.U. contra los pliegos por los que se va a regir el procedimiento para la adjudicación del contrato de “Suministro de material para terapia intensiva de Insulina para bomba para el Servicio de Endocrinología del Hospital Clínico San Carlos de Madrid”, expediente PA2 2018-0-111 (lote 2), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 5 de noviembre de 2019, se publica en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid los Pliegos del expediente referido, por un valor estimado de 5.509.836,00 euros. Se publica el anuncio en el DOUE el 4 de noviembre.

El contrato se compone de dos lotes, con la siguiente distribución de productos:

Lotes Ítems Códigos Descripción:

Lote 1

Ítem 1.1 Código 278663 Kit mantenimiento bomba de infusión continua de insulina desde 0,1 u/h.

Ítem 1.2 Código 300102 Sensor continuo de glucosa integrado en la bomba de infusión continua de insulina.

Ítem 1.3 Código 300101 Transmisor.

Lote 2

Ítem 2.1 Código 292783 Kit mantenimiento bomba de infusión continua de insulina 0,5 u.

Ítem 2.2 Código 331406 Sensor continuo de glucosa integrado en la bomba de infusión continúa de insulina.

Ítem 2.3 Código 331407 Transmisor.

Se puede licitar y ser adjudicataria de los dos lotes.

Segundo.- El día 15 de noviembre presenta la empresa recurrente recurso especial en materia de contratación en este Tribunal contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares. El recurrente impugna la distribución de los lotes, los criterios de adjudicación y la no juritificación en el expediente de la configuración del contrato.

Tercero.- El expediente y el informe del órgano de contratación se reciben el 3 de diciembre, dando cumplimiento al artículo 56 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 en adelante).

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 inicialmente legitimada para ello, al tratarse de un potencial licitador en el procedimiento, cuyos derechos e intereses legítimos pudieran verse afectados, conforme al artículo 48 de la LCSP. Su objeto social es la fabricación y distribución de productos médicos y sanitarios.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron puestos a disposición de los licitadores el 5 de noviembre de 2019 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 15 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra los pliegos y otras actuaciones de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que sería susceptible del recurso especial en materia de contratación de conformidad con el artículo 44.1 a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- El primer motivo que alega el recurrente es que el ítem 2.1 del lote 2 debió ser un contrato independiente, dado que no existe relación con los ítems 2.2. y 2.3. Textualmente: *“el ítem 2.1 debió ser un contrato individual y los ítems 2.2 y 2.3 otro contrato, ya que no hay necesidad de tramitación conjunta, cuando no existe una dependencia entre los mencionados ítems con el primero (Kit de mantenimiento bomba de infusión continuo de insulina 0.5u/h), es decir no hay relación de funcionalidad u operatividad, ya que el Kit tiene sustantividad propia con respecto al resto de agregados, logrando su finalidad prescindiendo del sensor y transmisor requeridos”*.

Afirma que la agrupación restringe la concurrencia, puesto que existe una única casa comercial que pueda proporcionar los tres elementos.

Por la Administración se afirma que los tres elementos forman parte del mismo objeto *“suministro material para terapia intensiva de insulina con bomba para el servicio de Endocrinología”*.

Añade que la empresa proveedora suministrará tanto la bomba como el kit de insulina así como todos los elementos necesarios para que el paciente esté monitorizado en su domicilio. Esos elementos los completa más de una empresa proveedora, no acreditando el licitador que exista una única casa comercial.

Conforme al artículo 28 de la LCSP corresponde a los órganos de contratación definir la naturaleza y extensión de las necesidades a cubrir con el contrato. El objeto del contrato debe ser determinado (artículo 88 LCSP), y esa determinación se podrá definir *“en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer”*. Siendo única la finalidad a satisfacer, tal como queda definida en el objeto del contrato, cabe la agrupación bajo la misma de los diversos elementos que sirven a esa finalidad, dando continuidad a la asistencia tanto en el centro sanitario como en el domicilio del paciente.

La afirmación de que existe una única *“casa comercial”* suministradora de los tres elementos no se acredita en absoluto, correspondiendo la carga de la prueba al recurrente (artículo 217.1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Esta afirmación tendría más sentido si viniera referida a fabricantes de producto, no proveedores que se suministran a su vez de diversos fabricantes.

Llama la atención que siendo idénticos los componentes de los dos lotes, solo impugne el segundo por este motivo.

Procede la desestimación de este motivo de recurso.

En segundo lugar afirma que alguno de los criterios de adjudicación del lote 2 definen algunas características que solo cumple la casa ROCHE, siendo la única que

puede licitar en este procedimiento.

A este respecto, nuevamente la Administración señala que no aporta ninguna prueba en este sentido.

Estos criterios son elementos objetivos que se pueden cumplir o no, no admitiendo más que 0 o X puntos.

El Tribunal comprueba que el recurrente no aporta elemento alguno que pruebe esta afirmación.

Estos criterios se desagregan en 6 ítems, uno de los cuales se valora de 0 a 20 puntos (*“retardo entre la programación de un bolo y el comienzo real de la administración del mismo”*) y el resto de 5 a 10 puntos.

No se configuran como requisitos técnicos, sino como criterios de adjudicación.

No siendo exigencias técnicas sino mejoras carece de sentido la afirmación de que solo ROCHE puede concurrir, lo que sería tanto como afirmar que es la única casa comercial que dispone de todas las mejoras, que las mismas se han configurado exclusivamente para esa empresa. Y que ninguna más dispone de ninguna de ellas.

No se prueba nada en este sentido.

Al respecto se impugna también que sobre estos criterios objetivos se establezca un umbral mínimo de 30 puntos para seguir en el procedimiento.

Esta prescripción se encuentra ampara por el artículo 146.3 de la LCSP, como señala el órgano de contratación.

No habiendo acreditado nada sobre el cumplimiento de los criterios de adjudicación objetivos distintos al precio solo por una eventual licitadora, mal puede

afirmarse que ese umbral restrinja la concurrencia y nuevamente esté para favorecer a la misma.

Finalmente se impugna que la configuración del contrato y su organización no están debidamente justificados en la memoria justificativa del expediente de contratación.

Examinado por este Tribunal el perfil del contratante se comprueba que la memoria justificativa del contrato contiene todos los elementos del artículo 116.4 de la LCSP. Aunque el artículo 63.3. de la LCSP se limita a obligar la publicación de la memoria justificativa, sin señalar su contenido, la misma contiene los elementos del artículo 116.4 que afirma que: “ 4. *En el expediente se justificará adecuadamente:*

- a) La elección del procedimiento de licitación.*
- b) La clasificación que se exija a los participantes.*
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.*
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.*
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.*
- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.*
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso”.*

Procede también la desestimación de este motivo de recurso.

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 especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la sociedad Ypsomed Diabetes S.L.U. contra los pliegos por los que se va a regir el procedimiento para la celebración del contrato de “Suministro de material para terapia intensiva de Insulina para bomba para el Servicio de Endocrinología del Hospital Clínico San Carlos de Madrid”, expediente PA2 2018-0-111 (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.- 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.