

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por doña M.O.A., en nombre y representación de la empresa Medtronic Ibérica, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, de fecha 12 de abril de 2014, por la que se acuerda la adjudicación del contrato convocado para el “Suministro de kits de material fungible necesario para el funcionamiento de bombas de infusión de insulina” para el citado Hospital, en cuanto al lote 1, Expediente: 2014-0-23, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 16, 19 y 21 de mayo de 2014, se publicó respectivamente en el DOUE, el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 2.556.654,55 euros, dividido en 2 lotes a adjudicar mediante el procedimiento de subasta electrónica.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato las características técnicas de los productos a suministrar para el lote 1, de uso para pacientes adultos.

Lote 1. Kit mensual fungible para pacientes adultos con bomba de cesión.

Descripción: *“Kit de infusión necesario para un tratamiento de 30 días, compuesto por: jeringas, catéteres (mínimo 10 unidades de cada una) y/o sets de infusión y baterías. Autoadhesivo hipoalergénico.*

*Diferentes opciones de cánula de teflón y/o metálica y distintos tamaños de jeringas/catéteres para adaptarse a las necesidades individuales de los pacientes.*

*Los catéteres se presentarán con su correspondiente insertador automático.*

*Batería alcalina estándar”.*

Por otro lado, deben suministrarse Bombas para pacientes adultos así como determinado equipamiento, mantenimiento y software de descarga de datos, todo ello con determinados requisitos técnicos que se especifican y que son comunes para ambos lotes, el lote 1 para pacientes adultos y el lote 2 para pacientes pediátricos.

Se acompaña a los Pliegos una encuesta técnica de obligada cumplimentación por los licitadores en la que se reproducen todos y cada unos de los requisitos establecidos en los Pliegos. Se indica que en la encuesta deben reflejarse todas las características del producto ofertado, indicándose en el caso de no formar parte de la oferta la palabra “opcional”.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron cuatro empresas entre ellas la recurrente.

Tras la apertura de la documentación administrativa y técnica y posteriormente la Económica, realizada mediante subasta electrónica, se reunió de nuevo la Mesa de contratación con fecha 30 de julio de 2014, y se procedió en base al informe técnico emitido por el correspondiente servicio del Hospital a la clasificación de las empresas finalmente admitidas por cumplir con los requisitos técnicos exigidos en los Pliegos.

El día 12 de agosto de 2014 se dicta Resolución de adjudicación del contrato que se notifica a la recurrente con fecha 18 de agosto. Interesa recoger en relación con el objeto del recurso que el lote 1 fue adjudicado a la empresa Roche Diagnostics, S.L., siendo la recurrente clasificada en segundo lugar.

El 2 de septiembre de 2014, Medtronic Ibérica, S.A. presenta recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato ante el órgano de contratación, de conformidad con el artículo 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público, en adelante TRLCSP. El recurso fue previamente anunciado el mismo día.

En el recurso se solicita que se declare respecto del lote número 1 que el producto ofertado por la adjudicataria no cumple las características técnicas exigidas, por las razones que se exponen, y en consecuencia se acuerde la retroacción de las actuaciones para que por parte del órgano de contratación se adopte una nueva resolución por la que previa exclusión de Roche por no cumplir las exigencias técnicas del concurso, se proceda a adjudicar el contrato a Medtronic, por ser la única que las ha superado.

**Tercero.-** Con fecha 10 de septiembre de 2014 se remite a este Tribunal el recurso junto con el expediente administrativo, aportando el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el indicado informe el órgano de contratación manifiesta que el producto ofertado por la adjudicataria supera las exigencias técnicas establecidas en los Pliegos, por lo que la adjudicación se ha realizado correctamente.

**Cuarto.-** Con fecha 11 de septiembre se concedió a la empresa adjudicataria trámite de audiencia, habiendo presentado alegaciones en las que aduce, en síntesis, que sus productos cumplen con las especificaciones técnicas del pliego en los términos que detallaremos al examinar cada uno de los incumplimientos aducidos y

manifestando con carácter general que no es posible sustituir el juicio técnico que analiza la adecuación de las ofertas y por tanto debe mantenerse el criterio del órgano de contratación, añadiendo que lo que tiene contenido imperativo son los Pliegos y no la Encuesta como sostiene el recurrente.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Se acredita en el expediente la legitimación activa de Medtronic Ibérica, S.A., para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) pues se trata de un procedimiento en el que existen solo dos licitadores y la exclusión del adjudicatario le colocaría en posición de poder serlo.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

**Segundo.-** 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 asciende a 2.556.654,55 euros, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

**Tercero.-** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la Resolución de adjudicación se produjo el 18 de agosto por lo que el recurso presentado el día 2 de septiembre se interpuso en plazo.

**Cuarto.-** 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.

**Quinto.-** El recurso contiene diversas pretensiones que serán tratadas de forma separada por claridad expositiva.

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 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.

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.

Sentado lo anterior debe considerarse si los productos ofertados para el lote cumplen las características técnicas exigidas.

A.- En primer lugar alega la recurrente que tanto el PPT como la encuesta técnica exigen distintos tamaños de jeringas y catéteres con el fin de adaptarse a las necesidades de los pacientes. Considera que la interpretación literal de la encuesta que utiliza el plural evidencia que deben ofertarse distintos tamaños de jeringas y de catéteres.

*“La interpretación literal de la concreta exigencia de la Encuesta (criterio hermenéutico que aconseja en primer lugar el artículo 3 del Código Civil) evidencia que toda licitadora debe ofertar distintos tamaños de jeringas y distintos tamaños de catéteres. La Encuesta utiliza el plural y por ello cada oferta debe contener más de un tamaño tanto de jeringas como de catéteres.*

*Y esta exigencia no es ni mucho menos caprichosa, sino que obedece a varios motivos, entre ellos se puede mencionar que el tamaño de la jeringa condiciona el tamaño de la bomba, por lo que algunos pacientes pueden beneficiarse del uso de una bomba más pequeña si disponen también de una jeringa de menor tamaño. A día de hoy el Hospital La Paz sirve al 10% de sus pacientes aproximadamente las jeringas para bomba pequeña y al resto de pacientes las jeringas para bomba grande, lo que explica por sí solo el motivo real de este requerimiento, es decir, la adaptación real a las necesidades médicas de los pacientes.*

*Esta parte entiende que Roche no cumple con este requisito ya que en su oferta incluye solo un tipo de jeringa, indicando únicamente que “la capacidad de la jeringa puede variar en función de las necesidades de cada paciente, hasta una capacidad máxima de 315U”. Es decir, se oferta un único tipo de jeringa indicando que se puede llenar más o menos, dependiendo de las necesidades del paciente”.*

El órgano de contratación en su informe considera respecto de este posible incumplimiento que en la redacción del PPT “se observa que los “distintos tamaños

*de jeringas/catéteres” se ha expresado con una barra (/) cuyo significado según la Real Academia Española: “colocada entre dos palabras, entre una palabra y un morfema, indica la existencia de dos o más opciones posibles”. Quiere esto decir, en el caso que nos ocupa, que el licitador podrá traer distintas jeringas o distintas agujas o distintas jeringas y distintas agujas al mismo tiempo. Con lo que dar solamente éste último significado es totalmente incorrecto por parte del recurrente.*

*Por otra parte, la jeringa aportada por Roche Diagnostics, se adapta a las diferentes necesidades individuales de los pacientes, pudiendo rellenarse según las necesidades de cada uno de ellos, satisfaciendo así la necesidad solicitada en el pliego.*

*En el PPT no se referencia que “adaptarse a las necesidades” sea por características físicas de la bomba, como refiere el recurso, sino a los ítems jeringa y catéteres. La mesa técnica consideró en su valoración que el material ofertado por la empresa Roche Diagnostics se adecuaba a la especificación solicitada, por disponer de soluciones para cubrir las necesidades individuales de suministro solicitadas para los pacientes desde los 0,05 hasta los 35 U/h, con incrementos de 0,05 U/h”.*

*La empresa adjudicataria alega respecto de esta cuestión: “De acuerdo con la propia valoración efectuada por la Administración, la jeringa ofertada por ROCHE cumple con los requisitos mínimos exigidos en los pliegos, en la medida en la que se adapta a diferentes tipos de pacientes al tener una capacidad de hasta 315 IU, pudiendo rellenarse según las necesidades de cada tipo de paciente.*

*Dicha característica del producto del ROCHE es precisamente la que permite confirmar el cumplimiento del requisito exigido en el pliego, esto es, la capacidad de adaptarse a las distintas necesidades de los pacientes.*

*Adicionalmente, cabe tener en cuenta que, tal y como se expone en el Informe relativo al presente recurso especial preparado por el órgano de contratación, al establecerse en los pliegos “distintos tamaños de jeringas/catéteres” lo que se pretendía decir era que se podían ofertar distintas jeringas, o bien distintas agujas, o en su caso, distintas jeringas y distintas agujas al mismo tiempo, siendo lo realmente imprescindible la capacidad de adaptarse a las necesidades de los*

*pacientes, sin que esta adaptación deba producirse necesariamente por las características físicas de la bomba.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe duda de que la proposición de ROCHE se ajusta al pliego y que la jeringa que se oferta satisface ampliamente las necesidades del órgano de contratación, llegando a superar las características técnicas del producto ofertado por MEDTRONIC, el cual sólo puede alcanzar una capacidad de 300 IU”.*

Efectivamente el PPT, al referirse a este producto, dice textualmente “*diferentes tipos de jeringas/catéteres para adaptarse a las necesidades individuales de los pacientes*”. La encuesta técnica se expresa en idénticos términos por lo que sin existir una mayor especificación en ninguno de los dos documentos debemos concluir que la exigencia de distintos tamaños se refiere a las jeringas o a los catéteres, de ahí la expresión de la barra inclinada entre los dos términos, sin que quepa entender que existe incumplimiento si la oferta solo ha incluido un tipo de jeringa pero ha incluido distintos tipos de catéteres. Cualquier otra interpretación iría más allá de lo expresado en el PPT y como ya hemos indicado los Pliegos vinculan en sus propios términos.

En consecuencia, habiendo ofertado la adjudicataria distintos tamaños de catéteres así como un solo tipo de jeringa con una capacidad máxima de 315 U, debemos considerar que cumple los requisitos técnicos por lo que el motivo de recurso debe rechazarse.

B.- La siguiente cuestión que alega la recurrente se refiere al incumplimiento que de las exigencias del PPT en la oferta de la adjudicataria por lo que se refiere a los catéteres ofertados.

Se alega que la Encuesta exige que los catéteres se presenten con su correspondiente insertador automático. Sin embargo, argumentan que: “*Roche oferta 3 catéteres de los siguientes modelos:*

- “Accucheck Flex Link” (inserción 90 grados),
- “Accucheck Tender Link” (inserción en 20-45 grados-oblicuo), y
- “Accucheck Rapid Link” metálico (inserción en 90 grados).

*Sin embargo, solo oferta un tipo de insertador: “Accucheck Link Assist”, por lo que entendemos que para cumplir con lo previsto en el PPT y en la Encuesta dicho dispositivo debería ser compatible/adaptable con los tres catéteres.*

*En el anexo técnico correspondiente- que a continuación se copia-, Roche indica claramente que ese insertador puede ser utilizado únicamente con el set de infusión “Accucheck Flex Link”.*

*Eso significa que dicho insertador automático no es compatible con los otros dos catéteres. Y si no es compatible con estos catéteres, estos solo pueden pincharse de forma manual, lo que produciría un nuevo incumplimiento de la exigencia técnica de la Encuesta que pide (en plural) que los distintos catéteres de la oferta se presenten con su correspondiente insertador automático.*

*Ante este evidente incumplimiento, Roche fue requerida para que justificara su oferta mediante nota aclaratoria, en los siguientes términos: “Indicar y justificar si el insertador automático es compatible y/o adaptable a los tres tipos de catéteres ofertados”.*

*La respuesta de Roche fue la siguiente:*

*El insertador automático Link Assist es compatible con todas las cánulas que necesitan un insertador automático”. El insertador automático es compatible con todas las cánulas Flex Link. Además de las Flex Link, Roche ofrece adicionalmente cánulas Tender Link y Rápido Link. La cánula Tenderlink se puede insertar en ángulo de 20-45 grados y está diseñada para facilitar su inserción sin necesidad de utilizar insertador automático, la inserción manual permite al usuario elegir cómodamente el ángulo de inserción. La cánula Rapid Link es una aguja de metal ultra fina que se inserta en 90 grados, dispone de zona especial de sujeción para facilitar su inserción sin necesidad de utilizar un insertador automático.*

*A juicio de esta parte, la respuesta de Roche es clara; el insertador ofertado no es compatible ni adaptable para los catéteres Tender Link ni Rapid Link”.*

Por su parte el órgano de contratación señala en su informe, en relación con esta cuestión que *“el insertador automático que oferta la empresa Roche Diagnostics, es compatible con todos los catéteres que necesitan un insertado automático, que cubren las necesidades de casi todos los pacientes. Además, adicionalmente, se ofertan otros tipos de catéteres que están diseñados para facilitar su inserción sin necesidad de utilizar un insertador automático.*

*La especificación se solicita porque habitualmente los catéteres suelen necesitar un insertador; evidentemente, si existe una tipología o tecnología de catéter para la que no es necesaria la intervención de un insertador, su inclusión no es necesaria”.*

C.- Por último, la adjudicataria manifiesta en su escrito de alegaciones que *“debe tenerse en cuenta que el insertador automático Link Assist ofertado por ROCHE es compatible con las cánulas ofertadas que necesitan un insertador automático, siendo por tanto compatible con las 7 cánulas Accu-Check Flex-Link.*

*Además de las cánulas Flex-Link, ROCHE ha ofertado adicionalmente las cánulas Tenderlink y RapidDLink. En el caso de la cánula Tenderlink se puede insertar en un ángulo entre 20 y 45° Y está diseñada para facilitar su inserción sin necesidad de utilizar un insertador automático, siendo relevante el hecho de que la inserción manual permite al usuario elegir cómodamente el ángulo de inserción. Por otro lado, la cánula RapidDLink, es una aguja de metal ultra fina (0.36 mm) que se inserta en ángulo de 90°. Además dispone de una zona especial de sujeción para facilitar su inserción sin necesidad de utilizar un insertador automático. Es decir, mi mandante, en su oferta, incluye un tipo de cánula que necesita de insertador automático y, adicionalmente, y en beneficio del paciente, dos cánulas que no*

*necesitan de insertador automático facilitando así el uso por parte del paciente, si así lo desea.*

*Teniendo en cuenta todas estas características de la oferta de mi mandante, el órgano de contratación ha considerado que el producto de ROCHE no sólo cumple con el requisito técnico que aquí se analiza, sino que además ha resultado ser, en su conjunto, la oferta económicamente más ventajosa, siendo claramente insuficientes las acusaciones de MEDTRONIC para desvirtuar el juicio técnico de la Administración”.*

En primer lugar este Tribunal debe hacer constar que no comparte la afirmación del órgano de contratación expresada en su informe, sobre la no obligatoriedad de cumplimiento de todos los ítems expresados en la Encuesta, que como ya se ha indicado anteriormente, reproduce exactamente los términos del PPT que es el documento obligatorio y vinculante.

Es en ese sentido, en el que resulta obligatorio el cumplimiento de todos los ítems o apartados de la misma, porque recoge los requisitos mínimos del PPT.

Pero es que además, se indica en el propio PPT que el contenido de la encuesta refleja “las características del producto ofertado”, añadiendo que en caso de ofrecerse algo que no forme parte de la oferta (y que por ello tendría la consideración de mejora, evidentemente) deberá indicarse la palabra “opcional”.

El propio órgano de contratación, en respuesta a las preguntas de los licitadores sobre si era excluyente el incumplimiento de los ítems de la Encuesta, indicó que eran excluyentes.

En consecuencia, todos los ítems son obligatorios, ya que todos aparecen recogidos en el PPT y son obligatorios en los términos en que aparecen expresados.

Esto nos lleva sostener que si se han exigido en el PPT catéteres con su correspondiente insertador automático, no se pueden válidamente admitir otros que no lo lleven, aún cuando, como dice el órgano de contratación, exista una tipología o tecnología de catéter para la que no es necesaria la intervención de un insertador.

Esa posibilidad tendría que haber sido expresada claramente en el PPT y también en la Encuesta para que todos aquellos posibles licitadores que contasen con algún producto de esa tipología, catéter sin insertador automático, hubiesen conocido que podían presentarse al concurso, puesto que su producto sería admitido.

No ha sucedido así, el PPT no ofrece alternativa la insertador automático de los catéteres, aparece como la única opción admisible.

Sin embargo, el producto ofertado por la adjudicataria, y así lo consta en las fichas técnicas aportadas, solo presenta un tipo de catéter con insertador automático, Accu-Chek FexLink, siendo incompatible el mismo con los otros dos tipos de catéteres ofertados, Accu-Chek Tenderlink y Accu-Chek Rapid-D Link que se insertan manualmente.

A la vista de lo anterior, este Tribunal considera que efectivamente el producto ofertado no cumple con la prescripción establecida en el PPT y por lo tanto procede estimar el recurso por este motivo y esto determina la exclusión de Roche.

**Sexto.-** No procede entrar en el análisis de los restantes motivos del recurso puesto que la estimación de uno de ellos supone la exclusión de la oferta de la adjudicataria del proceso de licitación y la anulación de la Resolución de adjudicación.

**En su virtud,** previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por doña M.O.A., en nombre y representación de la empresa Medtronic Ibérica, S.A. contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario La Paz, de fecha 12 de abril de 2014, por la que se acuerda la adjudicación del contrato convocado para el “Suministro de kits de material fungible necesario para el funcionamiento de bombas de infusión de insulina” para el citado Hospital, en cuanto al lote 1, Expediente: 2014-0-23, anulando la adjudicación recaída, debiendo ser excluida la oferta de Roche Diagnostics, S.L., y previas las actuaciones a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP se adjudique el contrato a la oferta que cumpliendo los requisitos técnicos resulte mejor clasificada.

**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.-** Levantar la suspensión acordada el 17 de septiembre de 2014.

**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 49 del TRLCSP.