

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

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.L.M.B., en representación de la empresa Suministros Hospitalarios S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús por el que se adjudica el contrato de “Suministro de un neuronavegador para el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús” número de expediente SUMI 2018-010 PA este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y Perfil de Contratante de fecha 5 de noviembre de 2018 y en el BOCM de fecha 13 de noviembre de 2018, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 272.727,27 euros. La duración del contrato es de un mes.

Segundo.- Interesa destacar a efectos de la resolución del presente recurso la cláusula 8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

“8.2. Criterio/s cualitativos:

De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase, los correspondientes al número 8.2, siendo necesario, para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de 20 puntos”.

Interesa también destacar la Cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas: “**Condiciones técnicas del suministro**

(...)

El suministro incluirá:

- Estación de planificación
- Navegador quirúrgico avanzado
- Sistema móvil formado por una estación de visualización y una estación de navegación, integradas o no en un carro. Se valorará la ergonomía de trabajo del sistema

Estación de planificación (...)

Dispondrá de las siguientes funcionalidades de visualización y planificación quirúrgica: (...)

- Posibilidad de segmentar estructuras 3D completas contorneando únicamente dos planos ortogonales.
- Contorneado automático de las estructuras cerebrales que permita realizar su segmentación de forma automática. (...)

Navegador quirúrgico avanzado

Constará de:

- 1-** Monitor táctil de alta resolución.
 - 2-** Estación de navegación
- (...) - Cámara compatible con cualquier posición del paciente (supino, prono, sentado).

- *Brazo articulado para el posicionamiento de la cámara. Se valorará cámara telescópica, brazo motorizado y puntero láser para el posicionamiento rápido de la cámara. (...)*

Software e Instrumental para Navegación Craneal

(...) - Incluirá todos los elementos hardware y software necesarios para la integración con el microscopio quirúrgico disponible en el Hospital (Leica M530 OHX), con inyección de la imagen de navegación en los oculares del microscopio como volúmenes semitransparentes. Especificar funciones disponibles en los mandos del microscopio y grado de integración”.

A la presente licitación se presentaron dos empresas, la recurrente y Medtronic Ibérica S.A.U. (Medtronic).

Tercero.- El 18 de diciembre de 2018 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Suministros Hospitalarios S.A. en el que solicita la anulación de la adjudicación en base al incumplimiento del producto ofertado por Medtronic de varios de los requisitos mínimos exigidos y la errónea puntuación de un criterio de valoración cuya corrección conlleva que la oferta de la hoy adjudicataria no alcance el umbral establecido para mantenerse en la licitación.

El 21 de diciembre de 2018 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 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).

Cuarto.- 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. La adjudicataria ha presentado escrito de alegaciones en el que de forma muy extensa

justifica que el equipo ofertado cumple estrictamente con los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones y considera en relación con la oferta económica un mero error de hecho la descripción del contenido del kit de biopsia navegada.

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 planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 27 de noviembre de 2018, practicada la notificación al día siguiente e interpuesto el recurso el 18 de diciembre 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 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 recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la admisión de la oferta de la adjudicataria al considerar que no

cumple con los requisitos técnicos exigidos y contra la valoración de la oferta económica.

Advierte la recurrente que el equipo ofertado por Medtronic no cumple los requisitos exigidos en el PPT en los apartados de:

“1. Software para delineación en 3D de forma rápida y segura.

El sistema S8 de MEDTRONIC no cumple con este requisito tan importante del sistema de planificación y navegación quirúrgica. En la oferta técnica MEDTRONIC describe una serie de herramientas para el contorno (página 10/11) pero ninguno cumple con el requisito claramente definido en el pliego de prescripciones técnicas. (...)El sistema de Medtronic no es capaz de segmentar estructuras en 3D utilizando únicamente dos planos ortogonales. La forma más rápida y precisa es delinear el objeto en dos planos, utilizando un algoritmo inteligente que detecta de forma automática los márgenes del tejido. Utilizando la información del dibujo en 2D y teniendo en cuenta la información del tejido, el algoritmo debe ser capaz de calcular el volumen en 3D. El equipo de Medtronic no dispone de este algoritmo.

2. Segmentación automática de objetos.

El sistema S8 de MEDTRONIC no cumple con este requisito tan importante del sistema de planificación y navegación quirúrgica. El sistema S8 no puede segmentar estructuras cerebrales de forma automática. El software de MEDTRONIC permite visualizar objetos en 3D (página 7 de la oferta técnica) pero no tiene un algoritmo como “anatomical mapping” que crea de forma automática los objetos en el paciente real basándose en un modelo sintético que, en el caso del equipo ofertado por SUMINISTROS HOSPITALARIOS, S.A. se desarrolló en siete años.

3. Cámara telescópica

(...) No es cierto que el sistema S8 de MEDTRONIC disponga de una cámara telescópica. Como se aprecia en las imágenes, la cámara de Medtronic está acoplada al carro con un monitor por lo que ofrece mucha menos flexibilidad a la hora de posicionarla y hacerla visible con respecto a la posición del paciente. El poste que sujeta la cámara no es un poste telescópico que se pueda extender o retraer.

5. Inyección como volúmenes semitransparentes

El sistema S8 de MEDTRONIC no cumple con este requisito tan importante del sistema de planificación y navegación quirúrgica. La visualización en el caso de MEDTRONIC es en 2D (contornos en lugar de volúmenes)”.

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 139.1 de la LCSP, 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 del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, 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, por lo que procede comprobar si el suministro cumple o no cumple las condiciones exigidas en los PPT.

Esa labor se efectúa por el órgano de contratación en la fase de admisión de ofertas y ha sido puesta de manifiesto en el informe al recurso presentado ante este Tribunal.

Argumenta el órgano de contratación en relación a cada uno de los motivos del siguiente modo:

“1. Posibilidad de segmentar estructuras 3D completas contorneando únicamente dos planos ortogonales.

El sistema S8 de MEDTRONIC cumple perfectamente con las especificaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, tal como se puede comprobar en la hoja 21 de Características Técnicas del Equipamiento, ‘Contorneado automático de estructuras cerebrales con segmentación automática descrita en pliego. Posibilidad de segmentar estructuras 3D completas contorneando únicamente dos planos ortogonales’.

2. Segmentación automática de objetos

El sistema S8 de MEDTRONIC cumple perfectamente con las especificaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, tal como se puede comprobar en la hoja 21 de Características Técnicas del Equipamiento ‘Herramientas de segmentación para la creación de modelos 3D, manual y automático’.

3. Cámara telescópica

El sistema S8 de MEDTRONIC cumple perfectamente con las especificaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, tal como se puede comprobar en la hoja 2 de Características Técnicas del Equipamiento, ‘Cámara óptica telescópica de infrarrojos con gran volumen de seguimiento y brazo articulado, que proporciona flexibilidad en el posicionamiento y aborda los problemas de la línea de visión. Válida para cualquier posición del paciente’. (...)

5. Inyección como volúmenes semitransparentes

De la documentación técnica presentada se ve claramente que el Sistema S8 de MEDTRONIC cumple perfectamente con las especificaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, tal como se puede comprobar en el FOLIO 322 y ss. del

expediente, donde Medtronic responde a las aclaraciones solicitadas por la mesa de contratación.

Se reitera que analizada la oferta técnica de la empresa MEDTRONIC y la documentación aportada cumple con lo exigido en el PPT”.

El adjudicatario en su escrito expone de forma extensa la adecuación de su equipo a los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones, con argumentos similares a los utilizados por el órgano de contratación lo cual justifica que no se reproduzcan en ese momento.

Este Tribunal comprueba a través de la documentación presentada por Medtronic a la licitación la veracidad de los argumentos expuestos por el órgano de contratación, por lo que se considera que el equipo ofertado cumple con los requisitos exigidos en los PPT y en consecuencia se desestima el recurso en base a este motivo.

Como segundo motivo de recurso Suministros Hospitalarios alega la incorrecta puntuación otorgada a la oferta de Medtronic en el apartado Biopsia Navegada.

El PCAP establece una puntuación automática a los precios de los consumibles necesarios para efectuar las biopsias con navegación óptica. En el apartado mencionado la puntuación es la siguiente:

Biopsia con navegación óptica	Máximo de puntos 5
Importe del material fungible por biopsia con navegación óptica - menor a 400 €	5
Importe del material fungible por biopsia con navegación óptica de 401 a 800 €	2
Importe del material fungible por biopsia con navegación óptica > 800 €	0

Por su parte el PPT en su anexo incluye una encuesta técnica que entre otros parámetros recoge el precio del material fungible por intervención empleando el navegador óptico solicitando se indique para cada una de las intervenciones el instrumental de un solo uso necesario y el coste asociado.

De esta forma el adjudicatario presenta en su oferta económica (folio 229 del expediente de contratación) el siguiente detalle en relación con la biopsia con navegación óptica.

INTERVENCION	FUNGIBLE NECESARIO	INCLUYE	PRECIO DE REFERENCIA	PRECIO POR INTERVENCION
BIOPSIA NAVEGADA	2 bolsas de esferas y 1 aguja de biopsia navegable referencia HNJBIOPSIA6 DESCRIPCION: Set biopsia navegada (6 cirugías)	1 caja de 12 bolsas con 5 esferas por bolsa. 1 aguja de biopsia 9733068	2394,00 €/ 6 cirugías	399,00 €

Ante esta oferta la Mesa de Contratación acuerda otorgar 5 puntos a la oferta presenta por Medtronic, en aplicación de la escala ya vista y considerando que su oferta es inferior a 400 euros por intervención. Alcanzando por todos los criterios puntuables de forma automática 21 puntos y con ello rebasando el umbral de 20 puntos como mínimos para proseguir en la licitación.

Manifiesta la recurrente que esta oferta no es válida, toda vez que en cada intervención y como primer fungible de un solo uso, se considera a la aguja y que el kit ofertado por Medtronic referente a la biopsia con navegación óptica incluye bolas para seis cirugías pero una sola aguja, por lo que tendrá que sumarse el importe de cinco agujas más que según la oferta presentada por la adjudicataria alcanza un coste de 618 euros cada una, lo que eleva el coste del material fungible por intervención a 914 euros y en consecuencia no obtendría los cinco puntos por este concepto, sino cero puntos lo que provoca que la puntuación global por los criterios valorables mediante aplicación de formula sea de 16 puntos, no alcanzando el

umbral mínimo de 20 puntos requerido para continuar en la licitación y por tanto debe ser excluida.

El órgano de contratación nada dice a este respecto en su informe al recurso, limitándose a indicar: *“Analizada la oferta presentada por Medtronic, la mesa de contratación consideró que la información incluida en la oferta corresponde a lo solicitado y que los precios no exceden los límites marcados”*.

El adjudicatario en su escrito, alega un error material a la hora de transcribir los datos a la oferta, considerando que debe tenerse por corregida en este acto, sin otorgar más trascendencia al hecho y entendiendo que el precio de 2.394 euros es para seis cirugías compuestas por dos bolsas de cinco bolas cada una y una aguja.

Como es sabido el artículo 84 del R.D. 1098/2001 que aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, considera que *“una oferta que comporta error manifiesto en el importe de la proposición o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error manifiesto (...), será desechada por la mesa en resolución motivada”*. Ha sido este artículo interpretado a través de numerosas resoluciones de Tribunales de Contratación, suavizando los efectos que provoca dicho error material y considerando la posibilidad de que la propia mesa proceda a rectificar la oferta, cuando el error y su congruencia con el resto de la oferta no ofrece duda alguna. En caso contrario, no es posible la subsanación, pues conllevaría la alteración de la oferta inicial.

Como es sabido el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables.

Entiende este Tribunal que la posibilidad de subsanación se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, esto es, no puede afirmarse

con carácter general que todos los requisitos de solvencia sean subsanables, ni tampoco que no lo sean aquéllos que se refieren a las ofertas. Antes bien la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma la modificación de las ofertas a través del mecanismo de la subsanación o la ampliación del plazo para el cumplimiento de determinados requisitos por ejemplo constituirían límites que no podrían ser superados por una subsanación de los eventuales defectos padecidos

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2015 considera no aplicables los principios formalistas que restrinjan la libre concurrencia: *“una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos”*.

La oferta presentada por Medtronic, alberga un error en cuanto a la descripción del contenido del kit ya mencionado. Ante esta incongruencia la técnico informante debió, al apreciar ese error, ponerlo en conocimiento de la Mesa de Contratación y requerir a la licitadora a fin de que ratificase que el precio del fungible completo para cada biopsia es de 399 euros. De esta forma sin alterar la oferta se hubiera tenido constancia de que indudablemente estamos ante un error material.

Este Tribunal considera que la oferta presentada por Medtronic adolece de una incongruencia en la descripción del contenido del kit, no en su precio total ni en el individual para cada cirugía. Por lo tanto no se pone en duda que el precio

propuesto por cada kit completo de material fungible necesario para una biopsia navegada es de 399 euros.

Por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

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 don J.L.M.B., en representación de la empresa Suministros Hospitalarios S.A., frente al Acuerdo de 27 de noviembre de 2018, por el que se adjudica el contrato de “Suministro de un neuronavegador para el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús” número de expediente SUMI 2018-010 PA.

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.