

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

En Madrid, a 20 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don F.C.P., en nombre y representación de Novalab Ibérica, S.A.U. (en adelante Novalab), contra los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares del contrato “Suministro de bombas de infusión de insulina y Kits de infusión para bomba de insulina con sensor”, del Hospital Universitario La Paz, número de expediente: P.A. 2019-0-13, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 19, 20 y 21 de diciembre de 2018 se publicó respectivamente en el DOUE, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, el anuncio de licitación del contrato de suministros indicado a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, un único lote y entrega de muestras. El valor estimado del contrato asciende a 693.192,00 euros, y con una duración de 24 meses con posibilidad de prórroga, hasta 36 meses. El plazo para presentación de ofertas finalizó el 18 enero 2019.

Segundo.- Interesa conocer para la resolución del recurso que solo ha presentado oferta un licitador, Medtronic Iberica S.A. (en adelante Medtronic).

En el punto 2 del pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) se definen las especificaciones técnicas mínimas que deben cumplir los productos y para el nº de orden 2 “Código 084860: Kit de fungible para pacientes en tratamiento con bombas de insulina” en relación con la SEGURIDAD DE LA BOMBA, entre otras características se exige”

“Suspensión predictiva de la bomba antes de hipoglucemia”.

Tercero.- Con fecha 15 de enero de 2019, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Nobalab contra los Pliegos que rigen esta licitación, por entender que el requisito del sistema de suspensión predictiva de la bomba antes de la hipoglucemia es restrictivo y excluyente de la concurrencia, solicitando la anulación del Pliego y por ende la de la licitación.

Con fecha 31 de enero de 2019 se recibió copia del expediente y el informe preceptivo del órgano de contratación al 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 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 (en adelante, LCSP), en el que exponen las razones técnicas que han llevado al establecimiento de los criterios impugnados. En consecuencia, solicitan la desestimación del recurso. Advierte que Novalab no ha concurrido a la licitación.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, 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 un potencial licitador *“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), por tratarse de una sociedad dedicada, entre otras actividades, a suministros médicos coincidentes con los que son objeto de contratación en el expediente de referencia.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, la publicación de la convocatoria poniendo los Pliegos a disposición de los interesados en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid, tuvo lugar el 20 de diciembre de 2018 y el recurso se interpuso el 15 de enero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- En cuanto a los motivos de recurso, alega la recurrente que el requisito de la bomba de seguridad con *“suspensión predictiva de la bomba antes de hipoglucemia”* ni es indispensable ni está justificado en el expediente.

Añade que la funcionalidad de suspensión predictiva antes de la hipoglucemia podría sustituirse con otros sistemas alternativos como es el de monitorización continua de glucosa, y que lo exigido en el PPTP no es eficaz para toda clase de pacientes diabéticos, sino solo en adultos con diabetes tipo I.

Cita la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que en su considerando número 74 obliga al órgano de contratación a definir las especificaciones técnicas de forma objetiva, abstracta y neutra, con el máximo respeto al principio de igualdad y proporcionalidad, y sin limitar la competencia, por lo que ha de permitir la concurrencia de diversas soluciones técnicas existentes en el mercado. Alega la Resolución 201/2016 de este Tribunal en la que se pronunciaba respecto al principio de neutralidad tecnológica, así como el artículo 1 y 132 de la LCSP que consagran los principios de trato igualitario y no discriminatorio, transparencia y proporcionalidad que se deben garantizar en la licitación.

Afirma que tras un análisis de las Especificaciones Técnicas de las bombas de insulina ofrecidas por el resto de operadores del mercado la suspensión predictiva de la bomba antes de hipoglucemia, estaría presente de manera exclusiva en una sola de las bombas de insulina presentes actualmente en el mercado y es la ofrecida por la sociedad Medtronic anterior adjudicatario del suministro de bombas de insulina al Hospital Universitario La Paz.

El órgano de contratación en su informe explica que el Hospital Universitario la Paz ha definido los criterios teniendo en cuenta las recomendaciones del Servicio de Endocrinología y la tipología de pacientes, a la vista de las recomendaciones aportadas en el documento de consenso de la Sociedad Española de Diabetes que adjunta a su informe como Anexo I, (Posicionamiento de la SED-SEED pág. 19 a 21). Adjuntan tres estudios realizados al respecto que avalan la adquisición de este tipo de tecnología.

Opone que en el mercado existen dispositivos que además de realizar la monitorización continua de glucosa, incluyen un dispositivo (sensor) que facilita el control metabólico óptimo sobre todo a pacientes con hipoglucemias y pacientes con amplia variabilidad glucémica que son capaces de suspender de forma predictiva la administración de insulina antes de que el paciente entre en situación de

hipoglucemia y que el Hospital, considera que es necesario que determinados pacientes tengan acceso a esta tecnología, estableciendo el Servicio de Endocrinología los criterios necesarios para determinar que pacientes tendrán acceso a este tratamiento.

El Hospital, siendo centro de referencia para muchas enfermedades, especialmente en infantil, considera que debe tratar de dar soluciones a sus pacientes, ofreciendo la última tecnología disponible, para mejorar su calidad de vida siguiendo las recomendaciones. No sólo se trata de dar la mejor respuesta posible a los pacientes, sino que además se obtienen los ahorros derivados de mantener una buena salud de los mismos, ya que en caso de no obtenerse los resultados previstos se efectúan descuentos en los pagos.

Asimismo informa que esta licitación trae causa de otra anterior publicada el 23 de febrero de 2018, expte. 2018-0-48 mediante procedimiento abierto para el suministro de Bombas de Insulina y Kits de material fungible necesarios para su uso destinado a los pacientes tanto adultos como pediátricos del Hospital Universitario La Paz, que se componía de dos lotes: El primero de ellos compuesto por el Kit que recoge todos los materiales necesarios para la administración de insulina a través de *bomba sin sensor*. En el que se ofrece la solución de bomba de insulina al mayor porcentaje de pacientes y gasto económico (280 número de bombas para adultos y 90 para niños) y en el que se dan las condiciones de libre concurrencia y competencia. Y el segundo de ellos compuesto por el kit que recoge todos los materiales necesarios para la administración de insulina a través de *bomba con sensor*. A un porcentaje menor de pacientes (40 adultos y niños). El segundo lote (con el mismo objeto que el actual) se declaró desierto por presentar el único licitador (Medtronic) una oferta de importe superior al de licitación.

Además expone que es cierto que en su recomendación la ADA incluye a los pacientes adultos sin mencionar a los pediátricos, que también forman parte del presente contrato; sin embargo, cabe destacar que dentro del servicio de pediatría, hay pacientes adolescentes de hasta 18 años de edad cuyas características físicas en cuanto a talla, peso... pueden ser considerados adultos y, por tanto, susceptibles

de beneficiarse de la tecnología que nos ocupa, y por otra parte no excluye de forma expresa a pacientes pediátricos o neonatales.

Comprueba el Tribunal que en el expediente remitido consta la orden de inicio del expediente en la que se señala *“Vista las justificaciones, emitidas por el Jefe de Servicio de Endocrinología de Adultos y de Endocrinología Pediátrica, en calidad de responsables del contrato, que constata la existencia de una necesidad a cubrir mediante la adquisición de BOMBAS DE INSULINA Y KITS DE INFUSIÓN PARA BOMBA DE INSULINA CON SENSOR...”* justificaciones que no se integran en el expediente ni se explicitan en dicha Orden de inicio.

Cabe indicar que, como ya ha señalado el Tribunal en diversas ocasiones, la circunstancia de que un producto solo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutiva por sí sola de vulneración de la libre competencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, -relativa a criterios de adjudicación, pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa- frente a la alegación de que se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador, podía proponer, afirma que *“el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Por otra parte la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas corresponde determinarlas al órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 116.1 de la LCSP, estando en el presente supuesto ante cuestiones de índole técnica relativas a la mayor o menor idoneidad de determinadas propiedades de un sistema complejo a aplicar a un determinado tipo de pacientes.

Este Tribunal, evidentemente, carece de los conocimientos médicos precisos para discernir si determinadas propiedades son relevantes y adecuadas de manera que proceda su exigencia, aun cuando solo determinadas empresas puedan ofertar productos que tengan esas propiedades, por lo que en este caso debemos estar al principio de discrecionalidad técnica de la Administración que debe reconocerse al órgano de contratación del HULP para conformar el objeto y condiciones de la presente contratación.

De las argumentaciones esgrimidas por el órgano de contratación en su informe no se aprecia arbitrariedad, quedando suficientemente apoyada en los estudios médicos que se aportan la adquisición de la tecnología propuesta, aclarado que solo se exige en una pequeña parte de las adquisiciones del hospital de este tipo de material, dado que se licita un lote que quedo desierto con anterioridad, y justificada la necesidad del suministro proyectado así como la idoneidad de su contratación con el cumplimiento de los fines que persigue con su adquisición.

En este sentido conviene citar, en apoyo de las facultades técnicas de los Servicios de Endocrinología de Adultos y de Endocrinología Pediátrica del hospital, la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, que en su fundamento de derecho cuarto reconoce: *“(...) la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos (...)”*. Y continúa: *“(...) la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado (...)”*.

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.4 de la LCSP en el expediente de contratación se debe justificar adecuadamente, entre otras cuestiones, *“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”*, por lo que este Tribunal considera que, en cumplimiento de lo dispuesto en los citados

artículos 28 y 116 de la LCSP, las justificaciones emitidas por los Servicios de Endocrinología de Adultos y de Endocrinología Pediátrica, simplemente citadas en la orden de inicio, deben figurar en el expediente de contratación.

Por lo expuesto, no queda acreditado que el requisito exigido en los pliegos vulnere lo dispuesto en la LCSP, habiendo quedado justificada por el órgano de contratación la necesidad e idoneidad de la contratación, y sin que la incompleta documentación justificativa del expediente, en todo caso subsanable, justifique la anulación del procedimiento, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.

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. 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 F.C.P., en representación de Novalab Ibérica, S.A.U, contra los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares del contrato “Suministro de bombas de infusión de insulina y Kits de infusión para bomba de insulina con sensor”, del Hospital Universitario La Paz, número de expediente: P.A. 2019-0-13.

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.