

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

En Madrid, a 19 de abril de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.O.A., en representación de la mercantil Medtronic Ibérica, S.A., (en adelante, Medtronic) contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote 3 del “Suministro de material para sellado y corte de vasos para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, nº expediente PA 2016-0-60, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital 12 de Octubre de 10 de agosto de 2016, se procedió a la convocatoria de la licitación del suministro objeto de recurso, publicándose con fecha 13 de agosto de 2016 en el DOUE, con fecha 1 de septiembre de 2016, en el BOE y el 2 de septiembre en el BOCM. El valor estimado asciende a 1.400.595,90 euros.

Segundo.- Al lote 3 presentaron oferta tres empresas, Olympus, la recurrente y Johnson & Johnson, S.A.

La Mesa de contratación el 2 de noviembre acordó excluir a Medtronic Ibérica del lote 3.

El 22 de noviembre de 2016 Medtronic solicitó acceso al expediente y a la vista del mismo afirma que no tuvo acceso a la motivación de la Resolución, bien por su inexistencia, bien porque no le fue puesta de manifiesto.

Tras la realización de los trámites oportunos, el día 2 de diciembre de 2016, se dictó Resolución por la que se adjudica el lote 3 a la empresa Olympus Iberia, S.A. indicando como *“Características de la proposición de los adjudicatarios determinantes de la adjudicación a su favor: la oferta de adjudicación ha sido seleccionada como la económicamente más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios objetos (sic) que figuran en el pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente, y haber obtenido la máxima puntuación de entre todas las admitidas”* y se excluye a la recurrente, indicándose como causa de la misma: *“La pinza ofertada en el orden 7, no es válida para cirugía abierta en campo reducido”*.

La Resolución fue notificada el 12 de diciembre de 2016 y publicada en el perfil del contratante, al día siguiente. Con fecha 3 de enero de 2017, la empresa Medtronic interpone recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación y la exclusión de su oferta, alegando insuficiente motivación de la Resolución de adjudicación y que su producto cumple las especificaciones exigidas.

Mediante Resolución 33/2017, de 1 de febrero de 2017, este Tribunal resolvió el recurso acordando estimarlo parcialmente procediendo la retroacción de las actuaciones a fin de que se practique notificación de la adjudicación debidamente motivada.

En cumplimiento de la citada Resolución el 1 de marzo de 2017 se notificó de nuevo la Resolución por la que se adjudica el lote 3 del contrato de suministro a Olympus Iberia, S.A.U. Además, acuerda la exclusión de Medtronic por no cumplir

con las prescripciones técnicas. En concreto se consigna el siguiente motivo de exclusión: *“La pinza ofertada en el orden 7, si bien tiene un tamaño de mandíbula adecuado para la cirugía en campo reducido, su vástago es muy largo, lo que lo hace no adecuado en la cirugía abierta, al dificultar la técnica quirúrgica en este tipo de cirugía abierta de campo reducido.”*

Tercero.- El 23 de marzo de 2017 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Medtronic Ibérica en el que alega insuficiente motivación, contra los motivos de su exclusión e incumplimiento de las prescripciones técnicas por la adjudicataria y solicita que se:

“(i) declare nulo de pleno derecho, y subsidiariamente anule, el acto administrativo objeto de impugnación, dejándolo en cualquier caso sin efecto, en atención a las razones expuestas en este escrito;

“(ii) acuerde la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la indebida exclusión de Medtronic para que, tras su inclusión en el concurso, sea examinada y valorada su oferta; y,

“(iii) ordene la reanudación del procedimiento hasta la adopción de un nuevo acuerdo de adjudicación relativo al lote 3, en el que se tenga en cuenta la oferta de Medtronic y las causas de exclusión de Olympus señaladas en este recurso.”

El 18 de enero de 2017 el Hospital remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- Con fecha 5 de abril de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Olympus Iberia, de cuyo contenido se dará cuenta al analizar el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Medtronic para interponer recurso especial contra el acto por el que se acuerda su exclusión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora y por tanto *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. La legitimación para impugnar la adjudicación a Olympus queda condicionada a su admisión a la licitación, pues un licitador excluido ningún beneficio puede obtener con la exclusión del adjudicatario puesto que la anulación del acto de adjudicación repercutiría a favor del siguiente en el orden de clasificación de las ofertas.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue notificada el 1 de marzo, e interpuesto el recurso, el 23 de marzo de 2017, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y

40.2.c) en relación al 15.1.c) del TRLCSP.

Quinto.- Se invoca como primer motivo de recurso infracción del principio de transparencia por falta de motivación de la Resolución de adjudicación.

La Resolución 33/2017, de 1 de febrero, de este Tribunal ordenó que se practicara una nueva notificación de la adjudicación debidamente motivada.

En la nueva notificación se incluyó la propuesta de la mesa de contratación en virtud de la cual se adjudicó el contrato, pero sigue sin hacerse constar la puntuación obtenida por cada una de las licitadoras en cada uno de los criterios de adjudicación.

Considera la recurrente que de nuevo, la adjudicación del lote 3 a Olympus en la Resolución combatida incumple el deber de transparencia a que está sujeto todo acuerdo de adjudicación y de exclusión, que pone fin a un expediente de contratación. En estos términos, el principio de transparencia exige que la adjudicación de los concursos se efectúe a favor de aquella empresa que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa. Esto implica que la oferta ganadora debe ser aquella que contenga el precio más bajo, o que valorando conjuntamente los aspectos técnicos y económicos obtenga la mayor puntuación. El examen de la propuesta pone de manifiesto que no se ha seguido de forma escrupulosa el deber de consignar la puntuación obtenida por cada licitador en los distintos criterios de adjudicación. En cuanto al motivo de su exclusión, este ha sido parcialmente ampliado por el órgano de contratación, si bien con notoria desviación de lo previsto en el pliego. Señala que sigue desconociendo por qué Olympus ha obtenido mayor puntuación de entre las admitidas y cómo se han justificado y puntuado los criterios de adjudicación de su oferta y del resto de licitadores, puesto que al lote 3 también concurrió Johnson & Johnson, S.A., y tampoco figura la puntuación total obtenida con su oferta.

Alega el informe del órgano de contratación que la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación, además de acompañarse a la Resolución de

adjudicación impugnada como expresamente reconoce el recurso, se adoptó en sesión celebrada por la Mesa de contratación de este Hospital el día 10 de noviembre de 2016, cuya Acta número 87/16 fue publicada en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 21 de noviembre. La puntuación obtenida por cada una de las licitadoras en cada uno de los criterios de adjudicación fue comunicada personalmente por la Mesa de contratación a todos los asistentes a la sesión pública que celebró el día 2 de noviembre de 2016, cuya Acta número 61/16 fue publicada en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 14 de noviembre de 2016 y a esta sesión asistió un representante de la recurrente.

Comprueba este Tribunal que en la resolución impugnada no consta la puntuación obtenida por cada una de las licitadoras en cada uno de los criterios de adjudicación. Sí se hace constar el incumplimiento de la prescripción técnica motivo de la exclusión indicando no ser apta para cirugía abierta en campo reducido debido al tamaño del vástago. La motivación de la adjudicación está en estrecha relación con la posibilidad de plantear un recurso fundado y de obtener un beneficio con la resolución del mismo. La nueva notificación de adjudicación es insuficiente en cuanto no contiene la puntuación desglosada de cada licitador sin que sea explicación suficiente la dada por el órgano de contratación relativa a que se encuentra publicada en el perfil de contratante. No obstante, las circunstancias del expediente, en que la recurrente ha tenido conocimiento de las puntuaciones tanto por su asistencia al acto público de apertura de proposiciones como por la publicación, por su acceso al expediente y porque el objeto primero del recurso no puede ser impugnar las puntuaciones de los demás competidores sino pretender su propia admisión en modo alguno permite apreciar indefensión a la recurrente que le impida interponer recurso suficientemente fundado, como así ha hecho, lo que determina la desestimación del motivo de recurso.

Sexto.- En segundo lugar, se alega la indebida exclusión de Medtronic.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece, entre otras, las

siguientes características técnicas para los suministros incluidos en el lote 3, Pinza ultrasonido.

LOTE	CÓDIGO ARTÍCULO	ARTÍCULO DESCRIPCIÓN TÉCNICA
3 (orden 5 a7)		<u>CARACTERÍSTICAS COMUNES</u> Pinzas de ultrasonido, de un solo uso, para Laparoscopia y/o Cirugía abierta para sellado y corte de vasos o tejidos. Rotación Completa 360°.
	016713	Pinza para laparoscopia para trocar de 5mm. Longitud varilla entre 35-39 cm.
	017178	Pinza curva o recta para Cirugía abierta. Longitud varilla entre 10-14 cm.
	016589	Pinza ultrasónica con mandíbula pequeña para cirugía abierta de campo reducido.

La oferta de Medtronic en el lote 3 fue inicialmente excluida con el siguiente argumento: *“La pinza ofertada en el orden 7, no es válida para cirugía abierta en campo reducido”*.

El informe del órgano de contratación al primer recurso, que fue reproducido en los antecedentes de hecho de la Resolución 33/2017, se pronunciaba en los siguientes términos: *“Si bien tiene un tamaño de mandíbula adecuado para la cirugía en campo reducido, su vástago es muy largo (característico para la cirugía laparoscópica), lo que lo hace no adecuado en la cirugía abierta, al dificultar la técnica quirúrgica en este tipo de cirugía abierta de campo reducido, al igual que sucede en el caso de la cirugía tiroidea, en donde este tipo de pinza se utiliza fundamentalmente.*

Ello puede evidenciarse si comparamos con las pinzas ofertadas por las otras dos empresas licitadoras a este Lote, ambas carentes de vástago. De hecho, en el número de orden 4 del Lote 2, donde la definición de la pinza solicitada tan sólo varía en la característica bipolar -ultrasonido, la mercantil Medtronic oferta un material carente de vástago y por tanto adecuado para la cirugía abierta de campo reducido, motivo por el cual ha sido admitida a la licitación.”

La Resolución recurrida recoge el siguiente motivo de exclusión: *“La pinza ofertada en el orden 7, si bien tiene un tamaño de mandíbula adecuado para la cirugía en campo reducido, su vástago es muy largo, lo que lo hace no adecuado en la cirugía abierta, al dificultar la técnica quirúrgica en este tipo de cirugía abierta de campo reducido.”*

En el informe al recurso que nos ocupa, el Hospital afirma que el material ofertado por la recurrente en el lote 3, número de orden 7, fue excluido en base a que la pinza aportada, si bien tiene un tamaño de mandíbula adecuado para la cirugía en campo reducido, presenta un vástago-varilla muy largo (característico para la cirugía laparoscópica), cuando debería carecer de tal elemento, lo que la hace no adecuada en la cirugía abierta, al dificultar la técnica quirúrgica en este tipo de cirugía abierta de campo reducido, al igual que sucede en el caso de la cirugía tiroidea, en donde este tipo de pinza carente de vástago se utiliza fundamentalmente. De hecho, en el número de orden 4 del lote 2, donde la definición de la pinza solicitada tan sólo varía en la característica bipolar-ultrasonido, la mercantil Medtronic oferta un material carente de vástago y por tanto adecuado para la cirugía abierta de campo reducido, motivo por el cual no sólo ha sido admitida a la licitación sino que además ha resultado adjudicataria.

Lo que procede ahora es, contrastar las exigencias técnicas determinantes de la exclusión con las requeridas en el pliego.

Recordemos la definición de los parámetros técnicos del orden 7 del lote 3:

“Código artículo: 016589: pinza ultrasónica con mandíbula pequeña para cirugía abierta de campo reducido.” El dispositivo solicitado por la administración hospitalaria está claramente dibujado en sus especificaciones tecnológicas:

- Pinza ultrasónica.
- con mandíbula pequeña.
- para cirugía de campo reducido.

Se pregunta la recurrente ¿dónde está la referencia al vástago? ¿Qué medida debería tener el vástago ausente en el pliego? Salta a la vista que no ya la longitud sino la propia referencia al vástago es inexistente. En otras palabras, para excluir a una licitadora, que es el acto más drástico y extremo en un expediente de contratación, usando como único motivo que “*el vástago es muy largo*”, imperiosamente ha de existir una referencia a la medida del vástago de la pinza solicitada.

La empresa OLYMPUS en su escrito de alegaciones argumenta que “*la no inclusión de la longitud del vástago del instrumento en los pliegos no excluye el uso del sentido común, entendiendo que “campo reducido” tal y como se expresa en el pliego, es una expresión comúnmente utilizada en el lenguaje médico e indica unas referencias anatómicas concretas y conocidas en cirugía. El falaz argumento de la recurrente tiende al absurdo, pues la aceptación del mismo llevaría a la circunstancia de que los facultativos se verían obligados a utilizar, a modo de ejemplo, pinzas de 45 cm para cirugías tales como disecciones de cuello.*

Para mayor comprensión, las cirugías abiertas en campo reducido mantienen dos limitaciones técnicas importantes. El propio campo, cuyo tamaño imposibilita la utilización de mandíbulas de gran tamaño, aspecto debidamente clarificado en los pliegos del expediente de contratación; y la movilidad del propio instrumento dentro de este mismo campo. A su vez, esta movilidad se ve afectada por el cimbreo (movimiento de la punta del instrumento) que es proporcional al vástago del mismo: a mayores dimensiones del vástago, mayor movimiento de la punta del instrumento y, consecuentemente, imposibilidad de llevar a cabo una cirugía en campo reducido” y añade que el PPT especifica, como requerimiento claro, el requisito de que la pinza de ultrasonido ofertada sea “*apta para cirugía abierta*”, circunstancia que ya de por sí implica una serie de características en los productos a ofertar, que los hace aptos para este tipo de cirugía.

Aunque no conste ninguna referencia a la medida de longitud del vástago o varilla de la pinza, el tercero de los requisitos explicitados en el PPT hace clara referencia al destino de la pinza en cirugía de campo reducido. La descripción del

pliego permite a los licitadores, operadores conocedores del ramo, ofertar una pinza adecuada al destino que se pretende para lo cual deben conocer que han de tener en consideración la medida de su varilla al mismo tiempo que no se puede pretender que el hospital deba hacer una relación tan exhaustiva de cada uno de los elementos exigibles a la pinza cuando alguno de ellos como la longitud del vástago son evidentes incluso para legos en cirugía.

La única diferencia entre la descripción del lote 2, orden 4, y el lote 3, orden 7, es la característica bipolar-ultrasonido motivo por el cual, como señala el Hospital, no se entiende que, si Medtronic ha sido adjudicataria del lote 2, ofertando una pinza adecuada para la cirugía en campo reducido, no pueda hacerlo también en el lote 3. Medtronic ha presentado para ambos lotes una pinza diferente, cada una de ellas alimentada por un tipo de energía (bipolar, lote 2 y por ultrasonido, lote 3), que tienen la mandíbula pequeña (como ya admitió y no discute en su informe el órgano de contratación) y que son diferentes en la existencia de vástago, por lo que la ofertada al lote 3 no es apta para cirugía abierta en campo reducido y procede la desestimación del motivo de recurso.

Séptimo.- En el tercer fundamento jurídico-material del recurso sostiene que la compañía adjudicataria del lote 3 ha presentado para los lotes 2 y 3 la misma referencia, asignando distinto precio según lo presente en uno u otro lote, siendo adjudicataria del lote 3 y superada en el lote 2 por la oferta presentada por Medtronic. Añade además que en la oferta presentada por la entidad adjudicataria, se hace referencia a equipos relacionados con instrumental no propio de este expediente lo que presupone una dotación de quipos que no son al caso, pudiendo entenderse como una oferta o bonificación no permitida.

Tal como hemos expuesto al analizar la legitimación de la recurrente la posibilidad de reconocer legitimación activa para formular recurso a un excluido depende de la solicitud de admisión a la licitación, y en cuanto a la adjudicación, cuando pretenda revocarla un tercero que no ha licitado o ha resultado definitivamente excluido, dependerá del interés legítimo que invoque. En el caso que

nos ocupa la desestimación del anterior motivo de recurso, que reconoce adecuada a derecho la exclusión de Medtronic, la coloca en una situación ajena a la licitación y la posible exclusión de la adjudicataria, como ya se advirtió en la Resolución 33/2017, solo beneficiaría al segundo en el orden de clasificación de las ofertas y no a la recurrente, por lo que no procede reconocerle legitimación activa. No obstante, procede recordar que contra la resolución de adjudicación de este mismo lote también interpuso recurso Johnson & Johnson, S.A. con los mismos motivos de recurso que plantea ahora Medtronic y que fueron objeto de desestimación en la Resolución de este Tribunal 27/2017, de 1 de febrero.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 doña M.O.A., en representación de la mercantil Medtronic Ibérica, S.A., (en adelante, Medtronic) contra la resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, por la que se adjudica el lote 3 del “Suministro de material para sellado y corte de vasos para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, nº expediente PA 2016-0-60.

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 automática de la tramitación del lote 3 del expediente de contratación cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 5

de abril.

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.