

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

En Madrid, a 11 de abril de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.P.H., en representación de Medtronic Ibérica, S.A., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de suministro de Pinzas de Disección y Sellado de Vasos para el Hospital Universitario Santa Cristina, expediente A/SUM-007780/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncio en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de fecha 15 de marzo de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia, dividido en dos lotes, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, todos automáticos. El valor estimado de contrato asciende a 188.475 euros.

**Segundo.-** Interesa destacar a los efectos de resolver el recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en su cláusula 1 apartado 8 establece los siguientes criterios de adjudicación:

*“Precio*

*La asignación de puntos se efectuará proporcionalmente a la oferta*

*económica de los licitadores, de acuerdo con la siguiente fórmula (...)*

*Calidad Técnica hasta 30 puntos.*

*Lote 1.*

*Chip de liberación de energía en el dispositivo de mano, teniendo siempre actualizado el producto sin depender del generador. SI 15 puntos NO 0 puntos.*

*Activación manual SI 15 puntos NO 0 puntos.*

*Lote 2.*

*Chip de liberación de energía en el dispositivo de mano, teniendo siempre actualizado el producto sin depender del generador. SI 15 puntos NO 0 puntos.*

*Rueda de rotación de 365º del eje SI 15 puntos NO 0 puntos”.*

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece las características técnicas que deben cumplir los productos ofertados:

**Lote 1 PINZA CORTE 18,5CM MOSQUITO 28º CON PEDAL CIRUGÍA ABIERTA**

*“Sellador de vasos mediante electrofrecuencia (bipolar avanzada). Pinza tipo mosquito con punta fina para disección y sellado hasta 7 mm. Instrumento de 13,5 cm de longitud Aprox. Activación manual mediante el cierre de las mandíbulas. Mandíbulas finas y disectoras que permitan el acceso a cavidades estrechas y reducidas y disección de pequeños vasos. Bajo nivel de difusión térmica. Indicado para sellado y corte de vasos y tejidos en cirugía abierta. De un solo uso. Longitud de sellado 17 mm, long. corte 15 mm. Mínima carbonización y dispersión térmica.*

*El adjudicatario de este lote deberá ceder como mínimo dos generadores de última generación para el sellado vascular, mediante radiofrecuencia compatible con el sistema de energía bipolar avanzada inteligente”.*

**Lote 2 PINZA CORTE 5MMX37CM DELFIN CIRUGÍA LAPAROSCOPICA**

*“Sellador de vasos mediante electrofrecuencia (Bipolar avanzada). Pinza laparoscópica de 5 mm., para disección, agarre, sellado y corte de vasos y tejidos de hasta 7 mm de diámetro, 37 cm de longitud de eje. Reducción de intercambio de instrumentos. Manejo sencillo. Activación manual. Diseño de mandíbula tipo roma facilitando la disección efectiva a través de planos tisulares. Que permita medir de forma inteligente las propiedades cambiantes del tejido y aplique la cantidad óptima*

*de energía para crear un sellado permanente. Mecanismo de cuchilla integrado para el corte tisular. Longitud de sellado 20 mm, long. corte 18 mm independiente de sellado. Mínima carbonización y dispersión térmica.*

*El adjudicatario de este lote deberá ceder como mínimo un generador de última generación para el sellado vascular, mediante radiofrecuencia compatible con el sistema de energía bipolar avanzada inteligente”.*

A la licitación se han presentado dos empresas, Applied Medical Distribution Europe y Medtronic Ibérica, S.A.

**Tercero.-** El 2 de abril de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Medtronic Ibérica, S.A., (en adelante Medtronic) en el que solicita la anulación de determinados apartados del PCAP y del PPT puesto que considera que los criterios de adjudicación no han sido correctamente formulados, las características técnicas establecidas vulneran los principios de concurrencia y en algún caso no están justificadas y además el sistema de activación manual es objeto de valoración cuando es una característica técnica exigida.

En consecuencia, se solicita la anulación del procedimiento.

El 8 de abril de 2019, el órgano de contratación remitió copia del 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 (en adelante, LCSP).

En el informe alega que corresponde al órgano de contratación determinar las características del suministro que debe cubrir las necesidades asistenciales y que no se ha producido la vulneración del principio de concurrencia sostenida por la recurrente por las razones que se analizarán al resolver sobre el fondo.

**Cuarto.-** No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos

en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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, 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 licitadora *“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, el anuncio de la licitación, que además ponía los pliegos a disposición de los licitadores, fue publicado el 15 de marzo de 2019 y el recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal el 2 de abril de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones, en el marco 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.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso la recurrente en primer lugar argumenta que *“los criterios de adjudicación en contra de lo establecido como norma general, absolutamente todos los ítems a valorar en el pliego técnico de ambos lotes*

*se evalúan por medio de ‘sí o no’ de manera que se limita considerablemente la obtención de puntos pues no se permite graduar la funcionalidad de los productos, sino tan sólo la disposición o no, de ciertas características que, como veremos, son de cuestionable importancia clínica.*

*La fórmula usada es en realidad la ausencia de fórmula, puesto que llamar fórmula de evaluación a poner un ‘sí’ o un ‘no’, no se compadece con la normativa general de la contratación pública ni a la propia definición de la palabra fórmula”.*

*El órgano de contratación por su parte alega que “conforme al artículo 145 de la LCSP, es el órgano de contratación quien ostenta las facultades para la determinación de los criterios de adjudicación. La redacción de los mismos, detallada en el PCAP, encaja perfectamente en el texto y espíritu de la Ley teniendo en cuenta que todos y cada uno de ellos son muy claros y objetivables y que la norma no obliga a que la puntuación se realice mediante una graduación de la funcionalidad de los productos y que lo que pretenden es mejorar algunas de las cualidades requeridas.*

*Considera este órgano de contratación que además del precio se han utilizado criterios cualitativos para valorar la mejor relación calidad-precio de los materiales objeto del contrato y que se han cumplido de manera escrupulosa las obligaciones que establece el artículo 145 de la LCSP.*

- Están vinculados al objeto del contrato.*
- Son objetivados y justificados.*
- Figuran expresamente determinados en el anuncio y en el pliego.*
- Son concretos.*

*Se trata, por lo tanto, de criterios de adjudicación coherentes con el objeto del contrato, que pretenden mejorar algunas de las cualidades requeridas y que van a permitir al órgano de contratación realizar una valoración comparativa de las distintas ofertas”.*

El Tribunal considera que tratándose de un suministro de material médico que puede considerarse hasta cierto punto normalizado, el establecimiento de criterios de adjudicación de atribución automática o mediante fórmulas, está plenamente justificado.

Debe recordarse que no es preciso que exista una fórmula para otorgar la puntuación, como sería en el caso de la proposición económica, sino que es posible determinar características del producto que se entiende que son ventajas o mejoras y asignarles una puntuación. Como señala el Hospital es competencia del órgano de contratación establecer los criterios de adjudicación dependiendo del tipo de producto y sus características sin que en el presente caso se aprecie vulneración de los criterios establecidos en el artículo 145 de la LCSP, por lo que el motivo de recurso debe ser desestimado.

El segundo motivo de impugnación se refiere a las características técnicas establecidas en el PPT. La recurrente considera que además de estar redactadas con exceso de detalle, *“limitan de manera injustificada la posibilidad de concurrir para muchas potenciales licitadoras, entre las que se encontraría Medtronic, y favorecen además de manera clara al menos a una empresa, como es Applied Medical (en adelante ‘Applied’)”*.

Concretamente alega respecto al lote 1 *“nos encontramos con la exigencia de que el instrumento tenga una longitud total aproximada de 13,5 cm.*

*Pues bien, según el conocimiento que esta parte tiene de la técnica existente y de los productos ofrecidos por las empresas que, como Medtronic, son potenciales licitadoras, no existe ninguna compañía que pueda cumplir con dicho requisito”*.

En cuanto a la longitud de sellado explican que *“las medidas que se establecen no se fijan de manera orientativa o aproximada como ocurría, por ejemplo, con la longitud del instrumento a la que antes hicimos referencia.*

*Al contrario, se fijan de manera taxativa, excluyéndose todos aquellos dispositivos que no las cumplan con precisión. Pues bien, ha de tenerse en cuenta que las dimensiones exactas de longitud de sellado y corte son características que necesariamente variarán entre un fabricante y otro, pues estamos hablando de longitudes milimétricas y que, además, no siguen ningún tipo de estandarización. Sin embargo, en todos los casos la funcionalidad se encuentra garantizada”*.

El órgano de contratación en su informe expone que *“analizando las cuestiones aducidas por la recurrente respecto del lote 1, en concreto las referidas a la longitud del instrumento de 13,5 cm. aprox., esta afirma que ‘no existe ninguna compañía que pueda cumplir con dicho requisito’.*

*La medida de 13,5 cm aproximada establecida en el pliego se refiere a la parte del instrumento que puede llegar a ser introducida en el paciente, no a la totalidad del instrumento. Los 13,5 cm. se miden desde la punta hasta el inicio del mango del instrumento. Se trata de una forma de medición de uso común entre los fabricantes, plenamente aceptada y que no genera controversia. La longitud total de la pinza coincide con la pinza presentada por la recurrente, de la misma forma que la longitud desde la punta hasta el inicio del mango es prácticamente idéntica.*

*Genera contrariedad en este órgano de contratación que la recurrente alegue esta cuestión para solicitar la nulidad del pliego técnico. La pinza que se describe en este lote ha sido adquirida por nuestro centro a la recurrente, sin solución de continuidad, desde el año 2009 hasta el 2016, en el que mediante procedimiento abierto fue adjudicada a otra empresa y cuyo factor determinante fue el criterio precio.*

*La recurrente debería ser consciente de que la pinza que se describe y que en su opinión solo puede ser suministrada por un proveedor (APPLIED MEDICAL) resulta de una semejanza casi absoluta a la presentada por este último. Si se realizara una prueba superponiendo una sobre la otra, apenas se podría determinar diferencias en cuanto a las medidas de una y otra, pudiendo llegar a calificarlas como idénticas.*

*Entendemos que queda desvirtuada la alegación que hace la recurrente relativa a que en el resto de medidas que se describen en este lote, longitud de sellado 17 mm. Y longitud de corte 15 mm. no se ha detallado expresamente añadiendo el concepto de aproximadas. MEDTRONIC IBÉRICA ha presentado en este expediente, de acuerdo con la documentación y muestras aportadas, la pinza a la que nos hemos referido anteriormente (utilizada en nuestro centro durante el periodo 2009 a 2016) y cuyas medidas de longitud de sellado son de 16,7 mm. y de longitud de corte de 14,5 mm., medidas, por lo tanto, de una ínfima diferencia tal y como refiere de manera expresa en su escrito de interposición del recurso”.*

El Tribunal comprueba que efectivamente el PPT en el lote 1, se refiere a la medida del instrumento y no a la medida total que es lo que la recurrente ha indicado en el recurso.

En cuanto a las medias taxativas o aproximadas, se reitera lo expresado anteriormente, 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 las características de un instrumental por lo que el criterio del Hospital debe prevalecer.

Por otro lado, aunque no ha quedado acreditado en este caso, cabe indicar que, como ya ha señalado el Tribunal en diversas ocasiones valga por todas ellas la Resolución 73/2019 de 20 de febrero, la circunstancia de que un producto solo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutiva por sí sola de vulneración de la libre concurrencia. 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”*.

En cuanto al criterio de adjudicación *“chip de liberación de energía en el dispositivo de mano, teniendo siempre actualizado el producto sin depender del generador”* tanto para el lote 1 como en el lote 2, la recurrente afirma que *“la forma en la que se describe este requisito, es exactamente la que utiliza Applied para definir sus instrumentos ‘Voyant de Energía Avanzada’, lo que nos da una idea del nivel de limitación con el que nos encontramos(...)*La funcionalidad principal del chip

*de liberación de energía es la de detectar la respuesta del tejido de manera que se pueda conocer si la energía aplicada es suficiente, es decir, si se debe continuar sellando el vaso sanguíneo o no. El objetivo de uso de estos dispositivos que no es otro más que sellar los vasos de manera segura y fiable y evitar así el sangrado.*

*Esta funcionalidad, se encuentra integrada en los dispositivos de Medtronic, que disponen de una Tecnología de detección de tejido que mide 434.000 veces cómo responde el tejido tratado a la liberación de energía ('TissueFect Sensing Technology'), y en base a ese 'feedback', ajusta la salida de energía. Es decir, Medtronic dispone de un sistema inteligente de liberación de energía. La única diferencia entre esta tecnología y el chip de liberación de energía en el dispositivo de mano (característica que, reiteramos, es inherente a los dispositivos de Applied y no se encuentra en ningún otro dispositivo del mercado) es la ubicación".*

El órgano de contratación sostiene que *"el hecho de valorar la disposición del chip en la pieza de mano y no en el generador, tiene una repercusión directa en la logística del hospital permitiendo no depender del proveedor para el cambio de los generadores cuando se producen actualizaciones del producto con la consiguiente interferencia en el curso normal de los procedimientos en quirófano. Asimismo, tiene un beneficio sobre los pacientes porque asegura el curso normal de la actividad en quirófano y el cumplimiento de los plazos para las intervenciones sin retrasos provocados por una eventual actualización de los productos.*

*Los argumentos de carácter técnico aludidos dejan fuera de toda duda que la inclusión de este criterio de adjudicación no resulta baladí. Consideramos que queda ampliamente demostrado que cualquier característica que mejore la seguridad de los procedimientos no puede considerarse 'superflua' teniendo en cuenta que estas mejoras se hacen en beneficio del resultado de la cirugía y en favor del paciente".*

Este Tribunal, evidentemente, carece de los conocimientos médicos precisos para discernir si determinadas características o propiedades son relevantes y han sido descritas de forma adecuada atendiendo a la funcionalidad por lo que en este caso debemos estar al principio de discrecionalidad técnica de la Administración que debe reconocerse al órgano de contratación para conformar las condiciones de la presente contratación.

Por último la recurrente expone que existe una contradicción en los pliegos sobre la exigencia del sistema de activación manual en el lote 1 ya que *“se señala, como criterio relacionado con la calidad técnica para el lote 1, esta activación manual. De este modo, si el dispositivo cuenta con un sistema de activación manual será valorado con 15 puntos, valorándose a cero si el aparato ofertado no dispone de dicha tecnología. Sin embargo, si acudimos al PPT, vemos que para el mismo lote 1, se señalan dentro de las características técnicas mínimas, la “activación manual mediante el cierre de las mandíbulas”.*

Respecto a esta cuestión el órgano de contratación aduce que *“con independencia de si existe o no reiteración en la exigencia contenida en el PPT y en uno de los criterios de adjudicación, este órgano de contratación se pregunta qué ventaja o perjuicio puede obtener de esta circunstancia cualquiera de los licitadores que han participado en la convocatoria. A nuestro juicio, ninguna.*

*El PPT detalla las características mínimas que han de cumplir los materiales objeto del contrato. Por lo tanto, las ofertas de los licitadores han de adecuarse a lo establecido en el PPT y su incumplimiento lleva como consecuencia necesaria la exclusión de la oferta si no se ajusta a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación. En nuestro caso, los licitadores que cumplan las características técnicas exigidas con carácter de mínimo, serán valorados con la misma puntuación en la aplicación del criterio de adjudicación citado, 15 puntos. De igual manera, todas aquellas empresas participantes que no reúnan los requisitos técnicos previstos en el PPT, obtendrán idéntica puntuación, 0 puntos. No existe ningún tipo de tratamiento discriminatorio como tampoco de limitación de la concurrencia”.*

De las argumentaciones expuestas por el Hospital debemos deducir que en este caso en el lote 1 se valora una característica ya exigida como requisito técnico en el PPT, activación manual.

Independientemente de que le pueda perjudicar o no a la recurrente, el Tribunal ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre esta cuestión, entre

otras en la Resolución 87/2019 de 28 de febrero, concluyendo que *“la Resolución 385/2017, de 28 de abril del TACRC considera perfectamente admisible que los criterios de adjudicación puedan venir referidos, en cuanto a las características técnicas o funcionales de los productos, a mejoras en las ofertas de los licitadores respecto de los mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas.*

*En este caso, no se trata de mejoras respecto a las características técnicas o funcionales de los productos respecto a los mínimos exigidos por el PPT, sino que se valoran las propias características técnicas que se exigen para la admisión a la licitación. Una característica técnica no puede ser utilizada como criterio de admisión y a su vez como criterio de valoración, ya que no se produce una mejora en la calidad de la oferta”.*

Por tanto, siguiendo el criterio expresado, en este caso procede estimar el motivo de recurso, en cuanto al lote 1, debiendo anularse los pliegos y la licitación de dicho lote; sin embargo, en este caso se han desestimado los restantes motivos del recurso por lo que en base al principio de conservación de actos y teniendo en cuenta que el requisito se configura como prescripción técnica exigible a todos los licitadores, procede anular únicamente el criterio impugnado que se tendrá por no puesto, manteniendo los Pliegos y la licitación en los demás extremos.

**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.-** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.P.H., en representación de Medtronic Ibérica, S.A., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de suministro de Pinzas de Disección y Sellado de Vasos para el Hospital Universitario Santa Cristina,

expediente A/SUM-007780/2019, anulando el criterio de adjudicación “activación manual” del lote 1, que se tendrá por no puesto, conservándose los Pliegos y la licitación en los demás extremos.

**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.