Recurso nº 536/2019

Resolución nº 206/2021

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

En Madrid, a 13 de mayo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Boston Scientific Ibérica S.A., (en adelante Boston), contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 31 de julio de 2019 por el que se adjudica el Lote 2 del contrato de "Suministro de sistemas recargables y no recargables para la estimulación cerebral profunda para el Hospital Universitario Ramón y Cajal" número de expediente: 2019000013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Se publicó en el DOUE de fecha 19 de abril de 2019, en el BOCM de fecha 16 de mayo y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 17 de abril, anuncio convocatoria de licitación del contrato mencionado, mediante procedimiento abierto, pluralidad de criterios y división en dos lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 247.060 euros. Representando el correspondiente al segundo lote 172.140,20 euros.

El plazo de duración de contrato es de doce meses prorrogables por otros doce meses más. El lote 2 no ha sido prorrogado por lo que el contrato terminó por transcurso de su plazo de vigencia el 21 de octubre de 2020.

A la presente licitación se presentaron dos ofertas, entre ellas la de la recurrente.

Segundo.- El 2 de septiembre de 2019 tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Sanidad, sito en la calle Aduana, nº 29, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representante de Boston. Fundamenta su recurso en el incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares por parte de los suministros propuestos por la adjudicataria, así como la errónea valoración de los criterios calificables mediante fórmula en relación a su oferta, solicitando en consecuencia la anulación de la adjudicación efectuada.

El 12 de septiembre de 2019 el órgano de contratación remitió el recurso especial de contratación formulado por Boston, copia del expediente y el preceptivo informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 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 (LCSP).

El órgano de contratación en el informe enviado, alega que las manifestaciones efectuadas por Boston son ciertas y fruto de un error en la interpretación y calificación de la oferta de Abbot, por lo que se allana a sus pretensiones.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con

fecha 23 de septiembre de 2019 Abbott Medical España S.A. presenta escrito de alegaciones.

Tercero.- Con fecha 2 de octubre de 2019 y número 424/2019, este Tribunal inadmite el recurso especial planteado por haber sido presentado en registro distinto del propio del órgano de contratación, que se consideró el Hospital Ramón y Cajal o en la sede de este Tribunal, sin constar anuncio de la interposición del recurso en el Registro donde se presentó, esto es en la sede de la Consejería de Sanidad, por lo que cuando tuvo conocimiento el Tribunal del Recurso este ya era extemporáneo.

Con fecha 10 de diciembre de 2019, Boston interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dando lugar al procedimiento ordinario 998/2019 que pretendía la anulación de la resolución dictada por este Tribual y anteriormente referenciada.

Con fecha 17 de marzo y notificada a las partes el día siguiente el TSJ de Madrid, dicta sentencia considerando que la resolución de este Tribunal 424/2019 debe ser anulada y por consiguiente considerar presentado en plazo el recurso especial en materia de contratación planteado por Boston entrando a resolver sobre el fondo del asunto.

Cuarto.- Con fecha 9 de abril de 2021, se recibe comunicación de la representación legal de Abbot Medical España S.A., (en adelante Abbott), adjudicataria del lote 2 del contrato que nos ocupa, mediante la cual traslada la sentencia dictada por el TSJ de Madrid a este Tribunal y las alegaciones efectuadas a este Tribunal de Contratación en su momento para admitir en su contestación al REMC que los productos presentados por esa mercantil cumplían los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas particulares que rigieron la adjudicación del contrato**.**

Con fecha 4 de mayo de 2021, Boston presenta escrito ante este Tribunal al efecto de, en cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de

Justicia, resolver el recurso especial en materia de contratación presentado en fecha 12 de septiembre de 2019.

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 recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de Boston para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP por tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *"cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso".*

Se acredita igualmente la representación con que actúa la firmante del recurso como administradora única de la empresa.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, acto susceptible de recurso en virtud del artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En relación al plazo de interposición del recurso especial y en consonancia con la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 177/2021 debe considerarse interpuesto ante el órgano de contratación el día 2 de septiembre de 2019, dentro de los quince días hábiles para su formulación desde que se acuerda la adjudicación de lote 2 del contrato que nos ocupa.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, debe señalar en primer lugar que este Tribunal se servirá de los documentos aportados en las fechas anteriormente señaladas en formulación, contestación o alegaciones sobre el recurso especial en materia de contratación nº 536/2019, sin entrar ni a valorar ni a conocer los documentos testimonios o pruebas aportadas o integrantes del procedimiento ordinario 998/2019, sustanciada ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ni solicitar nueva documentación a las partes.

Dicho lo cual en relación al fondo del recurso el recurrente fundamenta sus motivos de impugnación en el incumplimiento de los requisitos técnicos establecidos para el lote 2 del contrato que nos incumbe y en la valoración de las mejoras propuestas.

Por lo que respecta al primero de los motivos Boston considera inadmisible la oferta de Abbott, toda vez que en el PPTP se requería el suministro de generadores de impulsos no recargable que tengan un control de corriente independiente y el suministro ofertado por la adjudicataria sólo tiene un controlador de corriente para todos los contactos.

Por su parte el órgano de contratación considera que hay que estimar la reclamación del recurrente, asumiendo el error en la admisión de la oferta de Abbot, que no cumplía con los requisitos técnicos exigidos.

Para ello justifica su error de apreciación de la siguiente forma*: "Respecto al pliego de prescripciones técnicas: se especifica en él que el sistema ha de tener capacidad de control independiente de corriente. En este sentido hacen ver que el sistema presentado por ABBOT no cumple este punto, al contrario que el sistema presentado por BOSTON y efectivamente, hay que darles la razón, ya que el sistema de ABBOT es incapaz de hacerlo mediante hardware y simula esa capacidad mediante un software que intenta simular esta posibilidad sin llegar al nivel de precisión requerido ya que en el mejor de los casos el sistema de ABBOT*

diseña dos campos eléctricos alternos mientras BOSTON define un campo sólo campo eléctrico de forma constante. Se había evaluado de manera incorrecta la capacidad de ABBOT debido a que en los documentos presentados por ABBOT afirmaban de manera genérica tener esta capacidad técnica".

Como manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015 de 11 de marzo de 2015 y más recientemente la Resolución nº 28/2021, de 21 de enero: *"El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP (actual 57.2 LCSP) establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga 'infracción manifiesta del ordenamiento jurídico'* (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa)". Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa no obstante, a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión.

En el presente supuesto, el allanamiento del órgano de contratación conlleva efectos desfavorables a terceros, por lo que antes de proceder a su admisión debemos analizar las alegaciones presentadas por la adjudicataria.

Abbott en su escrito de alegaciones presentado el 23 de septiembre de 2019 manifiesta en referencia al cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos que si bien el punto 2 del PPTP establece claramente *"Generador impulsos implantable no recargable c/control de corriente independiente"*, esta definición no responde a la interpretación que efectúa el recurrente cuando alega; *"el control de corriente independiente requerido en Pliegos sólo se consigue cuando el hardware del*

generador tiene múltiples controladores de corriente, es decir, uno por cada contacto, mientras que el hardware de la solución ofertada por ABBOTT MEDICAL ESPAÑA, S.A., sólo tiene un controlador de corriente para todos los contactos". *"Ello, en opinión de la recurrente, imposibilita que tenga un control de corriente independiente en cada contacto*".

Manifiesta asimismo que *"En resumen, lo que en esencia sostiene Boston para justificar que la oferta de mi representada no cumple con las prescripciones técnicas obligatorias del PPT es que la solución ofertada por Abbott adolece de múltiples controladores de corriente,* ***uno por cada contacto*** *es importante subrayar esta coletilla, «por cada contacto»."*

Añadiendo en el siguiente párrafo*: "Como se puede observar en el extracto del PPT incluido más arriba, en ningún momento se especifica que el Producto Objeto del Contrato deba contar con un control de corriente independiente «en cada contacto», sino que la solución a ofertar tan solo debe disponer de un control de corriente independiente, sin que sea necesario que tenga ninguna característica adicional.*

Si bien la solución ofertada por Abbott solo tiene un controlador de corriente para todos los contactos, debe señalarse que el PPT no exige algo distinto ni la característica que pretende Boston".

Concluye con que: *"la solución ofertada por Abbott cumple con el requisito de contar con un controlador de corriente independiente por cuanto que, aunque la solución ofertada por Abbott solo cuenta con una única fuente de polaridad de los pulsos en un programa con un solo contacto negativo activado, el sistema puede realizar un control de corriente independiente de ese contacto. De esta manera, cada vez que se programe un solo contacto en negativo, de los 16 posibles, este contacto tiene control de corriente independiente".*

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 de 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 definan 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 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Por todo ello se considera que bajo la *definición "Generador impulsos implantable no recargable c/control de corriente independiente"*, no se distingue si dichos impulsos se independizan mediante hardware o software, ni el nivel de precisión requerido ni los campos eléctricos que deban definirse, para ello el PPTP ofrece la posibilidad de una definición completa del producto a suministrar , por lo que la limitación en su definición efectuada por propio órgano de contratación en dicho pliego, no puede afectar a derechos de terceros, pretendiendo en esta fase

completar la descripción técnica del producto objeto de suministro. Por lo que ha de admitirse, como inicialmente se hizo por el técnico redactor del informe y asumió la mesa de contratación, que el equipo ofertado por Abbot cumple con las condiciones técnicas exigidas.

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

Como segundo motivo de impugnación el recurrente considera que la mejora consistente en ofertar un equipo generador de impulsos implantable que disponga de frecuencias diferentes en 4 áreas para adaptarse fisiológicamente a los diferentes circuitos cerebrales, en ambos hemisferios no se cumple en la oferta de la adjudicataria y aun así fue calificada con treinta puntos. Añade que: *"el producto presentado por ABBOTT MEDICAL ESPAÑA, S.A., tiene un máximo de 2 frecuencias diferentes, y es que, el sistema Infinity sólo ofrece la posibilidad de programar pulsos con diferentes frecuencias para cada uno de los dos electrodos (dos frecuencias máximo, una por electrodo en cualquier caso), más no para el mismo electrodo.*

A pesar de ello, los sistemas Vercise Gevia y Vercise PC que componen la oferta de mi representada para el Lote 2 obtuvieron la misma puntuación que la adjudicataria, si bien son los únicos que ofrecen la posibilidad de programar pulsos con diferentes frecuencias en el mismo electrodo (hasta cuatro en total) por medio de áreas de estimulación".

A este motivo de recurso el órgano de contratación en su escrito alega: *"Respecto a los criterios cualitativos, en los que se evalúan con un máximo de 30 puntos la posibilidad de que se estimulen 4 áreas diferentes con 4 frecuencias diferentes, de nuevo hay que dar la razón a BOSTON ya que no se puede dar el máximo de puntos (30) a un sistema que sólo es capaz de estimular 2 zonas con frecuencias diferentes de manera simultánea.*

De nuevo se trata de una mala interpretación de los documentos presentados por ABBOT en el procedimiento".

Por su parte la adjudicataria manifiesta a este respecto que: *"debe matizarse que, si bien es cierto que el sistema Infinity ofertado por Abbott tiene un máximo de dos frecuencias diferentes, dicho sistema pude ser programado hasta con cuatro series / áreas de estimulación, permitiendo esta característica del producto comercializado por Abbott, denominado MultiStimTM, crear dos áreas de estimulación por electrodo".*

Refiere la Declaración Relativa a los Criterios de Adjudicación Evaluables de Forma Automática por Aplicación de Formulas presentado por Abbott y que consta en el Expediente Administrativo. Donde se especifica: "*Los generadores implantables tienen la posibilidad de ser programados con todos sus parámetros de programación totalmente independientes, lo que facilita la creación de programas con diferentes frecuencias, pudiéndose adaptar fisiológicamente con cada programa a los diferentes circuitos cerebrales en ambos hemisferios".*

Finalmente manifiesta Boston a efectos de resumen de su postura que*: "En lo anterior se observa que el sistema Infinity, gracias a su característica MultiStimTM, puede actuar en cuatro áreas de estimulación diferentes en un rango de frecuencias que va desde los 2 Hz hasta los 125 Hz. El sistema tiene la capacidad de memorizar 15 programas y cada uno de estos programas puede tener cuatro áreas y cada programa puede tener diferentes frecuencias".*

La ausencia de justificación en el informe del órgano de contratación sobre su cambio de opinión técnica entre el inicial informe de valoración de las ofertas y la actual opción unido a la mención que efectúa el recurrente sobre la exclusividad de su sistema como el único que cumple en el mercado con las condiciones impuestas en el criterio de valoración que nos ocupa, deja a este Tribunal en la única posición posible que es desestimar este motivo de recurso, ya que solo Abbott aporta una memoria y justificación del cumplimiento de la mejora por su oferta.

En este caso ni siquiera podemos acudir al principio de discrecionalidad de la administración, pues si bien sobre el inicial informe a las ofertas sí podría aplicarse

este principio, no ocurre lo mismo frente a la justificación y motivación del cambio de criterio al respecto efectuado en el informe al recurso, cuyo contenido es a todas luces insuficiente para allanarse a las pretensiones de la recurrente y en consecuencia obtener una resolución que anule un acto ya dictado.

No obstante, lo dicho, la realidad no se ve alterada por la valoración de la mejora, ya que el recurrente ha obtenido cero puntos por el criterio precio, al presentar una oferta igual al tipo de licitación, mientras que el adjudicatario ha obtenido el máximo de 70 punto al presentar una oferta inferior al presupuesto base de licitación, por lo que la suma o resta de 30 puntos de las primitivas valoraciones no alteran el resultado final de la licitación. Efectivamente en caso de no admitir la mejora presentada por Abbott su puntuación seria de 70 frente a los 30 de Boston, por lo que careciendo de efecto práctico este motivo de recurso se desestima.

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 la representación, de Boston Scientific Ibérica S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Ramón y Cajal de fecha 31 de julio de 2019 por el que se adjudica el Lote 2 del contrato de “Suministro de sistemas recargables y no recargables para la estimulación cerebral profunda para el Hospital Universitario Ramón y Cajal” número de expediente: 2019000013.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación 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.