

Recurso nº 214/2022
Resolución nº 243/2022

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 30 de junio de 2022, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Abbott Laboratories, S.A., contra el acuerdo de fecha 11 de mayo por el que se adjudica el “Acuerdo Marco de sistemas de monitorización continua de glucosa intersticial para todos los centros dependientes del SERMAS a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio precio” número de expediente AM.PA.SUM.10/2021 este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 17 de diciembre en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único criterio de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 111.580.237,20 euros y su plazo de duración será de 1 año prorrogable hasta cuatro años.

A la presente licitación se presentaron al lote 1 dos licitadores y al lote 2 cinco licitadores, entre ellos la recurrente que presento oferta y recurre la adjudicación de ambos lotes.

Segundo.- Se ha de destacar el apartado 1 de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que establece:

“Número máximo de lotes a adjudicar a cada licitador:

2 lotes.

Número mínimo/máximo de licitadores a los que se adjudicará cada lote:

- *En el caso de que el número de licitadores sea 5 o menor de 5, podrán resultar como adjudicatarios todos ellos.*
- *En el caso de que el número de licitadores sea mayor de 5, se aplicará la fórmula $n-1$, siendo n el número total de licitadores admitidos no incurso en temeridad, resultando adjudicatarios en cada lote todas las ofertas, con excepción de la que menor puntuación global obtenga”.*

Por su parte la cláusula 38 de este mismo pliego dispone:

“SELECCIÓN:

Orden de selección de adjudicatarios:

Para los pacientes que utilizan un SMGi por primera vez o que requieran un cambio, preferentemente, el centro seleccionará de entre los adjudicatarios, el que haya alcanzado mayor puntuación total.

Por razones clínicas (reacciones adversas cutáneas al sensor, problemas de adaptación por características específicas del sistema que dificultan el uso adecuado del mismo, entre otros), debidamente justificadas y registradas en la historia clínica del paciente, se podrá elegir un SMGi diferente al que haya alcanzado la mayor puntuación total”.

Tercero.- El 1 de junio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Abbott Laboratories, S.A. (en adelante Abbott) en el que solicita la nulidad de la adjudicación de ambos lotes por incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones en el caso de las dos ofertas clasificadas en primer lugar.

El 14 de junio de 2022, 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 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados 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. Dentro del plazo otorgado han presentado escrito de alegaciones tanto Menarini Diagnósticos S.A. como Liesno Buno, S.L., de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho.

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 y notificado el 11 de mayo de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 1 de junio de 2022, 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 acuerdo marco 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.- En cuanto al fondo del recurso Abbott considera que tanto la oferta de Liesno Buno, S.L., para el lote 1 como de Menarini para el lote 2 no cumplen los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones procediendo en consecuencia su exclusión del procedimiento de licitación.

A) Respecto al Lote 1:

La empresa **Liesno Buno** (que ha ofertado el producto Dexcom ONE) debe quedar **“excluida”** del concurso en base a los siguientes fundamentos:

1) No ha ofertado dispositivos receptores: Ha quedado demostrado que la oferta presentada por Liesno Buno al Lote 1 resulta **“incompleta”**, no ofertando lo exigido en los Pliegos, por cuanto no ha ofertado los **“dispositivos receptores”** pese a que su sistema Dexcom ONE lo tenía.

2) Incumplimiento respecto a las muestras: omisión de muestra. Como consecuencia de lo anterior, Liesno Buno ha incumplido también la obligación de presentar la **“muestra”** correspondiente de su **“dispositivo receptor”**, omisión que no es subsanable conforme ha declarado la Jurisprudencia.

3) Incumplimiento de requisito técnico mínimo: no cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad (ENS): Incumplimiento por el software Clarity del producto ofertado por Liesno Buno por no cumplir los requisitos técnicos mínimos establecidos en el Pliego Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), en particular, incumplimiento de la obligación de cumplir su software la normativa del Esquema Nacional de Seguridad, lo que conlleva una exclusión automática.

4) Incumplimiento de requisito técnico mínimo del % de la MARD: Incumplimiento del requisito técnico mínimo establecido en el PPTP por el producto Dexcom ONE de una MARD inferior al 10%, lo que supone una exclusión automática.

5) Incumplimiento de la normativa técnica y de los Pliegos respecto a las muestras (Manual de Usuario, otros documentos de instrucciones de uso y etiquetado): Incumplimiento de la normativa y de los Pliegos respecto a documentación técnica presentada al concurso, del producto Dexcom ONE, que a su vez forma parte de las “muestras” entregadas en el concurso para evaluación de la calidad técnica del producto. Así:

Incumplimientos en el Manual de Uso (por entregar un material “borrador”) y omisión de instrucciones de uso del sistema y de la *app*, es decir, no entregar las muestras en las mismas condiciones en que el producto sería entregado a pacientes.-Incumplimiento en el Envase (etiquetado) al figurar texto solo en idioma inglés(y no en español).

B) Respecto al Lote2:

La empresa **Menarini** (que ha ofertado el producto **GlucoMenDay**) debe quedar “**excluida**” del concurso en base a los siguientes fundamentos:

6) Incumplimiento de requisito técnico mínimo del %de la MARD: su producto no cumple el requisito técnico mínimo exigido en los Pliegos de tener un % de MARD (medida de exactitud) inferior al 10%.

La empresa **Liesno Buno** (que ha ofertado el producto **Dexcom G6**) debe quedar “**excluida**” del concurso en base a los siguientes fundamentos.

7) **Incumplimiento de requisito técnico mínimo respecto al número de alarmas predictivas**: incumplimiento por su producto el número de alarmas predictivas exigidas en los Pliegos.

8) **Incumplimiento de la normativa respecto a la documentación técnica y de las muestras**: no cumplir la muestra entregada de su producto la normativa española en materia de Etiquetado, al incorporar la muestra únicamente texto en Inglés (y no en español).

El órgano de contratación rebate estas alegaciones, que resumidamente son:

A) Respetto al Lote 1:

1) Falta de oferta de dispositivos receptores: Refiere el apartado 7 del PPTP en la que queda perfectamente claro que la composición del sistema y la solicitud al adjudicatario de los accesorios solicitados son dos cuestiones diferentes. Manifiesta que para favorecer la libre concurrencia se admiten todas las variaciones en los dispositivos. Evidencia que el PPTP expresamente manifiesta que: *“el objetivo del material a suministrar (...) para su correcto funcionamiento y uso inmediato por el paciente. En definitiva lo que se solicita es la entrega del sistema completo disponible para su funcionamiento inmediato”*.

Por lo que se refiere a la disposición de la marca Liesno Buno de dispositivos de recepción de datos en fecha anterior a la terminación del plazo de licitación, el órgano de contratación manifiesta su criterio sobre la documentación que valora y admite a licitación y que es aquellas presentada por el licitador, firmada y signada, no catálogos, envases, folletos publicitarios etc. Pues estos no forman parte de la propuesta.

Además, indica que el folleto referido como probatorio por Abbott es para un sistema de uso hospitalario, distinto al requerido en este acuerdo marco.

2) Incumplimiento respecto a las muestras: El órgano de contratación manifiesta que se presentaron los dos kits objeto del acuerdo marco completos con los materiales y accesorios necesarios para empezar a utilizar el sistema y el material necesario para el su uso correcto.

3) Incumplimiento de requisito técnico mínimo: no cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad (ENS): Considera el órgano de contratación que el cumplimiento en el ENS es evidente por el solo hecho de ser unos productos sanitarios autorizados por la Agencia Española del Medicamento y estar marcada con la apostilla CE. Manifiesta asimismo que cumple todas las garantías legales exigidas por el Estado español.

4) Incumplimiento de requisito técnico mínimo del % de la MARD: En contra de la opinión de la recurrente queda acreditado mediante declaración responsable que el sistema propuesto por Liesno Buno tiene un MARD inferior al 10%, volviendo a traer a colación que solo la documentación aportada en el periodo de licitación puede ser objeto de análisis.

5) Incumplimiento de la normativa técnica y de los Pliegos respecto a las muestras (Manual de Usuario, otros documentos de instrucciones de uso y etiquetado):

En cuanto a la entrega de un manual de uso provisional con marca de agua que indica que se trata de un borrador, el órgano de contratación afirma que es práctica habitual en todas las licitaciones toda vez que es la forma de evitar que estos manuales se reproduzcan. Indica que Abbott utiliza una etiqueta en la que advierte que se trata de una demo y se encuentra prohibida su venta.

B) Respecto al Lote2:

6) Incumplimiento de requisito técnico mínimo del %de la MARD:

El único documento válido para analizar el cumplimiento de este requisito es una declaración responsable y no el manual de usuario como pretende la recurrente.

7) Incumplimiento de requisito técnico mínimo respecto al número de alarmas predictivas por parte de Menarini.

Considera el SERMAS que Abbott al igual que en otras motivaciones del presente recurso utiliza de forma torticera la letra de los pliegos de condiciones. En este caso el párrafo: *“Alertas al menos por detección de alta/baja glucosa, alertas de predicción y pérdida de conexión debe entenderse como tres alerta, por un lado la propia de hipoglucemia, hiperglucemia, pérdida de conexión y alerta de predicción. Las cuatro se contienen en el equipo ofertado”*.

8) Incumplimiento de la normativa respecto a la documentación técnica y de las muestras:

La pretendida inclusión de manuales en ingles por parte de Liesno Bruno en el equipo de este lote, queda reducida a la inclusión de la palabra transmitter en lugar de transmisor, que no puede considerarse más que un error material y cuyo significado no ofrece duda alguna.

Liesno Bruno en su escrito de alegaciones presentado ante este Tribunal el 22 de junio, manifiesta en cuanto que: ***“el sistema ofertado por en el Lote 1 (Dexcom ONE) no disponía de un dispositivo de recepción de datos independiente en el momento de presentación de las ofertas, siendo así que en ese momento el sistema funcionaba con el móvil del paciente como único dispositivo de recepción de datos.***

En efecto, en el momento de la presentación de las ofertas (14 de enero de 2022) el dispositivo de recepción de datos del producto Dexcom ONE no contaba con la preceptiva declaración CE de conformidad ni había sido objeto de la pertinente comunicación ante la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (“AEMPS”) para su comercialización y puesta en servicio en España,

como exige el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios (“RD 1591/2009”). Concluyendo: “Este es el único motivo por el que LIESNO BUNO no identificó en la oferta del Lote 1 el dispositivo de recepción de datos a que se refiere ABBOTT en su recurso especial, y por ello tampoco se menciona en la documentación aportada (ni en la Ficha Técnica del producto, ni en los Manuales de Usuario, ni en el formulario de características técnicas del producto completado conforme al Anexo 1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, “PCAP”). Sencillamente porque en el momento de presentación de las ofertas dicho dispositivo no estaba disponible para su comercialización en España pues estaba pendiente de la evaluación de conformidad y de la comunicación a la AEMPS”.

En el resto de cuestiones planteadas en el recurso en relación al equipo ofertado, coinciden sus alegaciones con las manifestaciones efectuadas por el órgano de contratación en su escrito de contestación al recurso.

Por su parte Menarini Diagnósticos S.A. alude en su escrito de alegaciones presentado ante este Tribunal el 22 de junio, en relación con el lote 2 con los mismos argumentos expuestos por el órgano de contratación en su informe al recurso.

Vistas las posiciones de las partes, debe recordarse que 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.

Igualmente, 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.

A la vista de las manifestaciones de la recurrente, del órgano de contratación y de las primeras clasificadas debe señalarse que nos encontramos ante un debate

técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta valoración del criterio.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, *“cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la*

discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados' tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa".

En el presente caso, la admisión de las ofertas de la primera clasificada coinciden con el sentido de las manifestaciones y certificados aportados que se consideran suficientemente detalladas.

Se podrá o no estar de acuerdo con sus razonamientos, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores.

En definitiva, no se aprecia por este Tribunal *"arbitrariedad"* en el juicio técnico, en la admisión de los equipos propuestos por Menarini y Liesno Buno, ni falta de motivación, por lo que el recurso debe ser desestimado.

En cuanto a la solicitud de imposición de multa, este Tribunal no considera que el recurso temerario y /o con en mala fe, además de no justificar el órgano de contratación el perjuicio que le ha causado y su cuantificación.

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 legal de Abbott Laboratories, S.A., contra el acuerdo de fecha 11 de mayo por el que se adjudica el Acuerdo Marco de sistemas de monitorización continua de glucosa intersticial para todos los centros dependientes del SERMAS a adjudicar por procedimiento abierto mediante criterio precio número de expediente AM.PA.SUM.10/2021.

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 multa 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.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Por sustitución, conforme artículos 3.7 de la Ley 9/2010 y 19.4 LRJSP

LA VOCAL DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: GARCÍA SECADES SOFÍA
Fecha: 2022 07 06 11 05