

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

En Madrid, a 28 de marzo de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña I.F. en representación de la empresa Medtronic Ibérica España S.A. (Medtronic), contra el anuncio de la convocatoria y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de suministro de “Neuroestimuladores de 32 contactos para el servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario La Paz” número de expediente P.A. 2019-0-2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios en el DOUE y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid de fecha 12 de febrero de 2019, y en el BOCM de fecha 18 de febrero de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 2.175.154,30 euros y su plazo de duración es de un año, prorrogable por otro año más.

**Segundo.-** Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso los siguientes apartados de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares.

*“Apartado 1:*

***Definición del objeto del contrato:***

*Este contrato tiene por objeto la adquisición de Neuroestimuladores de 32 contactos, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares.*

*División en lotes: NO*

*Justificación de la no división en lotes: El presente contrato requiere la adjudicación de todos sus componentes a la misma casa comercial ya que en caso contrario resultaría inviable el posterior uso de los diferentes productos por la incompatibilidad de uso en el mismo acto médico de componentes de diferentes fabricantes, en consonancia con lo establecido en el art. 99.3 b de la LCSP.”*

El plazo de presentación de ofertas a esta licitación terminó el 18 de marzo, procediéndose a la apertura de la ofertas el próximo 3 de abril en ambos casos del presente año.

**Tercero.-** El 4 de marzo de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Medtronic en el que solicita la anulación de los pliegos en base a que no ha sido correctamente justificada la no división en lotes del contrato, y por entender que el requisito de que el neuroestimulador cuente con 32 contactos es innecesario, restrictivo y excluyente de la concurrencia, solicitando la anulación del Pliego y por ende la de la licitación.

El 20 de marzo de 2019, dieciséis días después de requerirse por este Tribunal, 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 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).

Opone a las pretensiones del recurrente que la designación de los suministros a adquirir están basados en las necesidades clínicas del hospital que es referente

tanto en Madrid como en regiones limítrofes para el tratamiento de la patología concreta de tratamiento a pacientes con dolor post cirugía lumbar complejo, refractario y crónico tras cirugía fallida de espalda.

Que la división en lotes de este tipo de equipos es imposible por la necesaria compatibilidad de los componentes entre sí y por último en cuanto a la posible exclusividad de una sola marca, no les consta esta, aunque admiten que en España pueda estar distribuidos solo por una marca comercial.

**Quinto.-** 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 potencial 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 12 de febrero de 2019 y el recurso ha sido interpuesto ante este

Tribunal el 4 de marzo 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 el anuncio de la licitación y 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 debe indicarse que este se ha interpuesto contra la decisión del órgano de contratación de adquirir un equipo concreto de neuroestimuladores y contra la falta de división en lotes del contrato.

Manifiesta el recurrente la innecesariedad de adquirir neuroestimuladores de 32 contactos, al ser este tipo de equipos de utilización residual en los pacientes, derivándose de esta delimitación del objeto del contrato que solo una marca comercial en España distribuya este tipo de equipos.

Opone asimismo a los PCAP la ausencia de justificación de la división en lotes, acudiendo a dos ejemplos de licitaciones por las que se adquieren distintos equipos según el número de contactos de cada uno ellos, dividiéndose en distintos lotes y dividiendo también los distintos componentes de los equipos concretos.

El órgano de contratación por su parte alega que la utilización de neuroestimuladores de 8, 16 o 32 contactos depende de la dolencia a tratar a cada paciente, estando indicado cada uno de ellos frente a patologías concretas.

De este modo justifica mediante numerosos estudios médicos que en la actualidad es posible tratar la grave patología del dolor post-cirugía lumbar complejo, refractario y crónico tras cirugía fallida de espalda a través de neuroestimuladores de 32 contactos.

Recuerda que La Paz es un hospital de referencia para este tipo de tratamientos no solo en la Comunidad de Madrid sino también en regiones limítrofes,

motivo por el cual se precisa de un suministro exclusivo de este tipo de equipos, indicando que los neuroestimuladores de 8 y 16 contactos están siendo suministrados por distintas empresas adjudicatarias de un anterior contrato aun en vigor del que es adjudicataria la recurrente en un lote.

En referencia a la no división en lotes del contrato, reitera la manifestación efectuada en el apartado 1 de la cláusula una del PACP:

*“División en lotes: NO*

*Justificación de la no división en lotes: El presente contrato requiere la adjudicación de todos sus componentes a la misma casa comercial ya que en caso contrario resultaría inviable el posterior uso de los diferentes productos por la incompatibilidad de uso en el mismo acto médico de componentes de diferentes fabricantes, en consonancia con lo establecido en el art. 99.3 b de la LCSP”.*

Remarca esta necesidad poniendo de manifiesto que hay partes del equipo que son implantadas quirúrgicamente al paciente, por lo que un problema de compatibilidad entre los distintos componentes del neuroestimulador podría conllevar la necesidad de una nueva intervención quirúrgica con la consiguiente molestia y sobre coste para el paciente y el Hospital.

Niega que los procedimientos de adjudicación invocados por la recurrente, dividan el objeto del contrato tal y como ella considera, toda vez que la división se funda en un lote para cada tipo de neuroestimulador y posteriormente un número de orden para cada componente, por lo cual la adjudicación de un lote a una oferta conlleva la adjudicación de la totalidad de los componentes a esta.

En cuanto a la posibilidad de limitar la concurrencia al existir solo una marca comercial que distribuya estos equipos, el órgano de contratación invoca la Resolución de este Tribunal número 73/2019, de 20 de febrero en la que se manifiesta que el hecho de que un producto solo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutiva por sí solo de vulneración de la libre concurrencia.

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 Neurocirugía, en calidad de responsable del contrato, que constata la existencia de una necesidad a cubrir mediante la adquisición de equipos de neuroestimulación con 32 puntos de contacto...”* 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 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 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 con patologías muy complejas.

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 o empresa 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 y determinación del procedimiento de adjudicación en este caso abierto frente al posible negociado sin publicidad por razón de exclusividad que se hubiera planteado en el caso de existir una oferta única.

De las argumentaciones esgrimidas por el órgano de contratación en su informe no se aprecia arbitrariedad, quedando suficientemente apoyada en los estudios médicos aportados la necesidad de adquisición de la tecnología propuesta y aclarando que la utilización de esta técnica se encuentra centralizada en el HULP tanto para toda la Comunidad de Madrid como para otras provincias limítrofes o cercanas.

En este sentido conviene citar, en apoyo de las facultades técnicas de los Servicios de Neurocirugía 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 el Servicios de

Neurocirugía, 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 cuanto a la falta de justificación de la no división en lotes del contrato, considera este Tribunal que la motivación que consta en el apartado 1 de la cláusula 1 de los PACP ya transcrita y por dos veces en la presente Resolución, es suficiente, adecuada y certera por lo que se considera cumplidas las exigencias del artículo 99.3 de la LCSP.

Por todo ello se desestima el recurso en base a los dos motivos invocados.

**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 doña I.F. en representación de la empresa Medtronic Ibérica España, S.A., contra el anuncio de la convocatoria y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de suministro de “Neuroestimuladores de 32 contactos para el servicio de Neurocirugía del Hospital La Paz”, número de expediente P.A. 2019-0-2.

**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.