

Recurso 102/2019**Resolución 319/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 8 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **YPSOMED DIABETES S.L.U.**, contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado *“Acuerdo Marco para el suministro de elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina, con destino a dos centros Sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al SAS”* (Expediente 0000921/2018), promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 22 de febrero de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2019/S38-84824 así como en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 7.781.263,60 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 15 de marzo de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación presentado por la entidad YPSOMED DIABETES S.L.U. (en adelante YPSOMED), contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato anteriormente mencionado.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 18 de marzo de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso especial interpuesto y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de entidades licitadoras con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación se recibió en este Órgano el 21 de marzo de 2019, siendo completada la misma el 28 de marzo de 2019

QUINTO. Con fecha 3 de abril de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.



SEXTO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Procede examinar ahora si la entidad YPSOMED ostenta legitimación para la interposición del recurso especial objeto de la presente resolución, teniendo en cuenta que la citada empresa no ha participado en la licitación.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

En el supuesto examinado la recurrente argumenta que tiene legitimación para interponer el presente recurso en la medida en que es una entidad interesada en concurrir a la licitación, y cuyos derechos e intereses legítimos pueden verse afectados por la aplicación de los pliegos, cuestionando en el recurso, entre otros extremos, que la configuración de las agrupaciones de lotes previstas en los pliegos es contraria al principio de libre concurrencia.



Por tanto, queda acreditada la legitimación para recurrir pues precisamente las bases de esta provocan un perjuicio a la recurrente que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra los pliegos de un acuerdo marco cuyo valor estimado asciende a 7.781.263,60 euros y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Procede analizar ahora si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

En este sentido, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP dispone que: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.

En el supuesto examinado, los pliegos rectores de la licitación se publicaron el 22 de febrero de 2019, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. De este modo, el recurso presentado el



15 de marzo de 2019 en el Registro electrónico de este Tribunal se interpuso dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta. La recurrente basa su recurso en dos motivos: solicita la nulidad del pliego por vulneración del principio de concurrencia por como se encuentra configurada la licitación en lo referente al pliego de prescripciones técnicas y solicita la nulidad de determinados criterios de adjudicación.

El órgano de contratación se opone al recurso, por los motivos que alega en su informe al recurso y que constan en el expediente. Igualmente, la entidad MECTRONIC IBÉRICA S.A., como interesada en el recurso, ha presentado alegaciones, en los términos que constan en el expediente.

SEXTO. La entidad recurrente, tras reproducir el artículo 132.2 de la LCSP, cuestiona en primer lugar que los pliegos contemplen que el material fungible a suministrar solo puede ser compatible con los sistemas de infusión disponibles en la provincia, lo que elimina la posibilidad de concurrencia. El órgano de contratación advierte que lo señalado por la recurrente supone alterar el significado de que estén disponibles en la provincia, pues la compatibilidad con los sistemas de infusión va referida a los que resulten adjudicados de conformidad con las ofertas que se presenten, y no a los actualmente existentes, ya que el suministro de la bomba deberá ser hecha por el adjudicatario del presente contrato.

Pues bien, el órgano de contratación ha expuesto que la frase relativa a que los sistemas de infusión sean los que estén disponibles en la provincia no tiene como fin limitar la concurrencia. Partiendo de la interpretación de la frase ofrecida por el propio órgano de contratación, dicha referencia no supone una restricción a la libre concurrencia, como parece desprenderse de la misma.



En cualquier caso, en el supuesto de que los actos posteriores dictados en el procedimiento de licitación se fundamentaran en la aplicación de dicha frase, en el sentido expuesto en el recurso, siempre podría la recurrente interponer el correspondiente recurso contra dicho acto.

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso, sin perjuicio de lo que se dirá al final de esta Resolución.

En segundo lugar, el recurso cuestiona el diseño de las agrupaciones de lotes, al considerar que restringen la competencia.

El órgano de contratación en su informe al recurso señala que el diseño y estructura de agrupaciones definidas se basa en razones asistenciales y clínicas justificadas en el expediente. Indica que las personas con diabetes suelen necesitar distintos tipos de material fungible en distintas circunstancias vitales (infancia, adolescencia, embarazo, actividades deportivas, cambio de peso) con necesidad de cambio o alternancia del tipo de cánulas (distintos tamaños e inclinaciones), longitud del catéter, etc. Añade que cada una de las bombas o infusores presentes en el mercado son compatibles únicamente con sus correspondientes fungibles, al tener unas conexiones específicas que las hace incompatibles con los fungibles de otros fabricantes. Por eso se diseñó la licitación con agrupaciones, siendo el objetivo primero de la contratación pública perseguir y alcanzar la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, y por ende, de los destinatarios últimos de la prestación, que, de esta forma, durante su paso por la distintas etapas vitales, en las que necesitará material fungible diferente para su utilización en el control de la terapia insulínica al menos suponga la misma utilización de la bomba, con el consiguiente ahorro de la curva de aprendizaje que cualquier alteración en el cambio de las bombas o infusores supone para el usuario, así como el detrimento de la estabilización de los parámetros de glucemia.



En definitiva se trata de la licitación, para el caso de las agrupaciones, de material fungible junto con el sistema de infusión, que deben ser compatibles y mantenerse durante la vigencia del contrato. Considera el órgano de contratación justificada desde el punto de vista clínico y técnico la estructura de agrupaciones, no existiendo ningún ánimo de favorecer o descartar a determinadas empresas con el establecimiento de tales prescripciones. La existencia de ofertas empresariales que no contemplen toda la variabilidad del material fungible necesario para la citada terapia no puede ser utilizado como un elemento que obligue a una estructura de licitación diferente, a los efectos negativos de la curva de aprendizaje y que vaya en detrimento de la estabilización de los parámetros de glucemia que supone.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede entrar en el análisis de las mismas. La controversia versa sobre el diseño de la licitación mediante agrupaciones de lotes.

En relación con la determinación del objeto de los contratos, tal como hemos sostenido en anteriores Resoluciones, como en la 162/2018, de 1 de junio:

“En este punto, hemos de acudir a la doctrina acuñada por este Tribunal (v.g. Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre y 203/2017, de 13 de octubre y 109/2018, de 25 de abril) conforme a la cual es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.



Y es que, como asimismo señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g Resolución 244/2016, de 8 de abril), el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la Administración, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, señala el citado Tribunal que la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración persigue.

Por último, en términos parecidos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos a tener en cuenta para decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.”

En el presente caso, respecto de las necesidades a satisfacer, la memoria justificativa indica lo siguiente:

“Las necesidades administrativas que se pretenden satisfacer con la presente contratación, es dar respuesta asistencial a pacientes con Diabetes Tipo 1, que les regule el equilibrio entre la calidad de vida y un óptimo control metabólico para evitar tanto las complicaciones agudas como las crónicas, introduciendo en el tratamiento los sistemas de infusión subcutáneas continua de insulina, permitiendo un aporte de insulina que remedia mejor la secreción fisiológica, la motorización continua de glucosa, permitiendo conocer mejor el perfil glucémico de cada paciente y los materiales fungibles necesarios, garantizando una prestación sanitaria adecuada, segura y con calidad.

Los sistemas de infusión continua de insulina subcutánea incluyen la conexión (vía catéter por fuera del cuerpo) a un infusor de insulina, dispositivo de pequeño tamaño, que se programa para administrar la insulina según las necesidades de cada paciente y que el adjudicatario cede para su uso”.



Continúa la memoria en lo relativo a la estructura de las necesidades:

“Los bienes objeto de esta contratación deberán ser ofertados por las Agrupaciones de lotes establecidas y por lotes individuales.

Según establece el Artículo 99.3 de la LCSP acerca de la justificación técnica de las agrupaciones de lotes se aclara:

Agrupación de lotes 1 y 2: Se licita el fungible compatible con los sistemas de infusión disponibles en la provincia, siendo imposible intercambiar entre sí ya que dispone de conexiones y terminales distintos. Ambas agrupaciones son dos composiciones integradas por su equipo de infusión, reservorio y bomba, que conforman un sistema integral de control de la diabetes. Todo ello debe ser suministrado por la misma empresa para que dichos componentes sean compatibles entre sí, justificando así la formación de estas dos agrupaciones.

Por ello no se considera adecuada la licitación por lotes y sí por agrupaciones, en aras a una asistencia sanitaria adecuada, eficaz y técnicamente eficiente.

En cualquier caso, permite la aplicación, y puesta en práctica, de los principios de accesibilidad, concurrencia e igualdad contemplados en el artículo 1 de la LCSP.

Como característica a resaltar, se señala que la totalidad de lotes contemplados en el expediente, se licita a nivel de Genérico de Centro (en adelante, GC), con identificación de atributos y de obligado cumplimiento” .

Por otro lado, y como señala la Resolución 143/2018, de 9 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, referida a las prescripciones técnicas pero que resulta aplicable al supuesto en la medida que lo que se discute es la justificación técnica para configurar la agrupación:



“Cuestión distinta es que la especificación de las características técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo puedan ser cumplidas por uno solo de los licitadores. En este caso tales características sólo podrán ser desechadas en el caso de que se acredite la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, haciendo imposible la presentación de ofertas por los demás. Ello tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables. Sin embargo, en el caso de que las características exigidas aparezcan adecuadamente justificadas, debido a que vienen motivadas por las necesidades de la Administración que pretenden satisfacerse mediante la celebración del contrato, el hecho de que sólo un licitador pueda cumplirlas resulta irrelevante. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el objetivo primero de la contratación es la satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, por lo que ha de ser ésta la que determine sus necesidades y la las características de los productos o prestaciones que las satisfacen”.

Es decir, en los casos en que la especificación de las características técnicas contenidas en el PPT solo puedan ser cumplidas por uno de los licitadores, tales características únicamente podrán ser anuladas si se acredita la indudable voluntad de la Administración de favorecer a un determinado licitador, lo que tendrá lugar en el caso de que los requisitos exigidos resulten injustificados o irrazonables.

Y si bien es cierto que el artículo 126.1 de la LCSP dispone que *“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*, tal postulado legal no puede erigirse en impedimento insalvable para que el órgano de contratación pueda configurar el objeto contractual y sus características del modo más adecuado para la satisfacción de las necesidades públicas, siempre que tal descripción del producto o prestación esté motivada y pueda considerarse razonable y proporcional al fin perseguido, pues lo que prohíbe el precepto legal es que se generen injustificadamente obstáculos a la libre competencia.



En el caso que nos ocupa, no se aprecia vulneración ni del artículo 126.1 ni del artículo 98 del LCSP. La agrupación de lotes en razón de las bombas está justificada desde un punto de vista técnico y clínico, sin que tampoco, por otro lado, se aprecie ánimo finalista o voluntad de la Administración de favorecer o descartar ciertas empresas o productos con el establecimiento de tales prescripciones.

En este sentido es razonable que mediante las agrupaciones la Administración demande fungibles que cubran todas las posibles situaciones que, en la infusión subcutánea continua de insulina, puedan darse en una persona, sin tener que acudir al empleo de diferentes bombas en función de dicha situación, y sin que el hecho de que las empresas, como ocurre con la recurrente, no puedan ofertar ese conjunto de fungibles agrupados pueda erigirse en obstáculo para el diseño de las prescripciones.

En definitiva este Tribunal considera que la justificación obrante en el expediente, completada con las alegaciones del informe al recurso, resulta suficiente para justificar las agrupaciones de lotes objeto de controversia.

Como señala el Acuerdo del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Acuerdo 157/2019, de 26 de abril de 2019,

“La definición de los requisitos técnicos ha de hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos, siendo indiferente el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo. Cabe indicar que la circunstancia de que un producto sólo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí sola de vulneración de la libre competencia. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 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”.

Con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar este motivo del recurso.

SÉPTIMO. A continuación, el recurso cuestiona la cláusula 7 del PPT, que establece las características que deben cumplir los infusores de insulina que se suministren, y en particular dos de estas exigencias, que, en su opinión, restringen la competencia. Se trata en primer lugar de la exigencia de contar al menos con tres configuraciones de línea basal diferentes, pese a que la incidencia porcentual de los pacientes que utilizarían una tercera línea basal es prácticamente residual, y, en consecuencia, no representa un elemento de tal importancia que justifique su inclusión en el PPT. Y en segundo lugar, la exigencia de que los infusores presenten pantalla de color, pues dicha circunstancia no afecta ni incide directa o indirectamente en el suministro objeto de contratación.

Frente a ello el órgano de contratación señala que ambos requisitos favorecen la prestación que se contrata. Por su parte, MEDTRONIC alega que el que los infusores cuenten con tres configuraciones de línea basal diferentes es una característica de gran utilidad, por ejemplo, en pacientes con horario de trabajo variable, ya que permite establecer y prefijar distintos patrones de infusión basal en función de si su turno es de mañana, de tarde o de noche, e incluso fijar otro diferente para los días en el que el paciente no trabaje, añadiendo que este requisito se encuentra en dispositivos de otras empresas. Añade que el que los infusores cuenten con pantalla de color es importante si tenemos en cuenta que una gran parte de los pacientes con diabetes sufren problemas de visión, por lo que la diferenciación de colores les permite distinguir e identificar en el dispositivo diferentes iconos, límites y alertas de una manera más sencilla y



segura, añadiendo como antes que este requisito se encuentra en dispositivos de otras empresas.

Pues bien atendiendo a la doctrina anteriormente expuesta en el fundamento de derecho sexto de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, y en base a la justificación ofrecida en el trámite de alegaciones procede desestimar este motivo del recurso, sin que, por otro lado, la recurrente acredite que esos requisitos supongan una restricción a la competencia.

OCTAVO. Añade el recurso que la verdadera restricción se produce por la combinación de las características de los infusores con la configuración de las prescripciones para las dos agrupaciones y lotes independientes.

Alega la recurrente en relación con la agrupación de lotes 1 que podría licitar a algunos de esos lotes, pero que en otros no al no disponer del producto exigido: en el lote 1 se pide una bomba de insulina que disponga de un reservorio de 3 ml, y en el lote 2 un reservorio de 1,8 ml. A su vez en el lote 5 se exige que el grado de inclinación de la aguja sea de 30-45. Afirma que solo MEDTRONIC está en condiciones de ofertar para esos tres lotes, y consecuencia, para la agrupación. Respecto de la agrupación 2, lotes 7 a 11, y de los lotes 12 y 13 señala que se exige un reservorio de 3,15 ml, de los que solo dispone la anterior empresa. Finalmente, respecto de los lotes 14, 15, 16 y 17 indica que se exige una bomba con reservorio de 1,6 ml, y que solo pueden suministrar dos empresas.

El órgano de contratación señala que estas características ya fueron objeto de otras licitaciones que no fueron impugnadas, y que es el órgano de contratación el que mejor conoce las necesidades a través de la configuración de su objeto.



Pues bien, este motivo del recurso incide, de forma más particular, en que el diseño del PPT restringe la concurrencia, por lo que en base a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto procede desestimar igualmente este motivo del recurso.

NOVENO. Plantea el recurso finalmente la nulidad de varios criterios de adjudicación. Tras reproducir el artículo 145 de la LCSP y la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 344/2017, de 21 de abril, relativa a los criterios sujetos a juicio de valor, impugna en primer lugar tres criterios de valoración automática: el primero forma parte del criterio 1.2.2, que contempla el suministro sin cargo de equipamiento necesario para la medición de niveles de glucosa; en particular el criterio 1.2.2.1.3.

Sostiene que este equipamiento no tiene incidencia técnica en la prestación, que se trata de un criterio económico, y que contempla la entrega de un producto que no necesariamente va unido a la bomba de insulina, citando nuestra Resolución 112/2018, de 25 de abril.

El órgano de contratación señala con carácter general y para la impugnación de este criterio junto con el previsto en el apartado 1.2.2.1.3, que se trata de criterios directamente vinculados o relacionados con la prestación que se contrata.

Pues bien, el criterio impugnado tal como figura en el Anexo I, Criterios de adjudicación; es el siguiente:

“1.2.2.1.3 La empresa adjudicataria cederá gratis por cada:

- 5 unidades suministradas de cualquiera de los lotes de esta agrupación, 1 sensor de medición nivel de glucosa (para medir niveles de azúcar en sangre).*
- 200 unidades suministradas de cualquiera de los lotes de esta agrupación, 1 transmisor de medición de nivel de glucosa (que envía la señal a un dispositivo receptor que ofrece la lectura en pantalla)*



SI = 15 PUNTOS

NO = 0 PUNTOS”

Para dar respuesta a este motivo de impugnación hemos de estar a nuestra Resolución 112/2018, en la cual decíamos que:

“Así pues, los criterios relacionados en el artículo 150.1 del TRLCSP habrán de considerarse, sin duda alguna, vinculados directamente al objeto del contrato y si bien ello no impide que también puedan utilizarse otros criterios, la amplia lista del artículo nos permite llegar a una primera conclusión y es que aquellos han de ir referidos necesariamente a la prestación que se contrata, bien a sus características intrínsecas, bien a su modo de ejecución.

En este sentido, el informe 9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado de 31 de marzo, sostiene que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas y concluye que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.

Asimismo, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión aquí suscitada en resoluciones anteriores. Así, en la Resolución 240/2015, de 29 de junio, señalábamos que “No debe olvidarse que lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o



eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido”.

El criterio anterior es el que sostienen, igualmente, otros Órganos de recursos contractuales. Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales ha sostenido en la Resolución 130/2011, de 27 de abril, que los criterios de adjudicación mencionados en el TRLCSP presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación, y en la Resolución 600/2016, de 22 de julio, ha afirmado que *“el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas”.*

Si bien en esta Resolución nos referimos al artículo 150 del TRLCSP, su doctrina resulta de aplicación a la regulación que, de forma más precisa, se contempla en la LCSP.

Así, el artículo 145.6.a) de la LCSP dispone, en el aspecto que ahora interesa, que los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado 7. Este apartado, a su vez, dispone que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato.

En el presente caso el objeto del contrato es el suministro de elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina, sin que los elementos cuya cesión gratuita se contempla en función del volumen de unidades suministradas, aun teniendo relación con el nivel de glucosa en sangre, formen parte de los infusores cuyo material fungible es objeto de suministro.



En consecuencia, procede estimar este motivo del recurso.

DÉCIMO. Se impugnan igualmente los criterios de adjudicación del apartado 1.2.2.1., dividido en dos apartados, el 1.2.2.1.1, grado de integración del sistema MCG con el ISCI, y 1.2.2.1.2, posibilidad de que dispositivo ISCI + MCG pueda disponer de un sistema de parada automática de infusión de insulina. La recurrente sostiene que es un criterio injustificado, y que carece de sentido, ya que ni el producto que cumple los criterios técnicos para los lotes 14 al 18, ni tampoco aquellos diseñados para esa tipología de pacientes disponen de MCG.

Añade que el SAS y la plataforma provincial de Málaga adquieren en un expediente distinto el equipamiento para la medición de glucosa, lo que refleja que son productos diferenciados que tienen un objeto de contratación separado. Asimismo, considera que la ponderación asignada a ambos subcriterios, de 21 puntos de la totalidad de puntos a repartir, es extremadamente excesiva y desproporcionada, lo que elimina cualquier atisbo de competencia efectiva, invocando, a estos efectos, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 311/2013, de 24 de julio.

El órgano de contratación defiende la vinculación de ambos criterios con el objeto del contrato, de forma que se trata de disponer de dispositivos con tecnologías aplicadas a diabetes, en las que cualquier ventaja tecnológica (en este caso la posibilidad de monitorización continua de glucosa intersticial y incluso la interacción entre ambas tecnologías) marca diferencias entre dispositivos, y favorece el control y seguridad de los pacientes. Añade que en la medida en que se trata de una prestación a realizar en uso domiciliario y continuado, es necesario disponer de la información clínica necesaria que permita el control de la terapia insulínica, y dichos elementos, objeto de valoración, intervienen directamente en el control de la misma, y por ende están vinculados a la prestación, en su acepción más amplia, que se proyecta contratar.



MEDTRONIC defiende igualmente su relación con el objeto del contrato, al aportar beneficios clínicamente demostrados, aportando el documento de consenso elaborado por la Sociedad Española de Diabetes y la Sociedad Española de Endocrinología Pediátrica sobre el uso de la MCG en España.

El Anexo I del PCAP, Criterios de adjudicación, apartado 1.2.2.1 establece:

1.2.2.1	AGRUPACIÓN 2ª (LOTES 7 A 11) Y LOTES 12 AL 18	1.2.2.1.1 Grado de integración del sistema de MCG con el ISCI. La posibilidad de que la pantalla del infusor sea a la vez el monitor o receptor de la información suministrada por el sensor de glucosa intersticial del sistema de MCG: SI = 10.5 PUNTOS NO = 0 PUNTOS 1.2.2.1.2 Posibilidad de que el dispositivo ISCI + MCG pueda disponer de sistema de parada automática de infusión de insulina de concentración de glucosa baja en predicción de la concentración de glucosa baja con reanudación de la infusión tras la recuperación de la concentración de glucosa o cifras deseables: SI = 10.5 PUNTOS NO = 0 PUNTOS
---------	---	--

Se establecen pues como criterios de adjudicación aspectos que, según el órgano de contratación, favorecen el control y seguridad de los pacientes, lo que permite el control de la terapia insulínica, siendo elementos que intervienen directamente en el control. Pues bien, a juicio de este Tribunal el órgano de contratación ha ofrecido una justificación técnica de la vinculación de ambos criterios con el objeto del contrato. Se trata de elementos que si bien no resultan imprescindibles para la infusión subcutánea continua de insulina, y por ello no figuran como requisito en el PPT, sí mejoran la prestación, dada la íntima conexión entre los niveles de glucosa y la necesidad de insulina. De esta forma lo que se valora con el primero de los criterios es que se concentre la información de los medidores continuos de glucosa en la pantalla del infusor; y con el segundo, disponer de un sistema de parada automática de la infusión de insulina cuando se da una concentración de glucosa baja. En consecuencia, se



considera acreditada la relación del criterio con el objeto de contrato, por lo que se desestima este motivo del recurso.

Resta analizar una última alegación: la excesiva ponderación que, en opinión de la recurrente, se atribuye a ambos criterios. En relación con esta cuestión ha de señalarse que las funcionalidades expuestas son mejoras en las prestaciones que ofrecen los productos objeto del suministro. Partiendo de esta circunstancia, y dado que no nos encontramos ante unos requisitos funcionales imprescindibles, la atribución de 10.5 puntos a cada uno de ellos resulta a juicio de este Tribunal excesiva, teniendo en cuenta, de un lado, que no cabe atribuir la puntuación de manera ponderada, de forma que para resultar adjudicatario de los lotes 12 a 18 resulta prácticamente obligatorio ofertar suministros que reúnan, al menos, una de estas funcionalidades. A todo ello ha de añadirse que en el informe del órgano de contratación no se da respuesta a este motivo de la impugnación, lo que nos priva de conocer las razones en que pudiera tener fundamento, las cuales tampoco constan en la memoria justificativa (artículo 116.4 de la LCSP).

En consecuencia procede estimar este último motivo del recurso relativo a la excesiva ponderación de los dos criterios.

UNDÉCIMO. Finalmente impugna la recurrente el criterio 2.1.1.1, Plan de formación y adiestramiento, valorable mediante juicio de valor, denunciando que no se detallan los concretos aspectos o características de la formación que se tendrán en cuenta a la hora de comparar las ofertas. El órgano de contratación señala que es el licitador el que debe aportarlo, con un contenido y estructura que permita la formación y el adiestramiento, siendo un criterio que no necesita ningún elemento adicional para ser entendido, y documentado.

Pues bien delimitada la cuestión en estos términos, debe señalarse que el Anexo I, Criterios de Adjudicación, apartado 2.1.1.1 establece como valorable de 0 a 6 puntos : “2.1.1.1 Plan de formación y adiestramiento de los profesionales y pacientes



en el manejo del infusor subcutáneo de insulina ISCI y ISCI más MCG y los materiales relacionados. Con soporte presencial o telefónico”.

Es decir, se establece que se va a valorar un plan de formación y adiestramiento, pero no, como advierte la recurrente, cuáles serán los criterios que el órgano de contratación aplicará para repartir la puntuación prevista, por lo que procede estimar este motivo del recurso.

Con base en las consideraciones realizadas en los fundamentos jurídicos previos, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y anular las cláusulas de los pliegos impugnadas en los motivos estimados por la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con la aprobación de los citados pliegos.

Por otro lado, en el caso de que se promueva una nueva licitación, en la redacción de los pliegos debería eliminarse la frase relativa a que se licita el fungible compatible con los sistemas de infusión *“disponibles en la provincia”*, al haber justificado el órgano de contratación su inadecuación al supuesto examinado conforme se ha razonado en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **YPSOMED DIABETES S.L.U.**, contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado *“Acuerdo Marco para el suministro de elementos necesarios para la infusión subcutánea continua de insulina, con destino a dos centros Sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al SAS”* (Expediente 0000921/2018),



promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud y en consecuencia, anular dichos actos, en el sentido expuesto en los fundamentos de derecho de la presente resolución, así como aquellos actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

