

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

En Madrid, a 23 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.C.B., en representación de la empresa Dräger Medical Hispania, (Dräger) contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 23 de septiembre de 2019, por el que se excluye la oferta de la recurrente en el seno del acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de equipos de anestesia y respirador para el H.U. 12 de Octubre Lote 1” y número de expediente 2019-0-95, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 7 de mayo 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 195.000 euros.

Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el anexo al Pliego de Prescripciones Técnicas donde se recogen las características que han de reunir los suministros objeto de licitación en relación al lote 1 y entre las que se destacan: (...) *“Flujo inspiratorio máximo no inferior a 150 l/min que permita ventilar y compensar fugas en todo tipo de pacientes, en modo volumétrico, presiométrico o combinaciones”*. (...) *Trigger de alto rendimiento tanto de flujo como de presión o combinado* (...).

El mismo PPT establecía en la última página, bajo el título *“Nota”*, que cada licitador debía *“indicar en la oferta la localización de la totalidad de las características establecidas en cada punto del Pliego Técnico, además de en la Oferta Técnica, en las fichas técnicas oficinas y/o catálogos y/o manuales técnicos del producto ofertado, de no ser así los aspectos no consignados no serán considerados o en caso de ser limitantes se considerará que el producto no cumple con el PPT”*.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 4 licitadores entre ellos la recurrente.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, la Mesa de contratación celebrada el día 19 de junio de 2019, acuerda excluir de la licitación del lote 1 la propuesta efectuada por Dräger en base al incumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el PPT.

Concretamente los motivos de la exclusión son recogidos en el acta con el siguiente textual:

<i>Que no cumplen las condiciones técnicas y causas por las que se rechazan</i>
<i>Dräger Medical Hispania</i>
<i>Flujo inspiratorio hasta 100l/min en modo volumen (se solicita no inferior a 150 l/min)</i>
<i>No dispone de trigger de alto rendimiento de presión</i>

Con fecha 23 de septiembre se acordó, publicándose al día siguiente en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la adjudicación de este contrato a Getinge Group Spain.

Tercero.- El 15 de octubre de 2019, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Dräger en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta por incumplimiento de los requerimientos técnicos solicitados, basándose en un error de apreciación de la propuesta por parte de los servicios técnicos que informaron a la Mesa de contratación.

El 21 de octubre de 2019, 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).

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 (RPERMT), 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.- 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 excluida *“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 ha planteado contra el acuerdo de adjudicación de fecha 23 de septiembre del contrato que a su vez excluye la oferta presentada por el recurrente. Este acuerdo fue publicado en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid al día siguiente, interponiéndose el recurso especial ante este Tribunal el 15 de octubre 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 la exclusión de la oferta en la licitación 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.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta presentada por la recurrente al lote 1 del

contrato que nos ocupa, en base a un posible incumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en los pliegos de condiciones.

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 definen 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.

La recurrente en su escrito opone al acuerdo de exclusión el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos para los reactivos que componen el lote 1 con el siguiente tenor literal: *“Respecto del flujo inspiratorio del equipo de anestesia ofertado por Dräger Medical, la oferta presentada por Dräger Medical incluía, conforme establecía el PPT, un documento pdf denominado ‘3.- Criterios evaluables Expte. 2019-0-95.pdf’ en cuya página 2 confirmaba que el equipo de anestesia ofertado cuenta con un ‘Flujo inspiratorio máximo > 0 = 150 L/min en algún modo ventilatorio (valoración proporcional)’ e indicaba expresamente en el apartado denominado ‘Cumplimiento y mejoras’ que el equipo ‘Primus IE, ofrece un flujo inspiratorio máximo de 150 L/min. Manual de usuario SW 4.5 página 251’.*

‘Lo anterior también quedaba confirmado en la página 7 del documento pdf aportado por mi representada junto con la oferta, bajo la denominación 4.- H12e Octubre_Expte.2019.0.95_Contestación PPT-Estación Anestesia’, cuya copia adjuntamos como documento nº 6, en la que se ponía de manifiesto lo anterior y se indicaba que podía comprobarse acudiendo a la página 251 del manual de usuario.

*(...) Pues bien, si acudimos al manual de usuario presentado por Dräger Medical junto a su oferta (documento pdf denominado ‘IFU PRIMUS IE.pdf’), podremos observar que en la página 251 consta que el flujo inspiratorio del referido equipo de anestesia **cumple los siguientes valores:***

*‘Flujo inspiratorio Resulta de **VT** y **TINSP***

*En el **Modo volumétrico** De 0,1 a 100 L/min \pm 10 %.*

*En el **Modo volumétrico AF** Máx. 150 L/min +10 %.*

*En el **Modo presiométrico** Máx. 150 L/min +10 %”.*

Por lo que respecta al trigger de alto rendimiento de flujo, considera que no determinar exactamente qué debe entenderse por alto rendimiento, convierte a este requisito en un concepto indeterminado y considera que ha ofertado un trigger tal y como se ha solicitado y como se detalla en la página 252 del manual de usuario del equipo.

El órgano de contratación manifiesta en el informe técnico emitido en

contestación al recurso que nos ocupa manifiesta que: “1. Respecto al primer punto alegado por la recurrente, flujo inspiratorio del equipo de anestesia ofertado por DILIGER (Doc. 3, pág. 70 del Expediente):

El PPT establece; ‘flujo inspiratorio máximo no inferior a 150Vmín que permita ventilar y compensar fugas con todo tipo de pacientes, en modo volumétrico, presiométrico o combinaciones’.

Establece igualmente el PPT en una nota al final del documento (Doc. 3, pag. 78 del Expediente): se deberá indicar en la oferta la localización de la totalidad de las características establecidas en cada punto del Pliego Técnico, además de en la Oferta Técnica, en las fichas técnicas oficiales y/o catálogos y/o manuales técnicos del producto ofertado, de no ser así los aspectos no consignados no serán considerados o en caso de ser limitantes se consideraría que el producto no cumple con el PPT.

Efectivamente, este requisito aparece como existente en los documentos que cita la recurrente: tanto en el documento de criterios de valoración técnica del PCAP aportado como Documento 5 por la recurrente, y que se encuentra en el Doc. 4, pág. 83 del Expediente, como en el documento de descripción de las características técnicas del producto ofertado exigidas en el PPT, aportado por la recurrente como documento 6 y que se encuentra en la pag. 84 y siguientes del Expediente.

En concreto la mención a este requisito técnico se encuentra en la pág. 90 del Expediente. No obstante, ambos documentos forman parte de la Oferta Técnica, por lo que es necesario que tales características aparezcan también en el manual, tal y como exige el PPT. Si acudimos al manual, Documento 7 presentado por la recurrente, y en concreto a la pág. 251 de dicho manual, nos encontramos que el flujo inspiratorio en el modo volumétrico no llega a los 150 l/min exigidos en el PPT, si no que tiene un máximo de 100. Esto puede constatarse en el propio escrito del recurso, que refleja estos datos en su pag.2.

Por tanto encontramos la exclusión por este motivo correcta.

2. Respecto al segundo punto alegado por la recurrente, el PPT establece: ‘con trigger de alto rendimiento tanto de flujo como de presión o combinado’ (Doc. 3, pág. 71 del Expediente).

En el documento de cumplimiento del PPT y de descripción de las características técnicas del producto, se indica que el producto sí cumple con esta característica (pág. 92 del Expediente). Pero de conformidad con la información facilitada, no se puede pautar trigger de presión, solo de flujo (trigger de alta sensibilidad, seleccionable desde OFF (apagado) o desde 0,3 a 15 l/min). Es decir, en sus especificaciones técnicas marcan qué flujo numérico se dispara el respirador, pero no a qué cifra de presión.

Pero además si acudimos al manual antes citado, Documento 7 aportado por la recurrente y en concreto a su pag. 252 nos encontramos con la siguiente indicación:

Trigger De 0,3 a 15 L/mln u OFF.

Es decir, se hace únicamente referencia al trigger de flujo, pero no al de presión, cuando el PPT exige que la descripción de las características técnicas debe aparecer tanto en la documentación de la Oferta Técnica como en el manual, como se ha indicado más arriba.

Entendemos por tanto que este motivo de exclusión es también correcto”.

A la vista de las conclusiones transcritas este Tribunal considera que nos encontramos ante una verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el PPT que contiene un componente de carácter eminentemente técnico.

Podemos 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 justificación y motivación por parte de órgano de contratación se considera clara, exhaustiva y certera y suficiente por lo que se puede considerar que carece de arbitrariedad. Por todo ello se desestima el recurso.

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 don M.C.B., en representación de la empresa Dräger Medical Hispania, contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre de fecha 23 de septiembre de 2019 por el que se excluye la oferta de la recurrente en el seno del acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de equipos de anestesia y respirador para el H.U. 12 de Octubre, Lote 1” y número de expediente 2019-0-95.

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.- 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.