

Recurso nº 040/2024
Resolución nº 104/2024

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 14 de marzo de 2024, 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 GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE, S.A.U contra la Resolución, de 27 de diciembre de 2023, de la Viceconsejera de Sanidad y Directora General del Servicio Madrileño de Salud por el que se adjudica el contrato de “Suministro, instalación y puesta en funcionamiento de desfibriladores, electrocardiógrafos, equipos de anestesia, ecógrafos, ecocardiógrafos, ventiladores, equipos de alto flujo, base humidificadora, asistente de tos y respiradores para el nuevo bloque técnico y de hospitalización del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente 2022-0-143, Lotes 21 y 22, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 11 de diciembre de 2023 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 12 en el DOUE y el 18 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 29 lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 7.669.000 euros y su plazo de

duración será de un mes.

El objeto de impugnación es la adjudicación de los lotes 21 y 22. Al Lote 21 se presentaron siete empresas y al Lote 22, cinco empresas entre ellas la recurrente.

Segundo. - Finalizado el procedimiento de licitación, el 27 de diciembre de 2023 se adjudica el contrato. En concreto, los Lotes 21 y 22 se adjudican a MINDRAY MEDICAL ESPAÑA, S.L.

Tercero. - El 22 de enero de 2024 GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE, S.A.U. (en adelante GENERAL ELECTRIC) impugna la adjudicación de ambos lotes por considerar que MINDRAY debía haber sido excluida del procedimiento de licitación.

El 22 de enero de 2024 se solicita al órgano de contratación 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 (LCSP).

Al no haberse presentado la documentación solicitada se le requiere nuevamente al órgano de contratación el 13 de febrero. Finalmente es remitida a este Tribunal el 26 de febrero.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, para los Lote 21 y 22 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 adjudicatario de los Lotes 21 y 22 de este contrato en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

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 que ha quedado clasificada en segundo lugar en ambos lotes *“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 el 27 de diciembre de 2023, practicada la notificación el 29, e interpuesto el recurso el 22 de enero de 2024, 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 contrato 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. - Alega la recurrente que la cláusula 2 del PPT establece las especificaciones técnicas para cada uno de los lotes que integran el objeto del contrato.

Tanto en el Lote 21 como el 22 entre las características técnicas mínimas se exige:

...Ventilador avanzado para pacientes adultos con las siguientes características técnicas mínimas:

-Modos de ventilación:

(..)

-Datos técnicos de rendimiento:

(..)

“flujo inspiratorio máximo: 200 l/min”

(..)

-Monitorización:

(..)”

Por su parte, la cláusula 3 del PPT establece las siguientes previsiones:

“El/los equipos a suministrar tendrán que cumplir con las especificaciones, composición y características establecidas en el PPT.

El/los bienes a suministrar tendrán que cumplir con las especificaciones, composición y características establecidas en el PPT, así como el Mercado CE y las normativas vigentes asociadas a los artículos requeridos en el mismo...

De lo expuesto puede verse que para los equipos ofertados para los Lotes 21 y 22 tiene como exigencia mínima que el ventilador tenga un rendimiento que permita un *“flujo inspiratorio máximo: 200 l/min”*.

Además del rendimiento, el PPT establece que los ventiladores deberán cumplir exigencias de monitorización, incluyendo la monitorización del flujo.

La recurrente explica que:

...de esta forma, el PPT distingue y diferencia las exigencias técnicas de rendimiento de los equipos (flujo inspiratorio máximo: 200l/min) de las exigencias relativas a la monitorización. Esto es así porque los ventiladores mecánicos cumplen una doble función: (i) ventilación: función activa por la que se entrega una mezcla de o₂ y aire medicinal (esto es, la mezcla de oxígeno y aire medicinal que genera y entrega -insufla- al paciente); y, (ii) monitorización¹ de paciente: función pasiva que consiste en la medición de los diferentes parámetros fisiológicos o clínicos ().

A los efectos de contextualizar debidamente el motivo de recurso, ha de señalarse que los parámetros del ventilador reciben, igualmente, una diferente denominación según se trate de la función activa o pasiva del mismo. Bajo la denominación “parámetros controlados” se incluyen, para cada uno de los factores o referencias, el rango de valores que el dispositivo es capaz de entregar al paciente, esto es, los parámetros que deben ser controlados en la función activa del ventilador; mientras que bajo la denominación “parámetros monitorizados” se incluye el rango de valores entre los que es capaz de monitorizar (acción pasiva) el equipo, tanto en fase inspiratoria como espiratoria, como consecuencia de su medición...

Señala la recurrente que MINDRAY en ambos lotes ha ofertado el ventilador mecánico SV600 y que en el documento “justificación de especificaciones técnicas” incluido en la oferta afirma que cumple con el rendimiento “flujo inspiratorio máximo: 200 l/min” y para justificarlos se remite a la ficha técnica página 2, apartado “parámetros controlados”.

Llama la atención que la ficha técnica incluida en la oferta de la adjudicataria contiene dos apartados denominados “parámetros controlados” que incluyen información diferente sobre el flujo: así mientras en la página 2, la ficha técnica refiere un PIF2 (flujo inspiratorio máximo) de 0 a 300 l/min, en la página 1 se indica como “parámetros controlados” los siguientes flujos:

Flujo	Adulto:6 a 180 l/min Pediátrico: 6 a 39 l/min Neonato:2 a 30 l/min
-------	---

Esto es, la ficha técnica incurre en una contradicción manifiesta, pues en la página 1 afirma que su flujo oscila entre los 6 y los 180l/min, no alcanzando, por tanto, el nivel máximo que como mínimo es exigido, mientras que en la página 2 afirma que ese flujo sí llegaría a los 200 l/min, superándolo (al alcanzar los 300 l/min).

A su juicio la razón de ser de esta contradicción reside en el hecho de que los parámetros incluidos en la página 2 no son, en realidad, “parámetros controlados” sino “parámetros monitorizados” lo que apuntaría que MINDRAY ha manipulado la ficha técnica. Esta afirmación la constata comparando el Manual de Usuario incluido por la adjudicataria en su oferta y además se corrobora con la ficha técnica oficial que acompaña al recurso.

Para demostrar la veracidad de sus alegaciones hace distintas referencias al manual del usuario para concluir que el rango de 0 a 300 l/min es un parámetro de monitorización, no de rendimiento. Esto se ve corroborado por la ficha técnica obtenida de la web especializada en productos médicos “Medecu”.

Advierte otra situación irregular: pues si diésemos por válido que los apartados (páginas 1 y 2) son de “parámetros controlados” nos encontraríamos con la paradoja de que la ficha técnica no contendría ninguna referencia a los parámetros que podrían monitorizarse y, por ende, derivaría en una ausencia total de justificación de otra de las características técnicas mínimas previstas para ambos lotes: la monitorización.

Por su parte el órgano de contratación alega que revisada la documentación aportada por MINDRAY efectivamente se constata que en la ficha técnica hay una contradicción entre las especificaciones relativas al flujo inspiratorio exigido por el PPT que no permite confirmar si el flujo es de 6 a 180 l/min, como se especifica en la página primera de la ficha técnica (Documento 4, pág. 211), o de 0 a 300l/min como se indica en su segunda página (Documento 4, pág. 212), ambos datos presentados como “Parámetros controlados”.

Por tanto, con la documentación aportada, no es posible afirmar que el dispositivo de MINDRAY efectivamente cumple con lo dispuesto en el PPT.

MINDRAY señala que la recurrente hace una interpretación interesada del PPT tratando de desdoblarse un concepto unívoco como es el flujo inspiratorio máximo en dos conceptos no incluidos en la descripción de las características técnicas exigidas para los ventiladores avanzados para adultos y es que, en la ficha técnica aportada, solo hay una única mención al flujo inspiratorio máximo, que cumple con lo exigido.

Para su defensa describe el modo en que un ventilador avanzado funciona y que el flujo inspiratorio máximo es uno de los muchos elementos que determinan el rendimiento de un ventilador

Por eso, cuando la recurrente se afana en poner en boca de la Administración que está licitando conceptos que ésta no ha explicitado en el PPT o añadidos o explicaciones, lo único que hace es tratar de generar una apariencia de incumplimiento que se volatiliza con el simple contraste con los Pliegos, y allí donde el órgano de Contratación al redactar los Pliegos, no quiso distinguir, no podemos hacerlo nosotros, ni el Tribunal. Es más, ni tan siquiera el OC, con sus facultades interpretativas, puede imponer “*ex post*” una condición, requisito o condicionante que no formaba parte del Pliego, porque se encuentra tan vinculado al mismo como cada uno de los licitadores, so pena de caer en una arbitrariedad que le permitiría,

alterando el sentido de aquello que exigió, manejar tácticamente las diferentes ofertas para dejar a un lado alguna proposición que por cualquier motivo no le interese.

Insistimos en que la ficha técnica aportada a la licitación, firmada digitalmente por el responsable de la oferta, solo tiene una única y clara mención al parámetro exigido por el PPT, que es ni más ni menos que el flujo inspiratorio máximo, sin coletillas, apellidos o matices.

Además, considera que existe información suficiente en su oferta para poder determinar el órgano de contratación el cumplimiento de este requisito. En este sentido se remite a distintos apartados de la misma.

Así, el informe técnico emitido en el procedimiento de licitación concluía que su oferta cumplía con las prescripciones técnicas y por lo tanto la mesa de contratación no le requirió para que aportase aclaraciones al respecto. Sin embargo, ahora en vía de recurso el técnico informante dice que no cumple: *“con la documentación aportada no es posible afirmar que el dispositivo de MINDRAY efectivamente cumple con lo dispuesto en el PPT.”*

Llama la atención que los técnicos firmantes del escueto informe remitido a este Tribunal manifiesten que no pueden confirmar el cumplimiento. No dicen que no se cumpla ni que concurra ninguna causa de exclusión de la oferta. Desde luego poca presunción de acierto técnico mantiene quien modifica tan fácilmente su criterio, sin apenas motivación y se remite a la Resolución 1140/2023, de 14 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Lo cierto es que los técnicos han de tener su propio criterio y si consideraron que la oferta cumplía el criterio del flujo inspiratorio máximo, el hecho de que una recurrente destaque una supuesta contradicción entre dos términos que no son comparables como flujo inspiratorio máximo y flujo a secas, no autoriza a los

técnicos a sostener que no se pueda comprobar el cumplimiento de ese dato. Les correspondería haber hecho en su momento esa comprobación, de modo que dejar la duda no es una respuesta aceptable. Y si había motivos para dudar, deberían haber dado lugar a un requerimiento de subsanación para despejarlas. Además, choca esta indecisión cuando en los diferentes Lotes de la licitación se han producido numerosas exclusiones por motivos técnicos, lo que presupone que se ha aplicado un filtro muy exigente que MINDRAY ya superó.

Continúa en su exposición citando diversa doctrina relativa a los incumplimientos de prescripciones técnicas para concluir que aquí no hay incumplimiento expreso ni claro, sino una alegada contradicción que considera que ha justificado en el trámite de alegaciones, porque para el exacto parámetro exigido por el PPT, la oferta de MINDRAY atribuye un único valor numérico.

Por último, alega que la propia recurrente incumple el dato sobre el flujo inspiratorio máximo.

Vistas las alegaciones de las partes, de la simple lectura se advierte el carácter eminentemente técnico de las características técnicas.

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 pueda 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.

En el caso concreto, inicialmente en el procedimiento de licitación el órgano de contratación admitió la oferta de MINDRAY y ahora a la vista del recurso interpuesto concluye que existe una contradicción entre el dato que aparece en la primera y segunda página de la ficha técnica, por tanto, con la documentación aportada no es posible afirmar que la oferta cumple. Efectivamente como alega la adjudicataria, el órgano de contratación cambia de criterio sin la debida motivación.

Lógicamente, es lícito que la administración, ante errores advertidos cambien sus criterios. Ahora bien, deben estar motivados.

De acuerdo con la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación para que tenga lugar la exclusión de un licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas, éste ha de ser claro, ostensible, manifiesto.

Ciertamente, como apunta la adjudicataria, no requerirle subsanación/aclaración en el momento procedimental oportuno por considerar que su oferta cumplía, le hace situar en peor posición, aunque no del todo cierto porque ha podido defender su oferta. No obstante, es innegable que hablamos de cuestiones técnicas, sobre las que este Tribunal no puede entrar a valorar, sobre todo porque el informe técnico adolece de la motivación exigida.

El artículo 176 LCSP relativo a la presentación, examen de las ofertas y adjudicación, señala que *“La mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio”*.

En consecuencia, se estima parcialmente el recurso, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción del procedimiento al momento de solicitar a MINDRAY aclaración sobre la oferta presentada en los Lotes 21 y 22, en relación con el criterio técnico en liza, sin que pueda suponer una modificación de la misma, y a la vista de ello, emita el informe técnico que corresponda debidamente motivado y continúe con el procedimiento.

Por último, en cuanto a los incumplimientos alegados por la adjudicataria en relación con la oferta de la recurrente, recordar que como se ha pronunciado en múltiples ocasiones este Tribunal, el trámite de alegaciones ante el recurso es aquél en el que el licitador tiene que defender sus pretensiones sobre lo manifestado en el recurso interpuesto, pero no sirve para plantear cuestiones nuevas, sino que se deben plantear en el momento procedimental correspondiente.

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. - Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE, S.A.U. contra la Resolución, de 27 de diciembre de 2023, de la Viceconsejera de Sanidad y Directora General del Servicio Madrileño de Salud por el que se adjudica el contrato de “Suministro, instalación y puesta en funcionamiento de desfibriladores, electrocardiógrafos, equipos de anestesia, ecógrafos, ecocardiógrafos, ventiladores, equipos de alto flujo, base humidificadora, asistente de tos y respiradores para el nuevo bloque técnico y de hospitalización del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente 2022-0-1, ordenando la retroacción del procedimiento en los

términos expuestos en el fundamento de derecho quinto.

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 para el Lote 21 y 22.

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.

De conformidad con 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 esta resolución.