

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña C.C.P., en nombre y representación de Izasa Hospital, S.L.U., contra la Resolución del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudica el lote 1 del Acuerdo marco para la contratación del “Suministro de mantas de hipotermia desechables con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente P.A. SUM 39/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 2, 7, 14 y 21 de diciembre de 2017, se publicó respectivamente, en el DOUE, en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación del Acuerdo marco de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, en un único lote, con precios unitarios y entrega de muestras. El valor estimado asciende a 1.732.456,72 euros y la duración es de dos años, prorrogable hasta un máximo de cuarenta y ocho meses.

Segundo.- De acuerdo con el apartado 2 del PPT una de las características técnicas de los productos a suministrar es que *“El diseño del cobertor permitirá una distribución del aire que minimice las diferencias de temperatura en las diversas zonas”*. Otra es las dimensiones exigidas siendo para cada número de orden las siguientes medidas:

“1.1 MANTA DE HIPOTERMIA DESECHABLE CUERPO ENTERO

Medidas:

- *Largo – Mínimo 190 cm hasta un máximo de 220 cm.*
- *Ancho – Mínimo 90 cm hasta un máximo de 120 cm.*

1.2 MANTA DE HIPOTERMIA DESECHABLE CUERPO SUPERIOR

Medidas:

- *Largo – Mínimo 60 cm hasta un máximo de 110 cm.*
- *Ancho – Mínimo 190 cm hasta un máximo de 210 cm.*

1.3 MANTA DE HIPOTERMIA DESECHABLE CUERPO INFERIOR

Medidas:

- *Largo – Mínimo 120 cm hasta un máximo de 170 cm.*
- *Ancho – Mínimo 90 cm hasta un máximo de 130 cm”.*

A la licitación han concurrido seis empresas, de las que cuatro no cumplen con los requisitos exigidos en el PPT, siendo excluidas por Acuerdo adoptado por la Mesa de contratación de fecha 29 de enero de 2018. Una de las licitadoras excluidas es la recurrente y el motivo, conforme al criterio del informe técnico de 23 de febrero de 2018 es que *“en el nº de orden 1 y nº de orden 3 (Manta desechable cuerpo entero, cuerpo inferior) el diseño del cobertor no permite la distribución del aire que minimice las diferencias de temperatura en las diversas zonas; quedando partes corporales sin calor en un adulto de estatura media”*.

Mediante Resolución de la Viceconsejería de Sanidad de fecha 20 de febrero de 2018, se adjudica el Acuerdo marco a 3M España, S.L. y a Smiths Medical

España, S.R.L. La adjudicación fue notificada a la recurrente el 21 de febrero de 2018 y publicada en el Perfil de Contratante al día siguiente.

Tercero.- El 2 de marzo de 2018, tuvo entrada en el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Izasa Hospital, S.L., (en adelante Izasa), contra el acto de adjudicación del Acuerdo marco. En el recurso solicita la nulidad de su exclusión y la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a su adopción y que se proceda a la adjudicación del Acuerdo marco a la oferta económicamente más ventajosa, de conformidad con los criterios fijados en el Pliego que rige la licitación.

Alega el correcto cumplimiento por parte de Izasa de las especificaciones contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la licitación.

El 14 de febrero de 2018, el órgano de contratación remitió el recurso acompañado del expediente de contratación y del informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Considera que debe desestimarse el recurso porque *“las mantas presentadas por la recurrente no cubren toda la superficie corporal con aire caliente en los números de orden nº 1 y 3, es decir que la superficie de la manta destinada a recoger aire caliente y por tanto transmitir calor es inferior al tamaño total de dicha manta, quedando zonas sin cubrir”*.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Dentro del plazo concedió ha presentado escrito de alegaciones la empresa 3M España, S.L., en el que afirma, en síntesis, que la exclusión ha sido correcta puesto que el producto ofertado incumple las exigencia del Pliego por lo que el recurso debe ser desestimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, licitador excluido, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 20 de febrero de 2018, practicada la notificación el 21 de febrero, e interpuesto el recurso el 2 de marzo de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación y exclusión de un Acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al cumplimiento de las prescripciones técnicas alega Izasa que no solo el producto ofertado para el número de orden 2, sino las tres referencias, pertenecientes a la línea de mantas de *“The 37 Company”* ofertadas en esta licitación cumplen escrupulosamente todas las especificaciones técnicas. Las referencias son:

“Ref. 726MA2220 - Adulto Plus (en el pliego de prescripciones técnicas: MANTA DE HIPOTERMIA DESECHABLE CUERPO ENTERO (ofertada en el número de orden 1)).

Ref. 726MA2260 - Extremidades superiores Plus (en el pliego de prescripciones técnicas: MANTA DE HIPOTERMIA DESECHABLE CUERPO SUPERIOR (ofertada en el número de orden 2).

Ref. 726MA2250 - Extremidades Inferiores Plus (en el pliego de prescripciones técnicas: MANTA DE HIPOTERMIA DESECHABLE CUERPO INFERIOR (ofertada en el número de orden 3)”.

Sostiene que todas *“han sido diseñadas tras un largo proceso de ingeniería aerodinámica para proporcionar una distribución uniforme del calor en toda la manta mediante difusión controlada. Así, el calor se distribuye gracias a los puntos de deflexión que recirculan el aire por los canales, incluso cuando existe una presión externa (por ejemplo al apoyar instrumental quirúrgico encima de las mantas)”*.

Acompaña a su recurso el resultado del estudio de la eficacia de la difusión controlada de las mantas mediante el uso de infrarrojos, un post publicado por un experto que certifica la eficacia de los productos presentados en el presente expediente, y el estudio titulado *“prevención de la hipotermia perioperatoria no intencionada”* que avalan lo argumentado.

Destaca la experiencia de la compañía holandesa fabricante de los productos, que se dedica exclusivamente al desarrollo y producción de productos y servicios que garanticen la normotermia del paciente, sobre todo mantas térmicas y dispositivos de calentamiento de fluidos así como su inversión continua en investigación y desarrollo de estos productos siendo proveedora de diversos hospitales en España, lo que demuestra su confianza en el producto sin que hasta el momento haya tenido ningún caso de funcionamiento inadecuado.

Considera que la adecuada formación del producto y colocación de las mantas de *“The 37 Company”* es fundamental para poder asegurar su correcto funcionamiento y advierte que no ha sido posible realizar una demostración a los profesionales sanitarios evaluadores del producto en este expediente por lo que es posible que haya habido una incorrecta interpretación del uso de las mantas

hipotérmicas a la hora de valorar su eficacia de difusión controlada de la temperatura, dado que se componen de dos capas totalmente distintas: una de color azul permeable, en la que se produce la transferencia de calor por convección y que debe estar en contacto directo con la piel del paciente, y otra de color blanco que sirve para aislar el calor para que éste no interfiera en el trabajo de los profesionales sanitarios y que por lo tanto es intencionalmente menos caliente que la capa de color azul, cuyo tejido es resistente a la tracción y a los posibles cortes o pinchazos accidentales.

El órgano de contratación se ratifica en el incumplimiento de las especificaciones técnicas según el informe emitido por el comité técnico de fecha 23 de enero de 2018, formado por responsables sanitarios de recursos materiales de los hospitales del SERMAS.

Explica que el objeto del contrato es *“tratar de evitar la hipotermia y gestionar correctamente la normotermia en pacientes adultos e infantiles, en el periodo preoperatorio, durante la cirugía y en el postoperatorio”* y que en dicho informe se alegaba que el calor no cubría la totalidad de la superficie corporal a tratar, debido a que la zona de distribución del aire es más pequeña que la medida total de la manta, ya que incluyen el faldón, luego no se consigue la finalidad de las mantas térmicas en sus diferentes números de órdenes, que son cubrir y proporcionar calor a los pacientes que se encuentran desprovistos de ropa en la sala de quirófanos. En concreto se dice en dicho informe:

“Nº DE ORDEN 1 MANTA DESECHABLE CUERPO ENTERO.

Presenta un artículo cuyas medidas son 218 cm x 102 cm, con una superficie real de distribución de aire o inflado es de 150cm x 77 cm, puesto que presentan faldón en la parte superior de 39 cm (zona sin aire caliente) y en la parte inferior 27 cm, por lo tanto el tamaño real que emite calor al paciente no cubre todas las partes corporales para lo que está indicado en un adulto de estatura media.

Nº DE ORDEN 3 MANTA DESECHABLE CUERPO INFERIOR.

Presenta un artículo cuyo largo mide 127cm x 102 cm de ancho, con superficie real de distribución de aire o inflado de 81 cm x 70 cm con faldón inferior de 42 cm (zona sin aire caliente), por lo tanto el tamaño real que emite calor al paciente no cubre las partes corporales para lo que está indicado en un adulto de estatura media”.

Para la resolución de este motivo de recurso, debemos partir de la consideración del contenido de los Pliegos como ley del contrato que vincula tanto a la Administración como a los licitadores y supone que lo previsto en los ellos son los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de los licitadores para poder convertirse en adjudicatarios del contrato. Su incumplimiento debe considerarse una causa de exclusión puesto que, en otro caso, no tendría sentido definir las cualidades de los productos o servicios que se pretenden adquirir. El órgano de contratación debe tener en cuenta el procedimiento por él mismo establecido a la hora de tramitar la selección de licitadores, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial trascendencia a la hora de valorar el cumplimiento por los licitadores de las prescripciones técnicas recogidas en los Pliegos.

Es preciso recordar asimismo, que los Pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos por ninguno de los ofertantes ni corregidos por el órgano de contratación, por lo tanto, los han aceptado en todo su contenido. Tomando en consideración lo antedicho toda oferta que no cumple con las prescripciones técnicas debe ser rechazada y no debe procederse a su valoración. La apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como mínimo necesario en los Pliegos que rigen el procedimiento.

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 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación y que la posibilidad de excluir a un

licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Sentado lo anterior, debe examinarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los Pliegos

En el PPT la denominación del producto y descripción de sus características indica expresamente las medidas que deben tener.

En cuanto al diseño del cobertor se requiere que *“El diseño del cobertor permitirá una distribución del aire que minimice las diferencias de temperatura en las diversas zonas”*.

De acuerdo con el informe técnico la superficie del cobertor ofertado no es homogénea por lo que la superficie total del producto no coincide con las medidas de la superficie térmica, y al menos en dos de las referencias ofertas por Izasa, no se cumple las dimensiones de largo mínimas exigidas. Así:

N. ORDEN-PRODUCTO	DIMENSIONES PPT	DIMENSIONES TOTALES MANTA IZASA	DIMENSIONES SUPERFICIE TÉRMICA MANTA IZASA	DIFERENCIA SUPERFICIE TÉRMICA MANTA IZASA CON LAS MÍNIMA/MAXIMA DEL PPT
1.1 MANTA DESECHABLE CUERPO ENTERO	Largo 190 cm/220 cm Ancho 90 cm/120 cm	Largo 218 cm Ancho 102	Largo 150 cm Ancho 77 cm	Largo 40cm/70cm Ancho 13cm/53 cm
1.3 MANTA DESECHABLE CUERPO INFERIOR	Largo 120 cm/170 cm Ancho 90 cm/130 cm	Largo 127 cm Ancho 102 cm	Largo 81 cm Ancho 70 cm	Largo 39 cm/89 cm Ancho 20 cm/50 cm

Comprueba el Tribunal que en la ficha técnica de los productos se indica la medida en mm del largo total de las mantas, siendo su valor coincidente con la que

medida que figura en cm en el informe del órgano de contratación. Se comprueba además que no refleja la medida del ancho, si bien es un dato objetivo que se puede obtener directamente de las muestras. Se indica en las fichas de las tres referencias que *“Las solapas laterales de fijación ayudan a mantener la manta sujeta maximizando la transferencia óptima de calor”* y en la imagen se observa que la superficie térmica es inferior a la total, que incluye las solapas de fijación.

Debe señalarse que en los contratos de suministros la exigencia de presentación de muestras tiene la finalidad de valorar y analizar, con arreglo a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, las cualidades y características de la misma.

En este caso el órgano de contratación ha comprobado tanto formalmente, igual que ha hecho el Tribunal, a través de las fichas de los productos, como físicamente, mediante el análisis y medición de las muestras entregadas, que el producto ofertado no cumple las dimensiones requeridas y habiéndose constatado que es correcta su apreciación, procede desestimar el recurso y mantener la decisión del órgano de contratación de exclusión de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 C.C.P., en nombre y representación de Izasa Hospital S.L.U., contra la Resolución de la Viceconsejería de Sanidad del Servicio Madrileño de Salud, por la que se le excluye y se adjudica el Acuerdo Marco para la contratación del

"Suministro de mantas de hipotermia desechables con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud", lote 1, nº de expediente P.A. SUM 39/2017.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.