

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

En Madrid, a 12 de diciembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación del General Electric Healthcare España S.A. (en adelante GE) contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 22 de octubre por la que se excluye su oferta de la licitación del contrato de suministros e instalación de seis equipos de anestesia compuestos de respirador, módulo de gases y monitor hemodinámico para el Hospital Universitario Infanta Leonor número de expediente 2019-0-018 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 27 de septiembre de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 195.000 euros.

A la presente licitación se presentaron dos licitadores.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el apartado segundo del Pliego de Prescripciones Técnicas que establece:

“2. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS BÁSICAS DEL EQUIPO

Descripción. Características técnicas básicas:

a.- Respirador de anestesia

(...)

- Alojamiento para dos vaporizadores, fácilmente seleccionables.*
- (...).”*

Tras la tramitación del procedimiento de licitación se considera clasificada en primer lugar la oferta presentada por la recurrente.

La segunda clasificada Getinge Group Spain S.L.U. (en adelante Getinge) solicita acceso al expediente que el órgano de contratación pone a su disposición en 21 de octubre de 2019.

Tras el análisis del expediente Getinge se dirige a la Mesa de Contratación advirtiendo que la oferta de GE no cumple las prescripciones mínimas exigidas en el PPT.

Ante esta situación la Mesa de Contratación solicita nuevo informe a los servicios técnicos que efectivamente confirman las alegaciones de Getinge, procediéndose en fecha 22 de noviembre a adoptar nuevo acuerdo por la Mesa de Contratación mediante el cual se excluye de la licitación a la recurrente.

Con fecha 30 de octubre se procede a la devolución de la garantía definitiva que ya había sido aportada por GE y en la misma fecha se procede a adjudicar el contrato, incluyendo en su texto la exclusión de la oferta de GE mediante Resolución

del Director Gerente del Hospital Universitario Infanta Leonor, que es notificado a las partes y publicado en el perfil de contratante el mismo día.

Tercero.- El 11 de noviembre de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de GE en el que solicita la anulación del acuerdo por el que se excluye su oferta, considerándola válida y en consecuencia se adjudique a su favor el contrato.

El 14 de noviembre 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo adoptado por este Tribunal el 13 de noviembre de 2019

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 11 de diciembre la representación de Getinge presenta su escrito de alegaciones, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho.

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 planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de octubre de 2019, practicada la notificación junto con la Resolución de adjudicación el 30 de octubre, e interpuesto el recurso, el 11 de noviembre 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 un acuerdo de la Mesa de Contratación que excluye una oferta de la licitación, en el marco 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.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso el recurrente considera que la expresión fácilmente seleccionable no entraña más interpretaciones, que rápida y sencilla, sin necesidad de intervenciones mecánicas o físicas complejas y que en aras de este sentido su oferta cumple con dichas prescripciones.

Manifiesta la recurrente que: *“la tecnología de vaporización electrónica ofertada por GEHC en el expediente de referencia es única en el mercado y diferente a lo convencional. Los vaporizadores electrónicos se encuentran integrados siempre en la estación anestesia Aisys C52 y solo se debe sustituir el cassette de vaporización electrónica del gas anestésico requerido. Cada cassette de vaporización electrónica incluye una codificación magnética que identifica el gas anestésico que hay en su interior y el equipo identifica de manera automática el gas anestésico incorporado. De hecho para cambiar la cassette de vaporización electrónica solo se requieren unos escasos tres segundos”*.

Por su parte el órgano de contratación reitera los términos del informe del Jefe de Servicios de Anestesia que indica: *“La selección del vaporizador no es fácilmente seleccionable en la oferta de GE, al tener que realizar un cambio físico de los mismos, entendiéndose como fácil aquello que se resuelve con la selección de un botón o las mínimas maniobras físicas para realizarlo en el menor tiempo posible, para evitar que suponga una sobrecarga de trabajo y de tiempo al anestesiólogo en momentos críticos”*.

Es especialmente ilustrativo el contenido del escrito de alegaciones presentado por la adjudicataria. Expone que los equipos anestésicos pueden dividirse o categorizarse entre los tradicionales y los de última generación. En relación al segundo grupo que es el que interesa a esta Resolución, una de sus principales características es la posibilidad de alojar más de un vaporizador con gases distintos o iguales. Ilustra con fotografías el alojamiento del equipo por ella ofertado que permite la ocupación por dos cargadores de gases y un equipo de su marca no ofertado que permite solo el alojamiento de un cargador. Se puede observar como en el equipo no hay lugar para alojar más cargadores, de lo que podemos deducir que en este segundo equipo, no ofertado, los cargadores están situados en el exterior del equipo.

Añade las fotografías del equipo presentado por la recurrente en el que observamos que hay dos alojamientos, uno para el gas que este siendo utilizado y a escasos centímetros otro con capacidad para dos cargadores más. Incide en que solo uno de los cargadores está activo, mientras los otros dos están en reposo. Se puede deducir que los cargadores no tienen por qué contener todos los mismos gases, pero tampoco parece desprenderse que cada cargador deba tener obligatoriamente un tipo de gas distinto, pues en ese caso todos los equipos “de primera generación” serían inservibles.

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 definan 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.

En el presente caso nos encontramos ante una cuestión que tiene un 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, 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. No obstante no se pretende decir con ello 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.

En el presente caso el PPT manifiesta textualmente en relación a los requisitos de los equipos anestésicos: Alojamiento para dos vaporizadores, fácilmente seleccionables. Requisito que cumplen ambas ofertas.

En correlación con lo expuesto anteriormente se ha de advertir que el propio informe técnico efectuado por el jefe del servicio de anestesia, destaca como mínimas maniobras físicas, el significado que pretende atribuir a la expresión fácilmente seleccionable. Habiendo quedado de manifiesto que el cambio de *cassettes* en el equipo propuesto por GE solo requiere de un cambio manual de un cargador por otro que se encuentra a situado a centímetros y para el que se precisan tres segundos de intervención humana. Cumpliendo por tanto con el requisito fácilmente seleccionable, que se recoge en el PPT.

No ponemos en duda que el sistema propuesto por Getinge sea más rápido y más cómodo y si esta circunstancia hubiera sido calificada mediante un criterio de valoración, podría haber obtenido más puntuación que su competidor. Pero nos encontramos ante un requisito mínimo exigido y en consecuencia no solo a tenor de la letra del apartado 2 del PPT, que indica sin explicación adicional alguna “fácilmente sustituibles”, sino además a tenor de lo informado por el propio Jefe del servicio promotor de la contratación, “mínimas maniobras físicas” consideramos que la oferta presentada por GE cumple las especificaciones técnicas requeridas y no puede ser excluida de la licitación.

En consecuencia se estima el recurso interpuesto, que conllevara la anulación de la adjudicación efectuada y retrotracción de las actuaciones hasta el momento de la admisión de ofertas, valoración y clasificación de éstas.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación del General Electric Healthcare España S.A. (en adelante GE) contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 22 de octubre por la que se excluye su oferta de la licitación del contrato de suministros e instalación de seis equipos de anestesia compuestos de respirador, módulo de gases y monitor hemodinámico para el Hospital Universitario Infanta Leonor número de expediente 2019-0-018, procediendo a admitir a la licitación la oferta excluida y en consecuencia anular la adjudicación acordada y retrotraer el procedimiento de licitación al momento de la admisión de ofertas, puntuación y clasificación.

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 acordada por este Tribunal en fecha 13 de noviembre.

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.