

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

En Madrid, a 2 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don J.A.G., en nombre y representación de Dräger Medical Hispania, S.A., contra la Resolución de fecha 24 de agosto de 2015, de la Directora Gerente, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de arrendamiento con opción a compra de equipos de anestesia, respiradores y monitores multiparamétricos para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Gerencia del Hospital Universitario 12 de Octubre se convocó procedimiento abierto, para la adjudicación mediante pluralidad de criterios del suministro de referencia. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE, en el BOE y en el BOCM de fechas 20, 25 y 29 de junio de 2015, respectivamente. El valor estimado asciende a 413.222,32 euros.

Segundo.- El 26 de agosto se notificó Resolución de adjudicación del contrato de referencia en la que consta la exclusión de la recurrente y la motivación de la misma.

Tercero.- El 11 de septiembre de 2015 tuvo entrada recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Dräger Medical Hispania S.A. en el que solicita que se deje sin efecto la Resolución por la que se adjudica el contrato acordando su nulidad/anulabilidad y de la adjudicación que acuerda, con retroacción de actuaciones al momento de la apertura de las ofertas técnicas.

La recurrente rebate cada uno de los motivos de exclusión y cuestiona el cumplimiento de algunas de las prescripciones técnicas en la oferta de la adjudicataria.

Cuarto.- El 18 de septiembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente 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), acompañado de un claro y razonado informe técnico firmado por tres especialistas del Hospital.

Se alega que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) indica claramente que *“se deberá indicar en la oferta la localización de los datos de cada punto del Pliego Técnico, además de en la Oferta Técnica, en las fichas técnicas oficiales y/o catálogos del producto ofertado”*. En el recurso presentado por Dräger se incorpora documentación que no se corresponde con la presentada en su Oferta Técnica al Concurso. Por tanto, podemos entender que la documentación presentada en el concurso no se constituye en “ficha técnica oficial” y o “catálogo oficial”, lo cual sería un incumplimiento de las condiciones del concurso, que la oferta excluida no cumple las condiciones técnicas fijadas en el PPT y se propone la desestimación del recurso.

Quinto.- Con fecha 15 de septiembre, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- 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.

Se ha recibido escrito de alegaciones de la empresa adjudicataria Maquet Spain, S.L.U., que solicita que se mantenga la exclusión de Dräger Medical y se mantenga la Resolución adjudicando a la oferta más ventajosa que cumple las condiciones técnicas de los pliegos.

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 presente recurso.

Segundo.- En cuanto el recurso ha sido interpuesto por una persona jurídica excluida que pretende su inclusión en el procedimiento, cabe reconocer legitimación activa, al afectar a una persona *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), pues la estimación del mismo puede determinar su inclusión en el proceso selectivo y llegar a obtener la condición de adjudicatario.

Por otro lado el recurso pretende la exclusión de la actual adjudicataria por incumplimiento de determinadas prescripciones técnicas. La legitimación activa para la interposición del recurso no se puede reconocer a un excluido puesto que ningún beneficio puede obtener de la exclusión del competidor pues la adjudicación recaería en la siguiente oferta mejor clasificada. No obstante, es cierto que este Tribunal viene reconociendo legitimación al licitador que pretende la exclusión del único licitador que permanece en el procedimiento de adjudicación, cuando obtendría el beneficio de que el procedimiento se declare desierto y sea previsible una nueva licitación en condiciones que le permiten presentar una oferta.

Por tanto, de confirmar la Resolución de este Tribunal, la exclusión de la recurrente, en este supuesto en que permanecen dos licitadores (Maquet y Philips), la recurrente Dräger carecería de legitimación para recurrir la adjudicación a Maquet, pues su exclusión solo beneficiaría a Philips que está clasificada en segundo lugar y no ha recurrido. De ser estimado el recurso, la legitimación de Dräger dependería del orden de clasificación en que quedara (en segundo o tercer lugar) y de las pretensiones del propio recurso, por lo cual, en este momento, tampoco cabe reconocer legitimación activa para recurrir contra la actual adjudicataria.

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 24 de agosto de 2015, practicada la notificación el 26 e interpuesto el recurso el 11 de septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Quinto.- Los motivos de exclusión por incumplimiento recibidos el día 26 de agosto de 2015, día en que también se comunicó la adjudicación del concurso a la empresa Maquet, S.L., quedan reflejados en la tabla siguiente:

	Especificación solicitada en PPT	Motivo de exclusión
1	Con trigger de alto rendimiento de flujo y de presión de alta sensibilidad	No cumple que tenga trigger de presión.
2	Sistema de ventilación versátil que permita ventilar todo tipo de pacientes de cualquier edad y peso, sin necesidad de cambiar ningún componente del respirador	No cumple que sea un sistema de ventilación versátil lo que supone la capacidad de reclutamiento alveolar para lo cual la PEEP del equipo debe ser superior a 20 cmH2O.

3	Monitorización modular	No cumple monitorización modular propiamente dicha, el monitor ofertado es un equipo compacto que necesita sets de cables para conectar módulos adicionales.
4	Flujo inspiratorio máximo no inferior a 150 L/min que permita ventilar y compensar fugas en todo tipo de pacientes	No cumple que el flujo inspiratorio máximo sea \geq a 150 L/min, sólo en unas condiciones particulares en modo presiométrico en el momento de pico máximo y no en el resto de la inspiración.

La recurrente niega estos cuatro motivos de exclusión, pues la oferta presentada cumplía con todos y cada uno de los criterios técnicos solicitados en el PPT.

A efectos de la resolución del recurso debemos partir de que la regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, 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.

El artículo 145 del TRLCSP dispone que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

El artículo 160 del TRLCSP relativo al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación establece, en el segundo párrafo de su apartado 1, que *“Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta*

criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego”.

Procede, por tanto, analizar si el PPT, que constituye ley del contrato, exige los requisitos técnicos cuyo incumplimiento se señala como motivo de exclusión de la recurrente y si su oferta se ajusta o no a lo requerido. Se trata de una labor de comparación entre los requisitos fijados en el PPT y el contenido de la oferta presentada. No se trata de una cuestión de discrecionalidad técnica donde el órgano de contratación pueda libremente decidir el cumplimiento, o no, sin sujeción a reglas, sino de una labor de comprobar si lo ofertado se corresponde o no a lo solicitado para el cumplimiento de los fines que pretende satisfacer el Hospital en los términos en que fue señalado en el PPT. Ciertamente en este supuesto se trata de términos y cuestiones científicas que requieren conocimientos especializados del sector de la medicina al que va dirigido el objeto del contrato, de los que carece el Tribunal, cuya función es de control del cumplimiento del procedimiento y requisitos legales en términos jurídicos. Veamos pues cada uno de los incumplimientos que fueron motivo de la exclusión:

1. Con trigger de alto rendimiento de flujo y de presión de alta sensibilidad.

Afirma la recurrente que los equipos de la familia Primus (Primus, Primus IE) disponen de un trigger de Presión y un trigger de Flujo de alta sensibilidad.

Según afirma el informe técnico que se adjunta al del órgano de contratación el sistema de trigger es un elemento clave en los respiradores modernos y constituye, junto al flujo inspiratorio máximo, el principal factor determinante de las diferencias cualitativas entre los respiradores. Por ello, la valoración de esta cualidad es de gran importancia a la hora de seleccionar los equipos. Dräger expone en su argumentación:

“Trigger combinado de presión o flujo de alta sensibilidad, seleccionable desde OFF (apagado) o desde 0,3 a 15L/min.” Por tanto, no se trata de un trigger tanto por flujo como por presión, ya que la unidad de medida utilizada para el disparo del trigger, L/min, es una medida de flujo.

También Maquet Spain, en el escrito de alegaciones, manifiesta que el equipo Primus IE sólo tiene trigger de flujo, seleccionable de 0.3 a 15 L/min, por lo que no cumple la condición de disponer de ambos trigger: de flujo y de presión.

El Tribunal comprueba que en la documentación aportada como especificaciones técnicas figura en el apartado 13.10, página 205 “Trigger: Flow/Pressure”. Asimismo, se adjunta al recurso un documento que si bien es cierto que es de fecha 3 de septiembre y no se incluyó en la oferta técnica, certifica que el trigger funciona tanto en modo flujo como presión. Que se haya hecho constar la medida en formato medida de presión no significa que no tenga el funcionamiento en presión si de la documentación técnica así se desprende como aprecia el Tribunal. En consecuencia debe estimarse este motivo de recurso.

2. Sistema de ventilación versátil que permita ventilar todo tipo de pacientes, de cualquier edad y peso, sin necesidad de cambiar ningún componente del respirador.

Alega la recurrente que las maniobras de reclutamiento alveolar no son ningún sistema de ventilación versátil, ni en ningún caso, una modalidad o modo ventilatorio para ventilar al paciente. Como su propio nombre indica, es una maniobra para mejorar la ventilación mecánica del paciente en caso de que fuera necesario, por sufrir éste una baja distensibilidad pulmonar debido, por ejemplo, a atelectasias pulmonares, pero bajo ningún concepto es un sistema de ventilación al paciente. Por lo tanto, esta argumentación de exclusión carece de sentido cuando la característica técnica que se está requiriendo es la versatilidad del sistema de ventilación para permitir ventilar todo tipo de pacientes, y no la realización de maniobras de reclutamiento alveolar, especificación que además no aparece en los pliegos como requisito. Además, el equipo de anestesia Primus IE ofertado dispone

de estas herramientas de reclutamiento alveolar, como queda bien reflejado en la memoria técnica presentada en concurso.

En relación a la segunda parte de la argumentación de exclusión, “[...] *la PEEP del equipo debe ser superior a 20 cmH2O*”, manifiesta la recurrente que efectivamente, el equipo Primus IE llega a un ajuste mínimo de la PEEP de 20 cmH2O, pero en el PPT no se exige y por lo tanto, no se refleja un valor máximo de PEEP. Sin entrar a valorar si es o no relevante para la realización de maniobras de reclutamiento alveolar disponer o no de un valor superior a 20 cmH2O de PEEP, ya que muchos estudios clínicos de protección pulmonar recomiendan valores incluso menores, al no ser un criterio reflejado en los pliegos, no debe de ser en ningún caso motivo de exclusión.

Según afirma el informe técnico que se adjunta al del órgano de contratación, el equipo Primus de Dräger no es un sistema de ventilación versátil que permite ventilar todo tipo de pacientes de cualquier edad y peso, ya que tanto los niños pequeños, como los pacientes obesos y los de mayor edad pueden sufrir atelectasias durante la anestesia, que requieren la maniobra de reclutamiento alveolar, por lo cual se necesita que el equipo de anestesia permita el ajuste del nivel de PEEP en un amplio rango, con valores por encima de 20 cmH2O.

Maquet Spain, en el escrito de alegaciones, manifiesta que el equipo Primus de Dräger su PEEP se ajusta sólo entre 0 y 20 cmH2O. El equipo Primus IE contiene, en su circuito interno, elementos elásticos que dificultan su capacidad de uso en pacientes neonatos de bajo peso, así como en casos de pacientes obesos o de difícil ventilación por altas resistencias o baja “compliance”. Así mismo, no dispone de un rango de ajuste de PEEP suficiente para efectuar la maniobra de reclutamiento alveolar, necesaria en más del 40% de los pacientes anestesiados. Dado que sus prestaciones están limitadas a flujos de 100 L/min y presiones de hasta 70 cmH2O, se podrán dar casos en que su generador puede “claudicar”.

Por el Tribunal se comprueba que según las especificaciones técnicas el equipo ofertado no funciona con valores por encima de 20 cmH₂O. La versatilidad es una característica que consiste en la capacidad de adaptarse con facilidad y rapidez a diversas funciones, en el caso que nos ocupa la posibilidad de que el equipo se adapte y sea capaz de ventilar todo tipo de pacientes según edad y peso. Ciertamente, tal como afirma la recurrente el pliego no fija o determina un rango y es posible que diferentes especialistas tengan criterios diferentes sobre qué se ha de entender como valores normales de funcionamiento del equipo de anestesia, el Tribunal considera que el órgano de contratación podía haber definido o indicado la condición del protocolo médico que aplica para determinar el rango de presión que es necesario disponer para poder atender a todo tipo de pacientes, por lo que ante la falta de concreción del PPT el Tribunal estima el motivo de recurso.

3. Monitorización modular.

Alega la recurrente que la estación de anestesia Primus IE ofertada incluye el monitor Delta XL como monitor hemodinámico para equipo de anestesia. El monitor Delta XL también es el ofertado para el apartado de monitor multiparamétrico. Este modelo de monitor es modular con módulos multiparamétricos y utiliza sets de cables para conectarse al paciente. El monitor es modular ya que sus parámetros son ampliables mediante el uso de módulos. Es decir, no es un monitor compacto no ampliable. Añade que el PPT pide como requisito solamente “*Monitorización modular*”, y en ningún caso hace referencia a la preferencia sobre sets de cables o no para conectar módulos adicionales. El que necesite o no sets de cables para conectar módulos adicionales no es un requerimiento solicitado en este concurso. Se puede valorar como mejor o peor opción, pero no ser un motivo de exclusión.

Según afirma el informe técnico que se adjunta al del órgano de contratación, no se cumple con el criterio de monitorización modular que consiste en la facilidad de configuración del monitor, según las necesidades, mediante los correspondientes módulos intercambiables de forma cómoda y segura. El monitor hemodinámico Delta XL ofertado por Dräger no es un monitor modular, ya que para añadirle parámetros

adicionales se requiere la conexión, mediante cables, de dispositivos externos que necesitan su fijación a barras ó soportes. Esto no es recomendable en el entorno del área quirúrgica ni de UVI, por la limitación de espacio y movilidad.

En su escrito de alegaciones, la actual adjudicataria Maquet Spain, argumenta que claramente en el ámbito de la monitorización para quirófanos, UVIs, Unidades de Reanimación, etc., se entiende lo que es un “monitor modular” aquél en el cual, para todas las configuraciones, los distintos transductores de medida se llevan al monitor mediante un módulo, conexionado en docking, e intercambiable.

Se define como módulo a una estructura o bloque de piezas que, en una construcción, se ubican en cantidad a fin de hacerla más sencilla, regular y económica. Todo módulo, por lo tanto, forma parte de un sistema y suele estar conectado de alguna manera con el resto de los componentes.

Como efectivamente reconoce Dräger, el monitor que oferta precisa para sus módulos adicionales, que son totalmente independientes del monitor, la conexión mediante cables y la fijación mediante algún tipo de soporte a un elemento externo al monitor para conectar dispositivos adicionales.

La definición de la prescripción técnica no impone ninguna condición a cómo debe lograrse el objetivo de integración de los módulos ni excluye a las ofertas que los conecten mediante cables. La finalidad a la que va dirigida la prescripción es el uso del equipo en quirófanos, UVIs y unidades de reanimación donde las conexiones por cable y la necesidad de fijación a barras o soportes entorpecen el funcionamiento de la unidad médica pues dificultará la seguridad y la capacidad de maniobra. Tal vez lo que pretendía la condición técnica es pedir un sistema modular pero sin cables. La interpretación de la condición no puede ser limitativa de manera que restrinja la competencia o perjudique al licitador que no ha contado con la información previa. En consecuencia, el Tribunal aprecia que el equipo ofertado que incluye la ampliación de parámetros mediante el uso de módulos cumple la característica exigida en el pliego, debiendo estimar el motivo de recurso.

4. Flujo inspiratorio máximo no inferior a 150 L/min que permita ventilar y compensar fugas en todo tipo de pacientes.

Argumenta la recurrente que en ningún caso la prescripción técnica menciona en qué modalidad ventilatoria se debe cumplir esta premisa. El equipo ofertado por Dräger dispone de un flujo inspiratorio máximo de 150 L/min \pm 10% (podría llegar hasta los 165 L/min) en sus modos ventilatorios de Presión, Presión Sincronizada y Presión Sincronizada con Presión de Soporte (Modos ventilarios que vienen de serie). Con respecto a la *“compensación de fugas en todo tipo de pacientes”*, Primus IE y prácticamente todos los equipos modernos de anestesia del mercado, compensa las fugas medidas durante el chequeo automático del equipo gracias a su alto poder de insuflación, ya sean en pacientes adultos, pediátricos y neonatales, para una entrega lo más precisa posible al paciente del volumen tidal correspondiente.

Según el informe al recurso que remite el órgano de contratación, esta empresa ya fue excluida por el incumplimiento del mismo parámetro, incluido en este concurso, referido al “volumen inspiratorio máximo”, en otro procedimiento de contratación de la Consejería de Sanidad, Expte.: 24/2010. Ante la presentación, en su momento, de un recurso especial en materia de contratación, la Consejería de Sanidad, como órgano de contratación, desestimó el mismo por las mismas razones que se excluye en este caso. Además, la documentación presentada por Dräger al recurso discrepa de la presentada en la oferta técnica, cuando claramente se especifica en el Pliego Técnico que siempre se han de referir a “ficha técnica oficial”. La alegación que hace Dräger respecto a que en el pliego no se indica el cumplimiento de esta característica en los distintos modos ventilatorios tiene una contestación clara, y es que debe cumplirse en todas las modalidades. Máxime en la modalidad volumétrica que, al tratarse de una máquina de anestesia, será la más utilizada.

En la ficha presentada en la oferta técnica se constata que figura un flujo inspiratorio máximo de 150L/min pero no se hace referencia al valor del “Flujo Inspiratorio” en los distintos modos de ventilación, mientras que en la ficha presentada junto al recurso se explicitan los valores en los distintos modos ventilatorios. Claramente se ve que el equipo en modo volumétrico tienen un flujo inferior al requerido (0,1 a 100 l/min \pm 10%). Además, como indica el informe del órgano de contratación el cumplimiento en modo volumétrico-Auto Flow (max. 150 l/min \pm 10%), es una opción que no se explicita en la oferta técnica que esté incluida. Solo en el modo presiométrico cumple el requisito técnico. Coincide también que el motivo de exclusión que fue considerado en el recurso indicado por el órgano de contratación es que el flujo inspiratorio de 150 L/min no lo cumple en todos los modos ventilatorios porque el modo volumétrico AF solo llega a 100 L/min y además el flujo de 150L/min debe mantenerse durante toda la inspiración y no en un pico del flujo. En consecuencia debe desestimarse el motivo de recurso, siendo un incumplimiento determinante de la desestimación del mismo.

Sexto.- Como segundo motivo, de recurso se alega que la empresa Maquet, S.L. debería haber sido excluida por incumplir los requisitos mínimos que señala.

Tal como hemos expuesto en el anterior fundamento de derecho segundo, la recurrente que ha resultado excluida y desestimado el recurso planteado contra la misma, no se encuentra legitimada para la presentación de recurso contra la adjudicataria, al mantenerse dos licitadores admitidos y dirigir el recurso solo contra el adjudicatario, el beneficio de la potencial exclusión de la adjudicataria recaería en el segundo clasificado, que no ha interpuesto recurso y no en la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por don J.A.G., en nombre y representación de DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A., contra la Resolución de fecha 24 de agosto de 2015, de la Directora Gerente, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de arrendamiento con opción a compra de equipos de anestesia, respiradores y monitores multiparamétricos para el Hospital Universitario 12 de Octubre” e inadmítirlo respecto de la pretensión de exclusión de la actual adjudicataria.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 15 de septiembre.

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 49 del TRLCSP.