

Recurso nº 22/2020
Resolución nº 49/2020

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

En Madrid, a 5 de febrero de 2020.

VISTO, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Medical Sorevan, S.L. ejercitando dos pretensiones, contra su exclusión y contra la adjudicación del contrato de suministro expediente 2019000031 “suministro de fundas de compresión neumática para el Hospital Universitario Ramón y Cajal”, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 19 de septiembre de 2019; en el Boletín Oficial de la Comunidad el 3 de octubre del mismo. Asimismo, la convocatoria fue publicada en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 20 de septiembre de 2019. Se presentan cuatro licitadores. El valor estimado del contrato es de 496.325,46 euros.

Segundo.- El 15 de enero de 2020, la representación de Medical Sorevan S.A., presenta ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación que se plantea contra la exclusión y la adjudicación, publicadas el 19 de diciembre y

notificadas el 20 del mismo mes y año. El fundamento de la exclusión de la recurrente es la no presentación de documentación de oferta por los criterios automáticos mediante aplicación de fórmulas Punto 8.2.2.). El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contempla los siguientes criterios de adjudicación en su cláusula primera, punto 8:

“8.1 Precio: Ponderación 70 puntos.

8.2. 2 Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: (hasta 30 puntos).

- Inflado de cada una de las piernas de forma alternativa..... 15 Puntos.*
- Detección del tiempo de retorno venoso para favorecer el vaciado venoso...15 Puntos”.*

De los cuatro licitadores, uno resulta excluido por exceder del tipo. Las puntuaciones TOTALES de las tres restantes sin contar la exclusión eran:

- Arjo Iberia S.L.: 85 PUNTOS
- Medical Sorevan S.L.: 18,29 PUNTOS
- Izasa Hospital S.L.U.: 16,06.

Tercero.- En fecha 24 de enero de 2020, conforme al artículo 56 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 (en adelante LCSP) se recibe el expediente e informe preceptivo del órgano de contratación. En fecha 3 de febrero se reciben las alegaciones de la empresa adjudicataria del contrato.

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 (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.

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 presente recurso se presenta el 15 de enero de 2020 dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a que tenga conocimiento de su exclusión el 20 de diciembre que se notifica a través de la plataforma VORTAL la adjudicación y el motivo de exclusión conforme al artículo 50.1.c) y d) de la LCSP.

Tercero.- El recurso se dirige contra un acto de trámite cualificado, la exclusión, y contra la adjudicación susceptibles del recurso siendo actos recurribles conforme a los artículos 44.2. b) y c) de la LCSP de en un contrato de suministro por importe superior a 100.000 euros (artículo 44. 1. a)).

Cuarto.- El recurrente se encuentra legitimado para la interposición del recurso como interesado en la resolución que se adopte en este recurso, conforme al artículo 48 de la LCSP. Su legitimación en cuanto a la adjudicación se encuentra supedita a la estimación de su recurso sobre la exclusión, en cuyo caso quedaría clasificado en segundo lugar. Igualmente se acredita la representación de la recurrente.

Quinto.- El motivo de exclusión de la recurrente es no haber presentado oferta a los criterios automáticos por aplicación de fórmulas, decisión que figura en la Resolución de adjudicación, mientras en el expediente administrativo la empresa aparece calificada con 0 puntos en este epígrafe donde no presentó oferta, no siendo excluida por la Mesa de Contratación.

El órgano de contratación se aviene a la pretensión del recurrente en el trámite de contestación al recurso especial en materia de contratación, en los siguientes términos:

“1.- Exclusión de la compañía mercantil MEDICAL SOREVAN S.L. de la licitación. Debido a un error en la Resolución de adjudicación de la Gerencia, se excluyó a la casa comercial MEDICAL SOREVAN confundiendo que obtuviera 0 puntos en los criterios de valoración por aplicación de fórmulas, con la exclusión total del procedimiento. Por lo que la puntuación global de su oferta es de 18,29 puntos sobre 100. Se procede a modificar la correspondiente Resolución”

Cabe entender que la adjudicataria se opondría a esta rectificación de órgano de contratación, pues razona por extenso sobre la misma, señalando que *“la falta de aportación de los documentos requeridos no sólo es un evidente incumplimiento de los Pliegos por parte del Recurrente, sino que además, en el supuesto que pudiese tipificarse como un error del licitador, éste sería invalidante de la propuesta, por lo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 del RGLCAP y en la Cláusula 12 del Pliego, el Órgano de Contratación estaba habilitado para excluir a la Recurrente de la licitación”*.

La cláusula 12 de los Pliegos viene a reproducir el contenido del artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, a cuyo tenor:

“Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

A juicio de este Tribunal Administrativo la ausencia de documentación del criterio de valoración del punto 8.2.2. de la cláusula primera del Pliego no atañe al

modelo de oferta (Anexo I, “*modelo de proposición económica*”), que solo concierne al precio. La omisión de la documentación correspondiente al punto 8.2.2. únicamente significa que no oferta esas mejoras y, por ello, su calificación en ese epígrafe es de 0 puntos. Su omisión no impide conocer la voluntad del licitador ni el precio, que es el elemento esencial de este contrato.

Por otra parte, la rectificación del órgano de contratación supone la adecuación a lo dispuesto por la Mesa de Contratación, órgano competente para “*determinar los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares*” y también de “*valorar las distintas proposiciones*” (artículo 22 Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

Procede la estimación del motivo del recurso contra la exclusión de la recurrente.

En cuanto al recurso contra la adjudicación se alegan incumplimientos de las prescripciones técnicas por el adjudicatario, señalando, en primer lugar, que presenta fichas técnicas elaboradas “ad hoc” para este contrato que difieren de las descripciones de sus catálogos oficiales. Y en concreto los siguientes:

1. Peso:

La documentación elaborada “ex profeso” por ARJO IBERIA, S.L, para esta licitación expresa que el peso es de 2,5 kg., y en las especificaciones de su catálogo original, el peso es de 4,1 kg.

2. El perfil de compresión:

La empresa ARJO IBERIA, S.L, expresa en las especificaciones técnicas elaboradas “ad hoc” para esta licitación que el perfil de compresión de sus productos es exactamente 45-40-30mmHg, cuando dicha especificación no puede encontrarse en su documentación original, sea manual de usuario o especificaciones técnicas que aparecen su página web.

En segundo lugar afirma que hay manipulación de las muestras presentadas que, de ser cierto, podría suponer una presunta falsificación del etiquetado de un

producto sanitario. Se dice que en el examen del expediente vieron que en las muestras presentadas por la adjudicataria había unos signos evidentes de manipulación de la muestra presentada con referencia funda TRP25, que se describen.

La empresa adjudicataria se opone alegando, en primer término, que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública no es competente para la revisión de la valoración técnica, so pena de nulidad radical de su Resolución. Dice lo siguiente: *“En primer lugar debemos poner de relieve que la doctrina unánime de los Tribunales Administrativos establece que corresponde únicamente a los órganos de contratación la valoración técnica de las propuestas presentadas por los licitadores.*

En este sentido, la función revisora del Tribunal impide que pueda sustituir la competencia de los órganos de contratación y de los órganos de asesoramiento que intervienen en el procedimiento de contratación, que son los competentes para apreciar las características técnicas de las propuestas licitadores, valorar las ofertas y dictar los actos y emitir los juicios técnicos correspondientes en el transcurso del procedimiento. De lo contrario, se estaría ante un supuesto de incompetencia material sancionada con nulidad radical por el artículo 39 de la LCSP.

Entre muchas otras podemos citar la Resolución núm.: 215/2019 (recurso N-2019-020), del Tribunal Catalán de Contratos Públicos: “En este sentido, hay que partir del hecho de que los órganos técnicos de valoración de las ofertas disponen de una discrecionalidad en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico que no es controlable desde el punto de vista jurídico. Es lo que la jurisprudencia ha denominado “núcleo material de la decisión” (en este sentido, por todas, las resoluciones 91/2018, 58/2018, 106/2017, 91/2017, 27/2016, 123/2015, 122 / 2015 y 88/2015).”

Es preciso entrar en esta alegación, pues su estimación haría ociosa cualquier otra consideración.

Como ya reseñamos en Resolución 6/2011 de 25 de mayo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 219/2004, de 29 de noviembre, (RTC 2004,219) recuerda lo afirmado en su Sentencia 39/1983, de 16 de mayo en la que sostuvo que

la existencia de discrecionalidad técnica “no supone naturalmente desconocer derechos a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución Española ni el principio de sometimiento pleno de la Administración Pública a la ley y al derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la Jurisprudencia y la doctrina han realizado por que el control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapan por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente deberán ejercer en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”.

Esto expuesto, lo no enjuiciable efectivamente es el llamado “núcleo de la discrecionalidad” que atañe a valoraciones estrictamente técnicas que por su propia naturaleza escapan de un control judicial.

En cambio si lo que se está revisando es el cumplimiento de las prescripciones técnicas por el licitador (que constituye una obligación legal ex artículo 139 de la LCSP) existen dos términos de comparación asequibles cuales son el Pliego de Prescripciones Técnicas y la documentación aportada por el licitador, y sí es revisable por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública la actuación del órgano de contratación, en tanto es una cuestión de legalidad , el cumplimiento de las prescripciones y su afectación a otros principios como el de igualdad de trato de los licitadores, y en cuanto no concierna al núcleo de la discrecionalidad técnica propiamente dicho.

Todo ello sin entrar en la consignación de la “vis expansiva” doctrinal y jurisprudencial del control de esta discrecionalidad, por diversas vías, que no son al caso, pues el tema debatido no concierne a la llamada “discrecionalidad técnica”, salvo en lo que se consignará más adelante.

El desacuerdo con la valoración de los técnicos, trae causa de para el recurrente de una discrepancia entre la descripción de los catálogos de los productos y las fichas elaboradas “ad hoc” para el procedimiento y una falsificación en las muestras, cuestiones ambas que tienen un perfil o una connotación claramente jurídica.

Es más, el propio órgano de contratación no hace este tipo de alegación, sino que contesta a los supuestos incumplimientos técnicos.

El propio recurrido lo hace subsidiariamente a su primer motivo de impugnación.

En cuanto al “peso” del producto se afirma que la discrepancia aparente entre el catálogo y la ficha, se afirma que *“en el catálogo se recoge el peso de 4,1 kg puesto que se suma el peso de las tubuladuras así como su único sistema de anclaje en la bomba que evita la pérdida de los tubos como sucede en las otras bombas. En definitiva, la apreciación manifestada por la Recurrente es incorrecta puesto que el peso 4,1 kg es el resultado de sumar a los 2,5kg del compresor el peso correspondiente al anclaje y a las tubuladuras. Por lo tanto, mi representada ha cumplido con las especificaciones técnicas recogidas en el Anexo 24”*.

Esta explicación coincide con la del órgano de contratación, conforme a la cual *“en la página 6 de la documentación técnica de esta empresa, se declara “Fácil transporte y ligero, peso 2,5 Kg”. Y el responsable de emitir el informe, el Jefe de Servicio de Anestesia entiende que cumple con el criterio ya que en expedientes anteriores, el peso de 4.1 kg que alega la recurrente, no se refiere al motor exclusivamente sino que se está incluyendo el peso del anclaje y las tubuladuras”*.

Por este Tribunal se comprueba que el Anexo 24 efectivamente *figura “peso del compresor”: “peso igual o menor a 2,5 Kgs, fácilmente transportable y ligero”*.

Y de las imágenes en la contestación al recurso que figuran las tubuladuras y el anclaje.

Por otro lado, este motivo ya fue desestimado en expediente similar por este Tribunal en Resolución 161/2017 de 23 de mayo. Advierte, la recurrida que pese a tratarse de otra empresa (GETINGE GROUP SPAIN, S.L.U.), la división actualmente fabricante de estos aparatos es fruto de una escisión de la misma, y en la citada Resolución en cuanto al peso ya se desestimó el motivo:

“5. En cuanto a las características exigidas para el compresor exige el PPT que sea “Fácilmente transportable y ligero (peso menor o igual a 2,5 Kg)”. La recurrente sostiene (...) que en cuanto al peso consta en las especificaciones un peso de 3,9 Kg (ACS800) y 4,1 Kg (ACS900). En la página 7 de la documentación técnica aportada por GETINGE GROUP SPAIN S.L.U., advierte el órgano de contratación que figura “Nivel de ruido de 44 decibelios” y en la página 4 y 7 de la documentación técnica se indica “Facilidad de transporte y ligero, peso 2,5 Kg” aclarando que el peso es de 3, 9 ó 4,1 kg que alega la recurrente se refiere al motor sumado al anclaje y las tubuladuras, por tanto cumple las prescripciones técnicas. Lo que efectivamente corrobora el adjudicatario y comprueba este Tribunal. Por lo que debe desestimarse el recurso por este motivo”.

Procede la desestimación de este motivo de recurso.

En cuanto al segundo incumplimiento razona por extenso la empresa recurrida. Y como señala el órgano de contratación:

“2: El perfil de compresión.

En este criterio se exige: “El sistema deberá alcanzar el perfil de presiones de 45-40-30 mmHg en las cámaras, aceptándose una variación +/- 20% en alguna de ellas. Según el recurrente la oferta presentada por la empresa ARJO no cumple con este perfil.

Revisada la documentación técnica en la página 2 de la documentación técnica establece: “Escala de presión: 30-130 mm Hg/ según prenda. Normalmente el motor está ya configurado para administrar la terapia recomendada para cada tipo de funda 45-40-30 mmHg en el caso de las prendas TRICÁMARA de pierna entera y media pierna, por lo que no se requieren ajustes por parte del personal sanitario. Si el médico prescribe parámetros terapéuticos diferentes a los configurados, es

posible realizar cambios limitados a través de un enlace de servicio”, por lo tanto cumple con las prescripciones técnicas exigidas”.

Este Tribunal en la Resolución 161/2017 citada también desestima el motivo del recurso de forma extensa con precisiones técnicas, argumentación a la que nos remitimos, reseñando simplemente este párrafo: *“Comprueba el Tribunal que en la ficha técnica consta la presión de inflado del motor (40mmHg) y en las instrucciones de uso del compresor (pág. 31) indica que el rango de presión en prendas para pantorrilla y para pantorrilla y muslo secuenciales TriPulse): 45+/- 5 mmHg. Por otro lado de acuerdo con lo manifestado por la adjudicataria y por el propio órgano de contratación, cabe considerar que resulta acreditado el carácter gradual de la presión. En cuanto a la adecuación de rangos respecto de lo exigido en el PPT, se produce una desviación de 5 mmHG tanto en la presión de la cámara media como en la del muslo. Esta desviación al no contener el PPT parámetros sobre el carácter aproximado de la medición no permite a este Tribunal pronunciarse fundadamente, de manera que si el órgano de contratación en la apreciación discrecional del cumplimiento de las prescripciones técnicas por parte del producto, considera que el rango es adecuado, no resultando evidente el incumplimiento del PPT en este punto, obliga a desestimar el motivo de recurso”.*

Procede igualmente la desestimación de este motivo del recurso.

En cuanto a la alegada manipulación de las muestras, se afirma por la recurrida que la funda TRP25 *“se ha dejado de fabricar debido a la falta de demanda en el mercado, siendo substituida por la referencia TRP30 que cumple con las especificaciones de la TRP25. A los efectos de evitar confusiones al Órgano de contratación mi representada mantuvo la referencia anterior, puesto que esta fue la referencia utilizada en la misma licitación del 2017 (...). En definitiva, la referencia TRP30 cumple con las especificaciones y necesidades exigidas con el código 280318 del Anexo 24 del Pliego, por lo que mi cliente cumplirá estrictamente con el contrato de suministro una vez adjudicado”.*

Por parte del órgano de contratación se viene a afirmar que las fundas, independientemente del numeral del etiquetado, cumplen con las medidas

requeridas: *“En el expediente se solicitan 4 tamaños de funda de compresión (pequeño, mediano, grande y media pierna mediana) y con diferentes cantidades en función de los consumos de los distintos servicios asistenciales.*

Las muestras presentadas por los ofertantes fueron revisadas por los responsables para realizar el informe técnico y no se observaron las anomalías en las referencias presentadas por ARJO IBERIA ya que eran productos que se venían utilizando desde el último procedimiento convocado.

En el acceso al expediente solicitado por MEDICAL SOREVAN y que tuvo lugar el 14 de enero pasado, se ha podido constatar que las muestras presentadas en el número de orden 3 por la empresa ARJO IBERIA no debieron ser analizadas en detalle por tener un consumo muy residual y ser similares a las de los números de orden 1 y 2 que son las que realmente se utilizan.

Respecto a la manipulación no se detectó ninguna anomalía que indicara que no cumplía con los requisitos solicitados.

En cuanto al número de orden 4, revisado nuevamente por los usuarios, se detecta que la muestra para fundas de media pierna que han presentado, es la de tamaño grande y no mediana, y no fue considerado un motivo de exclusión porque la variedad de tamaños disponibles, figuran en la ficha técnica”.

A juicio de este Tribunal la recurrida explica la diferencia en la designación de la muestra de forma razonable y los servicios técnicos consignan que las fundas ofertadas corresponden a las medidas solicitadas, cosa que tampoco es objeto de impugnación por el recurrente.

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

Por lo expuesto procede desestimar el recurso contra la adjudicación del contrato a Arjo Iberia S.L., por no apreciarse los incumplimientos técnicos alegados por la recurrente contra la admisión de la adjudicataria, y estimar la improcedencia de la exclusión de Medical Sorevan, SL, a cuya corrección se aviene el órgano de contratación, sin que dada la ponderación de su oferta pueda optar a la adjudicación del contrato.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Medical Sorevan, S.L. en cuanto a la acción contra su exclusión, que se anula; y desestimar su recurso en lo que respecta a su acción contra la adjudicación del contrato de suministro expediente 2019000031 “suministro de fundas de compresión neumática para el Hospital Universitario Ramón y Cajal”.

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.