

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

En Madrid, a 11 de abril de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.T.N., en nombre y representación de MBA Incorporado, S.L. (en adelante MBA), 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”, nº 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 dos años, prorrogable hasta una duración máxima de cuarenta y ocho meses.

Segundo.- De acuerdo con el apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) entre las características técnicas de los productos a suministrar se exige que:

- “- Conexión a tobera con mecanismo de retención que evite cualquier posibilidad de desconexión accidental.*
- Fácilmente manipulable, durante la intervención.*
- Entrada para tobera en la parte inferior del cobertor.”*

A continuación establece *“El adjudicatario deberá ceder sin cargo añadido para el Hospital y durante la vigencia del contrato, los equipos calentadores necesarios para cubrir las necesidades asistenciales, que dispondrán de un carro estable que permita transportarlos fácilmente, para el uso del material relacionado anteriormente, reponiendo los equipos averiados en un plazo no superior a 48 horas.*

La formación y el mantenimiento preventivo y correctivo se realizará por la empresa adjudicataria.

CARACTERISTICAS DEL CALEFACTOR:

- Reducido tamaño y ligero.*
- Silencioso y de fácil transporte. Con posibilidad de anclaje.*
- Disponer de una unidad de filtración de aire.*
- Alarmas visuales y audibles para evitar posibles precalentamientos.*
- Alarma de exceso de temperatura para evitar riesgo de quemaduras.*
- Alarmas para control de baja temperatura.*
- Con diferentes posiciones de temperatura.*
- Visor de temperatura.*
- Posibilidad de sujeción (cama o soporte).*
- Ligero y con carro soporte con ruedas.”*

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 de acuerdo con el criterio del informe técnico de 23 de febrero de 2018:

“No cumple las prescripciones técnicas

«En el nº de orden 2 (manta desechable cuerpo superior), la zonas de entrada de la tobera están termoselladas, es necesario cortarlas para su utilización.

En ficha técnica no figura si el calefactor tiene alarmas visuales y audibles, como se solicita en el PPT.»

Mediante Resolución de la Viceconsejería de Sanidad de fecha 20 de febrero de 2018, se adjudica el acuerdo marco a 3M España, S.L. (3M) 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 13 de marzo de 2018, tuvo entrada en el Tribunal, previo anuncio al órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de MBA contra el acto de adjudicación del acuerdo marco. En el recurso solicita la nulidad de la adjudicación, de su exclusión, del acta nº 2 de la Mesa de contratación de fecha 29 de enero de 2018, del informe técnico emitido por la Comisión técnica el 23 de enero de 2018 y la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la formulación del informe técnico y que se proceda a la emisión de un nuevo informe y se valore la oferta de acuerdo con las prescripciones establecidas en el pliego que rige la licitación.

Alega el correcto cumplimiento por parte de MBA de las especificaciones contenidas en el pliego de prescripciones técnicas y sostiene que el PPT no exige ninguna de las características que han determinado su exclusión, que por otra parte afirma son similares a las características de la manta ofertada por una de las empresas que han resultado adjudicataria (3M) y por tanto que la actuación del órgano de contratación es arbitraria o errónea, discriminatoria y contraria al principio de igualdad de trato, por lo que incurre en nulidad. Solicita además la práctica de prueba documental y la suspensión cautelar del procedimiento.

El 23 de marzo de 2018, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el 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 ha respetado escrupulosamente el mandato del artículo 1 y 139 del TRLCSP, ratifica que el acuerdo de exclusión y la resolución de adjudicación son ajustadas a derecho y alega temeridad y mala fe del recurrente por lo que solicita la imposición de la multa y la desestimación íntegra del recurso.

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 concedido 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 exigencias del Pliego por lo que el recurso debe ser desestimado, y previamente opone su inadmisión porque habiendo tenido MBA constancia de su exclusión mediante la publicación del acta nº 2, junto al Informe Técnico de Valoración, en el perfil del contratante en fecha 12 de febrero de 2018, por lo que la impugnación habría de haberse efectuado mediante recurso especial, el plazo de 15 días hábiles habría vencido el pasado 5 de marzo.

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 13 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 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.

Se debe advertir que si bien en el *petitum* MBA solicita “*la nulidad de la adjudicación, la de su exclusión, la del acta nº 2 de la mesa de contratación de fecha 29 de enero de 2018, la del informe técnico emitido por la Comisión técnica el 23 de enero de 2018*”, es decir, de todos los actos previos en los que se basa la resolución de adjudicación, no se trata de una sucesiva impugnación de los actos de trámite, como entiende la adjudicataria en sus alegaciones, por lo que solicita la inadmisión sino de la impugnación de la resolución de adjudicación. No consta ante el Tribunal ningún recurso previo formulado por MBA contra el acta nº 2 de la mesa que, por otra parte, no le fue notificada debidamente a la recurrente sino tan solo publicada en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid.

Quinto.- En cuanto al cumplimiento de las prescripciones técnicas alega MBA que los motivos en que se basa la exclusión no son ciertos: ni la unión de la tobera con la manta desechable está termosellada ni el calefactor carece de alarmas visuales y audibles. Además se trata de unas características no recogidas en el PPT.

Sostiene que cumple todos y cada uno de los requisitos previstos en el PPT y en concreto en lo relativo al sistema de conexión, tal y como especifica la ficha técnica de la manta térmica IOB aportada con la oferta:

“(…)

d) *El sistema de conexión de la tobera con la manta imposibilita su desconexión accidental;*

e) *Su manejo es extremadamente sencillo y no requiere de ningún tipo de instrumento o material complementario;*

f) *Tiene doble entrada para la tobera.”*

Se alega que el informe no afirma que el producto ofertado por MBA no cumpla esas características requeridas. Por el contrario se apunta en el informe que para usar la manta habría que cortar la “*costura termosellada*” de la zona de entrada de la tobera, lo cual reitera el recurrente no es cierto porque ni está termosellada, ni se requiere cortar con ningún instrumento para abrirla ya que para abrirla solo hay que retirar la tela/papel por la línea de puntos aplicando una fuerza mínima -con dos dedos-. Acompaña imágenes demostrativas del sistema y de su uso. Afirma además que el sistema es similar al de la mayoría de productos de estas características del mercado, todas tienen cerrada/sellada la zona de acceso de la tobera y requieren obligatoriamente que para su uso se abra/retire ese sello, incluidos los fabricados por 3M que ha resultado adjudicataria en esta licitación.

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 “*Las zonas de entrada de la tobera están termoselladas, es necesario cortarlas para su utilización.*”

Explica que en el PPT se solicita conexión a tobera con mecanismo de retención, porque se sobreentiende que el tubo debe quedar perfectamente ajustado a la manta para evitar la fuga de aire caliente y garantizar la seguridad del paciente durante el proceso quirúrgico y la manta ofertada por la recurrente no presenta en la zona de entrada de la tobera a la manta dicha conexión, puesto que es una zona

delimitada en los laterales por lo que es necesario CORTAR para abrir, siendo indiferente el mecanismo de apertura que alega MBA. Añade que con ese sistema la tobera no queda perfectamente ajustada a la manta, siendo este un requisito necesario para evitar, como si exige el PPT, *“cualquier posibilidad de desconexión accidental”*.

En el escrito de alegaciones 3M advierte que no ha tenido acceso a las muestras de la recurrente, en poder del órgano de contratación, para poder obtener directamente evidencia de sus alegaciones por lo que solicita que se revise por parte del órgano de contratación y del Tribunal tales circunstancias. Señala que a la vista de las fotografías incluidas en el escrito del recurso (páginas 6 de 26) se aprecia en las mismas a la izquierda del puerto la existencia de una cinta de cuyo fin no explica MBA y presupone que, como en el caso de otros licitadores, la unión de la tobera al cobertor se realiza mediante sujeción con cinta, con pérdida de aire. No siendo una conexión con mecanismo de retención que evite desconexiones accidentales como se solicita en PPT.

Insiste en que:

- No es cierto lo que indica la recurrente de que su puerto dispone de mecanismo de retención, lo que implica el incumplimiento manifiesto de las prescripciones técnicas por parte de la misma.

- No es en absoluto cierto lo que indica la recurrente respecto de que todas las mantas del mercado requieren, obligatoriamente, que para su uso se proceda previamente a abrir o retirar dicho sello de manera similar a como hay que hacer con la manta ofertada por MBA.

- La fotografía de puerto presentada por la recurrente como fotografía de producto 3M no responde en absoluto a la realidad del producto 3M y, *“en nuestra opinión, supone un uso imprudente y erróneo de la imagen presentada como cierta cuando no lo es, así como la emisión de conclusiones no sustentadas ni fundadas”*

con base en dicha imagen, lo que podría llevar a confusión a terceras personas que tengan que adoptar decisiones con base en la misma”. Aporta diversas fotografías describiendo el nº de puertos (1 ó 2), en ambos caso es “el puerto de 3M es cuadrado, no es redondo. Lleva impresa la identificación de la empresa. Lleva impresos avisos de seguridad. Está precortado. No requiere manipulación alguna, sólo enchufar la tobera en el puerto empujando la misma. Tiene el mecanismo de retención en el propio puerto por el diseño del mismo y de la tobera, además de mecanismos adicionales de retención que no proceden en estas alegaciones puesto que no forman parte del elemento a discutir.”

Concluye que el órgano de contratación ha ajustado su actuación a lo establecido en los Pliegos y, por ello, no cabe otra cosa que afirmar que en su actuación ha mostrado su pleno respeto por los más elementales principios de la contratación pública y especialmente por los principios de igualdad de trato y transparencia que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración.

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.

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 y si esos incumplimientos han sido reflejados en el correspondiente informe técnico y la Resolución de adjudicación como causas de la exclusión.

En el PPT la denominación del producto y descripción de sus características indica solamente *“Conexión a tobera con mecanismo de retención que evite cualquier posibilidad de desconexión accidental”*, sin especificar cuál debe ser el sistema de conexión y sus características (tamaño, forma, sistema de apertura o cierre) excepto que debe evitar cualquier posibilidad de desconexión. Por otro lado el informe técnico como señala la recurrente no se refiere a esta característica como motivo del incumplimiento sino que se limita a exponer que *“la zonas de entrada de la tobera están termoselladas, es necesario cortarlas para su utilización”*.

Comprueba el Tribunal que el motivo alegado por el órgano de contratación como supuesto incumplimiento del PPT, sin especificar si la entrada de la tobera a la manta ofertada consta o no de mecanismo de retención exigido para quede ajustado

perfectamente y evite la desconexión accidental, no responde a ninguna de las exigencias del citado PPT.

El órgano de contratación en su informe al recurso sostiene que se ha comprobado tanto formalmente, a través de las fichas de los productos, como físicamente, mediante el análisis de las muestras entregadas, que el producto ofertado no cumple porque la conexión del calefactor a la manta se realiza por una entrada que no considera *“queda perfectamente ajustada”* y si bien no se pronuncia expresamente sobre la existencia de un mecanismo de retención, el hecho de que la entrada no quede perfectamente ajustada, significa que no se cumple la característica exigida, sin embargo no es esa la causa que le ha sido notificada a la empresa.

Por lo que no siendo, a juicio del Tribunal, correcta la motivación del órgano de contratación, procede estimar el recurso por este motivo no siendo ajustada a derecho la excusión basada en el incumplimiento de esta característica.

Sexto.- En segundo lugar, alega el recurrente que en el informe de la Comisión Técnica se indica como incumplimiento el que en la ficha técnica no figura si el calefactor tiene alarmas visuales y audibles *“como se solicita en el PPT”*. Sin embargo, lo que prevé el PPT es que el calefactor ha de estar dotado de:

- a) alarmas visuales y audibles para evitar posibles precalentamientos;
- b) alarma de exceso de temperatura para evitar riesgo de quemaduras;
- c) alarmas para control de baja temperatura.

Es decir, lo esencial es que el calefactor tenga esas alarmas, no que en su ficha técnica se especifiquen todas y cada una de ellas. Especificaciones que tampoco constan en las fichas técnicas de las adjudicatarias.

Reitera que la exclusión de su oferta es arbitraria y discriminatoria en la medida en que, en atención a la previsión del artículo 150.3.f) del TRLCSP, el informante tendría que haberse limitado a respetar y cumplir el PPT -que el sistema

de conexión de la tobera con la manta imposibilite su desconexión accidental y que el calefactor posea las alarmas requeridas- y no a establecer criterios de exclusión no previstos en la convocatoria, vulnerando los principios que informan la contratación pública y contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1 y 139 del TRLCSP, y el 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- y la doctrina mantenida por los Tribunales en relación con la procedencia de la exclusión de un licitador por incumplimiento de las prescripciones contenidas en los pliegos: únicamente procede cuando hay un incumplimiento expreso; y cita la Resolución n.º 815/2014, de 31 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El órgano de contratación en el informe al recurso opone que las fichas técnicas que aportan los ofertantes son el documento fundamental que permite comprobar y asegurar que los productos ofertados cumplen con las características que se solicitan en el PPT por lo que es imprescindible que los requisitos exigidos para las alarmas figuren en las fichas técnicas. Añade que de la comprobación física de las muestras no se obtiene toda la información técnica de los productos. Nada alega al respecto 3M.

El Tribunal considera que un procedimiento con entrega de muestras el órgano de contratación no puede considerar causa de incumplimiento que no se puede comprobar que la alarma se pone en funcionamiento -se ve y se escucha- en determinadas condiciones, en concreto en caso de precalentamiento, y que lo determinante es que tales funcionalidades figuren en la ficha técnica.

Las fichas técnicas definen las características esenciales-exigibles por normativa específica- o generales de uso del producto pero están diseñadas en función de una tipología de usuarios sin singularizar en función de las preferencias que cada uno pueda tener. Precisamente la entrega de muestra tiene con fin comprobar que todas las características de la licitación se cumplen, tanto las que expresamente figuren en la ficha técnica como otras singulares para el órgano de

contratación, pero de menor relevancia para el fabricante.

Lo esencial es verificar que el producto cumple todo lo exigido en el PPT, y no que en la ficha consta todo lo exigido en el PPT.

En este caso, comprueba el Tribunal que en la ficha del SISTEMA DE CALENTAMIENTO FORZADO IOB consta:

“DESCRIPCIÓN DEL PRODUCTO

Las mantas de calentamiento IOB usan difusión controlada, evitando la obstrucción del flujo de aire, la levitación, y proporcionando un calentamiento superior. Son fáciles de utilizar por su diseño único y las múltiples entradas de aire hacen que la calidad de este producto sea perfecta.

CARACTERÍSTICAS

- *Contador de tiempo incorporado que hace fácil supervisar el uso y el buen mantenimiento del sistema.*
- *Alarmas por altas y bajas temperaturas que aportan seguridad.*
- *El filtro de aire de 0.2 micras de alta eficiencia reduce las partículas en suspensión en el aire y garantiza una entrega de aire limpio.*
- *Interfaz avanzada: 4 selecciones de temperatura (ambiente, 32°C, 38°C, 43°C) mostradas en lectura digital grande para satisfacer todas las necesidades de terapia.*
- *La detección de temperatura del extremo de la manguera asegura una precisa entrega de la temperatura del aire.*
- *La unidad de calentamiento es de pequeño tamaño y libera espacio de trabajo. El peso ligero del mismo, hace que el transporte y la preparación sea más cómoda.*
- *La unidad de calentamiento es silenciosa y se puede colocar convenientemente debajo de la mesa de operaciones, la cabeza o el pie final.*
- *Función de variación de flujo de aire.”*

Nada consta en cuanto a que las alarmas sean visuales y audibles para evitar precalentamientos pero el órgano tampoco confirma que haya comprobado que el

equipo no disponga de dicho control sino tan solo que no se indica en la ficha técnica.

Este Tribunal considera que procede estimar parcialmente el recurso debiendo retrotraer el procedimiento al momento en que el órgano de contratación debió comprobar si era posible la existencia de las alarmas exigidas en el Pliego y en caso contrario, pedir aclaración a la empresa sobre esta cuestión y motivar adecuadamente que el producto ofertado por MBA cumple o no la exigencias definidas en el PPT, respecto de esta característica.

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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.T.N., en nombre y representación de MBA Incorporado, S.L 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, anulando la resolución y debiendo retrotraer el procedimiento al momento en que se debió comprobar si el producto ofertado por MBA cumplía exactamente las características exigidas en el Pliego o de no ser posible, pedir aclaración sobre las características controvertidas a la empresa.

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.