

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

En Madrid, a 14 de junio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.O.A., en nombre y representación de Medtronic Ibérica S.A., contra el Decreto del Delegado del Área de Salud, Seguridad y Emergencias de fecha 28 de abril de 2017, por el que se adjudica el lote 9 del contrato “Suministro de material de electromedicina para la Subdirección General de SAMUR-Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente 195/2016/00001, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13 y 15 de septiembre de 2016 se publicó el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, respectivamente en el DOUE y en el BOE, poniéndose los pliegos a disposición de los licitadores el 19 de septiembre de 2016, mediante procedimiento abierto a adjudicar por único criterio, el precio, y dividido en 9 lotes. El valor estimado del contrato es de 1.197.497,41 euros.

Segundo.- El apartado 1.13 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) exige para la acreditación de la solvencia técnica o profesional, de acuerdo con el artículo 77.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,

aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) que se entreguen: *“Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.*

Requisitos mínimos de solvencia: Muestra y documentación técnica, en idioma español, de cada uno de los artículos a suministrar.”

Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) define las características técnicas de los productos incluidos en el lote 9:

“2.9 Lote 9. Capnógrafo.

Incorporará dos técnicas de monitorización de tecnología avanzada en un monitor portátil. La tecnología CO₂ Microstream™ que asegura una monitorización del CO₂ efectiva, tanto para pacientes Intubados como no Intubados. Y la Oximetría Avanzada OXIMax Que proporciona un excepcional rendimiento en pulsioximetría Incluso en situaciones de baja perfusión e Interferencias de la señal.

Capnografía Microstream:

- *El monitor proporcionará una capnografía con una onda en la pantalla bien definida y con datos de tendencias.*
- *Para pacientes ventilados mecánicamente y para pacientes Intubados.*
- *Bajo flujo de muestreo de 50ml/min, permite una monitorización en la mayoría de los pacientes, desde neonatos a adultos.*
- *Monitorización fiable del CO₂, Incluso en ambientes húmedos Innovadoras mejoras ópticas, garantizan mediciones precisas a partir de pequeñas muestras.*

Pulsioximetría Oximax.

- *Monitorización precisa, incluso en combinación con el movimiento del paciente o pulso débil.*
- *Proporciona tendencias gráficas y onda pletismográfica.*

Capnógrafo:

- *Rango de lectura: 0 a 99 mm Hg (0-13 2 kPa y 0-13 0 vol% a nivel del mar)*

- *Rango de muestreo: 50±7.5 ml/min.*
- *Tiempo de calentamiento 30 segundos en condiciones normales, se alcanza el estado estacionario de precisión a los 20 minutos del encendido.*
- *Precisión 0 a 39 mm Hg±2 mm Hg Lectura de 39 a 99 mm Hg±5%*
- *Frecuencia de respiración de 0 a 150 respiraciones por minuto*

Pulsioxímetro:

- *Rango de lectura SpO₂.0% a 100%*
- *Frec Cardíaca 20 a 250 latidos por minuto (lpm)*
- *Precisión. Saturación (%SpO₂ ±1 SD): Baja perfusión 70% a 100% ±2 dígitos*
- *Frecuencia cardíaca. Baja perfusión 20 a 250 lpm±3 dígitos*
- *Alimentación Entrada AC de 100-230 VAC @ 60/50 Hz”*

Tercero.- Al lote 9 han licitado dos empresas, Helianthus Medical y la recurrente.

Según consta en el informe de apreciación de la solvencia técnica de fecha 10 de noviembre de 2016 en relación a las muestras *“una vez examinadas se comprueba que la oferta cumple los requisitos exigidos en los pliegos.*

Por tanto, se considera que acredita la solvencia técnica objeto de este informe para el lote 9”.

Según el acta de la mesa de contratación correspondiente al acto público celebrado el 16 de noviembre de 2016 tras la apertura de las proposiciones económicas presentadas a la licitación, se acuerda proponer la adjudicación a Helianthus por ser la oferta económicamente más ventajosa, con un porcentaje de baja único del 7,67% a aplicar sobre todos los productos que componen el lote, frente a la oferta presentada por la empresa Medtronic Ibérica, que ofertó una baja del 0%, solicitando esta última vista del expediente que efectúa el 29 de noviembre.

Con fecha 28 de abril de 2017 el Delegado del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid acordó la adjudicación del

contrato, notificándose el 3 de mayo a los licitadores, a la vista de lo cual nuevamente Medtronic solicita vista del expediente que lleva a efecto el 19 de mayo.

Cuarto.- El 24 de mayo de 2017, la empresa Medtronic presentó recurso especial en materia de contratación solicitando que se anule el acuerdo de adjudicación a favor de Helianthus y acuerde la retroacción de las actuaciones para que por parte del órgano de contratación se adopte una nueva resolución por la que se adjudique el contrato a Medtronic por ser la única licitadora que ha superado el umbral técnico previsto en el PPT.

Con fecha 29 de mayo de 2017 el órgano de contratación remitió copia del expediente administrativo junto con el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, en el que concluye que efectivamente la adjudicataria no cumple el requisito de solvencia técnica, todo ello de acuerdo con el informe emitido por los técnicos de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil el 29 de mayo de 2017, haciendo constar que el cumplimiento de la solvencia técnica además del resto de requisitos establecidos en el PCAP de la empresa Medtronic Ibérica S.A., todavía no ha quedado acreditado, al haber optado la citada empresa por presentar el documento europeo único de contratación (DEUC), ya que la documentación a la que sustituye este documento sólo es solicitada en caso de resultar propuesto como adjudicatario.

Quinto.- Con fecha 30 de mayo de 2017 por la Secretaria del Tribunal se concede a la adjudicataria propuesta trámite de alegaciones. En primer lugar alega que el dispositivo ofertado LifeSense II se ajusta y en algunos casos mejora las prescripciones técnicas.

Sexto.- Con fecha 31 de mayo de 2017 el Tribunal acuerda mantener la suspensión automática de la tramitación del lote 9 del referido expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Medtronic ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo resulta acreditada la representación de la firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la notificación del acuerdo de adjudicación se produjo el 3 de mayo de 2017 y el recurso se presentó el día 24 del mismo mes.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.

Quinto.- El recurso fundamenta la pretensión de anulación del acto impugnado, en el incumplimiento de las prescripciones técnicas de la licitadora adjudicataria por varios motivos que se indican a continuación:

- El capnógrafo de Helianthus no dispone de tecnología CO₂ Microstream.
- El capnógrafo de Helianthus no dispone de oximetría Oximax.
- El capnógrafo de Helianthus no funciona con bajos flujos de muestreo de 50 ml/min.

- El capnógrafo de Helianthus tampoco cumple el rango de frecuencia de respiración previsto en el PPT.
- El capnógrafo de Helianthus no cumple con la precisión de saturación solicitada en baja perfusión de ± 2 dígitos.

Como reiteradamente han afirmado los tribunales de contratación, 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.

Los pliegos deben aportar toda la información técnica relevante que facilite la preparación de cara a la presentación de ofertas por parte de las empresas participantes en la licitación, como señala la Comisión Nacional de la Competencia en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España, que publicó en 2011.

Nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

El artículo 117.8 dispone que, salvo que el objeto del contrato lo justifique, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, una patente o a un tipo, a un origen, o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Por ello no es conveniente copiar las características de los productos a adquirir del folleto de

alguno de los productores ni hacer referencia a una determinada tecnología para conseguir la finalidad que se pretende con la contratación. Tal mención o referencia se autoriza con carácter excepcional en el caso de que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada del término equivalente.

Asimismo la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, que en su artículo 60.2, establece que *“las especificaciones técnicas deberán otorgar a los operadores económicos el acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*. Igualmente este precepto señala las posibles maneras de formular las especificaciones técnicas y prohíbe que se mencionen una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, o hagan referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada.

Alega Helianthus que Microstream es una marca registrada por Medtronic, por lo cual ninguna otra empresa puede ofrecer exactamente esa tecnología, pero los pliegos desarrollan con minuciosidad los requisitos que han de ofrecer los capnógrafos por lo que parece claro que no se ha pretendido una tecnología concreta.

De no estar de acuerdo con el planteamiento técnico explicitado por la Administración en la redacción de los pliegos, la licitadora Helianthus debería haber recurrido el pliego en la forma y plazo legalmente previstos, para poder defender que una tecnología diferente a la solicitada por el órgano de contratación habría podido cumplir con los fines que se persigue satisfacer con el contrato.

Como es sabido, los Pliegos no impugnados y aceptados incondicionalmente mediante la presentación de oferta (artículo 145 del TRLCSP), 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, según lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Procede, en consecuencia, analizar cada uno de los alegados incumplimientos de las condiciones técnicas.

1.- El PPT requiere concretamente la “*tecnología CO₂ Microstream™*”.

El Capnógrafo ofertado por la recurrente utiliza la tecnología denominada *sidestream*.

Afirma Medtronic que el PPT exige literalmente que toda licitadora debe ofertar un capnógrafo con tecnología Microstream, requisito que incumple Helianthus ya que el dispositivo ofertado, LifeSense II de Nonin, utiliza otra tecnología completamente diferente a la exigida -Sidestream- y cuyas características además difieren de las descritas por el órgano de contratación, todo lo cual se comprueba en el manual de instrucciones aportado por la propia licitadora y en la ficha técnica del monitor LifeSense II. Las consecuencias son que al no seleccionar de forma exclusiva la medición del CO₂, su lectura puede verse afectada y el valor EtCO₂ puede no ser real.

El órgano de contratación manifiesta que el informe de solvencia técnica se realizó con el examen exclusivamente de la muestra y los documentos aportados y requeridos, en concreto, el manual de instrucciones del capnógrafo, de acuerdo con lo cual se concluyó que sí cumplía las exigencias del PPT porque:

- El monitor proporciona una capnografía con una onda en la pantalla bien definida y con datos de tendencias, para pacientes ventilados mecánicamente y para pacientes intubados.
- el PPT exige la monitorización “fiable” del CO₂ y no de forma exclusiva, ya que al realizarse al final de la espiración o exhalación, es común a todos la presencia de otros gases.
- En cuanto al valor EtCO₂ también cumple porque advierte el manual de instrucciones que para solventar sin mayores disquisiciones el mencionado problema se recomienda desconectar unos segundos el oxígeno suplementario para establecer una línea de base.

No obstante, finalmente concluye que la monitorización del CO₂ no es fiable porque, como advierte la recurrente, el manual de instrucciones del capnógrafo analizado (Pág. 69) indica que *“la precisión de EtCO₂/CO₂: ± 0.2 KPal ± 2mm Hg, +8% de la lectura (...) La concentración de CO₂ y EtCO₂ puede ser falsa, lo que indica una elevada presencia de oxígeno nitroso y de otros gases interferentes”*.

El adjudicatario alega que el dispositivo LifeSense II cumple e incluso mejora todas las condiciones exigidas en el PPT, por lo que tras ser evaluado fue aceptado el capnógrafo ofertado. Advierte que Microstream es una marca registrada de Medtronic, por lo cual ninguna otra empresa puede ofrecer exactamente esa tecnología, lo que justifica que los pliegos técnicos además desarrollen con minuciosidad los requisitos que han de ofrecer los capnógrafos que es lo esencial y no la tecnología que se utilice. Sostiene que en el manual lo que se hacen son advertencias y se aconsejan medidas de precaución para garantizar que la medición sea fiable y real.

Resulta acreditado que la referencia ofertada y la muestra presentada no reúnen las características requeridas del producto, lo cual supone un incumplimiento del PPT. En este caso el incumplimiento resulta indubitado al ser reconocido por la

propia recurrente y el órgano de contratación, por consiguiente debe estimarse el recurso por este motivo.

2.- Oximetría Oximax.

Según se indica en la página 68 del manual de instrucciones *“la frecuencia de pulso y el SpO₂ se miden con un sensor de pulsioximetría PureLight de Nonin”* y en la ficha técnica del *producto ofertado consta “el monitor utiliza la tecnología PureSat para la medición de la SpO₂”*. Se trata, por tanto, de una tecnología diferente a la exigida en el PPT.

Alega Helianthus que Oximax es una marca registrada, que de ser requerida tal cual en las PPT se estarían incumpliendo las normas de libre concurrencia dando apariencia de concurso cuando estaba dirigido a una determinada empresa.

Como hemos señalado la referencia una determinada tecnología no se adecua a las normas de establecimiento de las prescripciones técnicas del artículo 117 del TRLCSP, sin embargo la recurrente que tuvo acceso a los pliegos y pudo impugnarlos pero no hizo uso de tal derecho y los aceptó, no siendo admisible que en fase de valoración de las ofertas se relativicen las condiciones técnicas, pues ello permitiría precisamente que se acepten ofertas que no cumplan los requisitos mínimos exigidos y no fueran comparables las ofertas.

3.- Flujos de muestreo de 50 ml/min.

El capnógrafo LifeSense II ofertado por la recurrente precisa de un volumen de muestra necesario de 75ml/min con una precisión de flujo de +/- 15 ml/min Es decir, aun admitiendo un rango de error de +/- 15 ml/min se alcanzaría un volumen de muestra superior a los 50 ml/min necesarios para pacientes neonatos o de bajo flujo.

4.- Rango de frecuencia de respiración.

El PPT exige literalmente que el dispositivo ofertado cuente con una frecuencia de respiración de 0 a 150 respiraciones por minuto.

El capnógrafo ofertado por Helianthus no cumple el rango de frecuencia de respiración solicitado en el PPT, pues según se indica en la página de 69 del manual de instrucciones el intervalo de respiración del capnógrafo LifeSense II es de “0 a 99 respiraciones/minuto”, no alcanzando los 150.

5.- Precisión de saturación solicitada en baja perfusión de ± 2 dígitos.

La página 67 del manual de instrucciones del capnógrafo indica que la tecnología empleada -PureSat- tiene una precisión de ± 3 dígitos en condiciones de baja perfusión. En idéntico sentido apunta la ficha técnica de la tecnología PureSat Advantage, donde en el apartado de condiciones de baja perfusión expresa que su capnógrafo tiene una precisión de ± 3 dígitos y no de ± 2 dígitos como así exige el PPT.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 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 el recurso especial, interpuesto por doña M.O.A., en nombre y representación de Medtronic Ibérica S.A., contra Decreto del Delegado del Área de Salud, Seguridad y Emergencias de fecha 28 de abril de 2017, por el que se adjudica el lote 9 del contrato “Suministro de material de electromedicina para la Subdirección General de SAMUR-Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid”,

número de expediente 195/2016/00001, anulando la adjudicación de dicho lote, debiendo retrotraer el expediente y adjudicar el lote 9 a la oferta que resulte económicamente más ventajosa previo cumplimiento de los requisitos del artículo 151.2 del TRLCSP.

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.