

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

En Madrid, a 10 de octubre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación formulado por don P.F.C., en nombre y representación de Schmitz U Sohne Ibérica, S.L., contra la Resolución, de fecha 28 de agosto de 2018, de adjudicación del lote 2 del expediente de contratación PA40/2018 “Adquisición de equipamiento para bloque quirúrgico en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, lote 2 “Mesas quirúrgicas”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 9 y 25 de junio se publicó en el DOUE y se pusieron los Pliegos a disposición de los interesados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y el 4 de julio se publicó en el BOCM, la convocatoria de la mencionada licitación para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, y con valor estimado del contrato que asciende a 1.658.109,10 euros.

Interesa señalar en relación con los motivos del recurso que el objeto del contrato está dividido en seis lotes, pudiendo licitar a uno, varios y a todos los lotes y con admisión de ofertas integradoras.

El PPT establece para el lote 2 Mesas Quirúrgicas, compuesto por ocho mesas quirúrgicas, entre otros, los siguientes requisitos mínimos:

*“Trend y Anti-Trend: +/- 30º”*

*“Telemando inalámbrico con estación de carga.”*

**ACCESORIOS:**

**a) CIRUGÍA:**

- 1 x Porta piernas hidráulico tipo Allen (o equivalentes).

(...)

**b) OTORRINOLARINGOLOGÍA:**

- 1 x Cabezal específico de otorrinolaringología hidráulico.

**d) UROLOGÍA:**

- 1 x Porta piernas hidráulico tipo Allen (o equivalentes).

**e) TRAUMATOLOGÍA:**

- Accesorios para traumatología y ortopedia:

*2 x Placas de soporte laterales para cirugía de hombro.”*

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron 10 licitadoras entre ellas la recurrente. Con fecha 27 de agosto de 2018 la Mesa de contratación calificó la documentación presentada por la empresa Getinge Group, acordando elevar al Órgano de contratación su propuesta de adjudicación, para los lotes 2 y 3.

Mediante Resolución del Director Gerente de Hospital Universitario Severo Ochoa de 28 de agosto de 2018, se adjudica el lote 2, objeto de este recurso, a Getinge Group Spain, S.L. (en adelante Getinge). La Resolución ha sido notificada y publicada en el perfil de contratante el mismo día.

Consta en el expediente que la recurrente solicitó el 14 de agosto al órgano de contratación tomar vista del expediente, lo que se verificó el 22 de agosto de 2018.

El 3 de septiembre de 2018, tuvo entrada en Tribunal, previo anuncio al

órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Schmitz U Sohne Ibérica en el que alega que la Mesa quirúrgica ofertada por la adjudicataria y por la licitadora clasificada en segundo lugar, no cumplen las prescripciones técnicas previstas para el presente procedimiento de contratación, por lo que debieron ser excluidas. Solicita además la suspensión del procedimiento.

El 4 de septiembre de 2018, la Secretaria del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del recurso junto con copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se 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 (LCSP), lo que cumplimentó el 21 de septiembre de 2018, solicitando la inadmisión del recurso por extemporáneo toda vez que el Acuerdo de admisión de licitadoras se adoptó en la sesión de la mesa celebrada el 6 de agosto, por lo que la recurrente desde ese momento tenía conocimiento de la posible infracción al ser puesto de manifiesto a los asistentes y publicado en el Portal el acta y los informe técnicos.

En cuanto al fondo solicita la estimación parcial del recurso en relación a las cuestiones alegadas sobre la oferta de Insanex, segunda clasificada, al haber comprobado que existen ciertas diferencias entre algún requerimiento técnico exigido y los ofertados que no pueden considerarse equivalentes, por lo que no debería haberse admitido esta oferta, oponiéndose a la estimación en el caso de la adjudicataria que afirma sí cumple todos los requisitos del PPT.

**Tercero.-** Con fecha 19 de septiembre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

**Cuarto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP,

concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo formulado Getinge su oposición al recurso por entender acreditado el cumplimiento del requisito discutido por la recurrente.

## 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 recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora clasificada en tercer lugar, licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP) en tanto que la eventual estimación del recurso le coloca en posición de poder obtener la adjudicación del contrato al pretender la exclusión de las dos primeras clasificadas.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El órgano de contratación se opone a la admisión del recurso por extemporáneo afirmando que según lo establecido en el artículo 44.2.b) de la LCSP son recurribles los actos de la Mesa en los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 por lo que habiéndose celebrado en sesión pública la Mesa de contratación de fecha 6 de agosto, en la que se procedió a la lectura en acto público del informe de cumplimiento técnico, publicándose el acta y el informe el mismo día en el Portal de Contratación así como el anuncio en el Tablón de anuncios de la convocatoria que informaba de las ofertas admitidas y excluidas, el recurso es extemporáneo.

Como ya concluía este Tribunal en la Resolución 61/2013, de 24 de abril, aplicable en sus fundamentos a pesar de la entrada en vigor de la nueva LCSP “*La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4, obliga a concluir que la Ley ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince hábiles días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 del TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.*

*En este sentido se pronuncia la Circular 3/2010, de la Abogacía General del Estado y este Tribunal en diversas Resoluciones entre las que cabe citar la 56/2011, la 67/2011 o la 77/2012. Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado y también lo comparte este Tribunal, como lo ha manifestado en las Resoluciones mencionadas, que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con inclusión de los recursos que procedan. Si el licitador no recurriera el acto de exclusión en plazo, debidamente notificado, el acto devendría firme, y no podrá impugnarla en ocasión de la adjudicación.”*

De esta forma el alcance de la publicación y de la notificación de los actos que se dicten en el seno del procedimiento de licitación no es el mismo, sin que pueda atribuirse a una mera publicación de un acto que no exige su notificación a los efectos de la interposición de recurso, los mismos efectos que a dicha notificación.

En congruencia con lo anterior, se ha realizado la comunicación a los licitadores admitidos y excluidos por medio del Tablón de anuncios pero ni el

correspondiente anuncio ni el acta mencionan las posibilidades de recurso, no pudiendo dicha comunicación surtir los efectos de una notificación.

Tal y como informa en la web del Tribunal *“En el caso de notificaciones defectuosas o deficientemente motivadas: Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 1 del artículo 50 de la LCSP/2017 aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 35.2 de la LPACAP, o en el artículo 151 de la LCSP/2017, en cuyo caso el recurso podrá ser fundado en esta circunstancia.*

*Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 40.2 de la LPACAP, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.”*

En este caso en cuanto al inicio del cómputo del plazo la Resolución impugnada fue adoptada el 28 de agosto de 2018, practicada la notificación el mismo día, de forma que este día constituye el *dies a quo* del cómputo del plazo que finalizaría el 18 de septiembre de 2018.

El recurso ha sido interpuesto el 3 de septiembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo importe es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** De los seis requisitos enumerados en los antecedentes de hecho establecidos en el PPT para el lote 2, la recurrente afirma que la adjudicataria

incumple el primero de ellos y la segunda clasificada los cinco restantes.

Como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos [Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)], de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 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.

Debe además considerarse que 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.

La presentación de una oferta, según el artículo 139 de la LCSP supone la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos. El incumplimiento de las condiciones técnicas de participación supone la presentación de una oferta distinta a lo requerido por el órgano de contratación para satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. La sanción que se aplica al licitador que presente una oferta no ajustada a las prescripciones técnicas, es la exclusión de su oferta.

Procede, por tanto, analizar cada una de las especificaciones y el incumplimiento alegado por el recurrente así como lo manifestado por el órgano en su informe, advirtiendo que la legitimación del recurrente está condicionada a la estimación de todos los motivos de su impugnación.

Respecto de los incumplimiento alegados de la oferta de la adjudicataria afirma Schmitz que el modelo ofertado por Getinge (mesa Mera 7200), según consta

en el catálogo disponible en su página web, tiene un Trendelenburg de 25°, careciendo de un Trendelenburg de 30° como se solicita en el PPT publicado.

Opone el órgano de contratación que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 157.5 de la LCSP el Servicio Promotor del expediente, ha emitido un informe de fecha 17 de septiembre de 2018 acerca de las alegaciones del recurso, en el que afirma que *“Revisada la oferta técnica presentada por Getinge Group Spain S.L.U. se señala en la página 9 que la mesa quirúrgica MAQUET Mod. Meera cumple con el requerimiento de ‘Trend y Anti-Trend +/- 30°’ ya que alcanza hasta 35°. Si bien en el catálogo se señala, como dice el recurrente, que alcanza 25°, seguidamente se indica que en su función inversa se consigue un Trendelenburg de 35°.”*

Igualmente Getinge en sus alegaciones afirma que en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación se exige Trend y Anti-Trend de +-30°, no indicándose si ese Trend o Anti-Trend debe ser en posición normal o en posición inversa y que en el catálogo publicado y que adjunta a su escrito las mesas quirúrgicas ofertadas consiguen un Trend de 25° en posición normal y un Trend de 35° en posición inversa, lo cual supera por tanto las especificaciones mínimas requeridas.

Comprueba el Tribunal que el TREND se refiere a la inclinación longitudinal de la mesa y que en la oferta técnica de Getinge (pág. 9) se indica - Trend y Anti-trend  $\pm 30^\circ$  y asimismo en el catálogo (pág. 5) consta:

*“Trendelenburg de 25°.*

*Trendelenburg inversa de 35°: especialmente para las posiciones del paciente sentado o de pie en la cirugía bariátrica.*

*(...) Modo inverso.*

*Como es obvio, también puede usar MEERA en el modo normal e inverso: para el posicionamiento del paciente girado a 180° con el fin de mejorar la flexibilidad. En el extremo de la cabeza o de los pies pueden fijarse diversos dispositivos según sea necesario.”*



Tratándose de un criterio técnico, el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”*.

La mesa quirúrgica ofertada dispone de 35º de Trend y Anti-trend y el PPT no especifica si se requiere para el uso normal o inverso o ambos, por lo que tal y como afirma el órgano de contratación se debe concluir que la Mesa cumple lo requerido en el PPT.

En consecuencia, se debe desestimar el recurso por este motivo. La desestimación del recurso contra la adjudicación del lote 2 a la empresa clasificada en primer lugar conlleva necesariamente la inadmisión de los restantes motivos

referidos a la segunda clasificada, puesto que en este momento la recurrente carece de legitimación ya que la hipotética exclusión de la empresa ningún beneficio le depararía ya que no podría en ningún caso ser adjudicataria del contrato.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46 de la LCSP 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 en materia de contratación formulado por don P.F.C., en nombre y representación de Schmitz U Sohne Ibérica, S.L., contra la Resolución, de fecha 28 de agosto de 2018, de adjudicación del expediente de contratación PA40/2018 “Adquisición de equipamiento para bloque quirúrgico en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, lote 2 “Mesas quirúrgicas”.

**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 el mantenimiento de la suspensión acordada el 19 de septiembre de 2018.

**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.