

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

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don J.R.S. de los Ríos y don S.S.R., en nombre y representación de Dräger Medical Hispania, S.A., contra la Resolución de la Gerencia del Hospital Universitario Severo Ochoa de fecha 28 de agosto de 2018, por la que se adjudica el lote 3 “Mesas de anestesia” del contrato “Adquisición de equipamiento para bloque quirúrgico en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, número de expediente P.A.48/2018, 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 3 “Mesas de Anestesia”, que estará compuesto por ocho mesas de anestesia con, entre otros, los siguientes requisitos mínimos:

- *Batería con más de 90 minutos de autonomía.*
- *Unidad de paciente calefactada activamente.*
- *Mecanismo de impulsión de gases por medio de pistón o inyectores”.*

Por otra parte el PCAP en la cláusula 1.8 al establecer los criterios de adjudicación atribuye un máximo de 40 puntos a otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, y en concreto entre los ocho criterios valorables para el lote 3, dos son:

“Software de predicción de AA

- *Sí 5 Puntos.*
- *No 0 Puntos*

Módulo para medición de temperatura central epicutánea

- *Sí 5 Puntos*
- *No 0 Puntos”.*

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron diez licitadoras y al lote 3 cinco, 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 el lote 3.

Mediante Resolución del Director Gerente de Hospital Universitario Severo Ochoa de 28 de agosto de 2018, se adjudica el lote 3, 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 24 de agosto al órgano de contratación tomar vista del expediente, lo que se verificó el 28 de agosto de 2018.

El 14 de septiembre de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Dräger en el que alega en primer lugar, que la adjudicataria ha incumplido la obligación de presentar la documentación en castellano. En cuanto al cumplimiento de otros requisitos de la licitación afirma que la Resolución de adjudicación vulnera los principios básicos de la contratación ya que la mesa de anestesia 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. Además, advierte del error en la valoración de los criterios de adjudicación respecto de la oferta de General Electric, clasificada en segundo lugar.

El 14 de septiembre de 2018, la Secretaria del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión de la copia del expediente de contratación y del 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 4 de octubre 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 General Electric Healthcare (en adelante G.E.), 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, por los motivos que se analizaran si procede, al entrar a conocer del recurso.

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, habiéndolas presentado Getinge, el día 15 de octubre de 2018, previa toma de vista del expediente en la sede de este Tribunal llevada a efecto el 11 de octubre y General Electric Healthcare España S.A el 17 de octubre.

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, *“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 se menciona 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 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, 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 14 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 tres requisitos mínimos establecidos para el lote 3 en el PPT y enumerados en los antecedentes de hecho, la recurrente afirma que los incumplen tanto la adjudicataria como la segunda clasificada, esto último es reconocido por el órgano de contratación. Alega el recurrente además que G.E. tampoco ha acreditado el cumplimiento de los dos criterios evaluables mediante fórmula matemática referidos anteriormente.

El órgano de contratación admite el incumplimiento en la oferta de la segunda clasificada. Como manifestara este Tribunal en su Resolución número 45/2015, de 11 de marzo, *“El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP -actual 57.2 de la LCSP- establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativo, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (art. 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este*

Tribunal a conocer el fondo de la cuestión (...)”.

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 (artículo 139 de la vigente LCSP) 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.

Afirma Dräger haber constatado respecto del modelo Carestation 650 ofertado por G.E. los siguientes incumplimientos:

1. Batería con más de 90 minutos de autonomía.

A pesar de que en el documento de cumplimiento de especificaciones mínimas, G.E. declara que cumple el requisito en un documento oficial como es la Ficha Técnica (página 4) se indica *“Batería de reserva-tiempo de batería demostrado de 90 min con la carga completa lo que soporta la funcionalidad completa del sistema y la ventilación”*, en ningún caso el tiempo consignado es superior a 90 minutos y deja en entredicho la veracidad de la afirmación descrita en el documento de cumplimiento de mínimos.

Explica que si bien es cierto que en los criterios evaluables, en el punto donde se solicita *“Autonomía de la batería del respirador >120 min”* la empresa licitadora responde: *“Sí. La batería del Respirador junto con el SAI incorporado a la oferta aumenta la autonomía del sistema hasta los 125 minutos”*, el criterio que se solicita en los Pliegos Técnicos evidencia que se trata de la batería que incorpora el equipo de anestesia ofertado, es decir, exige el dato oficial de una ficha técnica o de un manual de usuario que aporte la veracidad de la característica solicitada. La incorporación de elementos externos adicionales, como un SAI (Servicio de Alimentación Ininterrumpida), del cual no se especifica nada en la oferta, no debe valorarse en ningún caso como una propuesta válida de cumplimiento, ya que no se refiere a una cualidad propia del equipo ofertado.

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 tanto en la oferta técnica como en la ficha técnica aportada por G.E. se señala que tiempo de batería demostrado es de 90 minutos con carga completa, por tanto la Carestation 650 cumple lo requerido en el PPT porque entiende que la expresión *“con carga completa”* no tiene repercusión práctica ya que la necesidad clínica que se pretende cubrir con este requisito es garantizar el funcionamiento del aparato en caso de corte del suministro eléctrico durante un tiempo lo bastante

prolongado que permita encontrar un sistema alternativo de ventilación.

Por su parte GE alega que ha demostrado que la batería ofertada si cumple el criterio siempre que se encuentre a plena carga.

Comprueba el Tribunal que en la oferta técnica de G.E. figura que:

“Batería de gran capacidad que proporciona, en caso de que se produzca un corte o fallo de energía, capacidad de funcionamiento autónomo de hasta 90 minutos en condiciones normales de uso.

✓ La oferta incluye un sistema de alimentación ininterrumpida (SAI) de gran capacidad (UPS Online 1500VA 900W para aumentar la autonomía en 35 minutos más, siendo la autonomía total de 125 minutos”, lo que reitera en el documento de cumplimiento de especificaciones técnicas y en el catálogo/ficha técnica del producto (página 4).

El artículo 84 del RGLCAP bajo el título *“Rechazo de proposiciones”* dispone que *“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”*.

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 de quirófano cuenta con una batería que garantiza 90 minutos de autonomía siendo la expresión *con carga completa* una recomendación/advertencia del fabricante. Por otra parte aunque el PPT señala “*más de 90 minutos*” no determina cuánto, por lo que aunque un segundo/minuto arriba o abajo aparentemente carezca de importancia es un requisito mínimo exigido en el Pliego que debe ser interpretado en su literalidad y no relativizado por el órgano de contratación. En cualquier caso G.E. incluye en su oferta técnica un sistema de alimentación ininterrumpida adicional que extiende la autonomía en 35 minutos más, por tanto cumpliría el requisito mínimo exigido ya que el PPT tampoco obliga a una única batería para garantizar el tiempo de autonomía exigido, primando el resultado, cuya apreciación corresponde de forma discrecional al órgano de contratación, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

2. Unidad de paciente calefactada activamente.

Afirma Dräger que aunque G.E. en el documento de cumplimiento de especificaciones mínimas declara que sí cumple, a continuación matiza *“El sistema anestesia CS650 incorpora sistema de calentamiento activo de la unidad de paciente con los sensores de flujo calefactados para prevenir la condensación”* pero en ningún documento oficial del modelo ofertado Carestation 650 existe ninguna referencia que describa o explique dicha característica.

Explica Dräger que ese calentamiento de los sensores es una necesidad para que puedan medir el flujo que pasa por ellos pero en ningún caso esa funcionalidad necesaria para la medición de flujo es capaz de calentar el aire que se administra al paciente.

En su informe el órgano de contratación manifiesta que puesto que el documento de cumplimiento de especificaciones mínimas es un documento vinculante a efectos del contrato y no hay nada que lo contradiga, asume que es una característica real de la máquina por lo que considera el requisito cumplido.

G.E. advierte que las afirmaciones incluidas por Dräger en su recurso están basadas en supuestos no contrastados con documentación técnica; así, por ejemplo, cuando afirma que *“es públicamente sabido por los profesionales y usuarios de equipos de anestesia que los equipos de anestesia de la marca GE Healthcare no disponen de un sistema paciente calefactado o unidad de paciente calefactada activamente”* y luego se permite la licencia de afirmar que *“tampoco el modelo ofertado GE Carestation 650”*.

Afirma que el modelo de equipo ofertado al lote 3, Carestation 650, es uno de los equipos con mayor innovación en el mercado, premiado por su diseño industrial con el IF AWARD y, que incorpora calefactor activo en la unidad de paciente, a diferencia de otros equipos fabricados y comercializados por GEHC y acompaña imagen explicativa del sistema *“neumotacografo de presión diferencial”*.

Comprueba el Tribunal que aunque la imagen que acompaña *ex novo*, de la

que no identifica su procedencia, no se refiere a ninguno de los documentos que acompaña en su oferta (contenido oferta técnica, cumplimiento de especificaciones y catálogo de Carestation). En la oferta técnica de G.E. si figura que el circuito es circular, que incluye sensores calefactados de forma activa para prevenir condensación (página 5) y a continuación indica que la oferta incluye *“Sensores de flujo de última generación-VOF, autoclavables/Calefactados y preparados para trabajo óptimo en condiciones de humedad con disposición Vertical (página 6)”*. En el documento de Cumplimiento de especificaciones declara *“El Sistema de Anestesia CS650 incorpora sistema de calentamiento activo de la unidad de paciente, con los Sensores de Flujo calefactados para prevenir condensaciones. Páginas 2-22 del Manual SERVICE”*, manual que no figura en la documentación remitida por el órgano de contratación. Asimismo comprueba que en el catálogo/ficha técnica no se recoge ninguna referencia que acredite que el modelo oferta cuenta con *“unidad de paciente calefactada activamente”*.

En el apartado de Monitorización Hemodinámica (Módulo PDM-29 de la documentación técnica aportada por G.E. consta que el sistema incluye la siguiente monitorización: *“Temperaturas: 2 canales con opción de cambio de etiqueta/nombre; calcula y visualiza la diferencia entre el valor de las 2 temperaturas. Compatible con sondas serie 400 y 700 para sondas Centrales, esofágicas, rectal, superficial, vesical y timpánica”*.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 150 de la LCSP *“1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación.*

Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes”, estando por tanto obligada la Mesa a comprobar que objetivamente los requisitos mínimos exigidos y demás criterios de la licitación se

cumplen, máxime cuando como a la vista de la declaración de cumplimiento de las especificaciones y la información aportada por G.E. pudiera derivarse una contradicción entre dicha proposición y las exigencias del PPT. Si bien el órgano de contratación puede no haber tenido dudas por su conocimiento del sistema en cuestión o por la comprobación del requisito en la página 2.22 del manual de usuario.

Aportado dicho manual a solicitud de este Tribunal, al haber sido ofrecido en trámite de alegaciones como medio de prueba se comprueba que el sistema efectivamente dispone de Unidad de paciente calefactada activamente, tal y como resulta del croquis en el que aparece grafiado el calentador constando en el apartado 3 que *“Para reducir la condensación de agua, conjuntamente con los transductores/(receptores), el Transductor de Flujo está calefactado. Cerca de cada transductor hay montada una lámina calentadora”*. *“Para reducir la condensación de agua conjuntamente con los filtros, la junta del soporte de los filtros está calefactada. Las láminas calentadoras están montadas en las juntas del soporte de los filtros”*.

3. Mecanismo de impulsión de gases por medio de pistón o inyectores.

Afirma Dräger que en el documento de cumplimiento de especificaciones mínimas aportado por G.E. la misma declara su cumplimiento *“Si. Los generadores de flujo con válvula de inyección electrodinámica (EDV) que incorporan los sistemas de anestesia CS650 son idénticos a los utilizados en nuestros ventiladores de cuidados críticos pudiendo garantizar la ventilación de cualquier rango de paciente incluso en condiciones de fugas extremas. Además, estos generadores no sólo son capaces de alcanzar picos de flujo elevados si no que los mantienen a lo largo del tiempo garantizando el nivel de presión requerido por el usuario”*. Sin embargo de la imagen del equipo aportada con la oferta se comprueba que cuenta con un ventilador con concertina para la impulsión de los gases en lugar de con pistón o inyector y explica a continuación las diferencias entre ambos sistemas.

El órgano de contratación reconoce que revisada la oferta con motivo del

recurso ha comprobado que el equipo ofertado por G.E. utiliza un sistema de concertinas por lo que no cumple el requerimiento del mecanismo de impulsión de gases por medio de pistón o inyectores, no cubriendo la finalidad pretendida.

G.E. alega que Carestation 650, sí cumple con el PPT, y afirma que el mecanismo de impulsión de gases se hace por medio de inyectores digitales y nuevamente acompaña imágenes de documentación que no consta en su oferta para explicar que *“la posición del inyector digital y el sistema de servocontrol”* que afirma que de manera dinámica y con un control de 200/250 veces por segundo, confirma la máxima precisión en la entrega de volúmenes. Añade que no es cierto que *“todos los respiradores de anestesia de GE Healthcare tienen CONCERTINAS como sistema de impulsión de gases”* como afirma Draguer e insiste en que el sistema de anestesia Carestation 650 es del tipo de “reinhalaación”, con el objeto de aprovechar y reutilizar los gases espirados por el paciente, y esa es la función de la concertina que tiene su equipo y no la de impulsar los gases.

Efectivamente las imágenes del equipo que incluyen en la documentación de su oferta reflejan un sistema de fuelle o concertina, que de acuerdo con el informe técnico del órgano de contratación evidencian que no cumple lo requerido en el PPT. La nueva documentación aportada en trámite de alegación contradice tal afirmación y dado que no la conocía el órgano de contratación ni al realizar la valoración de su oferta ni al revisar para la contestación del recurso en ningún caso pudo tenerla en consideración.

Resulta de aplicación la doctrina del TJUE expuesta en los considerandos 29 a 31 de la Sentencia de 11 de Mayo de 2017, C-131/16, *“29. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos (véanse, en este sentido, en el contexto de los procedimientos de licitación restringida sujetos a la Directiva (CE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del*

Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 35 a 45 -por lo que respecta a la fase de evaluación de las ofertas-, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 30 a 39 -por lo que respecta a la fase de preselección de los licitadores-)" (...).Siendo lícito que en el caso de omisión de documentación el defecto puede subsanarse aportándola, y en la medida en que con la misma no modifica la oferta sino que confirma y acredita el cumplimiento de los requisitos declarados por GE, se debe conceder la posibilidad de aclaración cuando, como en este caso, resulte posible.

En consecuencia, se debe estimar parcialmente el recurso a fin de que el órgano de contratación requiera la nueva documentación a GE a fin de confirmar, a la vista de la misma, si queda acreditado el exacto cumplimiento del requisito *Mecanismo de impulsión de gases por medio de pistón o inyectores*

A la vista de lo anterior procede entrar a conocer los incumplimientos de los requisitos mínimos de la oferta de la adjudicataria Getinge alegados en el recurso.

Sexto.- Opone en primer lugar Dräger que en la cláusula 1.9 el PCAP exige que toda la documentación se presente en castellano y ha comprobado que Getinge ha presentado la ficha técnica del producto ofertado en inglés, lo que contraviene lo establecido en el artículo 23 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 cita, entre otras, la resolución de este Tribunal número 117/2017, del 5 de abril, que ha reconocido que dicha exigencia es ajustada a derecho. Por este motivo concluye debió ser excluida de la licitación.

El órgano de contratación informa que aunque es cierto que Getinge presenta en inglés un catálogo sobre la máquina de anestesia Flow-i, la oferta técnica, el catálogo y las características técnicas de esta máquina, del monitor de paciente

intellivue MX550, del sistema de monitorización de temperatura central Bair Hugger y del certificado de repuestos están en castellano, por lo que entiende que no se ha producido ningún incumplimiento que sea causa de rechazo de la oferta.

Comprueba el Tribunal que aunque la documentación que relaciona el órgano de contratación se encuentra en castellano lo cierto es que Getinge ha incluido dos documentos, uno en inglés y otro en castellano de 16 páginas cada uno, relativos al Sistema de administración de anestesia Flow-i, cuya estructura y contenido es totalmente diferente.

Así en la ficha técnica redactada en inglés se describen todas y cada una de las características técnicas del equipo, se trata de un documento sencillo, enunciativo de las características y las unidades de medidas estándar en sistema continental como anglosajón (Kg y libras, °C y °F, mm y “V y Hz, etc...).

Mientras que el documento en castellano es simplemente un catálogo comercial que contiene una breve explicación sobre sus ventajas y utilidades orientado más a publicitar las facilidades de cara al usuario final del equipo, y que en ningún caso recoge todas las especificaciones técnicas que sí contiene el documento en inglés.

Tal como señala el artículo 139 de la LCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el PCAP 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. Si bien el PCAP es claro al establecer con carácter obligatorio que *“Toda esta documentación deberá presentarse en idioma castellano o con traducción a dicho idioma”* no determina expresamente que la consecuencia por no aportar la documentación técnica en castellano sea la exclusión directa del licitador.

Se debe advertir que a pesar de tratarse de dos documentos distintos y no la misma versión en distintos idiomas (original en inglés y su traducción legal o simple

al castellano) esto no ha impedido al órgano de contratación verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos recogidos en el PPT al tratarse de una ficha técnica sencilla perfectamente comprensible en inglés, y que confirmaba el contenido de la oferta técnica y del documento de cumplimiento de especificaciones técnicas.

Sin embargo, el órgano de contratación, tanto si lo consideraba necesario como si no, debió haber requerido a la licitadora la oportuna subsanación ya que el PCAP también le vincula.

Como tiene manifestado este Tribunal, el límite para el antiformalismo del procedimiento viene dado por el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma, por ejemplo, la modificación de las ofertas a través del mecanismo de la subsanación o la ampliación del plazo para el cumplimiento de determinados requisitos, por ejemplo, constituirían límites que no podrían ser superados por una subsanación de los eventuales defectos padecidos.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativo de 15 enero 1999, RJ 1999\1312, dice que: *“El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 (RCL 1965\771, 1026 Y NDL 7365), así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972 (RJ 1972\2872), 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984\6617) y 19 de enero de 1995 (RJ 1995\546) Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) Sentencia de 3 marzo 2010. F.J. cuarto, STS 26 de enero de 2.005 (R.J 2005\1452)”*.

Por lo que considera el Tribunal que el órgano de contratación debió requerir la traducción literal de la ficha técnica, de acuerdo con las posibilidades que le otorga el artículo 84 del RGLCAP, a fin de comprobar que la oferta de Getinge cumple los requisitos exigidos en los Pliegos y declarados por el licitador, siendo procedente por tanto la estimación parcial del recurso, debiendo instar la subsanación de la documentación aportada por la adjudicataria en los términos manifestados.

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.- Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por don J.R.S. de los Ríos y don S.S.R., en nombre y representación de Dräger Medical Hispania, S.A., contra la Resolución de la Gerencia del Hospital Universitario Severo Ochoa de fecha 28 de agosto de 2018, por la que se adjudica el lote 3 “Mesas de anestesia” del contrato “Adquisición de equipamiento para bloque quirúrgico en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, número de expediente P.A. 48/2018, anulando la adjudicación del referido lote 3 y retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las proposiciones presentadas a la licitación, debiendo requerir a General Electric Healthcare y a Getinge la subsanación de la documentación, en los términos indicados en el esta resolución, a fin de acordar la adjudicación a aquella oferta que cumpliendo todas las exigencias del PPT, resulte económicamente más ventajosa.

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.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL