

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2019.

**VISTOS** los recursos interpuestos por don L.B.G., en nombre y representación de Hortas Suministros, S.L., y de don C.O.M., en nombre y representación de Com Medcor, S.L. (en adelante Medcor), formulando recurso especial en materia de contratación, contra la exclusión de sus respectivas proposiciones y la adjudicación del contrato de “Suministro de inmovilizadores esternales para Cirugía Cardíaca del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: 2019-0-03, mediante Resolución de 4 de julio de 2019, de la Directora Gerente del HUDO, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 16 de mayo de 2019, se publicó en el Perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria de licitación del contrato de suministro de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 144.320 euros, con un plazo de duración de 24 meses prorrogable hasta un máximo de 48.

**Segundo.-** A la convocatoria del contrato se han presentado cuatro empresas, entre ellas la recurrente, resultando admitida solo la adjudicataria Prim, S.A.

El 4 de julio de 2019, el órgano de contratación dicta resolución de adjudicación a favor de Prim, S.A, a propuesta de la Mesa de contratación de 26 de junio, publicada en el perfil el 8 de julio, en la que consta la exclusión de los tres licitadores inadmitidos por incumplir los anchos exigidos de banda torácica y de tirantes.

**Tercero.-** Con fecha 24 de julio de 2019, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de Hortas Suministros, S.L. (en adelante Hortas) contra la referida adjudicación, solicitando la nulidad de la Resolución impugnada y la suspensión del procedimiento de contratación.

Con fecha 9 de agosto de 2019, se recibe en este Tribunal el recurso de la representación de Com Medcor, S.L. (en adelante Medcor), presentado el 26 de julio de 2019, ante el órgano de contratación, solicitando que se deje sin efecto la resolución recurrida y se anule el pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante PPTP), convocándose nueva licitación, o en su defecto se excluya al adjudicatario por no cumplir la condición técnica de asas de doble cara de terciopelo.

**Cuarto.-** El 31 de julio de 2019, el órgano de contratación remite al Tribunal el expediente de contratación junto al informe del recurso presentado por Hortas 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 (en adelante LCSP).

El 9 de agosto de 2019, el HUDO remite el recurso presentado por Medcor, acompañado del extracto del expediente y el preceptivo informe previsto en la LCSP.

**Quinto.-** Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al interesado en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediendo plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. La adjudicataria presenta escrito el 7 de agosto de 2019, en plazo, solicitando la inadmisión del recurso por su extemporaneidad, alegando su improcedencia en la actual fase del procedimiento, y subsidiariamente que se desestime confirmándose la resolución de adjudicación.

**Sexto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y en el artículo 21.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en sus informes no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del RPERMC, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera necesaria la acumulación de los recursos presentados de los expedientes 454/2019 y 493/2019 por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse del mismo expediente de contratación, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto, y los motivos de impugnación.

**Segundo.-** 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

**Tercero.-** Se acredita la legitimación activa de ambos recurrentes por tratarse de licitadores cuya oferta ha sido excluida del procedimiento de adjudicación del contrato, sin que su inadmisión se le haya notificado antes de la adjudicación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*. Por otra parte, los recurrentes en este caso también están legitimados *“ad causam”* para impugnar la adjudicación del contrato pues, aun estando excluidos del procedimiento, al ser el adjudicatario el único licitador admitido a la licitación, de estimarse las impugnaciones quedaría desierto el contrato, con el consiguiente beneficio para los recurrentes de poder volver a presentarse a la contratación que en su caso se convoque nuevamente.

Se acredita igualmente la representación de los firmantes del recurso.

**Cuarto.-** El recurso especial se plantea contra la adjudicación del contrato, recurriéndose también las exclusiones del procedimiento, en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación fue notificado y publicado el 8 de julio de 2019, y los recursos se presentaron respectivamente el 24 y el 26 de julio de 2019, por tanto

dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

**Quinto.-** Por lo que respecta al objeto del recurso se impugna el acto de adjudicación del órgano de contratación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Sexto.-** Antes de entrar al fondo del asunto, por ser de interés para la resolución del recurso se recoge en primer lugar lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación del suministro.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) en la cláusula 1 relativa a las *“Características del contrato”* establece en su apartado 8 los *“Criterios objetivos de adjudicación del contrato:*

*8.1. Criterio/s relacionado/s con los costes.*

*8.1.1. Criterio precio: (SOBRE 3) HASTA 50 PUNTOS (...).*

*8.2 Criterio/s cualitativos:*

*8.2.1 Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:*

*CRITERIOS DE VALORACION TECNICA ..... Máximo 50 PUNTOS*  
*Disponibilidad de Asas de doble cara de terciopelo..... 50 Puntos”.*

Y en su cláusula 3 *“El objeto del contrato al que se refiere este pliego es el suministro descrito en el apartado 1 de la cláusula 1. La descripción y características de los bienes y la forma de llevar a cabo la prestación por el adjudicatario serán las estipuladas en el pliego de prescripciones técnicas particulares, en el que se hace referencia igualmente a las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y a los factores de todo orden a tener en cuenta”.*

Por su parte el PPTP en la descripción técnica del artículo *“Inmovilizador esternal para la sujeción y protección torácica”* establece entre otras prescripciones:

- Ancho de banda torácica de 12 cm. Y ancho de los tirantes de 4 cm.
- Asas de sujeción ergonómicas preformadas (fabricadas en ABS) para facilitar la tracción.

En cuanto al fondo del asunto los recurrentes plantean las siguientes cuestiones:

Hortas, manifiesta que la resolución señala como motivo de exclusión de su oferta que *“Dispone de un ancho de banda torácica de 10 cm y se solicita de 12 cm y ancho de los tirantes de 2,5 cm y se solicita de 4 cm”*, considerando que el órgano de contratación se contradice en sus actos sin justificación cualitativa que permita obtener un mejor producto, teniendo en cuenta que el producto ofertado lo ha estado suministrando durante años al hospital y tiene un precio más asequible que el del adjudicatario, teniendo ambos la misma eficacia. Asimismo alega que no consta en el expediente qué diferencia hay entre un cinturón de 10 cm de eficacia contrastada, con uno de 12 cm, por lo que no está justificada ni motivada técnicamente la modificación en las dimensiones estéticas del producto, hasta el punto de que parece deducirse que han sido las bases del concurso las que se han adaptado al producto que finalmente ha sido el elegido para suministrarse al Hospital. Además indica que, en este y en otros hospitales, el ancho de este producto fijado en el pliego ha sido orientativo pudiéndose adjudicar el concurso a productos similares de igual eficacia, citando a estos efectos el artículo 99.1 de la LCSP.

Medcor en su escrito de impugnación plantea básicamente dos cuestiones: el incumplimiento de la empresa adjudicataria de las prescripciones técnicas del contrato, y la impugnación del PPTP por exigencias contrarias a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia. En primer lugar alega que Prim, S.A no cumple lo dispuesto en el pliego por lo que debe ser excluida al igual que las otras tres licitadoras, al incumplir las especificaciones técnicas por no tener las asas de doble cara de terciopelo. Así se le otorga el máximo de puntos 50, por tener asas de doble cara de terciopelo, cuando no ha acreditado tal circunstancia, ya que según la ficha técnica del producto la composición de los materiales del inmovilizador external

son “*asas de doble cara de tejido aterciopelado*” que si bien es parecido no es igual que terciopelo. En segundo lugar manifiesta que el órgano de contratación conculcó el principio de libre competencia al exigir una especificación técnica exclusiva de la adjudicataria, ya que ninguna de las empresas licitadoras ni de otras empresas del sector cumple con las medidas exigidas de ancho de banda y tirantes, cuestión que advierte cuando se excluyen a todas las empresas licitadoras menos una. Los citados requisitos técnicos restringen la concurrencia a un único licitador y no están justificados desde un punto de vista técnico ni clínico, apreciándose claramente el ánimo finalista o la voluntad de la Administración de favorecer a Prim, S.A y descartar otras empresas, lo que directamente supone la nulidad de la cláusula del pliego de prescripciones técnicas, pues las medidas pueden/deben ser de carácter aproximado y que no son clínicamente relevantes, abriendo así la licitación a diferentes operadores económicos, citando los artículos 1, 39, 126 y 132 de la LCSP. Igualmente afirma que llama la atención un único criterio de valoración técnica, al que se asignen la totalidad de 50 puntos.

El órgano de contratación en sus respectivos informes a los recursos interpuestos expone que efectivamente el PPT establece como requisito mínimo que el ancho de banda torácica sea de 12 cm, y el ancho de los tirantes de 4 cm. Los recurrentes conocían este requisito, pero considerándolo improcedente –según sus escritos- no solo no impugnan el PPT sino que concurren con un producto que no cumple, siendo excluidos por razones técnicas. El hospital pone de manifiesto que además de su evidente incumplimiento recurren la resolución de adjudicación con la consecuente paralización del procedimiento y los perjuicios que esto ocasiona a este centro.

El HUDO asimismo indica que los requisitos del PPT se establecen atendiendo a las necesidades de los profesionales y atendiendo a su conocimiento, lo que no sólo les faculta para modificar los requisitos exigidos en un momento determinado, si lo consideran conveniente, sino que deben hacerlo para asegurar que las adquisiciones de este centro se benefician del conocimiento adquirido por

los profesionales. Los Facultativos Especialistas del Servicio de Cardiología han establecido unas medidas concretas, por ser las que permiten cumplir la finalidad de sujeción del producto, en un momento tan delicado para el paciente, como es el de post-operación, habiendo constatado que una anchura mayor o menor a la requerida, dificultan su utilización. Por otra parte expone que no es necesario ni exigido por la LCSP que se realice una descripción pormenorizada de cada uno de los requisitos técnicos establecidos en el PPTP, sino una justificación de las necesidades cubiertas por el contrato, y el procedimiento elegido, como se ha hecho.

Las dimensiones en el inmovilizador esternal es un elemento esencial del producto no “*dimensiones estéticas*”, añadiendo que en la Administración deben primar sus propios criterios técnicos, no siendo aplicables los criterios adoptados en otros Hospitales, sin que además el recurrente exprese cuales ni en qué contexto. En este sentido el servicio de cardiología informa que los soportes esternales tienen como propósito inmovilizar en la medida de lo posible la esternotomía media tras una intervención torácica, facilitar la implicación del paciente en el cuidado de la misma, darle más independencia y con ello, una recuperación más temprana. La dehiscencia de una esternotomía media asocia morbilidad y mortalidad y es, por lo tanto, un aspecto fundamental del cuidado postoperatorio tras una cirugía cardíaca. La experiencia ha demostrado que el tamaño y diseño de los soportes influye enormemente en su función y en el confort del paciente, y ha comprobado que la anchura de la banda torácica de 12 cm y de los tirantes de 4 cm, ambas medidas mayores a las que hasta ahora estábamos utilizando, ofrecen más estabilidad al soporte, lo que es fundamental durante el proceso de recuperación del paciente, hacen que se arrugue menos y cubren más longitud de esternotomía. Asimismo indica que existen tamaños de banda mayores a los 12 cm pero, sobre todo en personas de talla baja y en mujeres, pueden resultar molestos y hacer que el paciente abandone su uso una vez sea dado de alta, con perjuicios para su salud.



Respecto a la vulneración del principio de la mejor relación calidad-precio alegada por Hortas la cuestión esencial es que las medidas exigidas respondan precisamente a la necesidad de asegurar la *“eficacia médica”* del producto, y por tanto, este centro desatendería su obligación de conseguir la citada mejor relación calidad-precio, si adoptara una decisión únicamente basada en el precio más bajo.

Respecto al motivo alegado por Medcor relativo a *“la disponibilidad de Asas de doble cara de terciopelo”* señala que se recoge en el PCAP como criterio para la adjudicación del contrato evaluable de forma automática por aplicación de fórmulas: si el producto ofertado dispone de esta característica técnica, se le asignan 50 puntos, y sino no recibe puntuación. El informe técnico del Servicio de Cirugía Cardíaca, pone de manifiesto que se puntúa especialmente este criterio de valoración por la confortabilidad y comodidad del paciente durante el uso del dispositivo, refiriéndose a la textura y aspecto del tejido que recubre las asas sin pretender una literalidad, ni interpretación semántica, considerando intercambiables las acepciones terciopelo y aterciopelado. Asimismo señala que se trata de un criterio de valoración, y no de un requisito técnico exigible.

Por último, el órgano de contratación considera acusaciones muy graves las realizadas por las recurrentes que no debían plantear en ausencia de fundamento que las sustente.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar, como es doctrina unánime, que los pliegos conforman la ley del contrato, y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, así como a los órganos de contratación, obligando a las partes 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 139.1 de la LCSP, la cláusula 10 del PCAP dispone que *“La presentación de proposición supone, por parte del empresario, la aceptación*

*incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas particulares que rigen el presente contrato, sin salvedad o reserva alguna”.*

Las recurrentes han presentado oferta, sin impugnar los pliegos, lo que implica la aceptación de las condiciones establecidas en ellos, y por tanto de la prescripción técnica relativa a las medidas del producto recogida en el PPTP, sin que, en este momento procedimental de la adjudicación del contrato, puedan ir contra las prescripciones técnicas establecidas para la licitación del contrato, al entenderse incondicionadamente aceptadas al presentar su oferta sin haberlas impugnado previamente, como expresamente prevé el artículo 50.1.b) de la LCSP al regular la iniciación del procedimiento y plazo, disponiendo que “(...) *con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho*”.

Del análisis de la documentación que obra en el expediente administrativo de contratación se comprueba que las recurrentes incumplen con la prescripción técnica relativa a las medidas del producto exigida en el PPTP dentro de las características mínimas, por lo que las exclusiones efectuadas por el órgano de contratación se han realizado de conformidad con lo previsto en los pliegos que rigen el contrato y en la legislación contractual que le es de aplicación, hecho además admitido por las partes. En este sentido el artículo 22.1.b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que regula las funciones de las mesas de contratación dispone que “*Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares*”. Asimismo se constata que la oferta presentada por la adjudicataria cumple con los requisitos técnicos exigidos en el PPTP.

Como reiteradamente ha mantenido este Tribunal en anteriores Resoluciones las características técnicas recogidas en el PPTP constituyen prescripciones de carácter obligatorio conforme a lo dispuesto en los artículos 124 y 125.1 de la LCSP, cuyo incumplimiento debe suponer la exclusión del licitador, por ser las reglas de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definir sus calidades. Concretamente en los contratos de suministro fijan los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como las prestaciones vinculadas al mismo. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al fijar el contenido de la relación contractual, correspondiendo al órgano de contratación su determinación, sin que quepa relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En relación a la alegación de Medcor relativa al tejido de las asas se ha de señalar que no se pueden confundir las especificaciones técnicas del contrato con los criterios de adjudicación, como hace la recurrente, pues de darse la circunstancia de que el producto ofertado por la adjudicataria no cumpliera el requisito relativo al tejido *“terciopelo”* solo daría lugar a la no obtención de puntuación en el criterio cualitativo previsto en la cláusula 1.8 del PCAP pero no a su exclusión de la licitación por incumplimiento. Solo se podría considerar que ha existido incumplimiento de las prescripciones técnicas si el inmovilizador no contase con *“Asas de sujeción ergonómicas preformadas (fabricadas en ABS) para facilitar la tracción”* que es lo que exige el PPTP, circunstancia que no se da.

Por otra parte, este Tribunal considera ajustada a las necesidades del suministro, expuestas por el Servicio de Cardiología, la asimilación de las acepciones terciopelo y aterciopelado, aunque en definitiva tampoco tendría incidencia en el acuerdo de adjudicación, por ser el único licitador admitido, dado que solo daría lugar a una menor puntuación sin que en ningún caso pudiese suponer la exclusión de la licitación. A estos efectos conviene recordar que el

artículo 150.3 de la LCSP expresamente prevé que *“No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego”*.

Por todo lo expuesto, y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y congruencia este Tribunal no debe emitir criterio respecto a la procedencia de las características técnicas exigidas en el PPTP, amen de tratarse de una cuestión muy técnica. En definitiva, procede desestimar los recursos presentados por Hortas y Medcor, respectivamente, contra la adjudicación del contrato impugnado, por haberse efectuado de conformidad a lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51.1.b) y 139.1 de la LCSP, y por no haber quedado acreditado la concurrencia en el presente procedimiento de contratación de ninguna de las causas de nulidad de derecho administrativo previstas en el artículo 39 de la LCSP.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos respectivamente por don L.B.G., en nombre y representación de Hortas Suministros, S.L., y de don C.O.M., en nombre y representación de Com Medcor, S.L., contra la exclusión de sus respectivas proposiciones y la adjudicación del contrato de “Suministro de inmovilizadores esternales para Cirugía Cardíaca del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: 2019-0-03.

**Segundo.-** Desestimar los recursos interpuestos por las representaciones de las citadas empresas, contra el acuerdo de adjudicación y las exclusiones adoptadas el 4 de julio de 2019, mediante Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de octubre del Servicio Madrileño de Salud por quedar acreditado que la adjudicación se ha efectuado conforme a lo dispuesto en los pliegos que rigen la licitación del contrato, y no concurrir causa de nulidad de derecho administrativo.

**Tercero.-** 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.

**Cuarto.-** Levantar la suspensión automática del procedimiento de contratación prevista en el artículo 53 de la LCSP.

**Quinto.-** 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.