

Recurso nº 328/2023 y 329/2023

Resolución nº 350/2023

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

En Madrid, a 21 de septiembre de 2023

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Galmedica, S.A. y de Tecnomed 2000, S.L., contra la Resolución de 11 de agosto de 2023, de la Gerente Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudica el contrato de “Suministro de dermatoscopios con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud” número de expediente A/SUM-021754/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 22 de junio de 2023, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en DOUE y el 30 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 675.331,44 euros y su plazo de duración será de cinco meses.

A la presente licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tramitado el procedimiento de licitación, el 11 de agosto de 2023, se adjudica el contrato a la empresa AB Medica Group, S.A.

Tercero.- El 18 de agosto Galmedica, S.A. (en adelante GALMEDICA), presenta ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación que es remitido a este Tribunal el 28 junto con el 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 (en adelante LCSP).

El 23 de agosto de 2023 Tecnomed 2000 S.L. presenta ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recurso especial en materia de contratación que es remitido a este Tribunal el mismo día.

El 4 de septiembre de 2023 el órgano de contratación remite a este Tribunal informe en relación con el recurso interpuesto por Tecnomed 2000, S.L. (Recurso 329/2023) contra la adjudicación del presente contrato indicando que el informe es complementario del presentado en el recurso interpuesto por GALMEDICA.

Cuarto.- 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 el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, 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 su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto por GALMEDICA al adjudicatario del contrato y al clasificado en segundo lugar, esto es, a Tecnomed 2000, S.L. y del recurso interpuesto por éste último también se dio traslado al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo.

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 los recursos.

Segundo.- El artículo 57 de la LPACAP 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 328/2023 y 329/2023 por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse del mismo expediente de contratación, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto y algunos de los motivos de impugnación.

Tercero.- Los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello; Tecnomed 2000, S.L., por estar clasificada en segundo lugar y GALMEDICA porque

a pesar de estar clasificada en tercer lugar realiza alegaciones respecto de los dos primeros clasificados que en el caso de estimarse sus pretensiones se podría convertir en adjudicataria, en consecuencia *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 11 de agosto de 2023, notificado el mismo día e interpuestos el 18 y 23 respectivamente, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se interpusieron contra el acuerdo de adjudicación en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Sexto.- Alega GALMEDICA que ni la adjudicataria ni la mercantil Tecnomed 2000 S.L., cumplen con las prescripciones técnicas exigidas en la licitación.

Indica que en el Anexo I establece las especificaciones técnicas que deben cumplir el artículo ofertado y, entre otras, exige:

- Diseño de bolsillo, compacto (sin mango) y ligero.
- Peso: 140-160 gramos.
- Tipo de luz: deberá tener la posibilidad de alternar entre uso de luz polarizada y de inmersión (dermatoscopio híbrido).

La adjudicataria presentó el modelo ILLUCO IDS 1100, con un peso de 190 gramos, que excede del máximo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas

(en adelante PPT). Además, dicho modelo únicamente tiene luz polarizada (cruzada y paralela) que, aunque permite la inmersión no cumpliría con la modalidad estándar de dermatoscopia de inmersión clásica aprobada por la comunidad científica y que requiere luz no polarizada como el modelo que ha presentado GALMEDICA, este es DermLite DL200 Hybrid. Al respecto expone los motivos por los que considera que no cumple con el tipo de luz que indica el PPT.

Por lo que se refiere a la entidad Tecnomed 2000, S.L. señala que tal y como figura en la ficha del fabricante, la mercantil adjudicataria presentó el modelo ADAMO ATON 1000L, con un peso de 175 gramos, siendo cierto, además, que el dermatoscopio tiene mango (como se puede ver en el gráfico de documento de características técnicas del fabricante), por lo que se estaría incumpliendo el PPT en el peso y diseño del aparato.

En cuanto al recurso interpuesto por Tecnomed 2000, S.L. alega que la adjudicataria no cumple pues el peso total del dermatoscopio que establece el pliego, sin distinción entre componentes, es entre 140-160 gramos. En la oferta técnica, y a fin de cumplir en apariencia con dicha condición, AB Medica Group, S.A., distinguió entre peso de la batería y peso del equipo, señalando que este último (sin batería) era de 160 gramos y que en el catálogo del equipo ofertado se puede observar que el peso es de 190 gramos, constando idéntica información en la página web del fabricante.

Refiere que sin la batería el dermatoscopio se convierte en una lupa sin la posibilidad de explorar las lesiones cutáneas por lo que no cumpliría con el Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto a que el mismo disponga de luz polarizada y de inmersión. Dicho equipo no puede funcionar sin la batería, siendo esta inamovible y parte de aquel, recargándose mediante un cargador similar al de los teléfonos móviles y un cable USB, como se indica en el PPT.

El órgano de contratación señala que para acreditar el cumplimiento de las prescripciones técnicas los licitadores debían presentar la ficha técnica del fabricante descriptiva del producto que debe incluir una referencia a todos los puntos técnicos establecido en el PPT, así como fotografía de cada uno de los artículos que forman parte de la licitación con vistas generales y detalles de cada artículo. Además, tenían que presentar muestras.

Indica que la valoración técnica y la puntuación a las ofertas de las 3 empresas licitadoras, que habían presentado muestras y la documentación exigida en los pliegos, fueron otorgadas por la Comisión de Adquisiciones en base a la valoración objetiva que se realizó analizando las fichas técnicas que se presentaron por los licitadores.

En el expediente que nos ocupa se han solicitado unas medidas mínimas de peso para garantizar la ergonomía de uso para el profesional. Las fichas técnicas presentadas y firmadas por los licitadores presuponen la veracidad de las mismas, por lo que no es objeto de la comisión poner en duda su contenido. Todas aseguran el cumplimiento de las características exigidas en los pliegos.

Tras el recurso interpuesto ha realizado un pesaje aleatorio de las muestras entregadas en la licitación, que sin ser un laboratorio externo acreditado, expone los siguientes resultados, aportando fotografía de los distintos pesos del producto ofertado:

AB MEDICA GROUP, S.A.:	170 gr.
	160 gr sin batería.
GALMEDICA, S.L.:	154 gr.
TECNOMED 2000, S.L.	185 gr.

A la vista del recurso presentado, constata el órgano de contratación que existe una discrepancia entre la información facilitada por AB Medica Group, S.A. y Tecnomed 2000, S.L. en su oferta y la documentación aportada por las recurrentes.

Por ello, concluye que de acuerdo con la documentación aportada por las recurrentes, las licitadoras AB Medica Group, S.A. y Tednomed 2000, S.L. no cumplirían el PTT.

Por su parte la adjudicataria explica que cumple con el requisito de alternar luz polarizada y de inmersión. En cuanto al peso adjunta un documento del fabricante ILLUCO, donde comunica que el modelo IDS-1100, tiene un peso de 160 gramos (+/- 5) sin batería. En el pliego técnico no se indicaba con o sin batería, pero cabe resaltar que ninguno de los modelos presentados por las mercantiles Tecnomed 2000 S.L. y Galmedica S.L., cumple el rango de peso solicitado en el expediente con la batería incluida. Al respecto, señala que aporta imagen de la ficha técnica del modelo ofertado por Tecnomed 2000,S.L. de la página web del fabricante dónde se puede observar que el dermatoscopio con batería pesa 175 gramos y en cuanto al producto ofertado por GALMEDICA el peso con batería es de 175 gramos. Por ello, considera sus impugnaciones, inadecuadas, ya que dicen cumplir un aspecto técnico falsamente.

Tecnomed 2000, S.L., que es la clasificada en segundo lugar se opone a las alegaciones de la recurrente indicando que de acuerdo con la ficha técnica el peso del dermatoscopio es inferior a 160 gramos tal y como se solicita en las especificaciones técnicas. La supuesta ficha técnica adjunta al recurso de Galmedica, S.L. se refiere a otro producto distinto del ofertado por Tecnomed 2000, S.L. Es un folleto del modelo ADAMO ATON 1000 (no ADAMO ATON 1000L, que es el ofertado), descargado de la página web del fabricante. Asimismo, alega que aporta comunicación emitida por el fabricante indicando que las características del modelo ADAMO ATON 1000 son totalmente diferentes a las del modelo ADAMO ATON 1000L.

Por lo que se refiere al diseño, considera que si su producto no hubiese cumplido con las exigencias técnicas hubiera sido excluido de la licitación. En todo caso, de acuerdo con la descripción técnica, el dermatoscopio es de bolsillo compacto. Es evidente que lo requerido por el órgano de contratación es un producto compacto en contraposición a otros no compactos, donde se utiliza un mismo mango para

conectar distintos cabezales. El modelo ADAMO ATON 1000L únicamente presenta una determinada forma (más estrecha en su base) que facilita el agarre de este por parte del profesional sanitario que vaya a utilizarlo, igual que el de Galmedica, S.L. Es evidente que el equipo ha de manipularse, sería absurdo no proporcionar un diseño que hiciera posible su uso.

Tecnomed 2000, S.L., una vez que ha defendido que su producto cumple con las prescripciones técnicas, señala que el modelo ofertado por la recurrente no cumple con las prescripciones técnicas porque tiene un peso de 175 gramos y que no impugnó la admisión de la oferta de Galmedica, S.L., en la resolución de adjudicación, dado que había quedado en cuanto a puntuación final por debajo de la suya propia, por lo que ningún beneficio podía obtener en este sentido. Pero, dado que esta licitadora pretende la exclusión de Tecnomed 2000, S.L., las presentes alegaciones también han de ir dirigidas al evidente incumplimiento de las especificaciones técnicas del modelo ofertado por la recurrente, que han de culminar a su vez en su propia exclusión de la licitación.

Vistas las posiciones de las partes, en primer lugar se procede a analizar si el producto ofertado por la adjudicataria cumple con las características técnicas. De lo expuesto, se constata que el producto ofertado por la adjudicataria tiene un peso de 190 gramos con batería incluida y 160 sin batería, circunstancia que consta en las fichas técnicas y es aceptada por la propia adjudicataria. Además, el órgano de contratación ha pesado las muestras presentadas obteniendo como resultado 160 gramos sin batería y 170 con batería. En su defensa AB Medica Group, S.A. señala que el pliego de prescripciones técnicas no diferencia peso con/sin batería.

Al respecto es preciso remitirnos a lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas en el que se establece que el dermatoscopio tiene que tener un peso de 140-160 gramos, un tipo concreto de luz, tamaño específico de la lente y placa frontal, batería recargable, indicador de cargar, apagado automático, así como otros productos accesorios: cargador de enchufe, funda de protección, videos formativos

sobre el manejo, etc. En definitiva, a la luz del pliego hemos de concluir que el peso del dermatoscopio es el total, incluyendo la batería recargable, pues si el órgano de contratación hubiese querido distinguir debería haber indicado el peso de la batería.

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 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En consecuencia, se concluye que la oferta de AB Medica Group, S.A. incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas por superar el peso establecido para el dermatoscopio por lo que se estima el recurso interpuesto por GALMEDICA anulando la adjudicación.

Una vez anulada la adjudicación procede valorar las alegaciones realizadas por GALMEDICA en relación con la oferta de Tecnomed 2000, S.L. (clasificado en segundo lugar). Aquí se vuelve a poner en cuestión el peso del dermatoscopio que dice ser de 175 gramos y además tiene mango mientras que el pliego exigía que no tuviese mango a lo que Tecnomed 2000, S.L., se opone indicando que la supuesta ficha técnica adjunta al recurso se refiere a otro producto distinto del ofertado.

Al margen de lo alegado por ambas partes sobre las fichas técnicas, lo determinante aquí es que los licitadores debían entregar una muestra, siendo así que ante los recursos interpuestos el órgano de contratación procedió a pesar los productos, obteniendo como resultado que el dermatoscopio de Tecnomed 2000, S.L. pesa 185 gramos, hecho que es incuestionable por la comprobación realizada.

Por ello, procede excluir a Tecnomed 2000, S.L., por incumplir el modelo ofertado, el Pliego de Prescripciones Técnica al exceder del peso máximo establecido.

En cuanto a las alegaciones realizadas por AB Medica Group, S.A., sobre que el dermatoscopio ofertado por Tecnomed 2000, S.L. y por GALMEDICA no cumple con el rango de peso, así como las alegaciones realizadas por Tecnomed 2000, S.L., sobre que el modelo ofertado por GALMEDICA supera el peso establecido en el pliego, no se pueden tener en consideración en este momento procedimental. El trámite de alegaciones a los interesados, en relación con los recursos interpuestos, tiene por finalidad que éstos puedan defender su postura respecto de lo allí expuesto.

El artículo 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone que: *“3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial”*.

Y el 88.2 sobre el contenido de la resolución en los procedimientos administrativos:

“2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede”.

De acuerdo con lo anterior, no se analizan las alegaciones realizadas por los licitadores contra las recurrentes, sin que esto les produzca indefensión pues podrán plantear dichas cuestiones contra la posible adjudicación que ulteriormente se realice, mientras que su exclusión del presente procedimiento de licitación no devenga firme.

En consecuencia, procede estimar los recursos interpuestos en lo que respecta a la anulación de la adjudicación, procediendo la exclusión de Ab Medica Group, S.A. y Tecnomed 2000, S.L., por incumplimiento de las prescripciones técnicas, ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos del dictado de la resolución que proceda conforme a los pliegos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representaciones legales de Galmedica, S.A. y Tecnomed 2000, S.L. contra la Resolución, de 11 de agosto de 2023, de la Gerente Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud por la que se adjudica el contrato de “Suministro de dermatoscopios con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud” número de expediente A/SUM-021754/2023.

Segundo.- Estimar los recursos especiales en materia contratación interpuestos, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción del procedimiento en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión automática 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.