

**Recursos nº 434 y 438/2018**

**Resolución nº 33/2019**

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

En Madrid, a 30 de enero de 2019.

**VISTOS** los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don S.S.R., en nombre y representación de Dräger Medical Hispania, S.A.U (Dräger) y de don V.J.D., en nombre y representación de General Electric Healthcare España, S.A. (G.E), contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de fecha 29 de noviembre de 2018, por la que se adjudica el contrato de “Suministro e Instalación de diez máquinas de anestesia para el Hospital G.U. Gregorio Marañón”, Expte. A/SUM-013212/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 21 de septiembre y 1 de octubre de 2018, se publicó respectivamente en el DOUE, en el Perfil de contratante y BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es 330.578 euros.

Interesa destacar que la cláusula 1<sup>a</sup>.8 del PCAP establece los criterios de adjudicación del contrato, asignando 60 puntos a la oferta económica y 40 puntos a las siguientes mejoras:

Mejoras en el ventilador: hasta 24 puntos.

Mejoras en la monitorización hemodinámica: hasta 10 puntos.

Garantía de asistencia técnica: hasta 6 puntos.

Los puntos se distribuyen de acuerdo con los subcriterios que expresa detalladamente el PCAP.

Además, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) exige respecto del ventilador, entre otros requisitos: “*Círculo circular con sistema de desacople de gas fresco para mayor precisión en la entrega de Vt ajustado*”.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron cuatro empresas, entre ellas las dos recurrentes. Todas ellas fueron admitidas a la licitación por entender la mesa que los equipos ofertados cumplían los requisitos mínimos exigidos.

Tras la oportuna tramitación el 29 de noviembre de 2018 se dicta la Resolución del Director Gerente del Hospital, por la que se adjudica el contrato a Mindray Medical España, S.L., al haber obtenido la mayor puntuación. En segundo lugar aparece clasificada G.E., en tercer lugar Getinge Group Spain, S.L. y en cuarto Dräger.

Dicha Resolución se notifica a los interesados el 3 de diciembre de 2018.

**Tercero.-** El 21 de diciembre de 2018, la representación de Dräger presenta recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de adjudicación del contrato. En el recurso alega en primer lugar que las ofertas de la adjudicataria y de las dos licitadoras clasificadas en segundo y tercer lugar, incumplen el requisito establecido en el PPT para el ventilador que exige contar con “*Círculo circular con*

*sistema de desacople de gas fresco para mayor precisión en la entrega de Vt ajustado”.*

Expone que *“Esta característica es solicitada en el pliego de prescripciones técnicas y se trata de una especificación clínicamente relevante para el objeto del contrato, como el mismo hospital manifestó en escrito público fechado el 1 de octubre de 2018 en respuesta a las alegaciones de GETINGE GROUP (Se adjunta como Documento nº 4 el mencionado escrito), quien solicitó como el resto de licitadores del expediente su eliminación dentro de las especificaciones técnicas mínimas del concurso. En dicho escrito el Hospital ponía de manifiesto públicamente que serían excluidas aquellas ofertas que no incluyan lo solicitado”*.

Considera que ninguna de las ofertas de las licitadoras, salvo la de su empresa, cumple con el requisito. Además alega que la oferta de Mindray tampoco cumple el requisito de entrega de una unidad de paciente adicional y que presentó de manera errónea la documentación de los sobres por lo que en vez de darle plazo de subsanación, debió ser excluida.

El 26 de diciembre de 2018, la representación de G.E. presenta recurso especial en materia de contratación contra la mencionada Resolución de adjudicación, alegando la improcedencia de subsanación de la documentación técnica realizada por la adjudicataria y además que se ha valorado erróneamente la oferta de la misma en el apartado de mejoras, lo que se traduce en que debió obtener menor puntuación y por tanto, no ser adjudicataria, obteniendo mayor puntuación G.E.

Con fecha 10 de enero de 2019, se remite a este Tribunal copia el expediente administrativo y los informes preceptivos a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, y el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso por las razones que se detallarán al resolver sobre el fondo.

**Cuarto.-** Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Han presentado escritos G.E., Dräger, Mindray Medical España, S.L. y Getinge Group Spain, S.L.U., de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

## 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 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. Asimismo el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse 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 comparecidos en el procedimiento”*.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa.

Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación parcialmente coincidentes. Por ello, este Tribunal considera

conveniente la acumulación de los mismos.

**Tercero.-** Se acredita en el expediente la legitimación de Dräger para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica “*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) puesto que si bien se encuentra clasificada en cuarto lugar, solicita la exclusión de las demás licitadoras por lo que la eventual estimación del recurso la colocaría en posición de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

En cuanto a la legitimación de G.E., en principio debe reconocérsele legitimación en cuanto segunda clasificada que recurre contra la adjudicataria pero queda condicionada dicha legitimación a la desestimación del recurso de Dräger ya que al solicitar la exclusión de la adjudicataria y de la propia G. E., la estimación del recurso significaría la anulación de la adjudicación y la exclusión de la recurrente por lo que perdería la legitimación en principio reconocida.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Cuarto.-** Por cuanto respecta al objeto de ambos recursos debe indicarse que se han interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro de importe superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de los artículos 44.1 a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** Los recursos se han interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la Resolución de adjudicación se produjo el 29 de noviembre de 2018, siendo notificada el día 3 de diciembre, por lo que los recursos interpuestos los días 21 y 26 de diciembre de 2018, se interpusieron en el plazo establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**Sexto.-** El recurso de Dräger alega en primer lugar que las ofertas presentadas por la empresa adjudicataria y las demás licitadoras incumplen el requisito técnico del ventilador anteriormente reseñado.

Argumenta además que “en la documentación aportada por la licitadora Mindray para su oferta del modelo A7, en concreto en documento de cumplimiento de criterios mínimos incluido en el sobre 1B, la contestación al requisito mínimo se puede leer:

“Si cumple. Se realiza mediante un sistema de desvío de gases frescos al reservorio de gases en el canister de cal sodada que acorde al avance tecnológico que las nuevas máquinas de anestesia de alta gama incorporan, se puede justificar la precisión de Vt ajustado independientemente de los volúmenes proporcionados por el respirador y el rango de paciente tratado.

La explicación está muy bien descrita para aquellos dispositivos de anestesia que realmente tienen sistema de desacople de gas fresco. E incluso se puede ver su funcionamiento visualmente porque el gas fresco que fluye en rama inspiratoria, se desvía durante la inspiración hacia la bolsa reservorio, permitiendo así que ésta se infla (inspiración) y desinfla (espiración).

Sin embargo esto no ocurre en los equipos de Mindray, tampoco en el modelo oferta A7, porque sencillamente no disponen de esta característica.

Es relevante destacar que en este mismo documento, el cumplimiento de todas las especificaciones mínimas está referenciado a alguna página de un documento oficial, ya sea manual de usuario o ficha técnica. Sin embargo, precisamente en este criterio mínimo de disponibilidad del sistema de desacople, MINDRYA no ha incluido referencia alguna a documentos oficiales del producto”.

En cuanto a las ofertas de G.E. y Getinge, igualmente considera que no cumplen el requisito y añade que durante la revisión del expediente han podido constatar la existencia de unos escritos remitidos por Mindray, G.E. y Getinge a la Unidad de Contratación del Hospital solicitando la eliminación de la especificación del PPT “circuito circular con sistema de desacople de gas fresco para mayor precisión en la entrega de vt ajustado”, mediante dichos escritos, las empresas

pondrían de manifiesto el incumplimiento de dicha especificación mínima al solicitar su eliminación del PPT. En consecuencia solicita la anulación de la adjudicación y la exclusión de las ofertas presentadas por G.E., Getinge Group y Mindray.

El órgano de contratación en su informe expone: “*Sobre el incumplimiento de las empresas: Mindray, General Electric y Getinge por no presentar.*

1.- *Circuito circular con sistema de desacople de gas fresco para mayor precisión en la entrega de vt ajustado.*

*Observaciones:*

*Este es el sistema que utilizan las máquinas de la empresa recurrente, DRAGER. El servicio técnico ha considerado que los sistemas presentados por las demás empresas cumplen con este requisito aunque se consiga de otra forma, es un requisito de resultado, que se puede conseguir mediante otras técnicas o por otras soluciones tecnológicas que cumplan el mismo fin”.*

Antes de analizar los posibles incumplimientos alegados por la recurrente procede recordar que, 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.

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.

Comprueba el Tribunal que constan en el expediente administrativo solicitudes de aclaración realizadas por las empresas G.E., Mindray y Getinge, en las que plantean lo siguiente:

Getinge: “*círculo circular con sistema de desacoplamiento de gas fresco para mayor precisión en la entrega de Vt, ajustado*”

“*El término desacoplamiento aparece exclusivamente en la documentación técnica de los equipos de anestesia de la casa Dräger, por lo que se solicita a esa Mesa de Contratación la aclaración de si se considerarán excluidos otros diseños de funcionamiento aun mejorando la precisión en la entrega de Vt. ajustado, y para no incurrir en la licitación de la concurrencia en este expediente*”.

G.E. y Mindray por su parte solicitan la misma aclaración.

Respuesta firmada por la Jefa de Servicio de Anestesia y el Técnico responsable de electromedicina: “*a) Dentro de las especificaciones se solicita: “Círculo circular con sistema de desacoplamiento de gas fresco para mayor precisión en la entrega de Vt ajustado”.*

*Se aclara que se excluirán las ofertas que no incluyan lo solicitado.*

*Es muy importante contar con un sistema con desacoplamiento del flujo de gas fresco ya que, de esa manera, se separa éste del flujo inspiratorio que le llega al paciente para que el Vt ajustado sea preciso. Esto tiene alta importancia en la ventilación de neonatos y pacientes pediátricos ya que un pequeño desajuste del VT podría causar un volutrauma en el pulmón en casos de subidas bruscas del caudal del Flujo de gas fresco. El gas sobrante se redirige a la bolsa reservorio incluida en el volumen total del círculo circular. Únicamente sistemas con una pieza física que separe los dos tipos de flujo puede garantizar esa precisión puesto que no son cálculos que dependen de la electrónica del equipo.”*

A la vista de esta aclaración debemos concluir que la especificación técnica no se configura como de resultado sino que se exige el cumplimiento del requisito tal y como aparece redactado en el Pliego y que los equipos que no cuenten con ello serán excluidos.

Las empresas G.E. y Getinge, en sus escritos de alegaciones argumentan que sus equipos cumplen el requisito señalado pero tanto de la documentación técnica que consta en sus ofertas como del informe emitido con ocasión del recurso, no se deduce tal cumplimiento sino que aportan sistemas diferentes que según su alegaciones, producen un resultado similar o mejor pero con otros procedimientos parecidos.

Recordemos que según consta en el informe, el servicio técnico, contradiciendo la respuesta emitida previamente *“ha considerado que los sistemas presentados por las demás empresas cumplen con este requisito aunque se consiga de otra forma, es un requisito de resultado, que se puede conseguir mediante otras técnicas o por otras soluciones tecnológicas que cumplan el mismo fin”*.

Evidentemente, no puede cambiarse un requisito técnico del Pliego a la vista de las ofertas presentadas. No puede obviarse que puedan existir potenciales licitadores que no hayan concurrido a la licitación por no tener el requisito analizado, que se configuró como esencial en el Pliego, por lo que admitir ahora otras soluciones, además de contravenir el mismo, supondría una vulneración del principio de transparencia y de igualdad.

Si el órgano de contratación consideró que cabían y eran admisibles otras técnicas u otras soluciones, así debió expresarlo en el PPT o aclararlo en su momento en respuesta a las consultas formuladas. Los Pliegos vinculan a ambas partes y son obligatorios en todos sus términos, también para la Administración convocante.

Por otra parte, si las empresas licitadoras entendían que el requisito era limitativo de la concurrencia y no justificado, debieron impugnar el Pliego y tuvieron ocasión de hacerlo, no habiendo sido así, solo cabe su aplicación estricta.

En consecuencia, debe estimarse el recurso anulando la adjudicación realizada, retrotrayendo el procedimiento para que previa exclusión de las tres empresas que incumplen el requisito técnico analizado, se proceda a la adjudicación a favor de la empresa que cumpliendo los requisitos haya obtenido mayor puntuación.

**Séptimo.-** Por lo que respecta al recurso presentado por G.E. frente a la adjudicataria Mindray, debemos concluir que la estimación del recurso de Dräger supone la exclusión de G.E. y de la adjudicataria Mindray, por lo que en este punto la recurrente carece de legitimación activa para impugnar la valoración realizada y el recurso debe ser inadmitido.

**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 los recursos especiales en materia de contratación interpuestos don S.S.R., en nombre y representación de Dräger Medical Hispania, S.A.U (Dräger) y de don V.J.D., en nombre y representación de General Electric Healthcare España, S.A. (G.E.), contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de fecha 29 de noviembre de 2018, por la que se adjudica el contrato de “Suministro e Instalación de diez máquinas de anestesia para el Hospital G.U. Gregorio Marañón”, Expte. A/SUM-013212/2018

**Segundo.-** Estimar el recurso interpuesto por don S.S.R., en nombre y representación de Dräger Medical Hispania, S.A.U. contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de fecha 29 de noviembre de 2018, por la que se adjudica el contrato de Suministro e Instalación de diez máquinas de anestesia para el Hospital G.U. Gregorio Marañón, Expte. A/SUM-013212/2018, anulando la misma y retrotrayendo el procedimiento para excluir a las empresas que no cumplen el PPT, en los términos expresados en los Fundamentos de Derecho e inadmitir el recurso interpuesto por don V.J.D., en nombre y representación General Electric Healthcare España, S.A., por falta de legitimación activa.

**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.-** 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.