

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

En Madrid, a 15 de febrero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don D.M.V. y W., en nombre y representación de Dräger Medical Hispania, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye del lote 7, en el procedimiento de contratación “Suministro de material de electromedicina para el SAMUR-Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente: 195/2016/00001, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de septiembre de 2016 se publicó, en el DOUE y en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, el anuncio de licitación del contrato de referencia con acceso a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del expediente de suministro mencionado. El procedimiento de adjudicación se tramita de manera ordinaria, por procedimiento abierto, con un solo criterio de adjudicación, el precio, dividido en 9 lotes, con entrega de muestras y tiene un valor estimado de 1.197.497,41 euros.

Segundo.- Consta que el recurrente impugnó el Pliego de Prescripciones Técnicas, en adelante PPT, del contrato “Suministro de material de electromedicina para la

Subdirección General de Samur-Protección civil”, (número 195/2016/00001), en lo referente al lote 7 “Respirador”, el 30 de septiembre de 2016, por entender que reproducía literalmente las características de uno de los equipos de la empresa Weinmann, habiéndose acordado su desestimación por este Tribunal en Resolución 232/2016, de 22 de diciembre, por considerar justificado por el objeto del contrato, que se realice una descripción del objeto lo bastante precisa o inteligible para todos los potenciales licitadores, indicando que no se hace referencia a una marca determinada, ni los requisitos del producto a adquirir están reservados a un fabricante.

El PPT, respecto del Lote 7 “Respirador” establece en su apartado 7.2.las condiciones requeridas y entre otras exige:

Datos técnicos:

- *Dimensiones: 205-210 x 135 -140x 125-130 mm.*
- *Peso: 2,5-3 kg.*

Condiciones de almacenamiento:

- *Consumo de O2 de funcionamiento: Ø 0,2- 0,3 l min.*

Ajustes:

- *PEEP: 0 a 30 mbar.*

Batería:

- *Tiempo de carga de 0 a 100%, 3,5 horas.*

El Anexo I del PCAP, en su apartado 13 respecto de la acreditación de la solvencia técnica o profesional establece: *“Artículo 77 .1 apartado e) del TRLCSP: Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.”*

“Requisitos mínimos de solvencia: Muestra y documentación técnica, en idioma español, de cada uno de los artículos a suministrar.

Medio de acreditación:

1. Presentación de una unidad de cada uno de los artículos de los lotes a los que presenten oferta. Las muestras presentadas, podrán ser retiradas por los licitadores, que no hayan resultado adjudicatarios, una vez formalizado el contrato

del suministro, excepto las presentadas por la empresa que resulte adjudicataria que permanecerán en poder de la Administración hasta que hayan sido entregados todos los suministros.

2. Memoria técnica exhaustiva, suscrita por el representante legal de la empresa, con descripción de las características de los elementos a suministrar, que deberá ser conforme a los requisitos de este pliego y con información suficiente para comprobar el cumplimiento de todas las características exigidas.

3. Folleto informativo del usuario. Instrucciones de almacenaje.

Apartado: f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas.

Requisitos mínimos de solvencia: Será necesario que el licitador aporte las certificaciones de conformidad de cada uno de los artículos objeto del contrato que se refieran al lote o lotes que se pretendan licitar, emitidas por organismo acreditado, requeridas en el pliego de prescripciones técnicas.

Medio de acreditación: Copia autenticada de las certificaciones de conformidad, emitidas por el correspondiente organismo acreditador, de cada uno de los artículos objeto del contrato, que se refiera al lote o lotes que se pretenda licitar, requeridas y contempladas en el pliego de prescripciones técnicas, siempre que no conste en el marcaje o en el folleto de usuario.”

Tercero.- Con fecha 17 de enero de 2017, se notificó a Dräger Medical Hispania, S.A. que la Mesa de contratación del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias en su sesión celebrada el 4 de enero de 2017, ha determinado de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.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 la empresa Dräger Medical Hispania, S.A. debe ser excluida del lote 7 del procedimiento abierto, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP, sobre el cumplimiento por los licitadores del requisito de solvencia a la que se refiere el Art. 77.1 apartados e) y f) de TRLCSP conforme al apartado 13 del Anexo 1 del citado pliego

Cuarto.- Con fecha 26 de enero de 2017, previo anuncio el día 25 al órgano de contratación, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión de la recurrente en el lote 7 del procedimiento de contratación.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de la empresa Hospital Hispania S.L que solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica “cuyos *derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP), al ser excluida del procedimiento.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación en su sesión del día 4 de enero de 2017 fue notificado a la recurrente el 17 de enero de 2017, siendo interpuesto el recurso el 26 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de la Mesa de contratación por el que se acuerda la exclusión de la recurrente de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- Afirmar la recurrente que en la documentación aportada, en concreto en la Memoria Técnica exhaustiva que exige el apartado 13.1 punto 2 del Anexo I, del PCAP queda acreditada suficientemente la solvencia técnica.

Como primer motivo de su recurso reitera que se reproducen literalmente las características de uno de los equipos de la empresa WEINMANN, lo que atenta directamente con las reglas de igualdad que debe presidir toda licitación pública.

A pesar de lo cual afirma que aunque su oferta supera las dimensiones, el consumo, el PEEP y el tiempo de carga especificados en el pliego, el respirador ofertado es válido para el uso requerido, por lo que solicita se anule y deje sin efecto la Resolución de la Mesa de contratación por la que se excluye a Dräger Medical Hispania S.A de la presente licitación, acordando en su lugar la adjudicación a la recurrente.

Al respecto, el órgano de contratación, en su informe al recurso afirma respecto del primer motivo del recurso que las resoluciones, si ya son firmes, producen efectos de cosa juzgada, y el Tribunal se ha pronunciado al respecto en su Resolución nº 232/2016.

Advierte del hecho que la recurrente reconoce en sus alegaciones que el respirador no cumple todas las características exigidas en el PPT, no obstante en su opinión el aparato ofertado podría satisfacer las necesidades del SAMUR, olvidando que los suministros que se licitan deben estar adaptados a los Procedimientos del SAMUR y que el licitador, conociendo el contenido de los Pliegos, optó por concurrir a la licitación lo que supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Opone que la interpretación del PPT otorgándole un sentido distinto al que tenía su tenor literal y adaptado a la propuesta de cada licitador, como propone el recurrente, sí que habría constituido una vulneración del principio de igualdad y de concurrencia.

En su escrito de alegaciones la adjudicataria previamente reitera que corresponde al Organismo, en el uso de sus facultades que entran dentro de la discrecionalidad técnica, configurar el objeto del contrato con unas características técnicas que describen las necesidades a cubrir y cita la Resolución 250/2015, de 23 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y las Resoluciones 62/2016, de 6 de abril y 164/2015 de 14 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, así como la 232/2016 de 2 de noviembre, antecedente a este recurso, que confirmó la legalidad de los Pliegos. Añade que los Pliegos han sido aceptados incondicionalmente por todos los licitadores y el propio recurrente reconoce que su oferta incumple en los términos arriba descritos, por lo que solicita la desestimación íntegra del recurso.

Como ha puesto de manifiesto este Tribunal en la precitada Resolución nº 232/2016 *“En definitiva, el PPT, en la descripción del lote 7, objeto del recurso hace referencia a un tipo de respirador relacionando una serie de prestaciones que se pretenden conseguir con su adquisición y se entienden justificado por el objeto del contrato, realizando una descripción del objeto lo bastante precisa o inteligible para todos los potenciales licitadores. No se hace referencia a una marca determinada ni los requisitos están reservados a un fabricante. Es decir, el pliego define unas características de los aparatos que cubren las necesidades mínimas para la prestación del servicio del SAMUR según sus estándares de calidad y, de tiempo de respuesta.”*

En consecuencia habiendo sido el desestimado el recurso contra el PPT, siendo por tanto firme y habiendo sido aceptado por todos los licitadores, no procede ahora entrar a analizar las cuestiones planteadas en el primer motivo del recurso

que debe inadmitirse por este motivo en relación con cualquier cuestión hecha valer sobre la legalidad de los pliegos.

Por otro lado, 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.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT.

El recurrente afirma que:

- las dimensiones del pliego son 205-210 x 135-140 x 125-130 mm y las del aparato que oferta la empresa son 290x184x175 por lo que supera las especificadas en el pliego.

- no es cierto que el equipo ofertado por Dräger tenga un consumo de 0,5 l/min, sino que la documentación aportada por esta parte, se refiere a un consumo medio, si bien el equipo ofertado puede tener consumos acordes con lo establecido en el PPT, siendo el consumo medio una mera referencia de datos obtenida en banco de pruebas.

- el PEEP ofertado de 0 a 20 es más que suficiente para los servicios de emergencias.

- que con 3,5 horas de carga, el equipo tiene un nivel de carga superior al 80%, por lo que sería perfectamente apto para su uso en emergencias móviles, que implican traslados de no más de una hora.”

De lo expuesto cabe apreciar los siguientes incumplimientos:

- Las dimensiones del pliego son: 205-210 x 135 -140x 125-130 mm y las del aparato que oferta la empresa son 290x184x175, por lo que supera las especificadas en el pliego.
- El peso especificado será de: 2,5-3 kg y el peso del respirador que oferta es de 5, 8 kg por lo que supera el peso del respirador especificado en el pliego.
- El consumo de O2 de funcionamiento esta especificado en el pliego entre 0,2-0,3 l/min y el respirador ofertado consume 0, 5 l/min. Por lo que es mayor que el consumo especificado en el pliego.
- El PEEP del pliego es de 0 a 30 mbar y el del respirador ofertado es de 0 a 20. Por lo que no cumple lo especificado en el pliego.

En consecuencia, queda acreditado el incumplimiento de los requisitos técnicos y procede confirmar la exclusión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don D.M.V. y W., en nombre y representación de Dräger Medical Hispania, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye del lote 7, en el procedimiento de contratación “Suministro de material de electromedicina para el SAMUR-Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente: 195/2016/00001, en cuanto se dirige contra el contenido de los pliegos y desestimarlos por los restantes motivos.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 49 del TRLCSP.