

Recurso nº 143/2017
Resolución nº 160/2017

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

En Madrid, a 23 de mayo de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.R.S., en nombre y representación de 3M ESPAÑA, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del acuerdo marco “Suministro de mantas de hipotermia desechables con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM 02/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 10 de abril de 2017 se publicaron en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de la licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) reguladores del mencionado acuerdo marco. La licitación se publicó asimismo en el DOUE de 5 de abril, en el BOE de 20 de abril y en el BOCM de 19 de abril. El valor estimado asciende a 1.732.456,72 euros.

Segundo.- El objeto contractual es la compra centralizada de mantas de hipotermia desechables para abastecer los centros dependientes del SERMAS. Consta de un lote único dividido en tres números de orden:

1.- MANTA DE HIPOTERMIA DESECHABLE CUERPO ENTERO.

- “- Papel tejido de polietileno o poliéster, con al menos dos capas.
 - Inflado rápido.
 - Medidas: 2m x 1m aprox.
 - Material resistente a cortes, pinchazos y derrame de líquidos.
 - Material flexible amoldable a la superficie del paciente.
 - Material ignífugo.
 - (...)
 - Faldón amplio de aproximadamente 35 cm sin aire para evitar pérdidas de calor y movimientos de la manta.
- Aplicaciones: uso pre y post-operatorio.”*

2. MANTA DE HIPOTERMIA DESECHABLE CUERPO SUPERIOR.

- “- Papel tejido de polietileno o poliéster, con al menos dos capas.
 - Inflado rápido.
 - Medidas: 1m x 2m aprox.
 - Con adhesivos de fijación, reposicionable, en escotadura inferior.
 - Abertura para cabeza y cuello.
 - Material resistente a cortes, pinchazos y derrame de líquidos.
 - Material flexible amoldable a la superficie del paciente.
 - Material ignífugo.
- (...)”

3. MANTA DE HIPOTERMIA DESECHABLE CUERPO INFERIOR.

- “- Papel tejido de polietileno o poliéster, con al menos dos capas.
- Inflado rápido.
- Medidas: 1,60 m x 1 m aprox.
- Material resistente a cortes, pinchazos y derrame de líquidos.
- Material flexible amoldable a la superficie del paciente.

- *Material ignífugo.*

(...)

Faldón amplio de aproximadamente 65 cm sin aire para evitar pérdidas de calor y movimientos de la manta.

(...)".

Tercero.- El 28 de abril de 2017 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de 3M España, S.L. en el que solicita:

"la nulidad de los Pliegos impugnados por los que se rige la contratación, por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho del presente recurso. Subsidiariamente, que se solicite la anulación de los mismos, en atención a los motivos referenciados para cada una de las cláusulas citadas en el presente escrito de recurso", por los motivos que se expondrán al analizar los fundamentos de fondo en esta resolución.

Cuarto.- El 10 de mayo el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Considera que los pliegos son ajustados a derecho, y que la suspensión del procedimiento de licitación acarrea perjuicios de imposible o difícil reparación, por lo que debe apreciarse, al amparo del art. 47.5 del TRLCSP, temeridad y mala fe en la presentación del recurso, por lo que se debe acordar la imposición de la multa correspondiente a la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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 potencial licitador, “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues la publicación y puesta a disposición de los pliegos tuvo lugar el 10 de abril y la interposición del recurso el 28 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos que han de regir un acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El objeto contractual es la compra centralizada de mantas de hipotermia desechables para abastecer los centros dependientes del SERMAS. El anexo I del PCAP estructura el lote único en tres números de orden denominados:

1. Manta de hipotermia desechable cuerpo entero.
2. Manta de hipotermia desechable cuerpo superior.
3. Manta de hipotermia desechable cuerpo inferior.

El adjudicatario deberá ceder sin cargo añadido para los hospitales y durante la vigencia del contrato los equipos calentadores necesarios para cubrir las necesidades asistenciales, que dispondrán de un carro estable que permita transportarlos fácilmente, para el uso del material relacionado en los pliegos.

La cláusula 10 del PCAP establece: “*Si el acuerdo marco se encuentra dividido en lotes, podrá ofertarse a la totalidad de los lotes citados en el anexo I o aisladamente a uno o a varios de ellos siendo necesario ofertar a todos los números de orden que lo integran.*”

El apartado 12 de la cláusula 1 del PCAP establece que el acuerdo marco se adjudicara a un mínimo de 3 empresarios siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación, sin que exista un tope máximo.

Y el apartado 22 de la cláusula 1 del mismo pliego establece que “*Los bienes objeto de los contratos basados en el acuerdo marco serán adquiridos, sin necesidad de convocar nueva licitación, al proveedor o proveedores que se elijan de entre los adjudicatarios del Acuerdo Marco.*”

En consecuencia, los centros deberán adquirir las soluciones a los proveedores que elijan de entre los adjudicatarios.

Como primer motivo de recurso se invoca la necesaria división del objeto del contrato en lotes. En concreto se solicita la debida configuración de los lotes del procedimiento que han de quedar divididos, en promoción de la concurrencia, a la luz misma de las opciones que el mercado presenta para la satisfacción de las necesidades que justifican la puesta en marcha del procedimiento de contratación. 3M España solicita la división del objeto del contrato en diferentes lotes con el objeto de velar por el estricto cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública que han de imperar en la preparación, desarrollo y ejecución de los expedientes de contratación.

Según la recurrente, no existe ninguna relación técnica que haga dependientes las soluciones de los diferentes números de orden entre sí, no existiendo por tanto justificación técnica u organizativa que en pro de la buena ejecución del contrato obligue o aconseje adquirir todas las soluciones al mismo operador económico, como demuestra que en la propia configuración del procedimiento puedan resultar adjudicatarios más de un licitador. Si la justificación de la no división del objeto del contrato en lotes recayera en la disparidad de calefactores que pudieren ser cedidos con motivo del suministro, es una situación

que la no división en lotes evidentemente no soluciona, al ser varios licitadores los que puedan resultar adjudicatarios del mismo lote.

El hecho, a juicio del órgano de contratación, de haber convocado un único lote dividido en 3 números de orden, se debe a que sería inoperativo dividir en 3 lotes en función de la aplicación de la manta (cuerpo entero, cuerpo superior o cuerpo inferior) desde el punto de vista técnico y organizativo. Pues, en caso contrario, dado que estos suministros conllevan equipamiento podría ocurrir que hubiera 3 empresas adjudicatarias distintas, con 3 calentadores distintos en el mismo espacio de utilización, lo que complicaría sobremanera la actividad de la asistencia, en la misma sala y al mismo tiempo para varios pacientes. Es objetivo del órgano de contratación garantizar el abastecimiento de todas y cada una de las mantas incluidas en este expediente avalando que no queden desabastecidos los Centros Sanitarios de alguno de los tres tipos de manta de mayor uso, riesgo que precisamente conlleva el dividir el contrato en lotes. Al establecerse un solo lote con tres números de orden, y la obligación de presentarse a todos y cada uno de los números de orden, el órgano de contratación está garantizando que en ningún caso pueda producirse un desabastecimiento de algún tipo de manta térmica.

Respecto de la posible división en lotes el objeto del contrato, el artículo 86.3 del TRLCSP determina que “*cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto*”.

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE establece en su artículo 46 que, “*1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las*

cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84. (...)".

La principal novedad de la Directiva, que ha de servir de criterio interpretativo del artículo 86.3 del TRLCSP una vez expirado el plazo de transposición, es que la división del objeto del contrato en lotes deja de ser la excepción y se convierte en regla general debiendo constar en el expediente informe motivado de las razones por las que ha decidido no subdividir en lotes.

La Directiva resulta aplicable en virtud de su efecto directo, al no haber sido transpuesta en el plazo previsto para ello, de manera que a partir de la finalización del periodo de transposición, 18 de abril de 2016, es necesario justificar en el expediente de contratación las razones por las que una licitación no se divide en lotes.

Con la finalidad de facilitar la participación de las PYME en la contratación pública la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en sus considerandos 78 y 79, señala que la contratación pública debe adaptarse a las PYME siendo preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 25 de junio de 2008 titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto, para aumentar la competencia, anima a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes. Y cuando decida que ello no es conveniente, el informe específico o los pliegos deben incluir una indicación de las razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados por el poder adjudicador.

Si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre concurrencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que “podrá” establecer tales lotes, en los términos del artículo 86 del TRLCSP. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo supongan una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento. El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

Asimismo, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, prevé que cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios y admite motivo válido, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros, el hecho de que a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato, dificultarán la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico.

Tal como se indica en la Nota Informativa 2/2014, de 9 de mayo, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en el diseño de los lotes se puede tener en cuenta la viabilidad técnica de la ejecución del contrato, en aquellos casos que, por motivos de incompatibilidades o de dificultades técnicas de uso o de mantenimiento, se considere más conveniente que sean ejecutados por la misma empresa contratista.

Consta en el expediente una memoria de la necesidad de la contratación que si bien no se ajusta a la Directiva 2014/24/UE en los términos más arriba indicados, justifica que se adquirirán los productos en un único lote dividido en tres números de orden. Se trata de un medio para tratar o evitar la hipotermia y gestionar correctamente la normotermia en pacientes adultos e infantiles, en el periodo preoperatorio, durante la cirugía y en el postoperatorio. El sistema térmico se compone de una unidad térmica y manta. Para su funcionamiento las mantas requieren de unos equipos calentadores que se requieren también como disponibles conjuntamente con las mantas.

La justificación, más explícitamente expuesta en el informe al recurso, resulta motivada y aceptable. La división en lotes implicaría la posibilidad de que alguna de las empresas licitadoras solo licitase a uno de los tres tipos de mantas. Ello supone que si por los centros sanitarios se piden, en un contrato derivado, mantas de este licitador ha de utilizar los calentadores del mismo y si precisa mantas de otro tipo ha de hacerlo a alguno de los otros adjudicatarios cuyos calentadores serán diferentes. Siendo cierto, como alega la recurrente, que el acuerdo marco admite una pluralidad de adjudicatarios y los pedidos se pueden dirigir a cualquiera de ellos y el mismo centro puede dirigirse a dos de los diferentes proveedores con lo que el problema de coexistencia de diferentes calentadores no se soluciona, la contratación conjunta de los tres números de orden permite evitarlo haciendo los sucesivos pedidos del mismo modelo. En cambio si se admitiera la división en lotes la incompatibilidad de los calentadores sería un inconveniente salvo que se optase por solo hacer pedidos a los empresarios que oferten los tres números de orden, lo que supondría no hacer pedidos a los empresarios que solo licitan a uno solo de los que ahora se plantean como número de orden. La división en tres lotes correría también el riesgo de que no se presenten ofertas a los tres lotes o que formulándose no fuesen admitidas las de alguno de ellos con lo que los contratos derivados habrían de adjudicarse siempre a empresarios con diferentes calentadores. Asimismo la posibilidad de declararse desierto alguno de los lotes puede aconsejar la no admisión de la división para evitar el problema de la disparidad de calentadores.

En conclusión, correspondiendo al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de no división en varios lotes, habiendo quedado justificada en el presente caso la necesidad o conveniencia de licitación conjunta de los tres modelos de mantas y los inconvenientes de la división en lotes para el cumplimiento de las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato, dichas razones dan cumplimiento a las exigencias legales de motivación.

Sexto.- Como segundo motivo de recurso se alega incorrecta configuración de los criterios de valoración automáticos.

El apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP establece como criterios de adjudicación el precio valorable hasta con 80 puntos y:

1. La calidad del material de la manta térmica debe permitir que al retirar los paños adhesivos del campo quirúrgico no se rompa: 10 puntos.

- SI permite... 10 puntos
- NO permite... 0 puntos.

2. Sistema de fijación externo de la tobera que evite deslizamiento de la manta por

el peso de ésta: 10 puntos.

- SI evita...10 puntos
- NO evita... 0 puntos.

La recurrente, sobre ambos criterios, se pregunta ¿y si una oferta queda, en su proposición para con la descripción del criterio, en un punto intermedio? La respuesta es obvia, no obtendrá puntuación. Asimismo, se cuestiona ¿cómo van a valorarse estos criterios? ¿cómo debe configurar el licitador su oferta, por ejemplo, para obtener la mitad de la puntuación otorgable, caso de no poder optar al máximo de puntuación? ¿cómo ponderan estos criterios? y ¿cuál es su recorrido?

Respecto al criterio de valoración “*La calidad del material de la manta térmica debe permitir que al retirar los paños adhesivos del campo quirúrgico no se rompa*”, considera la recurrente que adolece de una nulidad intrínseca puesto que presupone

la validación de una mala práctica clínica si de su redacción se infiere que los paños adhesivos de la cobertura quirúrgica se pegan sobre la manta térmica. La cobertura quirúrgica debe pegarse sobre la piel del paciente previamente desinfectada y secada, con el objeto de asegurar un campo quirúrgico estéril y que los fluidos de la cirugía no rompan la barrera estéril de la cobertura quirúrgica desechable. Si a la hora de pegar la cobertura quirúrgica estéril sobre la piel del paciente se prevé contacto con la manta térmica no estéril que va a quedar debajo de la cobertura, debe apartarse la manta térmica hacia arriba (cuerpo superior) abajo (cuerpo inferior), pegar la cobertura quirúrgica estéril sobre la piel desinfectada y secada del paciente y luego liberar la manta a su posición definitiva y fijarla a la piel del paciente si procede por debajo de la cobertura quirúrgica estéril y sin contaminarla.

Argumenta la recurrente que si se pega la cobertura quirúrgica sobre la manta térmica:

- Se contamina el adhesivo estéril de la cobertura con el material estéril de la manta.
- No se garantiza que la cobertura quirúrgica no se mueva.
- No se garantiza que los fluidos de la cirugía no rompan la barrera estéril de la cobertura.
- Se compromete la seguridad de paciente.

Por esos motivos técnicos 3M España considera que en ningún caso en que se sigan las buenas prácticas quirúrgicas puede evaluarse la calidad del material de la manta térmica en relación con la retirada de los paños quirúrgicos adhesivos, pues siguiendo dichas buenas prácticas el adhesivo del paño quirúrgico y el material de la manta no deben entrar en contacto.

A mayor abundamiento, este criterio de valoración se aplica indistintamente a todos los números de orden, cuando por la configuración física del paciente sobre la mesa de operaciones y las técnicas de cobertura quirúrgica aplicables a dichas configuraciones, sólo podría comprometerse la seguridad de paciente en el número de orden 2 (cuerpo superior) si se pegaran erróneamente y con riesgo para el

paciente los paños laterales de aproximación sobre la zona de los brazos de la manta térmica de cuerpo superior. Por todo lo anterior, lo cierto es que el referido criterio de valoración únicamente puede darse, salvo en casos de muy mala praxis clínica, únicamente al número de orden 2 del lote único, careciendo de relevancia para el resto de los números de orden.

Según informa el órgano de contratación, la valoración de estos dos criterios de calidad se han considerado importantes por los técnicos responsables, ya que suponen una mejora considerable en la utilización de estos artículos, al incorporar unas características que sin ser excluyentes implican un valor añadido.

En cuanto a la configuración de ambos criterios de valoración, debemos constatar que ésta responde a una ponderación y aplicación dicotómica de los mismos, de forma que el cumplimiento de aquello que se recoge, implica la otorgación de puntuación y el no cumplimiento en los términos expresados implica la no obtención de puntuación alguna. En principio ninguna objeción a la objetividad de su valoración.

Los técnicos sanitarios, en su informe al recurso, consideran que los criterios deben ser objetivos, y que no debe existir punto intermedio en los criterios evaluables de forma automática ya que la calidad del material de la manta térmica debe permitir que al retirar los paños adhesivos del campo quirúrgico no se rompa, por lo que sólo existen 2 opciones, se rompe o no se rompe, sin entrar en el detalle de que la ruptura pudiera ser parcial o total, en cualquiera de los casos el valor objetivo que se mide es que se rompa la manta. Aunque los paños están en contacto con el paciente y no con la manta térmica, en determinadas ocasiones y una vez finalizada la intervención quirúrgica, al retirar el campo quirúrgico adhesivo, a veces accidentalmente de forma no deseada o involuntaria, el adhesivo contacta con la manta térmica y al despegarse, se rompe la manta, lo que implicaría el cambio a una nueva manta, con el coste añadido que ello supondría.

En consecuencia con esta explicación, cabe admitir que la resistencia a la rotura es un elemento de calidad del producto admisible para determinar la mejor relación calidad precio y la oferta económicamente más ventajosa. Si bien la redacción del criterio sería preferible en términos objetivables por referencia a normas o estándares que midan cómo ha de apreciarse el grado de resistencia a partir del cual se obtiene la puntuación, es admisible la valoración dicotómica por referencia a las pruebas sobre las muestras aportadas.

En cuanto al sistema de fijación externo de la tobera que evite el deslizamiento de la manta por el peso de ésta, al igual que en el punto anterior no existe punto intermedio, o permanece inmóvil la manta o se desplaza hacia la tobera, considerando objetivo el sistema dicotómico (si/no) establecido.

Séptimo.- Finalmente se alega por la recurrente la inclusión de prescripciones técnicas limitativas de la concurrencia. Considera que se ha optado por estructurar el PPT de un modo limitativo y excluyente, de forma que se le impide a ella y al resto de operadores económicos concurrir a la licitación.

El informe del SERMAS al recurso señala que el órgano de contratación lo único que hace es establecer las prescripciones técnicas que se ajustan a las necesidades de los Centros Sanitarios. En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto el Tribunal Administrativo Central como otros tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación.

Para la resolución de este motivo de recurso debemos partir de la discrecionalidad que tiene el órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 22 del TRLCSP, a la hora de configurar las exigencias de un expediente de contratación, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser los que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que

disponen. Ahora bien, esta potestad, como todas las de la Administración, está limitada por una serie de condicionantes que impiden el uso abusivo de la misma. La facultad que la ley atribuye al órgano de contratación para determinar las características técnicas exigibles a los productos objeto de suministro dicha facultad no es ilimitada.

La Directiva 2014/24/UE contiene un conjunto de reglas que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad y de libre competencia. En concreto, el considerando 74 de su Exposición de Motivos establece que “*Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia*”.

A estos efectos, el artículo 42 de la citada Directiva señala que, “*las especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia*”.

Las especificaciones técnicas tampoco pueden implicar la descripción del producto en términos en los que, aun omitiendo la marca de un fabricante o fabricantes determinados, se singularice el producto de tal modo que se impida la concurrencia. Esto sería un fraude de ley previsto en el artículo 6.4 del Código Civil o una desviación del poder si lo aplicamos al ámbito del derecho administrativo.

Este artículo 42 se corresponde con el 23 de la Directiva anterior (2004/18/CE), el cual tiene su reflejo en el vigente artículo 117 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público:

“2. Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

3. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes maneras:

a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención “o equivalente”.

b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a estas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.

c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a).

d) Haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a), para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para otras.

(...)".

De todo ello se concluye que las especificaciones técnicas:

a) deben permitir:

a.1) la apertura de los contratos públicos a la competencia, y no pueden tener el efecto de crear obstáculos injustificados.

a.2) la diversidad de soluciones, y no pueden imponer una concreta solución cuando existan varias en el mercado que den respuesta a la necesidad planteada en la contratación.

b) no pueden describir el producto:

b.1) haciendo mención a una marca concreta.

b.2) sin mencionar marcas, pero singularizándolo y haciéndolo único en el mercado.

El principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sujetas a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia, de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. 1-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 141 anterior, apartado 93). La definición de los requisitos técnicos ha de hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos, siendo indiferente el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo.

A la vista de lo expuesto procede el análisis de cada una de las irregularidades en la definición de las precepciones técnicas mencionadas como objeto del recurso:

1. Papel tejido de polietileno o poliéster, con al menos dos capas.

Alega 3M España que todas las composiciones materiales de los fabricantes operantes en el mercado son mixtas, es decir, no son composiciones de polietileno o poliéster, sino muy por el contrario tiene una composición material variada, dando como resultado la imposibilidad técnica de que ninguna casa comercial pueda cumplir con este concreto requisito mínimo.

El informe del SERMAS al recurso señala que el hecho de que se requiera polietileno o poliéster no significa que no se puedan presentar en composiciones mixtas. Hay que tener en cuenta que el polietileno es un polímero, por lo que se considerarían como válidos otros materiales como el polipropileno.

La definición de los requisitos técnicos ha de hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con los mismos, siendo indiferente el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo. La consecución de la necesidad administrativa a satisfacer con el contrato ha de realizarse de forma objetiva, admitiendo la diversidad de soluciones, no imponiendo un procedimiento concreto.

La funcionalidad pretendida con la mención de los componentes de las capas del tejido de las mantas es la estabilidad o el mantenimiento de la temperatura, pero la descripción del producto solicitado, aun interpretando que se admiten composiciones mixtas como alega el informe del SERMAS, hace referencia a una manera de conseguirlo, con papel tejido de polietileno o poliéster, de manera que quedan excluidos otros tejidos que puedan conseguir la misma finalidad. La definición del objeto del contrato mediante la descripción de una determinada tecnología no concreta los resultados o funcionalidad a obtener, motivo por el cual no se ajusta a las reglas que para el establecimiento de prescripciones técnicas establece el TRLCSP en su artículo 117.3. Por tanto, debe aceptarse el motivo de recurso y declararse la anulación de la prescripción técnica en el sentido indicado.

2. Medidas aproximadas de las mantas de los tres números de orden.

Alega 3M España que no se determinan con concreción las medidas de la solución a presentar. Sería necesario determinar cuál sería el margen de desviación en las medidas que serán aceptados por el órgano de contratación, no dejando a su libre determinación en fase de valoración, ya que abre el camino a la vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores así como el principio de transparencia, y supondría una manifiesta indefensión para los mismos en el supuesto de rebatir una resolución de exclusión por superar o no alcanzar las medidas aproximadas. Asimismo, no se determina si las medidas requeridas para la solución se tomarán con las mantas infladas o desinfladas, lo que abunda en la indefinición de las medidas requeridas. A mayor abundamiento, las medidas infladas son tomadas localmente por cada fabricante, pudiendo estos declarar medidas

diferentes en su documentación por tabular las medidas infladas con su propia máquina, es decir, con máquinas con potencias y caudales de inflado de aire diferentes.

El informe del SERMAS al recurso señala que habiendo evaluado las fichas técnicas de las diferentes casas comerciales que son suministradoras habituales de estos productos, se ha considerado que todas las medidas de las mantas térmicas que se disponen en el mercado, estarían encuadradas dentro del término “aproximadamente”, de forma que no es un motivo de exclusión no disponer de las medidas exactas, y así se cubrirían las necesidades clínicas de todos los centros hospitalarios.

Comparte el Tribunal el criterio de la recurrente, pues la única manera de no restringir el acceso de los operadores económicos al presente procedimiento de compra respecto de la concreta prescripción técnica es determinar un arco de medidas que sean las aceptadas y la manera de proceder a la medición, puesto que tanto en el caso actual de determinar las medidas añadiendo el término “aproximadamente”, como determinar unas medidas concretas, producen una vulneración de los principios rectores de la contratación pública. En el caso de determinar medidas concretas, posiblemente únicamente un operador económico podría cumplir con la referida prescripción técnica. En el caso de mantener un concepto indeterminado como es el valor de aproximación a las medidas indicadas que se permitirá para admitir las ofertas, la inseguridad de los licitadores a la hora de formular sus ofertas es absoluta y contraria al principio de transparencia, pues desconocen si su producto será o no admitido y el rango de discrecionalidad del órgano encargado de la valoración técnica excesivo, vulnerando el principio de igualdad de trato, pues permite admitir o excluir ofertas una vez conocidos los rangos de las presentadas sin un criterio preestablecido que permita controlar su objetividad.

Tal como señaló este Tribunal en su Resolución 9/2012, de 25 de enero,
“Ciertamente, cuando la medida no es clínicamente relevante, a fin de admitir la

máxima concurrencia, las dimensiones de los productos a suministrar pueden ser aproximadas, es decir, dentro del baremo que se establezca o en un rango de aproximación a la medida establecida. Lo que sucede en este caso es que esa variable queda relativamente indefinida, al indicar que se trata de longitudes aproximadas, por lo que hay que recurrir a criterios interpretativos para determinar si el producto ofertado por Bioline Supply S.L, cumple la prescripción técnica exigida relativa a las longitudes (40-100mm) aprox.”

Por tanto procede anular la mención a las medidas aproximadas sin concretar el rango de desviación admisible y la manera de medición.

3. Material resistente a cortes, pinchazos y derrame de líquidos.

Alega 3M España que la inclusión de la prescripción carece de sentido en el ámbito del presente expediente de contratación, al referirse a mantas térmicas sobre paciente en el que, si se produjera cualquiera de las tres circunstancias expresadas en el enunciado, se rompe el campo estéril, pues un corte o un pinchazo atraviesa la cobertura quirúrgica desechable, situada encima de la manta térmica y, por tanto, obliga a una reposición del campo estéril por el personal sanitario para garantizar la seguridad del paciente, con sustitución o colocación por encima de campos adhesivos adicionales. No se indica con qué criterios y fórmulas se determina el grado de resistencia, ni qué parámetros ni normas de ensayo determinan dicho grado de resistencia. Como se requiere explícitamente para uso pre y post operatorio (aparte del uso operatorio) no se requiere el mantenimiento de la funcionalidad de calentamiento a pesar de las circunstancias cuya resistencia se persigue (cortes, pinchazos y derrame de fluidos).

Señala el informe del SERMAS que no siempre las mantas térmicas se utilizan bajo campos estériles, ya que existen ocasiones en las que se utilizan fuera del quirófano como en los casos de las UVIS, hospital de día, reanimación, etc. En todo caso, en los supuestos en los que se utilizan campos estériles o no, si se producen los incidentes mencionados, deben ser resistentes para que no sea

necesario cambiar la manta, implicando un incremento de tareas al personal sanitario y un mayor gasto.

Al igual que hemos aceptado respecto del criterio de adjudicación relativo a la calidad de la manta térmica (que al retirar los paños adhesivos del campo quirúrgico no se rompa), debemos admitir que la resistencia a cortes, pinchazos y derrames de líquidos es una característica cuya necesidad queda justificada como exigible en la explicación del órgano de contratación, por ejemplo, en el uso fuera de quirófano. Como en aquel supuesto, sería deseable referenciar a parámetros objetivables el grado de resistencia. Pero aceptando como finalidad de la prescripción técnica que se mantenga la funcionalidad de calentamiento parece adecuado mantener el requisito y su apreciación sobre las muestras que se presenten.

4. Material ignífugo.

Se afirma por la recurrente que ningún operador económico cuenta con material ignífugo en sus soluciones, sino con materiales con una inflamabilidad clase 1. Nos encontramos ante una prescripción técnica de carácter excluyente para los posibles interesados, puesto que se produce una limitación absoluta de la concurrencia que imposibilitaría a licitador alguno presentar soluciones que fueran capaces de cumplir con las prescripciones técnicas mínimas de exigido cumplimiento.

Señala el informe del SERMAS que en las fichas técnicas de algunas casas comerciales, establecen que sus mantas térmicas son de material ignífugo (material resistente al calor y al fuego), por lo que no se limita la libre concurrencia. La exigencia de esta especificación técnica, redonda en el beneficio de la seguridad del paciente.

Tal como se justifica, la prescripción técnica para garantizar la seguridad del paciente sería admisible y necesaria para conseguir la finalidad que con el suministro se pretende satisfacer. La definición de ignífugo “*material o sustancia*

que protege contra el fuego”, no es lo mismo que ser ininflamable, es decir, no contribuir a su propagación. Por tanto, de ser esta la necesidad del órgano de contratación, la prescripción sería admisible y no equivalente a ininflamabilidad clase 1, siendo admisible como prescripción técnica e indiferente si los productores cumplen en mayor o menor número la condición exigible. Debe rechazarse el motivo de recurso.

5. Faldón amplio de aproximadamente 35 cm (65 cm en el núm. de orden 2) sin aire para evitar pérdidas de calor y movimientos de la manta.

Vuelve a reprocharse que se trata una redacción de carácter indeterminado, “aproximadamente”, puesto que se debería las medidas concretas del faldón, o al menos, concretar el margen de desviación de las medidas permitido, con el objeto de permitir a los licitadores interesados conocer qué medidas son con las que ha de contar el faldón, evitando que se produzca un trato discriminatorio entre los diferentes operadores económicos en el momento de valoración de las diferentes ofertas. Añade que a mayor abundamiento, el órgano de contratación equivoca de manera manifiesta el objeto del faldón, puesto que la realidad es que el objetivo técnico de la ausencia de aire en la parte inferior de la manta es la protección térmica (por no calentamiento) de la zona de los pies, zona de baja perfusión y que puede sufrir lesiones térmicas si se envía aire caliente a la misma, justo lo contrario del objetivo que figura en la referida prescripción técnica de la que esta parte rebate su configuración.

Señala el informe del SERMAS que el hecho de que las mantas tengan un amplio faldón de aproximadamente 35 cm sin aire, es para evitar pérdidas de calor y movimientos de la manta.

Tal como hemos expuesto al analizar el requisito de medidas aproximadas referidos a las mantas, sería necesario determinar un arco de medidas que sean las aceptadas, puesto que tanto en el caso actual de determinar las medidas añadiendo el término “aproximadamente”, como determinar unas medidas concretas producen

una vulneración de los principios rectores de la contratación pública. El Tribunal no puede apreciar la adecuación médica de la existencia del faldón ni si es el medio más adecuado para satisfacer las necesidades del órgano de contratación al que conforme señala el artículo 22 corresponde determinarlas respetando los principios de la contratación pública y las normas de establecimiento de prescripciones técnicas.

Octavo.- Finalmente cabe pronunciarse sobre la solicitud que hace el órgano de contratación de imposición de multa por temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

El artículo 47 del TRLCSP establece:

"5. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial."

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, “*La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación*”. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional

indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.”

A la vista del contenido del recurso, lo fundado de sus peticiones y que se estima parcialmente, se advierte que la interposición del mismo responde al uso del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido constitucionalmente como medio para obtener la tutela de un derecho o interés legítimo, sin que el órgano de contratación concrete la existencia temeridad.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.R.S., en nombre y representación de 3M ESPAÑA, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del acuerdo marco “Suministro de mantas de hipotermia desechables con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: P.A. SUM 02/2017, anulando las prescripciones del PPT a que se hace referencia en el fundamento de derecho séptimo de esta Resolución. En consecuencia procede la anulación del procedimiento de licitación que, en su caso, deberá iniciarse de nuevo.

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.