

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

En Madrid, a 8 de abril de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de la empresa Arjo Iberia, S.L. (en adelante Arjo), contra el acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de “Suministro de fundas neumáticas de compresión secuencial y cesión de compresores con destino al Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”, expediente número A/SUM-031367/2020 del Servicio Madrileño de Salud, acordado por la Mesa de contratación el 18 de diciembre de 2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio de 4 de noviembre de 2020 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE la convocatoria de la licitación electrónica del contrato de suministro de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. Con fecha 17 de noviembre se publicó en el BOCM.

El valor estimado del contrato asciende a 1.091.200 euros, con un plazo de

ejecución de 24 meses, prorrogable hasta un máximo de 48 meses.

Segundo.- La fecha límite para la presentación de ofertas fue el 5 de diciembre de 2020, presentándose a la licitación 5 empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 10 de diciembre de 2020, la mesa de contratación del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (en adelante HGUGM) procede a la apertura de la documentación administrativa (sobre nº 1) y envía la documentación técnica presentada por los licitadores para la emisión del informe técnico de evaluación sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante PPTP). El 18 de diciembre de 2020 la mesa efectúa la apertura, en sesión pública, de las ofertas económicas y criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas (sobre 3) presentadas por los licitadores. Previamente se da lectura al informe de la documentación técnica presentada por los licitadores sobre los requisitos exigidos en el PPTP, emitido el 14 de diciembre, resultando excluidas tres de las empresas presentadas, entre ellas Arjo. Se motiva la exclusión de la recurrente en que: *“No cumple con las condiciones técnicas del punto 1.1 del pliego técnico. PPT: <<Funda formada por al menos 3 cámaras independientes adaptables anatómicamente a la pierna>>. Valorada la muestra: La funda no dispone de cámaras independientes, son 3 cámaras comunicadas”*.

La oferta mejor clasificada es la presentada por la empresa Izasa Hospital S.L.U., propuesta adjudicataria por la mesa de contratación el 2 de febrero de 2021, tras el correspondiente procedimiento e informe técnico favorable a la aceptación de la baja anormal emitido por el Servicio de Compras y Logística.

Tercero.- Con fecha 31 de diciembre de 2020 la representación de Arjo interpone ante la Consejería de Sanidad recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación, remitido a este Tribunal

el 12 de febrero de 2021.

En el recurso se solicita la nulidad de la exclusión y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la misma o bien la nulidad de todo el procedimiento de contratación. Asimismo, insta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución del recurso.

Cuarto.- El 12 de febrero de 2021 el órgano de contratación remitió el recurso junto al expediente de contratación y el informe preceptivo 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 órgano de contratación informa que con fecha 31 de diciembre de 2020, la empresa Arjo presentó recurso especial contra el acto de exclusión del procedimiento adoptado por la mesa de contratación en su reunión de fecha 18 de diciembre de 2020, desconociéndose el motivo por el cual no se detectó este registro. Publicada el acta de la mesa de propuesta de adjudicación en el perfil de contratante, el 2 de febrero de 2021, la recurrente se dirige al órgano de contratación, comunicando que había presentado recurso y que desconoce el estado de su tramitación. Una vez comprobado que el recurso tuvo entrada en la fecha indicada, el HGUGM ha suspendido la tramitación del procedimiento de adjudicación, mediante Resolución de 4 de febrero, publicada en el perfil de contratante el 11 de febrero de 2021.

El HGUGM solicita en su informe la desestimación del recurso presentado por la recurrente, al ser el motivo de exclusión ajustado a derecho, pues como indica el informe aclaratorio del Jefe de Servicio de Cuidados Intensivos, la oferta que presenta la empresa Arjo es una funda con tres cámaras comunicadas entre sí que no asegura las presiones en cada cámara.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación *“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 del firmante del recurso, tras la subsanación de la documentación el 19 de febrero de 2021.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado se adoptó el 18 de diciembre, publicado el 21 de diciembre de 2020, y el recurso se presentó ante el órgano de contratación el 31 de diciembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite cualificado, exclusión de la oferta de la recurrente, que determina en sí mismo la imposibilidad de continuar el procedimiento, en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto por tanto es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si ha sido conforme a derecho la exclusión de Arjo del procedimiento de adjudicación del contrato.

Resulta de interés para la resolución del presente recurso lo dispuesto en las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), y del Pliego de Prescripción Técnicas particulares que rigen la contratación del suministro, citadas a continuación:

PCAP

Cláusula 1. Características del contrato.

3.- Presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara.

“Será obligatoria la presentación de tres muestras por cada talla del producto, identificando el número de lote, denominación del producto, código ID de nuestro artículo y el número de expediente. La presentación de las mismas, será de obligado cumplimiento y en caso de incumplimiento será motivo de exclusión. Su entrega se hará en el Almacén General del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, a la atención del Servicio de Logística y teniendo como fecha límite la fecha de presentación de ofertas.

No obstante, durante el período de evaluación técnica de los productos ofertados, se podrán solicitar más muestras, en aquellos casos que se considere necesario, requisito imprescindible para poder valorar la calidad del producto.

(...)

9.- *Documentación a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:*

A) *SOBRE Nº 1. DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA Y TÉCNICA PARA VERIFICAR CUMPLIMIENTO DE LO ESTIPULADO EN EL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS.*

-Se presentará la documentación relacionada en el apartado 3 del Pliego Técnico (Documentación Técnica General)

-Deberá adjuntarse indicación del número de lotes a los que licita.

B) *SOBRE Nº 2. DOCUMENTACIÓN TÉCNICA RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR. No procede.*

C) *SOBRE Nº 3. PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS.”*

Cláusula 10 – Presentación de proposiciones

“La presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas particulares que rigen el presente contrato, sin salvedad o reserva alguna...”

“Cláusula 13. Actuación de la Mesa de contratación.

Finalizado el plazo de admisión de proposiciones, se constituirá la Mesa de contratación, con objeto de proceder a la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa. Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados, a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, concediéndose un plazo de tres días naturales para que los licitadores los corrijan o subsanen.

Una vez examinada la documentación aportada, la Mesa determinará las empresas admitidas a licitación, las rechazadas y las causas de su rechazo, según

proceda. Estas circunstancias se publicarán en el tablón de anuncios electrónico.”

PPTP

8. MUESTRAS- *Será obligatoria la presentación de tres muestras de cada producto, identificando el número de lote, denominación del producto, código de nuestro artículo y el número de expediente. La presentación de las mismas, será de obligado cumplimiento y en caso de incumplimiento se excluirá a la empresa de la licitación. Su entrega se hará en el momento de presentación de las propuestas, junto con éstas.”*

Anexo I

“PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS ESPECÍFICAS.

FUNDAS NEUMÁTICAS DE COMPRESIÓN SECUENCIAL Y CESIÓN DE COMPRESORES

1. Características de las fundas:

- Funda formada por al menos 3 cámaras independientes adaptables anatómicamente a la pierna”.

La recurrente manifiesta que de acuerdo con el informe técnico las fundas ofertadas cumplirían con todas las características exigidas, excepto la de estar formada por al menos 3 cámaras independientes. A este respecto alega que un error de apreciación por parte de los técnicos del órgano de contratación ha dado lugar a la exclusión, pues si bien las cámaras de las fundas no son independientes, sí que funcionan de forma independiente, dado que las fundas Tripulse ofertadas se alimentan de una sola tubulada pero el control de la presión de cada una de las celdas es independiente. El diseño de las cámaras Tripulse es exclusivo de Arjo y asegura el hinchado de la presión correcta (diferente presión según la cámara) ya que las válvulas solo abren el paso para la siguiente cámara cuando se alcanza la presión programada. A diferencia con otras empresas que realizan el hinchado y

deshinchado por 3 tubuladuras, Arjo realiza el hinchado por una tubuladura común y el deshinchado por las válvulas, afirmando que es un diseño más cómodo para el paciente y para el personal asistencial ya que evita el tener tubos en el lecho que puedan afectar y crear úlceras por presión a los pacientes.

Por otra parte, mantiene que se ha realizado una incorrecta valoración técnica de las fundas presentadas, sin informe técnico, con una "*valoración ciega*" por parte de la mesa de contratación, añadiendo que es doctrina consolidada que los informes han de contener las razones técnicas que justifican o motivan su valoración o conclusiones, puesto que en caso contrario sería imposible que los Tribunales pudiesen valorar si los mismos son arbitrarios o erróneos. En definitiva, alega que no existe informe técnico que haya motivado las razones técnicas por las cuales se considera que las fundas ofertadas no cumplen el requisito mencionado, entendiendo que no puede existir ninguna valoración técnica que acredite que las fundas de mi mandante no tengan tres cámaras independientes adaptables anatómicamente a la pierna.

Por último, indica que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato. Por tanto, en el caso improbable que la mesa de contratación entendiese que las fundas de mi representada no cumplen con el requisito de tener 3 cámaras independientes, frente a los criterios técnicos de mi representada que entiende que sí que cumplen con este requisito, la comprobación del cumplimiento de esta característica debería realizarse en la fase de ejecución del contrato, no siendo causa suficiente de exclusión de la licitación antes de la adjudicación del contrato.

Por su parte el órgano de contratación informa que el acuerdo de exclusión fue adoptado de conformidad con el Informe y/o Evaluación técnica, emitido por el

órgano encargado de la valoración técnica de las ofertas presentadas al procedimiento de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, corresponde al órgano de contratación determinar las características técnicas de los productos objeto de suministro con la finalidad de que respondan a las necesidades requeridas por los pacientes y personal asistencial. Las ofertas presentadas por los licitadores deben adecuarse a las condiciones técnicas establecidas en los Pliegos, tanto Administrativos como Técnicos, pues estos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y al órgano de contratación, de tal forma que, los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP.

El informe Técnico del Comité Evaluador se emite tras analizar la documentación técnica aportada y comprobar las características de las muestras aportadas por los licitadores, indicando que la muestra aportada no cumple con lo exigido en el PPT al no disponer de cámaras independientes, sino comunicadas, sin que ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente refute este hecho, limitándose a recalcar que el control de la presión de cada una de las celdas es independiente, con lo que reconoce implícitamente que no cumple dicho requisito. Considera este órgano de contratación que las prescripciones técnicas de los productos a suministrar se cumplen o no se cumplen, no siendo admisible pretender su cumplimiento a medias, pues admitir ese hecho generaría una inaceptable inseguridad jurídica y afectaría a los principios de igualdad y libre concurrencia que debe regir la licitación pública.

Por último, alega el HGUGM que la recurrente pudo consultar con el órgano de contratación sobre el cumplimiento de este requisito, y despejar cualquier duda sobre el alcance del mismo, o haber recurrido los pliegos.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar, como doctrina asentada, que los pliegos de contratación son *lex inter partes* conformando la ley del contrato y vinculando en sus propios términos tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación, (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. El artículo 139 de la LCSP establece que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna...”*, como igualmente recoge el PCAP del contrato en su cláusula 10 relativa a la presentación de proposiciones, pliego que no ha sido objeto de impugnación. Asimismo, la cláusula 2 del PCAP al establecer el régimen jurídico aplicable al contrato recoge que las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en su correspondiente de prescripciones técnicas particulares.

Este Tribunal a la vista del expediente y de las alegaciones formuladas por las partes comprueba que la recurrente no cumple con la característica técnica específica exigida para la funda en el Anexo al PPTP de estar formada al menos por 3 cámaras independientes adaptables anatómicamente a la pierna, cuestión reconocida expresamente por ambas partes en sus alegaciones. Por tanto, la actuación de la mesa es conforme a lo dispuesto en el artículo 22.1.b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que regula las funciones de las mesas de contratación, al no acreditar el licitador el cumplimiento de lo establecido en los pliegos.

Las características técnicas recogidas en el PPTP constituyen prescripciones de carácter obligatorio conforme a lo dispuesto en los artículos 124 y 125.1 de la LCSP, cuyo incumplimiento debe suponer la exclusión del licitador, por ser las reglas

de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definir sus calidades. Concretamente en los contratos de suministro fijan los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como las prestaciones vinculadas al mismo. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al fijar el contenido de la relación contractual, correspondiendo al órgano de contratación su determinación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP, y sin que quepa relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Este Tribunal constata la existencia en el expediente del informe técnico que evalúa el cumplimiento de las muestras presentadas, en el que se basa la mesa de contratación para adoptar la decisión de exclusión, sin que se aprecie error en la valoración técnica en el presente supuesto, siendo evidente que la funda ofertada no cuenta con 3 cámaras independientes, como de manera inequívoca exige el PPTP, sino una sola cámara, por más que la recurrente pretenda que se analice técnicamente una equivalencia de prestaciones, que en todo caso no se adecua a lo que literalmente requiere el PPTP.

Por último, contrariamente a lo manifestado por la recurrente, es en el momento previo a la adjudicación del contrato cuando el órgano de contratación ha de comprobar que el producto a adquirir reúne las condiciones técnicas exigidas en el PPTP, con los datos y muestras presentados por las empresas que concurren en las proposiciones presentadas a la licitación, como expresamente recoge la prescripción 8 del PPTP y la cláusula 1.3 y 9.A) del PCAP.

Por lo expuesto este Tribunal, comprobado que se ha producido un incumplimiento de lo dispuesto en los pliegos que regulan la contratación del suministro por parte del recurrente, y atendiendo al criterio consolidado de excluir las ofertas presentadas que no se adecuen a lo establecido en el PPTP, considera que

procede desestimar el recurso presentado por Arjo de conformidad con lo previsto en las cláusulas 1, 2, 10 y 13 del PCAP y 8 y anexo I del PPTP que rigen la contratación del suministro objeto de impugnación, así como en lo dispuesto en los artículos 139 de la LCSP y 22 del RD 817/2009.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Arjo Iberia, S.L., contra el acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de “Suministro de fundas neumáticas de compresión secuencial y cesión de compresores con destino al Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”, expediente número A/SUM-031367/2020 del Servicio Madrileño de Salud, acordado por la Mesa de contratación el 18 de diciembre de 2020.

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 58 de la LCSP.

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 59.1 de la LCSP.