

Recurso nº 202/2021
Resolución nº 262/2021

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

En Madrid, a 18 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de la empresa Cardinal Health Spain 511, S.L. (en adelante, Cardinal), contra la adjudicación 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, adoptada por Resolución del Gerente del hospital el 14 de abril de 2021, 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 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 excluye a tres de las empresas presentadas por incumplimiento del PPTP, según el informe técnico emitido el 14 de diciembre, y efectúa la apertura, en sesión pública, de las ofertas económicas y criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas de los dos licitadores admitidos.

La oferta mejor clasificada es la presentada por la empresa Izasa Hospital S.L.U. (en adelante, Izasa), 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, adjudicándose el contrato a su favor el 14 de abril de 2021.

Tercero.- Con fecha 6 de mayo de 2021 la representación de Cardinal interpone

ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del Director Gerente del HGUGM de 14 de abril de 2021, solicitando la anulación del acto impugnado, la exclusión de Izasa, y la adjudicación a Cardinal del contrato. Asimismo, insta la suspensión del procedimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- El 3 de junio de 2021 el órgano de contratación remitió extracto del expediente 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 (LCSP), dado que ya obra en este Tribunal parte del expediente de contratación con objeto de dos recursos anteriores interpuestos contra los acuerdos de exclusión, resultando ambos desestimados.

El HGUGM en su informe considera ajustado a norma la adjudicación del contrato a Izasa por ser su oferta técnica y económicamente viable y susceptible de un normal cumplimiento.

Quinto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (en adelante, RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno, sin que se haya aportado por Izasa documentación alguna.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del RPERMC, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación no solicita el levantamiento de la medida cautelar de suspensión.

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 clasificada en segundo lugar para la adjudicación del contrato *“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”*, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado se adoptó el 14 de abril, notificándose y publicándose en el perfil de

contratante el mismo día, y el recurso se presentó por la recurrente ante el Tribunal el 6 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles previstos en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acuerdo de adjudicación en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 de euros, y por tanto recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si ha sido conforme a derecho la adjudicación a Izasa del contrato, por ajustarse el producto ofertado a las características técnicas exigidas en el PPTP y ser viable el suministro a efectuar con la baja presentada.

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

PCAP

Cláusula 1. Características del contrato.

“8.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato. Los criterios que se han considerado los idóneos para valorar las ofertas son de carácter objetivo, desglosando los que se relacionan con los costes y otros relacionados con las funcionalidades o especificaciones técnicas de los productos y equipos necesarios:
8.1.-Criterio precio:hasta 70 puntos
(...)

El criterio “precio”, será tomado en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormalmente bajas. A tal efecto, se considerará en principio, como desproporcionada o normalmente baja:

Si se presenta un solo proveedor: Si su proposición es inferior al presupuesto base de licitación en más de veinticinco unidades porcentuales.

Si se presentan varias ofertas: Toda proposición cuya baja, en el precio, exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, sin perjuicio de que el Órgano de Contratación, previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en baja anormal y el asesoramiento técnico correspondiente, pueda apreciar que la proposición es susceptible de un normal cumplimiento.”

PPTP

“1. OBJETO DEL CONTRATO: El objeto del contrato es el suministro de fundas neumáticas de compresión secuencial y cesión de compresores utilizados para la prevención de la TVP, con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón, como se detalla en el Anexo I”

Anexo I

*“PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS ESPECÍFICAS.
FUNDAS NEUMÁTICAS DE COMPRESIÓN SECUENCIAL Y CESIÓN DE COMPRESORES*

1. Características de las fundas:

(...)

- *“El sistema deberá alcanzar el perfil óptimo de 45-40-30 mmHg en tobillo, gemelos y muslo respectivamente aproximadamente.”*

2. Características del compresor:

“2.2 Máquina de compresión totalmente automática (...)

Alarmas por desconexión, mala colocación de funda, por alteración de la presión, por batería baja...como mínimo.”

La recurrente plantea dos motivos de impugnación que deben suponer la exclusión de la proposición presentada por la adjudicataria: el incumplimiento del PPTP y oferta económica anormalmente baja efectuada.

5.1.- Respecto al incumplimiento del PPTP, Cardinal mantiene que la oferta de la adjudicataria contiene una serie de irregularidades que afectan tanto a la funda como al compresor ofertados, y a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos aportada.

En cuanto a la funda alega que, si bien es cierto que el PPTP establece el perfil 45-40-30 mmHg de forma aproximada, también lo es que no es un perfil más, sino el único que se considera óptimo, por lo que cuanto mayor desviación exista respecto del mismo, menos eficaz será el sistema en su conjunto. Así considera que un perfil de 45-42-39-36 mmHg, que es el ofertado por la adjudicataria, difícilmente puede ser considerado óptimo para cumplir la función requerida por el PPTP, siquiera aproximadamente, si tenemos en cuenta dos aspectos: el primero, porque supone una desviación del 20% respecto del exigido (36 mmHg versus 30 mmHg, que sí cumple el sistema de compresión SCD 700 de Cardinal); y el segundo, porque cuando el PPTP dice *“aproximadamente”*, en consonancia con el estudio Nicolaidis publicado en 1980 (que considera presiones óptimas 45-40-25 mmHg),

se refiere a perfiles cercanos a 30 mmHg pero por debajo (25 mmHg), de tal suerte que hasta los 36 mmHg ofertados por Izasa hay todavía una mayor distancia que el 20% apuntado.

Respecto al compresor alega que el producto ofertado por la adjudicataria no cuenta con las siguientes alarmas:

- Alarma por mala colocación de la funda: no la cita expresamente en su oferta, y no ofrece una aviso visual o sonoro que indique que la funda está mal colocada. Únicamente ofrece el indicador “E1” en el display que indica que la consola no ha detectado la funda conectada. Así precisa que, aunque aparezca en una pantalla, no significa que sea un aviso o alarma, pues si el display no se está mirando no se advertirá el problema, y que no es igual una alarma por mala colocación que por no detectar la funda, pues puede estar detectándola, pero no advertir que está mal colocada. Como aclaración indica que en el sistema SCD 700 por él ofertado, cuando el compresor no puede detectar al paciente, la pantalla muestra una alarma visual y emite una alarma sonora.

- Alarma por alteración de la presión: el producto solo tiene una alerta por alta presión, sin embargo, la alarma por alteración de presión requerida por el PPT sucede cuando se alcanza un nivel superior o inferior sin llegar a los máximos, situación intermedia no ofertada por Izasa.

- Alarma por batería baja: el hecho de que aparezca una indicación en una pantalla no debe ser comparado con un aviso o alarma por cuanto depende que el usuario esté mirando el display en el momento en que hay batería baja.

En relación a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos en el sobre 1 como exige el PPTP alega que Izasa se remite constantemente al manual de instrucciones para acreditar su cumplimiento, que no fue aportado en dicho sobre.

Cardinal concluye que procede la exclusión de la adjudicataria por incumplir requisitos obligatorios establecidos en el PPTP, al no ofrecer un sistema con el perfil óptimo requerido, ni un compresor con las alarmas mínimas, y no aportar en el sobre 1 la documentación técnica exigida. Así, admitir su oferta quebraría el principio de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores, previsto en el artículo 1 y 132 de la LCSP, dado que el órgano de contratación ha excluido a otros licitadores por incumplir la misma cláusula 2.2 del PPTP, lo que supondría un trato favorable a la adjudicataria y discriminatorio para las empresas licitadoras que cumplen los pliegos.

Por su parte el órgano de contratación informa que la oferta presentada por la adjudicataria ha cumplido todos y cada uno de los requisitos exigidos en el PPTP, aportando toda la documentación requerida, como recoge el informe emitido por la Comisión de Evaluación.

Respecto a las fundas presentadas por Izasa cumplen con lo establecido en el pliego como lo avala el informe técnico emitido por el Comité Evaluador tras valorar la documentación, y las muestras presentadas, considerando que el 20% de diferencia, entre el perfil óptimo definido en el pliego 45-40-30 y el 45-42-39-36 presentado por IZASA, se puede incluir dentro del calificativo "*aproximadamente*".

En cuanto al compresor, por contra a lo argumentado por la reclamante, el presentado por la empresa la adjudicataria dispone de diversas alarmas, concretamente señala el manual que tiene: alarmas por fuga de aire o funda desconectada, por tubo acodado o baja batería; alarmas cuya función o finalidad el Comité de Evaluación ha considerado equivalentes a las exigidas en el PPTP, a la vista de la documentación presentada y de las pruebas efectuadas a las muestras. Y respecto a la exigencia de que la alarma deba ser sonora o visual, el pliego no indica nada al respecto.

En relación a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos en el sobre 1 como exige el PPTP, el HGUGM informa que Izasa ha aportado, tal como se exigía en el pliego, la documentación técnica correspondiente, aportando un pantallazo de la descarga de la documentación presentada, donde aparece la fecha en que se abrió la documentación, que es la de la celebración de la mesa administrativa y técnica. Asimismo, adjunta como Anexos los ficheros con la documentación técnica aportada y concretamente el documento Características Mínimas que contiene el manual del compresor ofertado.

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 ambos han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido.

A la vista del expediente administrativo y de lo alegado por las partes se comprueba que la oferta presentada por la adjudicataria cumple con las características técnicas específicas recogidas en el PPTP, al contar las fundas ofertadas con un sistema de presión aproximado al previsto como óptimo en el punto 1.3 del PPTP, disponer el compresor de las alarmas mínimas requeridas en el punto 2.2, y haber acreditado el cumplimiento de todas las especificaciones técnicas determinadas en el PPTP mediante la documentación incluida en el sobre 1.

La recurrente en su escrito efectúa interpretaciones a lo dispuesto en el PPTP no respaldadas por la literalidad, ni por la intencionalidad del órgano de contratación al establecer las necesidades a satisfacer con el contrato, como se desprende de los diversos informes que obran en el expediente, siendo el único competente para su determinación como dispone el artículo 28.1 de la LCSP. No se aprecian por tanto en el producto ofertado por Izasa las irregularidades o incumplimientos pretendidamente alegados por la recurrente, observándose sin embargo básicamente la realización de una comparativa entre la funda y el compresor ofertado por la adjudicataria y el presentado por ella que no viene al caso, pues ambos cumplen con las condiciones técnicas previstas en el pliego, como expresamente recoge el informe del Jefe de servicio de cuidados intensivos del hospital de fecha 14 de diciembre de 2020. Igualmente se constata que la adjudicataria aportó el manual de instrucciones y resto de documentación acreditativa del cumplimiento de las especificaciones técnicas en el sobre 1 como exige el PPTP.

Este Tribunal no aprecia error en la valoración técnica en lo que respecta al cumplimiento por la recurrente de las prescripciones 1 y 2 del PPTP, tratándose además de una cuestión de carácter eminentemente técnico, en la que debe primar

el principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación y presunción de acierto en sus informes. Tampoco se ha producido vulneración de los principios de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores, debiendo recordar a los efectos a la recurrente que este Tribunal ya se ha pronunciado en relación a los incumplimientos del PPTP en dos ocasiones anteriores mediante sus Resoluciones 148/2021 y 149/2021.

Por todo lo expuesto, comprobado que por parte del adjudicatario no se ha incurrido en incumplimiento de lo dispuesto en los pliegos que regulan la contratación del suministro, procede desestimar el recurso presentado por Izasa en este punto desechándose el primer motivo de exclusión.

5.2.- En segundo lugar, Cardinal manifiesta que la proposición de la adjudicataria es anormalmente baja, habiendo realizado una oferta económica inferior en un 43,75% al precio de licitación, por debajo en más de 10 unidades de la media aritmética de las presentadas, fijada en el 32,75%. A estos efectos alega que, pese a no aportar justificación alguna que permita apreciar que la oferta es susceptible de un normal cumplimiento, el órgano de contratación consideró en fecha 27 de enero de 2021 que la oferta de Izasa no estaba incurso en presunción de anormalidad. El órgano de contratación atiende a una justificación que no ofrece prueba alguna más allá de simples afirmaciones que se limita a dar por ciertas y válidas.

El órgano de contratación informa que para dar respuesta al recurso presentado por Cardinal ha requerido nuevamente al órgano promotor del contrato un informe justificativo del cumplimiento de la baja anormal, en el que el Jefe de servicio de compras y logística del hospital considera que la documentación aportada justifica la baja y que la oferta puede ser cumplida de forma satisfactoria.

En este sentido alega que el Comité de Evaluación de este Hospital emitió informe, una vez analizada la documentación aportada por la empresa y tras consultar a los servicios asistenciales que utilizan el material objeto del concurso, considerando que el precio ofertado no influye en la calidad del producto ofertado y que, por lo tanto, es susceptible de un normal cumplimiento.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar que en la tramitación del expediente de contratación se cumple con lo dispuesto en las cláusulas 1.8.1 y 13 del PCAP relativo a los criterios objetivos de adjudicación del contrato y la actuación de la Mesa de contratación, respectivamente, y se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP.

El artículo 149 de la LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Como viene manifestando este Tribunal en anteriores resoluciones, la justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando por otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.

Así, es regla común general en el derecho español, por influencia del derecho comunitario, la de adjudicar el contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción que la adjudicación pueda no recaer a

favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados, sin que implique como hemos dicho la exclusión automática, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia para que el licitador justifique la viabilidad económica de su proposición, recabando los asesoramientos técnicos procedentes, sin que sea necesaria una prueba exhaustiva, bastando acreditar una convicción de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato. Si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora.

En todo ello se debe resaltar que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes preceptivos emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad. La justificación de la baja efectuada por la adjudicataria en su escrito de 22 de diciembre de 2020 se considera razonable y dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato, sin que parezca contraria a lo dispuesto en los pliegos, ni concurren los motivos de rechazo

recogidos en el artículo 149.4 de la LCSP. En este sentido no se observan en la justificación a la oferta presentada por la recurrente hipótesis, ni prácticas inadecuadas de carácter técnico, económico ni jurídico, ni vulneración de la normativa sobre subcontratación o incumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 LCSP. En cuanto al informe técnico admitiendo la viabilidad de la oferta de Izasa, si bien es ciertamente escueto en su argumentación, al no determinar la exclusión de la empresa y el rechazo de la oferta presentada doctrinalmente no se le exige una motivación reforzada, debiendo tenerse en cuenta también que nos encontramos ante un contrato de suministro, en el que además se ha comprobado mediante muestras la calidad e idoneidad del producto.

Todo ello sin perjuicio de que en aplicación de lo dispuesto en el apartado 7 del citado artículo 149 de la LCSP el órgano de contratación deba establecer mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato, con objeto de garantizar la correcta ejecución del mismo sin que se produzca merma en la calidad del suministro, por tratarse de una empresa que ha estado incurso en presunción de anormalidad.

Por todo lo expuesto se considera procedente desestimar el recurso especial interpuesto por Cardinal también en este punto.

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 Cardinal Health Spain 511, S.L., contra la adjudicación 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, adoptada por Resolución del Gerente del hospital el 14 de abril de 2021.

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.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro prevista en el artículo 53 de la LCSP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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 59.1 de la LCSP.