

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

En Madrid, a 19 de diciembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de DRÄGER HISPANIA, S.A.U. (en adelante DRÄGER) contra la Resolución de 1 de noviembre de 2024 del Director-Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón por el que se adjudica el Lote 2 (Sistemas de ventilación convencional) del contrato de “Suministro, instalación y puesta en funcionamiento de sistemas de monitorización, y sistemas de ventilación con destino al servicio de Neonatología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”, dividido en cuatro lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncio publicado el día 2 de octubre de 2024 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 213.231,82 euros y su plazo de

duración será de dos meses.

Segundo. – A la presente licitación se presentaron cuatro licitadores para el Lote 2, entre los que encuentra la recurrente.

Con fecha 21 de octubre de 2024 se procedió a la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa, dando traslado de la documentación técnica al servicio promotor con el objetivo de comprobar el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en PPT.

Evaluadas las ofertas técnicas presentadas, se informa por el Servicio de Neonatología y Pediatría que todas ellas cumplen con las especificaciones técnicas mínimas exigidas.

El 25 de octubre de 2024, la Mesa de Contratación procede a la apertura del sobre que contiene la documentación para la evaluación de los criterios por aplicación de fórmulas y la oferta económica. Revisada por el Servicio de Neonatología y Pediatría la documentación justificativa de los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, se otorgan las puntuaciones correspondientes, proponiendo la adjudicación del Lote 2 a la empresa PALEX MEDICA.

Con fecha 1 de noviembre de 2024 se acordó la adjudicación del Lote 2 del contrato a favor de PALEX MEDICA, que fue notificada a todos los licitadores y publicada en el Perfil del Contratante el día 12 de noviembre de 2024.

Tercero. - El 27 de noviembre de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de DRÄGER por el que solicita la exclusión del adjudicatario y del segundo clasificado por incumplir las prescripciones técnicas exigidas en los pliegos.

Cuarto. - El 10 de diciembre de 2024, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. – La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote 2, en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 28 de noviembre de 2024 sobre el mantenimiento de la suspensión en los supuestos de recurso interpuestos contra los actos de adjudicación.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento de licitación de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido por la empresa PALEX MEDICA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa licitadora clasificada en tercer lugar que recurre la adjudicación del contrato por considerar que el adjudicatario y el segundo clasificado incumplen las prescripciones técnicas previstas en el PPT, por tanto sus derechos e intereses legítimos individuales se pueden ver 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.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 12 de noviembre de 2024 e interpuesto el recurso el 27 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto. – El recurso se fundamenta en que la adjudicataria y el segundo clasificado no cumplen con los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

1- Respecto de la oferta de NIHON KOHDEN IBERICA, S.L. (en adelante NIHON) clasificada en segundo lugar, alega el incumplimiento del requisito de que el equipo de ventilación debe disponer de la nebulización integrada.

A su juicio, la empresa NIHON no cumple este requisito. Señala que “*Su modelo NKV-550 dispone solamente de un sistema externo (Aerogen) y, dicha empresa para justificar el cumplimiento lo hace en la página 8 del documento “OFERTA TÉCNICA LOTE 2” que han aportado. Sin embargo, en ese documento a pesar de que se aprecia que el nebulizador ofertado es un módulo independiente que se puede conectar al respirador para su alimentación eléctrica y, cuyo control no reside en el respirador sino en el mismo módulo, ello no cumple con los requisitos exigido en el PPT, por lo que no se puede considerar como integrado y, por ende, incumplen*”.

Manifiesta que ha podido localizar en la red el manual de usuario del modelo NKV-550 y en su página 111 se muestra la misma imagen utilizada por NIHON con la explicación íntegra del funcionamiento del sistema de nebulización disponible, donde se demuestra lo anteriormente expuesto.

Por su parte, el órgano de contratación alega que Integrar/integrado según el Diccionario RAE significa “*Constituir un todo*”. “*Completar un todo con las partes que faltaban*”.

En este caso, se entiende perfectamente cumplido el requerimiento técnico, ya que para su funcionamiento el nebulizador se “*integra*” en el equipo, formando un todo.

2- En segundo lugar, alega que NIHON incumple la exigencia de que el equipo de ventilación tenga presión positiva espiratoria final PEEP: hasta 35 cm. H2O o más y Soporte de presión por encima de la PEEP: 0 a 75 cm. o más.

A su juicio, la empresa NIHON tampoco cumple este requisito con su modelo NKV-550, por los siguientes motivos:

(i) el rango superior de PEEP que se exige de este respirador para pacientes neonatales es de hasta 35 cmH2O. El modelo NKV-550, en categoría neonatal únicamente alcanza los 30 cmH2O. Este valor sólo se supera para categoría de paciente pediátrico y adulto.

(ii) El rango del Soporte de presión por encima de la PEEP que se exige de este respirador para pacientes neonatales es de entre 0 y 75 cmH2O.

El modelo NKV-550, en categoría neonatal únicamente alcanza los 60 cmH2O y en categoría de paciente pediátrico alcanza los 70 cmH2O, superando esas presiones únicamente para categoría de adulto.

Como referencia documental del cumplimiento de este criterio hacen alusión a la página 10 del documento “OFERTA TÉCNICA LOTE 2”, donde se muestran tres rangos diferentes, pero omiten a qué categoría de paciente aplica cada rango.

Por su parte, el órgano de contratación alega, en cuanto al valor “*Presión positiva espiratoria final PEEP: hasta 35 cm H2O o más*”, que el Servicio de Pediatría y Neonatología informa que las estrategias de ventilación en el recién nacido recomendadas por la Sociedad Española de Neonatología en sus protocolos actualizados en 2023, incluyen la consideración de que para evitar el daño pulmonar no se programe un valor de PEEP de más de 7 cmH2O (PROTOCOLOS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE NEONATOLOGÍA 2023), y si hay situaciones en las que con esta programación no consiguen los objetivos de oxigenación y ventilación, recomiendan pasar a una modalidad de ventilación de alta frecuencia.

En consecuencia, en ningún momento será necesario alcanzar la PEEP de 35 cm H2O, siendo indiferente que el máximo que pueda alcanzar dicha presión sea de 30 o de 35 cm H2O.

En cuanto al valor “*Soporte de presión por encima de la PEEP: 0 a 75 cm H2O o más*”, informa el Servicio de Pediatría y Neonatología que las estrategias de ventilación en el recién nacido recomendadas por la Sociedad Española de Neonatología en sus protocolos actualizados en 2023, incluyen la consideración de que para evitar el daño pulmonar se limite la presión sobre la PEEP a la necesaria, para alcanzar el volumen tidal programado teniendo en cuenta la edad gestacional del paciente, no recomendándose en los distintos protocolos superar más de 40 cm de H2O, y si hay situaciones en las que con esta programación no consiguen los objetivos de oxigenación y ventilación, recomiendan pasara a una modalidad de ventilación de alta frecuencia.

En consecuencia, en ningún momento será necesario alcanzar el soporte de presión por encima de la PEEP de 40 cm H2O, siendo indiferente que el máximo que pueda alcanzar dicha presión sea de 70 o de 75 cm H2O.

3- En tercer lugar, con respecto a la Garantía de los equipos ofertados por NIHON señala que, en el PPT, y dentro del apartado de “GARANTÍA” que comienza

en la página 10, hay un subapartado en la página 14 que reza “6.8 Control de Rendimiento” en el que se solicita que los equipos permitan ser conectados en red para permitir en remoto realizar tareas de análisis para el mantenimiento preventivo y correctivo:

Afirma que ha podido constatar buscando en internet que ni PALEX MEDICAL ni NIHON KOHDEN indican que cumplan con esos requisitos con los equipos que se han presentado y, en consecuencia, manifestar que no cumplen con la funcionalidad requerida.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que en el anexo E (pág.35) proporcionado por NIHON “Extracto de Manuel de Usuario” en lo referente a la conectividad se señala, en el apartado de conectividad, que cuenta con sistemas de gestión de datos de paciente y HL7, entre los que señala el ibus de Cerner CareAware, que es una plataforma de integración de dispositivos médicos diseñada para facilitar la conexión entre equipos médicos y sistemas de registros electrónicos de salud y proporciona datos de los dispositivos conectados de forma inmediata, permitiendo una monitorización constante del estado de los equipos.

Vistas las alegaciones de las partes, hay que destacar, una vez analizadas las alegaciones de las partes, que nos encontramos ante cuestiones eminentemente técnicas para cuyo enjuiciamiento se requiere unos conocimientos especializados de los que este Tribunal carece.

En estos casos el Tribunal no puede evaluar criterios técnicos, limitándose a conocer los aspectos formales de la valoración, como las normas de competencia o procedimiento, y que la valoración no se haga con criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se produzca un error material al efectuarla.

Esta doctrina ha sido reiterada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, quién en su Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017,

delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que “*la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará solo en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio técnico para el que se necesiten conocimientos especializados’ tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa*”.

Igualmente ha sido aplicada por este Tribunal en numerosas resoluciones, sirva por todas la Resolución 45/2022, de 3 de febrero en la que decíamos: “*A la vista de las manifestaciones de la recurrente, del adjudicatario y del órgano de contratación debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir por falta de conocimientos técnicos en la materia.*

En este sentido, procede destacar que, como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incursa en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones.

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar

limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

La misma doctrina es mantenida por el TACRC, entre otras, en su Resolución 282/2022, de 3 de marzo, del TACRC “*En tal sentido, cabe recordar que el Tribunal Supremo, reproduciendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 219/2004, de 29 de noviembre o STC 86/2004, de 10 de mayo) ha dejado sentado en numerosas Sentencias (STS de 23 de noviembre de 2007, Roj 8950/2007, o STS de 3 de julio de 2015, Roj 3391/2015), que en cuestiones que hayan de resolverse a través de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración (en el presente caso, del poder adjudicador), el único control que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales es el que se refiere a las cuestiones de legalidad que puedan verse afectadas por el dictamen técnico, de manera que no pueden corregir o alterar las apreciaciones realizada en el mismo, ya que dicho control sólo puede tener carácter jurídico, respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico.*

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 señala que: ‘(...) la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación’ y: ‘En aplicación de dicha doctrina de la discrecionalidad técnica, únicamente cabe revisar las valoraciones técnicas efectuadas por la Administración en caso de que se acredite que las mismas incurren en error manifiesto, arbitrariedad o defecto grave del

procedimiento”.

En el caso que nos ocupa, se pone de manifiesto que las discrepancias lo son, fundamentalmente, en la valoración técnica de la oferta del adjudicatario, sin que este Tribunal pueda apreciar que exista error patente o arbitrariedad invalidante en esa valoración debidamente motivada y amparada en la discrecionalidad técnica.

El informe técnico está dotado de una presunción de acierto y veracidad (STS 5341/2014 y 324/2019, entre otras), no habiendo probado la recurrente que sea manifiestamente erróneo o se haya dictado en clara discriminación de los licitadores.

Sin perjuicio de lo anterior, aplicando la doctrina de los tribunales de resolución de recursos contractuales, solo es posible excluir una oferta de una licitadora por incumplimiento del PPT cuando la misma oferta sea abiertamente contraria a los requerimientos del PPT e imposibilite el cumplimiento de los compromisos exigidos en los pliegos, cuestión que, de acuerdo con el informe del órgano de contratación, no concurre en este procedimiento de licitación.

En consecuencia, procede la desestimación del presente motivo del recurso.

Sexto. - Desestimado el anterior motivo del recurso por considerar que la oferta de NIHON, que es la clasificada en segundo lugar, cumple las exigencias técnicas de los pliegos, no procede entrar en el fondo del asunto sobre el primer motivo del recurso referido a la exclusión de PALEX, que es el adjudicatario del contrato, ya que, aun estimando este motivo, la recurrente nunca podría alcanzar la condición de adjudicatario del contrato, al estar su oferta clasificada en tercer lugar. En consecuencia, carecería del interés legítimo de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

En su virtud, previa deliberación, este Tribunal

ACUERDA

Primero. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de DRÄGER HISPANIA, S.A.U. contra la Resolución de 1 de noviembre de 2024 del Director-Gerente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón por el que se adjudica el Lote 2 (Sistemas de ventilación convencional) del contrato “Suministro, instalación y puesta en funcionamiento de sistemas de monitorización, y sistemas de ventilación con destino al servicio de Neonatología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”, dividido en cuatro lotes

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para el Lote 2.

Cuarto. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.