

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don N.R.F., en nombre y representación de D.M.S., S.L. contra la exclusión de su oferta a los lotes 8 y 9 del contrato: “Suministro de Instrumental y pequeño utillaje sanitario con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del SERMAS”, por lo que se refiere a los lotes 8 y 9, número de expediente: A/SUM-006097/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 27 de julio, 3 y 19 de agosto de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOCM y en el BOE, el anuncio por el que se hace pública la convocatoria para la licitación del contrato de suministro de referencia, dividido en lotes. El valor estimado del contrato asciende a 302 559.53 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que de acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), respecto de los lotes 8 “Pulsioxímetro

portátil digital c/sensor integrado” y 9 “Pulsioxímetro portátil digital c/sensor integrado especial pediatría” se exige *“Pulsioxímetro para adultos. Debe detectar la saturación del oxígeno y el latido cardíaco a través del sensor del dedo con histograma del latido. Alarmas acústicas y visuales. Rango de medición entre 35% a 99% - Precisión: \pm 2% entre 75% y 99%. Alimentación: baterías AAA/botón Litio. Señal de baja batería. Apagado automático en 5 segundos”* y *“Pulsioxímetro apto para niños a partir de 1 año de edad. Debe detectar la saturación del oxígeno y el latido cardíaco a través del sensor del dedo con histograma del latido. Alarmas acústicas y visuales. Rango de medición entre 35% a 99% - Precisión: \pm 2% entre 75% y 99%. Alimentación: baterías AAA/botón Litio. Señal de baja batería. Apagado automático en 5 segundos”*.

A la licitación convocada se presentaron treinta ofertas, según el certificado de Registro del SERMAS, entre ellas la de la empresa recurrente. En concreto D.M.S., S.L. oferta a los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9. En el Acta de la Mesa de documentación administrativa celebrada el 14 de septiembre se requirió a la ahora recurrente la subsanación de determinada documentación para los lotes 1, 2, 3 y 4, al objeto de identificar referencias con las muestras presentadas, pero no consta requerimiento alguno respecto de los lotes 8 y 9.

En el Acta de la Mesa de contratación del día 28 de septiembre de 2016 de apertura de las ofertas económicas, consta la oferta de la recurrente como admitida una vez subsanados los defectos padecidos, indicándose también en dicha Acta que *“quedan excluidas del procedimiento de contratación todas aquellas proposiciones cuyas características técnicas no se ajustan a las establecidas como mínimas en el PPT”*, en concreto DMD queda excluida de los lotes 2,3, 8 y 9. El Acta fue publicada en el perfil de contratante con fecha 3 de noviembre de 2016.

Por otro lado en la tabla de cumplimiento de las exigencias del PPT y solvencia, se consigna en la casilla del cumplimiento de las exigencias del mismo para los lotes 8 y 9 “NO, No presenta histograma del latido” y “NO, No tiene

histograma del latido”, respectivamente.

Habiendo sido la recurrente propuesta como adjudicataria del lote 4, con fecha 14 de octubre se le requiere para que aporte la documentación administrativa y técnica correspondiente al objeto de adjudicar el contrato, interesándose por la adjudicación del resto de los lotes mediante correo del día 18 de octubre del siguiente tenor: *“Esta mañana he estado en sus instalaciones (C....) y evaluando el expediente me he dado cuenta de que sólo aparecemos como ofertantes de los lotes 1,4 y 5. Además de dichos lotes, les hemos presentado ofertas de los lotes 2, 3, 8 y 9 y en todos ellos vamos con un precio más bajo que el resto de ofertantes. Nos gustaría saber por qué no han considerado nuestra oferta para dichos lotes”*.

Con fecha 19 de octubre se responde mediante correo electrónico indicando:

“no cumplen prescripciones técnicas:

Lotes 2 y 3 olivas duras.

Lotes 8 y 9 no presenta histograma de latido”.

El día 21 de octubre la recurrente remitió al órgano de contratación nuevo correo electrónico en el que consta *“respecto a los lotes 8 y 9, ambos pulsioxímetros (adultos y pediátricos) sí que presentan histograma de latido, les facilito aquí debajo algunas imágenes de su manual donde habla de ello. Ruego lo revisen porque nuestro precio es el más bajo de todos los que tienen actualmente por lo que la adjudicación sería nuestra”*.

Mediante correo de fecha 4 de noviembre, previa consulta a los miembros de la Comisión que se ratifican en lo informado con fecha 19 de septiembre, se les comunica que *“no procede ninguna corrección del informe técnico”*.

Por último, el 2 de noviembre de 2016 se adjudica el contrato notificándose a las licitadoras con fecha 10 de noviembre. Advertido error material correspondiente en la adjudicación de los lotes 3 y 9 a otra licitadora es por lo que se dicta el 16 de

noviembre modificación de la Resolución con dicha fecha, modificando la anterior de fecha 2 de noviembre de 2016. Esta resolución es notificada a los licitadores afectados con fecha 18 de noviembre de 2016.

Segundo.- Con fecha 28 de noviembre de 2016 D.M.S., S.L. interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación contra la adjudicación de los lotes 8 y 9, ante el órgano de contratación que lo remitió a este Tribunal acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante (TRLCSPP), el 7 de diciembre de 2016.

Aduce la recurrente que sus productos sí cumplían las prescripciones técnicas exigidas, mientras que el órgano de contratación señala que *“Ante la notificación del recurso interpuesto por DMS, S.L., por la exclusión de sus ofertas en los lotes 8 y 9 por no cumplir prescripciones técnicas según se detalla en dicho informe, esta Gerencia solicita confirmación del informe técnico de fecha 19/09/2016. Se obtiene la siguiente respuesta: De la documentación técnica aportada por DMS, S.L. se confirma que los Pulsioxímetros ofertados (lotes 8 y 9) registran una imagen gráfica del latido cardíaco, pero en ningún momento es un histograma, ya que un histograma es una representación gráfica de datos agrupados mediante intervalos y que estos datos provienen de variables cuantitativas y se configuran como un eje de ordenadas y abscisa (en uno se colocan los valores y en otros los intervalos. Por lo tanto, no cumplen la especificación técnica de “histograma de pulso””.*

Tercero.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió trámite de audiencia al resto de interesados en el procedimiento con fecha 9 de diciembre habiéndose presentado escrito de alegaciones por AB Medica Group, S.A., en las que afirma que *“La empresa D.M.S., S.L. indica en su recurso que su equipo dispone de histograma de intensidad de latido. Sin embargo esto no es cierto ya que un histograma de intensidad de latido es una gráfica versus tiempo y lo que indica el equipo ofertado*

por D.M.S., S.L. es una barra de intensidad de pulso o de calidad de señal y por lo tanto NO un histograma”.

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.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.*

También queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 44 del TRLCSP *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”.*

Sin perjuicio de las comunicaciones previas, habiéndose notificado la adjudicación a la recurrente el 10 de noviembre, el recurso interpuesto ante el órgano de contratación el día 28 del mismo mes, se interpuso en plazo.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El objeto del recurso no es otro que la adecuación a derecho de la exclusión de la oferta de la recurrente respecto de los lotes 8 y 9 del contrato.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid. por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de 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 determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado cumple la exigencia de histograma del latido. En este caso la recurrente aporta una declaración responsable en la que se extractan determinadas características del manual de usuario del producto ofertado con las referencias 34282 y 34265.

En concreto tal y como resulta de la información aportada se ofrece en forma de gráfico de barras de la intensidad del latido, frente a lo que tanto la adjudicataria como el órgano de contratación señalan que se trata de una barra de intensidad de pulso o de calidad de señal pero no de un histograma.

Aunque los histogramas parecen ser lo mismo que un gráfico de barras que es la forma ofrecida por la recurrente, la diferencia fundamental entre ambos es el nivel de medidas de los datos. Por una parte, los gráficos de barras son utilizados para los datos que están a un nivel nominal de medidas. Estos miden la frecuencia de los datos categóricos, y las clases para un gráfico de barras, son estas categorías. Por otra parte, los histogramas son utilizados por datos que, en último lugar, cuentan con un nivel ordinal de medida. Las clases para un histograma son amplios rangos de valores.

Otra diferencia clave entre los gráficos de barras y los histogramas tiene que ver con el orden de las barras. En un gráfico de barras es una práctica común distribuir las barras en orden de altura decreciente. Sin embargo, las barras dentro de un histograma, no pueden ser reordenadas. Deben mostrarse tal y como suceden.

Por tanto no siendo en realidad la información ofrecida presentada en forma de histograma con la información que en él se contiene, cabe concluir que el producto ofertado no cumple las especificaciones del pliego y por tanto la oferta debe ser excluida.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 interpuesto por don N.R.F., en nombre y representación de D.M.S., S.L. contra la Exclusión de su oferta a los lotes 8 y 9 del contrato: “Suministro de Instrumental y pequeño utillaje sanitario con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del SERMAS”, por lo que se refiere a los lotes 3 y 9, número de expediente: A/SUM-006097/2016.

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.