

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

En Madrid, a 18 de mayo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Thermo Fisher Diagnostics, S.L.U., contra la resolución de adjudicación del expediente “Suministro de los materiales y el equipamiento necesario para la medición cuantitativa y no invasiva del óxido nítrico (FeNO) en los pacientes con asma del Hospital Clínico San Carlos” (PA 2022-0-034), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el día 15 de noviembre de 2022, en el Perfil del Contratante del Hospital Clínico San Carlos, alojado en el Portal de Contratación 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 de contrato asciende a 210.600,00 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 4 ofertas, entre ellas la de la mercantil recurrente.

Por la mesa de contratación, de fecha 4 de enero de 2023, se excluyó a la mercantil INSTRUMENTACIÓN Y COMPONENTES S.A. con motivo de la presentación de aclaración de la oferta con una discordancia entre el importe total de la oferta económica presentada inicialmente y el importe calculado a raíz del precio unitario informado en el documento aclaratorio. Esta exclusión fue objeto de recurso número 52/2023, resultando anulada por este Tribunal mediante Resolución 67/2023, de 9 de febrero.

Readmitida la oferta de INSTRUMENTACIÓN Y COMPONENTES, S.A., en sesión de la Mesa celebrada el 1 de marzo de 2023, se excluye a HOSPITAL HISPANIA, S.L. y a AIR MEDICAL PRODUCTS, S.L., por incumplimiento de prescripciones técnicas y se procede a la clasificación de las dos ofertas admitidas al procedimiento, ostentando la recurrente la segunda posición en la citada clasificación.

Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital, de fecha 24 de marzo de 2023, se adjudica el contrato a INSTRUMENTACIÓN Y COMPONENTES, S.A.

Consta publicada en el Portal de Contratación resolución de declaración de la licitación como desierta, de fecha 4 de mayo de 2023.

Tercero.- El 17 de abril de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por Thermo Fisher Diagnostics, S.L.U., contra la resolución de adjudicación del expediente, solicitando su anulación pues concurren causas de exclusión de la adjudicataria. Solicita asimismo se ordene la adjudicación del contrato en su favor.

Cuarto.- El 20 de abril de 2023 el órgano de contratación remitió el recurso 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, 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), en el que se informa que el adjudicatario no cumple con las prescripciones técnicas, tras la comprobación de lo alegado por la recurrente y que, por tanto, va a procederse a la declaración de desierta de la licitación.

Quinto.- 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 Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, 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 en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En el plazo conferido, se ha presentado escrito de alegaciones por parte de la mercantil adjudicataria, manifestando su oposición al recurso.

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 persona jurídica que ostenta el segundo lugar en la clasificación de ofertas, *“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”, en virtud de lo dispuesto en el 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 la resolución de adjudicación fue adoptada en fecha 24 de marzo de 2023, publicada en el Portal de Contratación en esa misma fecha, e interpuesto el recurso el 17 de abril de 2023, en este Tribunal, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la resolución de adjudicación, en el marco de un contrato de suministros, 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.- En cuanto al fondo del recurso, el recurrente fundamenta sus motivos de impugnación en el incumplimiento de prescripciones técnicas por parte de la oferta del adjudicatario, en concreto, de la altura máxima del equipo portátil que según lo establecido en la cláusula 4 del PPT debe tener unas dimensiones aproximadas (+/- 5%), en lo referente a la altura, de 160 mm.

Señala a este respecto que la ficha técnica del producto ofertado por el adjudicatario recoge las siguientes medidas: 240x200x165 mm., por lo que el dispositivo ofertado está claramente fuera de los parámetros fijados en el PPT, pues en atención al margen de aproximación de +/-5%, su altura máxima puede oscilar entre 152 y 168 mm.

Y entiende que, siendo un incumplimiento claro y referido a elementos objetivos perfectamente definidos en el pliego, procede su exclusión, la anulación de la adjudicación y la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.

Atendiendo a este motivo de impugnación, el órgano de contratación apunta en su informe que, como consecuencia de la interposición del recurso, se solicitó al Servicio promotor del expediente, la comprobación y verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos del equipamiento ofertado, comprobándose tras dicha verificación, que en la página 32 de la documentación técnica aportada por INSTRUMENTOS Y COMPONENTES, S.A., figura una altura del producto de 240 mm, por lo que no cumple con el Pliego de Prescripciones Técnicas y debió ser excluida del procedimiento.

Por su parte, el adjudicatario del contrato alega en su escrito que la recurrente no alega que esta circunstancia afecte negativamente al uso o funcionamiento del equipo, a alguna de sus especificaciones técnicas sobre las prestaciones que cumple, ni que tenga trascendencia económica o de otro tipo en el contrato.

Señala igualmente que los informes técnicos de fecha 24 de febrero de 2023 que valoraron el equipamiento de la adjudicataria, tras comprobar detalladamente sus prestaciones y características técnicas según las exigencias del PPT del contrato, concluyeron que el equipamiento en cesión cumple las especificaciones técnicas y que el equipamiento cumple el pliego de prescripciones técnicas. Asimismo, a través de las pruebas realizadas, se comprobó, además de otros beneficios vinculados a su uso, su sencillo manejo tanto por parte del personal sanitario como de los pacientes.

Por todo ello, deduce que el incumplimiento alegado se refiere a una característica técnica menor, comparativamente con el objeto total del contrato, a la que pretende anudar como consecuencia jurídica la exclusión, habiendo la jurisprudencia realizado una interpretación restrictiva de las causas de exclusión de los licitadores del contrato, atendiendo a los principios de proporcionalidad y libre concurrencia para favorecer el acceso a la licitación de los contratos, declarando que solo cuando la oferta es incongruente, contradictoria consigo misma o abiertamente opuesta a las prescripciones técnicas del pliego procedería su exclusión.

Vistas las alegaciones de las partes, procede en primer término transcribir lo establecido en el PPT en relación a las dimensiones del producto objeto de impugnación. Y así, el apartado 4 del referido pliego estipula, bajo el título “DESCRIPCIÓN TÉCNICA DEL EQUIPAMIENTO EN CESIÓN” que deberán cederse 8 DISPOSITIVO PARA LA VISUALIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE LOS DATOS OBTENIDOS DURANTE LA MEDICIÓN, que deberán ser compatibles con los productos ofertados, y cumplir con las siguientes características:

Equipo portátil con unas dimensiones aproximadas (+/-5%):

- Altura máxima de 160mm
- Ancho máximo de 200mm
- Profundidad máxima de 45mm

Examinada la oferta presentada por el adjudicatario, constata este Tribunal que el apartado 2.4.2. denominado “Dispositivo para la visualización y tratamiento de los datos obtenidos durante la medición” recoge las siguientes dimensiones: 240x200x165mm, medidas que se reproducen en la página 32 de la documentación técnica, así como en la ficha técnica del producto, que se acompaña como Anexo 1.3 a la documentación técnica.

No desvirtúa el adjudicatario con sus alegaciones el incumplimiento de las prescripciones técnicas del pliego por parte de su oferta, sino que apunta que el incumplimiento alegado se refiere a una característica técnica menor, comparativamente con el objeto total del contrato.

Se constata por tanto que la oferta del adjudicatario incumple lo estipulado en el PPT en relación a las dimensiones de los dispositivos para la visualización y tratamiento de los datos obtenidos durante la medición, que deben ser objeto de cesión, siendo una dimensión abiertamente opuesta a las prescripciones técnicas del Pliego, suponiendo un incumplimiento claro y objetivo de las necesidades del órgano de contratación previstas en el PPT.

Por otro lado, el órgano de contratación ha emitido informe, tras la interposición del recurso, en el que se verifica dicho incumplimiento, allanándose a la pretensión de la recurrente de exclusión de la oferta del adjudicatario.

Como manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015, de 11 de marzo de 2015, y más recientemente la Resolución nº 28/2021, de 21 de enero: *“El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP (actual 57.2 LCSP) establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga ‘infracción manifiesta del ordenamiento jurídico’ (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa)”*. Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante, a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión, como se ha efectuado a través de esta Resolución.

En el presente supuesto, el allanamiento del órgano de contratación a la pretensión del recurrente no solo no constituye infracción alguna del ordenamiento jurídico, sino que promueve el correcto cumplimiento de las normas de contratación, por lo que procede la estimación de este motivo de impugnación.

Resuelto el incumplimiento, solicita en segundo término la recurrente la adjudicación del contrato en su favor, al ostentar el segundo lugar en la clasificación.

En relación a esta pretensión, debe partirse de la premisa de que este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, que conllevaría la

anulación del acto impugnado, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, so pena de incurrir en incompetencia material.

Señala a este respecto el órgano de contratación que en relación a la recurrente, se ha emitido Informe de fecha 06 de marzo de 2023, que acompaña como documento nº 4 del expediente, en el que se hace constar que *“THERMO FISHER DIAGNOSTICS S.L.U. NO CUMPLE con los requisitos de conexión e integración con los Sistemas de Información del Hospital Clínico San Carlos, ya que el aplicativo SELENE con el que se debe integrar requiere mensajería HL7 en su versión 2.5 mediante sockets, y no V3 por intercambio de ficheros en carpetas compartidas como especifica el licitador en su documentación técnica”*.

Considera pertinente recalcar este Tribunal que el incumplimiento alegado por el órgano de contratación, que se apunta en un informe de 6 de marzo de 2023, no ha tenido reflejo en la resolución de adjudicación del contrato, de fecha posterior, en la que, en relación a la recurrente se recoge textualmente:

“Licitadores No Adjudicatarios y motivos: 1

THERMO FISHER DIAGNOSTICS, S.L.U.: Esta empresa licitadora no ha sido adjudicataria porque ha obtenido una puntuación total más baja que el adjudicatario”.

Sí se recogen en dicha resolución los dos licitadores excluidos y los motivos de exclusión, entre los que no figura THERMO FISHER, por lo que no procede, como señala el órgano de contratación en su informe declarar desierta la licitación, pues existe una oferta admitida al procedimiento, que no ha sido excluida de la licitación mediante resolución motivada.

En consecuencia con lo anterior, procede la estimación parcial del recurso interpuesto por THERMO FISCHER, anulando la adjudicación con retroacción de actuaciones al momento en que debió excluirse a INSTRUMENTACIÓN Y COMPONENTES, S.A.

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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Thermo Fisher Diagnostics, S.L.U., contra la resolución de adjudicación del expediente “Suministro de los materiales y el equipamiento necesario para la medición cuantitativa y no invasiva del óxido nítrico (FeNO) en los pacientes con asma del Hospital Clínico San Carlos”. (PA 2022-0-034), anulando la adjudicación, con retroacción de actuaciones al momento en que debió excluirse a Instrumentación y Componentes, S.A.

Segundo.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Tercero.- 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.

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.