

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

En Madrid, a 8 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CARDINAL HEALT SPAIN 511, S.L. (en adelante CARDINAL) contra la Resolución, de 30 de mayo de 2024, del Director Gerente del Hospital Puerta de Hierro de Majadahonda por la que se adjudica el contrato de “suministro de medias y fundas de compresión” Lote 2, número de expediente GCASU 2024-23, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 28 de febrero en el DOUE, el 29 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 12 de marzo de 2024 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes

El valor estimado de contrato asciende a 840.937,50 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron tres entidades, entre ellas la recurrente.

Segundo. - Tramitado el procedimiento de licitación el 30 de mayo de 2024 se adjudica el Lote 2 del contrato a MBA INCORPORADO, S.L. (en adelante MBA). La denominación de dicho lote es “fundas neumáticas de compresión secuencial”.

Tercero. - El 19 de junio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CARDINAL en el que solicita que se excluya del procedimiento de licitación, para el Lote 2, al adjudicatario del contrato y al segundo clasificado por incumplir su oferta las prescripciones técnicas. El 20 de junio de 2024 la recurrente presenta recurso ampliando las alegaciones vertidas en el primer recurso en relación con la oferta de la segunda clasificada.

El 26 de junio 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, 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), solicitando la desestimación del recurso. El 12 de julio envía informe en contestación al recurso complementario.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, para el Lote 2, 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

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a MBA y a la segunda clasifica, ARJO IBERIA, S.L. (en adelante ARJO), en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no han presentado alegaciones.

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 clasifica en tercer lugar y que en el supuesto de estimarse sus pretensiones de convertiría en adjudicataria del contrato. En consecuencia “*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.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 30 de mayo de 2024, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso el 19 de junio y su recurso ampliatorio el 20, ambos 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 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. - Manifiesta la recurrente que tuvo acceso al expediente de contratación, teniendo así la posibilidad de revisar la documentación presentada en la oferta tanto por la empresa adjudicataria como por la segunda clasificada, ARJO, y detectar determinados incumplimientos respecto de lo exigido en los pliegos respecto de las ofertas de ambas empresas que determinarían su exclusión.

INCUMPLIMIENTOS MBA:

1.- Muestras:

De acuerdo con la cláusula 1, apartado 9, del PCAP se exige la presentación de muestras y por lo que refiere al Lote 2 la cantidad de muestras es *“2 unidades por cada nº de orden y 1 unidad de EQUIPO DE INFLADO”, programado y listos para realizar las pruebas en pacientes”*

Alega la recurrente que MBA dispone de un modelo de dispositivo de compresión (sin perjuicio de las fundas incluidas) que ha sido el ofertado al presente expediente, a saber, el modelo “VenaFlow Elite”. Sin embargo, existen dos versiones de dicho producto, una más antigua, y otra más moderna (aporta imágenes).

La documentación técnica presentada por la empresa es la relativa a la versión más moderna, esto es, una versión del producto que incluye más prestaciones que la antigua. Sin embargo, la muestra presentada se corresponde con el producto antiguo. Se trata de dos productos diferenciados, que, si bien hacen referencia a la misma marca y modelo, tienen características técnicas distintas.

La referencia 30BI-SB, esto es, el modelo nuevo y supuestamente ofertado a tenor de la documentación, dispone de modo S. Por el contrario, la referencia 30BI-B, esto es, el modelo antiguo entregado como muestra, no dispone dicho modo. Resulta evidente que la muestra presentada no se corresponde con la documentación presentada en la oferta.

Considera que este defecto es insubsanable pues si la muestra es correcta, toda la documentación entregada sería incorrecta y aprovechar un trámite de subsanación para presentar nuevamente toda la documentación técnica atentaría contra los principios de igualdad y no discriminación, así como a la invariabilidad de la oferta. Y si lo correcto fuese la documentación se tendría que presentar otra muestra defecto también insubsanable.

Apela para ello a diversa doctrina de los tribunales administrativos de contratación pública y al PCAP que en la propia cláusula 1, apartado 9, señala que la documentación técnica no es subsanable.

Destaca la importancia de la muestra alegando que el pliego exige que el sistema de compresión sea un *“sistema cuya tecnología combine el inflado rápido y/o el inflado lento”* y que la documentación presentada por MBA especifica en distintos puntos que cumple con ese requisito. Sin embargo, para que el compresor ofertado por MBA funcione en modo inflado lento, es necesario activar, a través del pulsado de un botón, el “Modo S”. El símbolo relativo al modo lento (la cama con la luna), únicamente existe en el modelo nuevo, esto es, el que afirma ofertar la recurrente a través de su documentación. Sin embargo, el modelo antiguo no dispone de dicho botón, en tanto que no dispone de “Modo S” y, por tanto, no dispone de inflado lento.

Por su parte el órgano de contratación informa que *“Según manifiesta el Jefe de Servicio de Anestesia en su informe, el modelo antiguo de compresor al que se hace referencia en el recurso está obsoleto y no se fabrica desde hace tiempo. El modelo valorado y probado en el Servicio es el mismo presentado en la ficha técnica y en el catálogo, y nunca el compresor obsoleto que hace referencia Cardinal Health. La prueba clínica realizada en la UCI Quirúrgica fue con el modelo nuevo que viene en las especificaciones, y ganador del concurso de MBA, y la prueba resultó ser clínicamente completamente satisfactoria”*.

Vistas las posiciones de las partes, de lo alegado por la recurrente no se puede concluir que nos encontremos ante una muestra distinta que no cumpla con el requisito exigido en los pliegos. En la ficha técnica consta “Venaflow EliteS” en la que se adjunta imagen y el Jefe de Servicio indica que el modelo valorado y probado es el mismo presentado en la ficha técnica, obteniendo resultados satisfactorios en la prueba, por lo que tratándose de una cuestión de carácter técnico, en la que debe primar el principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación y presunción de acierto y veracidad de sus informes, se desestima esta pretensión de la recurrente.

2.- En cuanto a la *“modalidad de compresión”* se indica en el PPT que el *equipo “ha de detectar de forma automática el tiempo de retorno venoso, autoajustando de forma automática, con presiones y ciclos preestablecidos para cada tipo de fungible conectado, el ciclo de inflado y compresión”*.

Si un equipo tiene un intervalo fijo entre compresiones, no puede “autoajustarse” según el tiempo de retorno venoso.

Por su parte, la propia Ficha Técnica presentada por MBA, que se adjunta como Documento Nº 5, señala en su página 1, apartado “Descripción del producto” (tercer párrafo): “...El ciclo de impulso es de 2 veces por minuto alterno en cada pierna...”

Según el catálogo presentado por MBA en cualquiera de los modos de que dispone el producto, se fijan unos periodos concretos entre cada impulso (compresión) producido por el compresor. Por tanto, en ningún caso nos encontramos ante un equipo “autoajustable” en función del tiempo de retorno venoso.

Además, alega la recurrente que MBA ha configurado la ficha técnica de forma específica para el expediente, incluyendo información falsa de forma deliberada en la que indica: *“El sistema identifica automáticamente la configuración de la bolsa de aire y dispone de sistema automático de detección del tiempo de retorno venoso, ajustando la presión necesaria y los ciclos de llenado para llevar a cabo una*

compresión efectiva para cada paciente. No necesita ajustes por parte del operador.”

Sobre esta cuestión el responsable clínico del contrato informa que *“el sistema “Venaflo” ofertado por MBA identifica automáticamente la configuración del fungible y del perímetro del paciente mediante una verificación inicial; y ajusta la presión necesaria y los ciclos de llenado en cada pierna, llevando a cabo una compresión efectiva y personalizada sin necesidad de ajustes por parte del facultativo. El dispositivo infla las cámaras en 0,5 segundos y mantiene la presión ejercida durante los 6 segundos posteriores aumentando la cantidad de aire en dichas cámaras, y de este modo se monitoriza la presión ejercida y se garantiza el vaciado efectivo de los plexos venosos.”*

A la vista de las manifestaciones de la recurrente 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 incurso 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.

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.

El Tribunal Supremo en la 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, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados’ tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”*.

Por ello, se desestima la pretensión de la recurrente.

3.- Mercado CE.

Refiere la recurrente que el PCAP exige que la documentación técnica se presente en castellano. Sin embargo, MBA ha presentado el marcado CE en inglés.

A ello, contesta el órgano de contratación que el marcado CE es un documento totalmente estandarizado, cuyo contenido no es difícil de valorar, aunque se halle en inglés, porque se limita a certificar la conformidad de un producto con los requisitos establecidos en la normativa de la Unión Europea; y no contiene información referida a las especificaciones del producto o a su identificación, que sea fundamental para evitar errores en su uso por los profesionales sanitarios. Señala a su vez, que los técnicos encargados de la valoración, que conocen suficientemente el idioma inglés

no han tenido la más mínima dificultad para su comprensión, y lo han dado por suficiente.

Revisado el PCAP se comprueba que consta “*documentación técnica en castellano*”, no obstante, al relacionar los documentos a incluir se indica:

“(..)

2. *Marcado CE*

3. *FICHA TÉCNICA - en castellano de los fungibles y los equipos en cesión.*

“(..)”

También se especifica en el pliego “*El adjudicatario suministrará los manuales de funcionamiento e instrucciones de mantenimiento en soporte electrónico y en castellano.*”

De ello se desprende, la importancia que se da a que la ficha técnica y los manuales de funcionamiento consten en castellano por ser los documento que señalan las características y funcionamiento de los productos ofertados. Sin embargo, respecto el marcado CE no se indica “en castellano” por lo que unido a las explicaciones del órgano de contratación se desestima esta pretensión.

Desestimadas las alegaciones en relación con la oferta de la adjudicataria, no procede entrar a valorar lo alegado en relación con la oferta del segundo clasificado pues una hipotética estimación de las mismas no le otorgaría un beneficio cierto a CARDINAL.

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 legal de CARDINAL HEALT SPAIN 511, S.L. contra la Resolución, de 30 de mayo de 2024, del Director Gerente del Hospital Puerta de Hierro de Majadahonda por la que se adjudica el contrato de “suministro de medias y fundas de compresión” Lote 2, número de expediente GCASU 2024-23.

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, para el Lote 2, prevista en el artículo 53 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.