

Recurso nº 338/2023
Resolución nº 363/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 28 de septiembre de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Advanced Medical Systems contra la resolución del Viceconsejero de Sanidad, de 14 de agosto de 2023, por la que adjudica el contrato y se le excluye del procedimiento de licitación denominado “Adquisición de desfibriladores con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-019800/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 7 de junio de 2023, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 137.577 euros.

A la presente licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 28 de junio de 2023, siendo las 09:59 horas, se reúne la mesa de contratación para la apertura de la documentación administrativa, técnica y económica.

A las 10:13 horas se interrumpe la mesa para que por los representantes de la Comisión de Adquisiciones y Evaluación de Productos de la Gerencia Asistencial realicen la verificación del cumplimiento de las prescripciones técnicas.

La sesión se reanuda a las 14:30 horas y se comunica a los miembros de la mesa que la Comisión de Adquisiciones ha examinado la documentación técnica presentada por los licitadores realizando la evaluación y comprobaciones correspondientes, pero necesita requerir las muestras a tres licitadores con el fin de proceder a la verificación del cumplimiento de las condiciones específicas según el Pliego de prescripciones técnicas, todo ello de conformidad con lo establecido en el apartado 9 del Pliego de cláusulas administrativas. Uno de estos licitadores es Advance Medical Systems, S.L.

EL 19 de julio, se vuelve a reunir la mesa para analizar el informe técnico sobre cumplimiento de prescripciones técnicas, en el que se concluye respecto de la oferta de la recurrente.

“ No cumple con el chequeo automático. Viene con una pieza de comprobación de descarga de 50 Ω , que se conecta al cable de electrodos adhesivos, para comprobación periódica de descarga externa. Cuando se enciende el Desfibrilador con esa pieza conectada " la identifica como un paciente" dando instrucción de no descargar al finalizar el análisis. En ningún momento avisa de que ha de desconectarse la pieza y conectar los electrodos. Solo al desconectar la pieza, avisa conecte electrodos y reinicia el análisis. Requeriría modificar el software o no usar el testigo en cuyo caso no existiría autocheck de descarga externa.*

** El desfibrilador canta las instrucciones auditivas y visuales en Ingles y se requiere en castellano.”*

El 14 de agosto de 2023, se adjudica el contrato a INSANEX, S.L. En la misma resolución de adjudicación se indica la exclusión de la recurrente por los motivos expuestos anteriormente.

Tercero.- El 7 de septiembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ADVANCE MEDICAL en el que solicita anular la adjudicación, que se admita su oferta y se ordene la retroacción del procedimiento a los efectos de su valoración.

El 15 de septiembre de 2023, 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.

Cuarto.- 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.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario 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 habilitado al efecto INSANEX manifiesta que no va a presentar 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 excluida del procedimiento de licitación, *“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 14 de agosto de 2023, notificado el 17 e interpuesto el recurso el 7 de septiembre, 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.- Alega la recurrente respecto al primer motivo de exclusión que el requisito mínimo exigido por el Pliego de prescripciones técnicas es *“Bajo mantenimiento con chequeo diario y periódico automático del sistema, sin necesidad de componente adicional, ni preparación ni intervención por el usuario”*. Señala que en la oferta técnica presentada se hacía expresamente constar el cumplimiento de dicho requisito y además se ha facilitado un equipo completo para su comprobación, incluyendo el manual de uso y el manual técnico en el que viene descrito con detalle

el capítulo relativo a las auto comprobaciones, del que se desprende que el modelo S5 ofertado no solo es capaz de proporcionar un bajo mantenimiento con chequeo automático diario y periódico del sistema, sin necesidad de componente adicional, ni preparación ni intervención por el usuario, sino que además permite programar este autochequeo a gusto del usuario.

Así, concluye que el chequeo automático, diario y periódico, para tener un bajo mantenimiento del sistema, sin necesidad de componente adicional ni preparación ni intervención por el usuario, no es posible que sea realizado con ninguno de los desfibriladores que existen en el mercado, si están provistos de electrodos adhesivos multifunción monitorización/tratamiento eléctrico y no de palas reutilizables como se exigía en el PPT.

Expuesto lo anterior, el resto de argumentaciones desarrolladas en el informe técnico carece de relevancia alguna, ya que en ningún lugar del PPT se exige que el autochequeo se lleve a cabo de una forma concreta y determinada, y por ello el proceso de realización del mismo no es en modo alguno susceptible de ser valorado a efectos de evaluación del cumplimiento del PPT, de manera que dicha argumentación se estaría limitando a transmitir la simple opinión del técnico informante.

Por lo que se refiere al segundo motivo expuesto, no entiende muy bien a que se refiere el técnico informante, ya que la muestra del equipo ofertado, entregada a dicho técnico, estaba configurada para trabajar en castellano, aunque cabía la posibilidad de configurarla también en otros idiomas.

Asimismo, pone de manifiesto que en la oferta técnica presentada por AMS, en el capítulo dedicado a la descripción del curso de formación, se incluye un apartado denominado “*configuración del programa*”, que constituye uno de los puntos a explicar durante dicho curso.

Finalmente concluye que el PPT no establece ni especifica proceso alguno a seguir para la realización del autochequeo, por ello se ha producido una modificación “*de facto*” del Pliego.

Opone el órgano de contratación que como se indicó en el informe el desfibrilador semiautomático (DSA) COMEN S5 precisa una pieza intermedia para que se haga el chequeo periódico de la descarga, debiendo retirarse en caso de utilizar con un paciente. Esta pieza estaría siempre enchufada al DSA y a ella el cable de los parches, realizando así la función de atenuación de la carga durante las pruebas de descarga.

Lo que se objetivó y se ha recogido en incidentes de seguridad, es que resulta un grave riesgo para el paciente que el desfibrilador no alerta de que esta pieza está conectada. En el caso de tener un paciente urgente inconsciente, el personal sanitario procedería a colocarle los parches y el dispositivo realizaría un análisis en modo semiautomático, como resultado del mismo aparece en pantalla “CHOQUE NO INDICADO”. Esto supone un grave riesgo para el paciente, porque el choque puede estar perfectamente indicado, pero el DSA no especifica que la pieza de prueba está conectada y es lo que está haciendo interferencia. Esto puede retrasar la atención al paciente en PCR con ritmo desfibrilable. Cuando se quita la pieza y se colocan solo los parches, se constató que reinicia el análisis, pero en la situación descrita es fácil que el personal implicado pueda no darse cuenta de retirarla.

Como aclaración, en otros dispositivos que han sido presentados en este expediente también disponen de una pieza similar, pero el dispositivo la detecta y alerta al usuario que esta pieza conectada y que para desfibrilar es preciso retirarla. Por lo que el usuario es guiado, le avisa de que lo desconecte y conecte los parches adhesivos. Esto se comprobó en una práctica real con un maniquí ALS. Por lo que la comisión de adquirentes determinó que subsanaría así el grave incidente de seguridad, aunque el usuario participa en la comprobación externa de la descarga. Por otro lado, se valoró que en el manual de usuario de otros dispositivos hacía

referencia a que el dispositivo si hace una prueba descarga interna, con lo que se auto verifica el funcionamiento del dispositivo.

Respecto al segundo motivo de exclusión señala el órgano de contratación que al haberse requerido la muestra para valorar técnicamente el dispositivo, se ha identificado que el desfibrilador de la empresa AMS valorado en la mesa daba las instrucciones COMEN S5 auditivas y visuales en Ingles y se requerían en castellano. La muestra se requiere para comprobar la valoración técnica de la oferta, sin necesidad de manipulación por parte del personal técnico que realiza su evaluación (configuración del idioma). Es por ello, que el mero incumplimiento de una de las características técnicas mínimas exigidas en el liego es motivo de exclusión, no cumple concretamente con sistema con programación de los protocolos de la R.C.P. según normas E.R.C. y A.H.A Mensajes audibles y visuales en pantalla, en castellano, que guíen al usuario.

A la vista de las alegaciones de las partes debe señalarse, en cuanto al primer motivo de exclusión, que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, teniendo en cuenta que las características que se valoran aparecen descritas en el PPT por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la ausencia del cumplimiento de los requisitos exigidos al suministro.

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, *“cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, 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 entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012”.

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a la evaluación del cumplimiento de las prescripciones técnicas, 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.

En nuestra Resolución 179/2022, de 12 de mayo, señalábamos *“Este Tribunal debe respetar los resultados de la valoración técnica efectuada por técnico especializado, asumida por el órgano de contratación, y entrar a conocer, únicamente los aspectos formales de la misma, tales como las normas de competencia o procedimentales. En este sentido, debemos recordar el criterio consolidado de este Tribunal y del resto de Tribunales administrativos de recursos contractuales en virtud del cual se circunscribe nuestra competencia a la revisión de las cuestiones jurídicas de la valoración de los expertos sin poder entrar en cuestiones técnicas, pues la doctrina de la “discrecionalidad técnica” ampara la valoración efectuada por los técnicos, siempre con el límite de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (se citan a modo de ejemplo las resoluciones de este Tribunal 515/21, de 12 de noviembre; 1039/2015, de 30 de octubre; 21/2014, de 17 de enero y la Resolución 353/2019, de 29 de marzo, del TACRC)”.*

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”*.

En el presente supuesto no se aprecia por este Tribunal *“arbitrariedad”* en el juicio técnico, en la valoración realizada a la oferta del adjudicatario a través de las muestras entregadas, ni falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Desestimadas las alegaciones de la recurrente respecto del primer motivo exclusión, concluyendo que su oferta incumple las prescripciones técnicas exigidas en el Pliego, no procede analizar el segundo incumplimiento que consta en el informe técnico.

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 Advanced Medical Systems contra la resolución del Viceconsejero de Sanidad, de 14 de agosto de 2023, por la que adjudica el contrato

y se le excluye del procedimiento de licitación denominado “Adquisición de desfibriladores con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-019800/2023.

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.

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.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2023.10.02 14:01