

Recurso nº 400/2023
Resolución nº 424/2023**NOTIFICACIÓN**

Le notifico que, con fecha 14 de diciembre 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 la mercantil Exclusivas de Pascual y Furio, S.A. contra los acuerdos adoptados por la mesa de contratación en sesiones de 25 de octubre y 5 de noviembre de 2023, por la que, respectivamente, se le excluye de la licitación y se realiza propuesta de adjudicación en favor de Tecnomed 2000, S.L., en el contrato denominado “adquisición de electrocardiógrafos con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-021792/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el día 8 de septiembre de 2023 y en el BOCM el día 15 del mismo mes, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 1.062.823,68 euros y su plazo de duración será según programación de entregas que determine la Gerencia

Asistencial de Atención Primaria, finalizando en todo caso el 15 de diciembre de 2023.

A la presente licitación se presentaron diez licitadores, entre ellos, la mercantil recurrente.

Segundo.- Efectuada la apertura y calificación de la documentación relativa al cumplimiento de requisitos previos por los licitadores, la mesa de contratación procede a la apertura del archivo electrónico comprensivo de las ofertas económicas y resto de criterios evaluables mediante fórmula.

El 17 de octubre de 2023 se celebró acto para demostración de los equipos presentados y verificación del cumplimiento de especificaciones técnicas, previa convocatoria efectuada por la Comisión de Adquisiciones de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria.

Tras la demostración, la Gerencia solicita aclaraciones a la recurrente referidas a tres cuestiones: protección incorporada contra desfibrilación, cumplimiento de la normativa IEC 60601-2-25:2011 y actuación del equipo frente a una arritmia. Estas cuestiones fueron objeto de aclaración a través de correo electrónico de la misma fecha.

Previo informe emitido por la Comisión de Adquisiciones de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria, la Mesa, en sesión de 25 de octubre de 2023, acuerda la exclusión de la oferta presentada por la recurrente por no cumplir las exigencias del pliego de prescripciones técnicas, en concreto, por el siguiente motivo: *"Sobre el detector de marcapasos y detección y grabación de arritmias, no indica detección de marcapasos automática; dice: "1-5 minutos análisis de ritmo. Mucho tiempo para observar y capturar arritmias esporádicas o frecuentes" y "Cuando utilice la unidad en un paciente con marcapasos, active la detección de PACE".*

El 5 de noviembre de 2023 la Mesa, evaluadas las justificaciones de las ofertas incursas en presunción de anormalidad y clasificadas las ofertas presentadas, realiza propuesta de adjudicación del contrato en favor de la mercantil Tecnomed 2000, S.L.

No consta en el expediente remitido por el órgano de contratación acto de adjudicación del contrato, si bien se comprueba en el Portal de Contratación que la adjudicación del contrato en favor de esa mercantil se efectúa mediante Resolución de la Gerente Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 17 de noviembre de 2023.

Tercero.- El 8 de noviembre de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Exclusivas de Pascual y Furio, S.A., contra el acuerdo adoptado por la Mesa el 25 de octubre de 2023 por el que se le excluye de la licitación, así como el adoptado en sesión de 5 de noviembre del mismo año por el que se propone la adjudicación del contrato. Solicita en su escrito de impugnación la anulación de su exclusión y la retroacción de actuaciones del procedimiento al momento anterior.

Los días 17 y 27 de noviembre de 2023, el órgano de contratación ha remitido 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo adoptado por este Tribunal el 30 de noviembre de 2023 sobre medidas provisionales solicitadas en el recurso interpuesto en el marco del mismo expediente, recurso número 407/2023, hasta que el mismo se resuelva y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido

en el artículo 57.3 de la LCSP, debido a la necesidad de evitar perjuicios a los interesados afectados, dado que el contrato ya se encuentra adjudicado.

Quinto.- 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 otorgado a tal fin, se ha presentado escrito por parte de Tecnomed 2000, S.L.

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, que pretende la nulidad de la exclusión y, por tanto, *“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 del 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 los acuerdos impugnados fueron adoptados los días 25 de octubre y 2 de noviembre, ambos de 2023, que fueron publicados, respectivamente, los días 27 de octubre y 3 de noviembre. Por su parte, el recurso fue interpuesto, en este Tribunal, el 8 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra dos actos de trámite, adoptados en el procedimiento de adjudicación, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

Mientras que el primero de los actos, el de exclusión, puede calificarse como acto de trámite cualificado, pues determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, siendo esta exclusión competencia de la Mesa, el segundo, la propuesta de adjudicación, es un acto de trámite no cualificado, que requiere la aceptación por parte del órgano de contratación y no cumple los requisitos para ser impugnado a través del recurso especial, pues no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento y no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

En atención a lo expuesto, sólo el acto de exclusión es recurrible, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, la controversia se suscita en torno a la errónea valoración que, a juicio de la recurrente, ha efectuado el órgano de contratación para determinar el incumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de su oferta, que viene referido a dos concretos aspectos: la detección de marcapasos automática y el tiempo de observación; y la detección y grabación de arritmias esporádicas o frecuentes.

Se exponen a continuación las alegaciones de las partes en relación con ambos incumplimientos:

1.- A propósito del incumplimiento señalado en el acta de la Mesa, que recoge que el producto ofertado *“no indica detección de marcapasos automática”*:

- Señala la recurrente que el apartado 1.12 de la ficha técnica aportada junto a su oferta indica “*Soporte PACE detección*” y que en las páginas 33 y 34 del manual de instrucciones, igualmente aportado junto con la oferta, aparece la explicación de la detección, de forma que se demuestra que al configurar el ECG con la opción PACE activada, detecta siempre automáticamente el marcapasos, siendo similar a la activación del *bluetooth* en un dispositivo electrónico.

Añade que, tras la demostración del equipo presentado, que tuvo lugar el 17 de octubre de 2023 en la Gerencia Asistencial de Atención Primaria, se les solicitó aclaración por correo electrónico de tres cuestiones, ninguna relacionada con la detección automática de marcapasos.

- Por su parte, el órgano de contratación informa que la propuesta de contratación obligaba a aportar toda la documentación técnica en lengua castellana o traducida oficialmente a esta lengua para permitir la verificación del cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas, que la ficha técnica del fabricante, en castellano, debía hacer referencia a todos los puntos técnicos referidos en el PPT, presentados en idioma oficial castellano, y que, entre las especificaciones técnicas que debían cumplirse por parte del electrocardiógrafo, se encontraba el detector de marcapasos. Añade que en la demostración se solicitó aclaración a la recurrente en relación con la ubicación, entre la documentación técnica del fabricante aportada, de la información relativa a las prescripciones técnicas mínimas exigidas en castellano, no resultando procedentes las aclaraciones redactadas por el licitador a través de un correo electrónico. Concluye que tanto la ficha técnica en su apartado 1.12, como el manual de usuario en el punto 2.3.2.2, aluden a “*Soporte PACE detección*”, siendo PACE nomenclatura inglesa para marcapasos, no comprensible por el usuario, recogiendo la propuesta de contratación que la no presentación de la documentación o la presentación de documentación defectuosa que no permitan la verificación del cumplimiento de prescripciones técnicas supondrán la exclusión del licitador. A mayor abundamiento alega que la detección de marcapasos, conforme a la información del manual, no es

una detección automática, sino que debe activarse al configurar la máquina: *“Para un paciente con marcapasos, la detección de marcapasos debe activarse cuando se configura la máquina de ECG”*.

- En último término, la mercantil adjudicataria alega que en el manual aportado, en el punto 1.3.11 en la página 19 indica que se debe activar la función marcapasos, lo cual supone que no se detectan los marcapasos continuamente.

2.- En lo concerniente al incumplimiento referido a *“Detección y grabación de arritmias: 1-5 minutos análisis de ritmo. Mucho tiempo para observar y capturar arritmias esporádicas o frecuentes”*:

- Señala la recurrente que su equipo IMAC 12 utiliza algoritmos de autodiagnóstico de Glasgow para detección de arritmias que el equipo graba automáticamente, lo cual se refleja en el apartado 8.14 de la ficha técnica. Y que, tras la solicitud de aclaración por el órgano de contratación referida a la actuación del equipo frente a una arritmia, su contestación fue la siguiente:

*“Durante la realización de un electro, el equipo captura la señal durante 10 segundos y si detecta una arritmia, se ve en pantalla, se imprime en la gráfica y se indica en el informe, quedando grabado en el equipo para consultas posteriores.
o Si se selecciona el “Modo Triggering”, el paciente queda monitorizado. Si durante esa monitorización, el equipo detecta un evento tal como una arritmia, entonces automáticamente graba el evento e imprime el informe”*.

Por ello, entiende, su aparato realiza detección y grabación de arritmias, aportando como mejora el modo *triggering*, consistente en la detección y grabación de un evento temporal.

- Se dan reproducidas las alegaciones del órgano de contratación del apartado anterior en relación a la necesidad de aportar la información en castellano y especificaciones técnicas que debían cumplirse, referidas en este caso a la

detección y grabación de arritmias, así como el cálculo de parámetros y programa de análisis e interpretación diagnóstica. A ello añade el órgano de contratación, que la ficha técnica en su apartado 1.10 habla de medición y análisis automáticos que son los que hace el algoritmo de Glasgow y los que se reflejan al imprimir el informe, pero no menciona cálculo de parámetros de análisis e interpretación diagnóstica, no habla de detección y grabación de arritmias. Sólo el punto 1.14 menciona el análisis del ritmo señalando que se efectuará de 1 a 5 minutos para observar y capturar arritmias esporádicas o frecuentes. Por otro lado, el manual de usuario indica en el apartado 4.2.13.3 lo siguiente: el modo de ritmo es para que los usuarios recopilen e impriman un solo cable durante mucho tiempo para observar y capturar arritmias esporádicas o frecuentes. Califica el órgano de contratación esta frase de incoherente impidiendo determinar que el modo de ritmo es una detección y grabación automática de arritmias, cuando era una exigencia del pliego y no una mejora como señala el licitador.

Apunta por último el órgano de contratación que el manual de usuario de otros dispositivos sí hacía referencia a que el dispositivo cumplía ambas especificaciones técnicas al recogerse en él las indicaciones “*Detección automática de marcapasos*” y “*4 modos de muestreo: pre-sampling, muestreo en tiempo real, muestreo periódico y muestreo por disparador (trigger)*”.

Añade el órgano de contratación otra serie de incumplimientos relacionados con la protección contra descarga eléctrica, el material de la bola de succión y los cables para pacientes.

- Por su parte, la adjudicataria alega que la maniobra de detección de arritmias en un electrocardiograma no puede tener un tiempo limitado, el paciente se monitoriza, durante todo el tiempo necesario hasta que surge la arritmia, momento en el que el sistema imprime o manda un aviso al técnico de que esta arritmia se ha producido.

Vistas las alegaciones de las partes, debe partirse de la regulación que hacen los pliegos de las características técnicas a cumplir para la detección de marcapasos y la detección y grabación de arritmias, así como las indicaciones sobre el idioma en que deberá presentarse la documentación técnica que acompaña a la oferta.

A estos efectos, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) indica en su apartado 2 que todos los equipos y aparatos médico-asistenciales incluirán manual de uso en castellano y que éste, junto con la ficha técnica de los equipos, deberá entregarse por el adjudicatario a la firma del contrato en soporte electrónico.

Por su parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en el apartado 9 de su cláusula primera que *“los licitadores deberán aportar toda la documentación técnica en lengua castellana o traducida oficialmente a esta lengua relacionada a continuación que permita la verificación del cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas.”* Y entre esa documentación figura *“Ficha técnica del fabricante en castellano descriptiva de los productos ofertados, que acredite el cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas. Deberá incluir referencia a todos los puntos técnicos referidos en el pliego de prescripciones técnicas, deberán ser presentados en idioma oficial castellano.”* Añade asimismo que *“La no presentación de esta documentación o la presentación de documentación defectuosa que no permitan la verificación del cumplimiento de prescripciones técnicas supondrán la exclusión del licitador. Las empresas entregarán una muestra de cualquiera de los elementos para verificar el cumplimiento de todas las características técnicas mínimas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas”*.

Comprueba este Tribunal que la recurrente presentó, junto con su oferta, ficha técnica y manual de instrucciones del eletrocardiógrafo IMAC12, ambos traducidos al castellano. La introducción de términos en inglés como PACE no resulta suficiente para excluir a la licitadora del procedimiento. El propio órgano de contratación, destinatario de los equipos, ha identificado que PACE es la nomenclatura inglesa

para marcapasos, lo cual le ha permitido la verificación del cumplimiento de la prescripción técnica exigida.

Esta prescripción es, en concreto, la detección de marcapasos que según el PPT deben cumplir los aparatos a suministrar. Señala a estos efectos el PPT que *“los Electrocardiógrafos a suministrar deberán cumplir, entre otras, con las siguientes especificaciones técnicas:*

- *Detector de marcapasos y detección y grabación de arritmias”.*

En esta redacción del pliego no se incluye la palabra *“automática”*, por lo que la circunstancia alegada por el órgano de contratación de que esta función no sea automática, ya que debe activarse al configurar la máquina, no significa que no se cumpla con la necesidad de que los aparatos ofertados por la recurrente cuenten con esa función de detección de marcapasos, que fue la prevista en el pliego redactado por el órgano de contratación.

Entrando ya en el incumplimiento de la *“Detección y grabación de arritmias”*, como ya se ha señalado, esta función está prevista en el PPT como prescripción técnica de obligado cumplimiento.

La documentación técnica aportada por la recurrente al procedimiento recoge en el apartado 1.10 de la ficha técnica *“Medición y análisis automáticos”* y en el 1.14 lo siguiente: *“1-5 minutos Análisis de ritmo. Mucho tiempo para observar y capturar arritmias esporádicas o frecuentes.”* A juicio de este Tribunal, la traducción al castellano no se ha efectuado con excesivo rigor, si bien, del texto puede deducirse, en contra de lo argumentado por el órgano de contratación, que el apartado realiza detección (observación) y grabación (captura) de arritmias. Y ello, en coherencia con la aclaración ofrecida por la recurrente, a solicitud del órgano de contratación, en que se informa que *“Durante la realización de un electro, el equipo captura la señal durante 10 segundos y si detecta una arritmia, se ve en pantalla, se imprime en la gráfica y se indica en el informe, quedando grabado en el equipo para consultas*

posteriores. Si se selecciona el “Modo Triggering”, el paciente queda monitorizado. Si durante esa monitorización, el equipo detecta un evento tal como una arritmia, entonces automáticamente graba el evento e imprime el informe”.

Sobre el resto de incumplimientos alegados por el órgano de contratación en el informe a su recurso, no puede pronunciarse este Tribunal, pues los mismos no fueron recogidos ni en el informe ni en el acuerdo de exclusión de la recurrente.

Procede señalar que la exclusión de un licitador es una consecuencia particularmente severa y restrictiva de la competencia, por lo que sólo procederá cuando de verdad concurra un motivo que la justifique. Y en este punto, conviene traer a colación la doctrina de los tribunales de contratación al respecto del incumplimiento de los pliegos por parte de la oferta. La Resolución 1152/2021, de 9 de septiembre, del TACRC recoge la doctrina concordante con la mantenida por este Tribunal: *“El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las condiciones para excluir una propuesta por incumplimiento de las prescripciones técnicas estableciendo un criterio que debe considerarse en este caso. Entre las últimas resoluciones, la Resolución n.º 608/2021, de 21 de mayo resume la doctrina del Tribunal; así: “A este respecto, hay que tener en cuenta la doctrina de este Tribunal en relación a este aspecto en concreto, la Resolución 1104/2020 pone de manifiesto que: “Es doctrina consolidada de este Tribunal que, para que proceda la exclusión del licitador, el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. Citamos, por todas, la Resolución nº 323/2020 de 5 de marzo de 2020 que al respecto dispone: ‘En efecto, del artículo 139 de la vigente LCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. (...) Solo cuando el incumplimiento que se denuncia sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se*

opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado. (...) Debe recordarse que, como tiene establecido este Tribunal en reiterada doctrina, 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, cuestión que no concurre en este procedimiento de licitación. Así, se recoge en la Resolución 1205/2018: ‘También se ha dicho (resolución 560/2015, de 12 de junio) que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento’. De la documentación remitida a este Tribunal no cabe deducir que la oferta del adjudicatario incumpla los requisitos técnicos exigidos, sin perjuicio de que, en fase de ejecución del contrato, las prescripciones ofertadas hayan de ser verificadas por el órgano de contratación. (...)’.

En el caso objeto de análisis de la presente Resolución, no se aprecia un incumplimiento expreso y claro en el producto ofertado, por lo que deberá anularse la exclusión de la recurrente, con retrotracción de actuaciones al momento anterior a la exclusión.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Exclusivas de Pascual y Furio, S.A. contra los acuerdos adoptados por la mesa de contratación en sesiones de 25 de octubre y 5 de noviembre de 2023, por la que, respectivamente, se le excluye de la licitación y se realiza propuesta de adjudicación en favor de Tecnomed 2000, S.L., en el contrato denominado “adquisición de electrocardiógrafos con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-021792/2023, en los términos expuestos en el fundamento jurídico quinto.

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.- 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.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2023.12.15 14:32