



Recurso nº 1388/2022 C.A. Región de Murcia 139/2022

Resolución nº 1484/2022

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.B.C., en representación de MASIMO EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA (en adelante MASIMO) contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para la contratación del Acuerdo Marco para el *"Suministro de sensores de pulsioximetría, sensores de temperatura, nivel de sedación y consciencia, con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud"*, con número de expediente CS/9999/1101019754/2021/AM; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Murciano de Salud convocó licitación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la adjudicación del Acuerdo Marco para el *"Suministro de sensores de pulsioximetría, sensores de temperatura, nivel de sedación y consciencia, con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud"*, con número de expediente CS/9999/1101019754/2021/AM. El contrato se dividió en lotes. El valor estimado del contrato se fijó en 5.995.660,00 €.

Segundo. El acuerdo de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, ambos el día 8 de octubre de 2022. Como se señaló más arriba, el contrato se dividió en lotes, siendo objeto de este recurso el acuerdo de adjudicación de los lotes 2 y 3. En ambos lotes ha resultado adjudicataria MATCLINIC, S.L., habiendo concurrido a la licitación en los dos lotes dicha empresa junto



a la recurrente: MASIMO EUROPE LIMITED SUCURSALEN ESPAÑA. Así resulta de la resolución de adjudicación de 22 de septiembre de 2021, resolución recurrida.

Tercero. Contra dicha resolución, respecto de los lotes 2 y 3, MASIMO interpone el presente recurso especial en materia de contratación. En el recurso argumenta que ambos lotes tenían por objeto el suministro de sensores de pulsioximetría de adulto desechables (en el caso del lote 2) y reutilizables (en el caso del lote 3). En ambos casos, de acuerdo con lo dispuesto en los Pliegos de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) los sensores debían ser compatibles con la tecnología ya existente que, para el caso de ambos lotes, es tecnología MASIMO. También el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares expresamente disponía que los sensores suministrados mediante los lotes 2 y 3 debían ser compatibles con la tecnología de MASIMO. A partir de esta premisa realiza una extensa argumentación técnica para concluir que MASIMO no ha declarado compatibles con sus sistemas con tecnología MASIMO SET a ningún sensor o cable que se comercializa en el mercado, negando la compatibilidad de los sensores que oferta MATCLINIC con los monitores y cables MASIMO. A estos efectos niega validez y rigor a la justificación de compatibilidad y pruebas presentadas por la adjudicataria. A mayor abundamiento alega que los sensores ofertados por la adjudicataria no cumplen con los estándares exigidos por la Unión Europea para el mercado CE. Por todo ello solicita la anulación del acuerdo de adjudicación, al incumplir los sensores ofertados para ambos lotes las prescripciones técnicas exigidas en los PPT.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 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) y 28.4 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC). En él, el órgano de contratación informa que se valoró la documentación presentada por MATCLINIC y se consideró acreditada la compatibilidad, sin que pueda aceptarse una exclusividad técnica en favor de MASIMO por el hecho de que no se despachen certificados de compatibilidad de productos de otras empresas con sus equipos, pues dicha exclusividad no solo es de interpretación restrictiva,



sino que además determinaría incluso la improcedencia de haber recurrido a un procedimiento abierto, sin que exista una prueba de que, en efecto, no existan sensores compatibles mediante su conexión o acoplamiento a la tecnología MASIMO.

En cualquier caso, ante las alegaciones de la recurrente en las que deja entrever incluso que las imágenes de las pruebas de compatibilidad realizadas en la oferta de la adjudicataria son un montaje; el órgano de contratación afirma que no puede probar que no lo sean y que a este respecto se remite a lo que pueda alegar esta empresa en trámite de alegaciones.

Quinto. En fecha 25 de octubre de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; habiendo evacuado el trámite conferido MATCLINIC. En su escrito, la adjudicataria insiste en que los sensores ofertados cumplen todos los requisitos técnicos exigidos en los Pliegos, superando con mucho el umbral mínimo de calidad técnica exigido. Prueba de ello es que el tipo de sensores ofertados, fabricados por APK Technology están implantados en el mercado y están funcionando desde 2020 en diferentes hospitales tanto públicos como privados sin ninguna incidencia técnica. Asimismo, en cuanto a la compatibilidad de los sensores con la tecnología MASIMO, afirma que se realizaron pruebas en cinco centros de referencia que contaban con dispositivos de esta tecnología, con resultado favorable. Por último, aporta documentación para acreditar que los sensores han pasado las pruebas y cumplen con los requisitos de rendimiento requeridos en el Estándar Internacional para oxímetros de pulso UNE-EN-ISO 80601-2-61, así como marcado UE.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de éste dictó resolución de 28 de octubre de 2022 acordando mantener la suspensión de los lotes 2 y 3 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, art. 22.1. 1º del RPERMC y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

Segundo. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación dictado en el proceso de licitación arriba indicado. Dispone el art. 44.1 LCSP que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros”.

El contrato a que se refiere el acuerdo recurrido (contrato de suministro con un valor estimado superior a cinco millones de euros) está dentro de los contratos susceptibles de recurso.

Por su parte, el apartado 2 de la LCSP señala que *“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: c) Los acuerdos de adjudicación”.*

De modo que debe concluirse que el recurso se interpone contra un acto recurrible.



Tercero. En lo que se refiere a la legitimación para recurrir, dispone el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente: *"Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso"*.

Habiendo interpuesto el recurso una de las dos empresas que han presentado oferta en los dos lotes cuya adjudicación impugna, lotes nº 2 y 3, habiendo resultado la segunda oferta clasificada tras la adjudicataria, es claro que la resolución que se dicte en este recurso afectará directamente sus derechos e intereses legítimos, pues su proposición, de estimarse el recurso sería la única a considerar en el contrato basado.

Cuarto. Se han cumplido las formalidades de plazo y demás previstas en la LCSP para la interposición del presente recurso.

Quinto. Entrando en la cuestión de fondo cuestionada, debe analizarse si los sensores ofertados por MATCLINIC en los lotes 2 y 3 cumplen con los requisitos técnicos exigidos en el pliego, en concreto su compatibilidad con productos con tecnología MASIMO, por ser la tecnología existente en las diferentes áreas de salud de la Comunidad de Murcia.

En definitiva, la cuestión litigiosa se centra en determinar si el equipamiento ofrecido por la empresa que ha resultado adjudicataria reúne o no los requisitos que, con carácter mínimo, son exigidos por el PPT.

El artículo 139.1 de la LCSP establece que *"Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea"*, obligatoriedad o vinculación que igualmente ha de predicarse de los condicionamientos o exigencias que se hagan a la oferta en el pliego de prescripciones técnicas.



En los PPT que rigen la licitación del contrato de suministro ahora analizado, se contienen las siguientes especificaciones para los lotes 2 y 3:

“LOTE 2

***SENSORES DE PULSIOXIMETRIA ADULTO (Compatible tecnología MASIMO).
DESECHABLE***

Sensor adhesivo con cubierta de plástico flexible de grado médico o similar con cara interna adhesiva, con detector para medir la saturación de oxígeno del paciente y la frecuencia cardíaca. Con cable. Tamaño variable ADULTO.

Desechable. Libre de látex.

11043273

SENSOR ADHESIVO SATURACIÓN SPO2 ADULTO, DESECHABLE.

En caso de no disponer de cables adaptadores a los monitores existentes, la empresa podrá instalar módulos integrados compatibles con su sensor.

LOTE 3

***SENSOR DE PULSIOXIMETRIA ADULTO (Compatible tecnología MASIMO).
REUTILIZABLE***

Sensor pinza digital de policarbonato o similar en su estructura exterior y silicona o similar en su interior, con fotocélula que mide la saturación de oxígeno del paciente, la frecuencia cardíaca y respiratoria. Con cable. Tamaño adulto. Reutilizable. Libre de látex.

11040393”.

Además, se exige la siguiente tecnología común a todos los lotes:

“Todas las empresas deberán presentar certificación de compatibilidad con la tecnología solicitada.



El listado de los monitores existentes en la actualidad del patrimonio de SMS por casa comercial referido a la pulsioximetría es el siguiente:

Monitores pediátricos compatibles tecnología Masimo

GE 25

WELCH ALLYN 10

PHILIPS 8

Monitores adultos compatibles tecnología Masimo

WELCH ALLYN 50

DRAGUER 7

MINDRAY 70

GE 1

PHILIPS 56

Monitores neonatales compatible tecnología Nellcor/Fast

PHILIPS 13

Monitores pediátricos compatible tecnología Nellcor/Fast

GE 30

MINDRAY 9

DRAGUER 3

PHILIPS 23



WELCH ALLYN 31

Monitores adultos compatible tecnología Nellcor/Fast

PHILIPS 405

DRAGUER 4

MINDRAY 171

GE 125

NIHON KHODEN 5

WELCH ALLYN 55

Monitores adultos compatible tecnología GE/DATEX OHMEDA

GE 40".

Luego es incuestionable que el pliego exige que los sensores a suministrar en ambos lotes han de ser compatibles con la tecnología MASIMO.

Pues bien, considera MASIMO que los sensores ofertados por la empresa que ha resultado adjudicataria incumplen estos requisitos, pues MASIMO no ha declarado compatibles con sus sistemas de tecnología MASIMO SET a ningún sensor que se comercializa en el mercado, negando la compatibilidad de los sensores que oferta MATCLINIC con los monitores MASIMO. A estos efectos niega validez y rigor a la justificación de compatibilidad presentada por la adjudicataria. Asimismo, alega que los sensores ofertados por la adjudicataria no cumplen con los estándares exigidos por la Unión Europea para el mercado CE.

Por el contrario, MATCLINIC aporta certificado de compatibilidad, así como resultado de pruebas de uso de los sensores ofertados con la tecnología solicitada.



Ante esta discrepancia, debe tenerse en cuenta que, es criterio reiterado por este Tribunal que el cumplimiento de las prescripciones técnicas debe ser verificado 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. Asimismo, es doctrina de este Tribunal, que solamente los incumplimientos claros y expuestos de las prescripciones técnicas han de dar lugar a la exclusión de la oferta (Res. 1610/2021, de 12 de noviembre).

En el supuesto ahora analizado, se ha aportado por la empresa adjudicataria justificación documental que acredita que los sensores cumplen con los requisitos técnicos exigidos en los PPT. Siendo así, su idoneidad efectiva para el objeto para el que han sido adquiridos queda relegada a la fase de ejecución, no pudiendo aceptarse la postura de la recurrente, que pretende se reconozca a su favor exclusividad en los sensores a suministrar para ambos lotes, derivada de su compatibilidad con la tecnología MASIMO. A este respecto afirma que solo hay compatibilidad con dicha tecnología por los sensores de esta misma licitadora, pues MASIMO no emite certificados de compatibilidad para productos de otras empresas. Esta postura, como acertadamente manifiesta el órgano de contratación, nos llevaría a concluir que solo MASIMO puede ser adjudicataria de ambos lotes, de manera que incluso nos llevaría a afirmar que el procedimiento abierto se habría iniciado incorrectamente. Y esta conclusión no puede acogerse al no existir una prueba plena de la exclusividad técnica pretendida ni de la ineficacia técnica de los sensores suministrados, ineficacia que además determinaría considerar falsas las pruebas de uso presentadas por la adjudicataria.

En definitiva, habiéndose acreditado en fase de licitación la compatibilidad de los sensores, así como el cumplimiento de los estándares exigidos por la Unión Europea para el mercado de los productos sanitarios, es claro que deben considerarse cumplidos los condicionantes técnicos exigidos por los Pliegos, siendo correcto el acuerdo de adjudicación.

De acuerdo con lo expuesto el recurso ha de ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.B.C., en representación de MASIMO EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA (en adelante MASIMO) contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por el Servicio Murciano de Salud para la contratación del Acuerdo Marco para el *“Suministro de sensores de pulsioximetría, sensores de temperatura, nivel de sedación y consciencia, con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud”*, con número de expediente CS/9999/1101019754/2021/AM, confirmando íntegramente su legalidad.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, en relación con los lotes 2 y 3, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.