

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

En Madrid, a 18 de abril de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don N.G.H. y don J.G.R., en nombre y representación de Bausch & Lomb, S.A., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de 8 de marzo de 2018, por la que se adjudica el contrato de Suministro de Packs de Vitrectomía para el Hospital Universitario “12 de Octubre”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 14, 22, 27 de noviembre y 2 de diciembre de 2017, se publicó en el DOUE, en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, BOCM y en el BOE, respectivamente, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, en un solo lote con cuatro números de orden. El valor estimado asciende a 311.308,80 euros.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), una vez efectuada la corrección de errores publicada el 13 de diciembre 2018, establece, entre otros, como requisito para

la composición mínima de los packs de vitrectomía (números de orden 1, 2, 3 y 4):  
*“Cassette Venturi con tapón”.*

Igualmente, para el equipo de vitrectomía posterior de tecnología avanzada, de cesión obligatoria para el adjudicatario, entre otras, las siguientes características:  
*“Iluminación mediante tecnología Xenon integrada en el equipo de vitrectomía y filtros de iluminación opcionales. Pedal multifunción.”*

**Segundo.-** A la licitación se presentaron dos empresas Alcon Cusí, S.A. (en adelante Alcon Cusí) y la recurrente.

Tras la oportuna tramitación la Mesa de contratación el 14 de febrero de 2017, da cuenta de las puntuaciones del informe técnico resultando que las dos empresas cumplen las especificaciones técnicas y que Alcon Cusí obtiene 30 puntos, Bausch & Lomb, S.A. 17 puntos.

Tras la apertura y valoración de las ofertas económicas, la mesa en su reunión de 21 de febrero de 2018, propone la adjudicación a favor de Alcon Cusí, dictándose resolución de adjudicación de la Directora Gerente del Hospital el 8 de marzo de 2018, que se notificó el día 9 a la recurrente.

**Tercero.-** Con fecha 26 de marzo de 2018, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación de Bausch & Lomb, S.A., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital por la que se adjudica el contrato.

El recurso alega incumplimientos de varias de las condiciones técnicas requeridas por los productos ofertados por la empresa adjudicataria, solicita la nulidad de la Resolución por la que se adjudica el contrato y la retroacción de las actuaciones a la fase de admisión de ofertas, inadmitiendo a la empresa Alcon Cusí.

El órgano de contratación remitió al Tribunal el 10 de abril de 2018, copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). En el informe se reafirma en el cumplimiento de las condiciones técnicas de la oferta realizada por la adjudicataria por lo que se opone a lo solicitado por la recurrente.

**Cuarto.-** Con fecha 4 de abril de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación.

**Quinto.-** Por la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiéndose formulado por la empresa Alcon Cusí, S.A de cuyo contenido se dará cuenta al analizar el fondo del asunto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 recurso.

**Segundo.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Bausch & Lomb, S.A., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, que ha resultado clasificada en segundo lugar.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que este se ha interpuesto contra el acto de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución de adjudicación se adoptó el 8 de marzo de 2018, practicada la notificación el 9 del mismo mes e interpuesto el recurso el 26 de marzo de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Quinto.-** Se alega por la recurrente que la oferta de Alcon Cusí, incumple el PPT por lo que no debió ser admitida a la licitación.

Concretamente, alega los siguientes incumplimientos:

1.- *“La casa comercial Alcon Cusí y los productos ofertados no presentan tapón en su Cassette Venturi. Ni en la composición de packs para cirugía posterior (números de orden 1 y 2) ni en la composición de los packs para cirugía combinada (números de orden 3 y 4). Es decir, no cumplen con la composición mínima solicitada en los pliegos del concurso. Se adjuntan imágenes de la composición de ambos packs”.*

2.- *“El equipo Constellation ofertado en cesión de uso por Alcon Cusí no ofrece los filtros de iluminación solicitados como opción a la iluminación Xenon. De los facovitreatomos presentes en el mercado actualmente, y centrándonos en los equipos de alta gama, todos ellos, excepto el equipo Constellation de Alcon Cusí, aportan la posibilidad de modificar la iluminación más allá de la intensidad; es decir, la presencia de filtros ‘E’ de iluminación opcionales o de ajustes de gradientes de color que el cirujano pueda seleccionar el con el fin de mejorar visualización, o aumentar protección a la retina) lo que es una característica presente de forma común, y también necesaria, de los facovitreatomos de alta gama. Se adjunta documento relacionando las características de cuatro facovitreatomos (Documento 5).”*

Finalmente afirma que la *“corrección de Errores publicada el 13 de diciembre por la que se cambian las características técnicas de ‘Pedal inalámbrico con al menos dos funciones lineales simultáneas’ a ‘Pedal multifunción’ y que en principio, al establecer un concepto más amplio, podría entenderse como una forma de abrir el procedimiento a un mayor número de licitadores, a la vez se convierte en una rebaja de los criterios de calidad sobre elementos tecnológicos que incorporan comúnmente los facovitrectomos de alta gama. Se adjunta documento relacionando las características de cuatro facovitrectomos (Documento 6). El pedal inalámbrico ofrece una mayor comodidad en quirófano. Un lugar en el que ya conviven múltiples aparatos, algunos conectados con su pedal y todos conectados con la red eléctrica. Se eliminan obstáculos para desplazar dichos aparatos y se evitan tropiezos en una habitación en la que se trabaja sin iluminación en la mayor parte de la cirugía de polo posterior. La tecnología Bluetooth es plenamente segura y lleva utilizándose más de 10 años en el ámbito quirúrgico.*

*El pedal dual lineal permite controlar dos parámetros de forma lineal e independiente, lo que aporta un control total al cirujano en los distintos procedimientos quirúrgicos. Nuevamente el equipo Constellation ofertado por Alcon Cusí tampoco cumplía con estas características, puesto que aporta un pedal con cable y que no puede trabajar de forma dual lineal. Características como señalamos comunes en el mercado, y que serían las esperables en el proceso de selección de un facovitrectomo para un hospital con el volumen de trabajo y la calidad asistencial requerida en los procedimientos quirúrgicos, como es el Hospital Universitario 12 de Octubre”.*

Frente a los incumplimientos enumerados, el órgano de contratación explica respecto al incumplimiento alegado de la prescripción técnica exigida a los packs de vitrectomía para el Cassette Venturi con tapón, que *“según consta en el informe de la Jefe de Servicio de Oftalmología, las muestras entregadas por la empresa Alcon Cusí para la licitación del procedimiento objeto del recurso contenía todos los elementos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, incluido el tapón”.*

En cuanto a las características solicitadas para el equipo de vitrectomía posterior de tecnología avanzada: *“el equipo presentado por la empresa Alcon Cusí cuenta con Iluminación mediante tecnología Xenon integrada, según se especifica en el Pliego de Prescripciones Técnicas, pero no ofrece los filtros de iluminación solicitados en el mismo como opción a la iluminación.”* Al requerirse esa característica de forma específica en el pliego como opcional no se puede excluir la oferta de esta empresa por incumplimiento del mismo.

Finalmente, en relación al pedal, se afirma que *“es cierto que en un principio se solicitó inalámbrico, pero en virtud de la Resolución de la Dirección Gerencia de fecha 2 de agosto de 2017, publicada el 13 de diciembre de 2017, se subsanaron errores materiales y de hecho observados en el pliego de prescripciones técnicas en las que se incluían, entre otros, el cambio a pedal multifunción, con el fin de ampliar la concurrencia de licitadores. El poseer un pedal inalámbrico únicamente aporta funcionalidad al equipo, pero según informa la Jefe de Servicio de Oftalmología no es una características esencial en un equipo de vitrectomía, y el carecer de dicha función no supone que sea un equipo de baja calidad, ya que posee otras prestaciones que demuestran que es un equipo de alta gama”*.

En sus alegaciones Alcon Cusí, afirma respecto a la primera cuestión, que *dentro de los componentes de packs de vitrectomía ofertados por mi representada para todos los números de orden que componen el objeto del contrato, consta el “Cassette Venturi con tapón /bolsa drenaje”*.

En cuanto a los filtros argumenta que *“si bien el PPT exige dentro de las características del equipo de vitrectomía una iluminación mediante tecnología Xenon integrada en dicho equipo y a la que la oferta de Alcon Cusí se ajusta perfectamente, no obstante dicho Pliego establece la funcionalidad de ‘filtros de iluminación’ como una característica facultativa, dado que la redacción literal del Pliego indica claramente que se trata de ‘filtros de iluminación opcionales’”. No cabe duda que la literalidad de las cláusulas del PPT reguladoras de las características del equipo de vitrectomía son explícitas sin que requieran más interpretación que la literalidad de*

*sus propios términos, por lo que la referencia expresa a las funcionalidades ‘opcionales’, impide la interpretación pretendida por Bausch & Lomb. Como indica el propio Tribunal al que ahora nos dirigimos en su Resolución 2013/2016, de 13 de octubre, cuando los términos de los pliegos son claros -como ocurre en el caso que ahora nos ocupa- ‘cualquier otra explicación que excede de la literalidad del PPT debe rechazarse’”.*

Finalmente, respecto del pedal inalámbrico, afirma en síntesis que se trata de una incomprensible alegación puesto que el requisito fue suprimido por el órgano de contratación y sustituido por “*pedal multifunción*” por lo que su oferta cumple perfectamente el Pliego.

En consecuencia solicita la desestimación del recurso.

Como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones, las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación y que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del PPT está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal 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.

Respecto del tapón exigido al Cassette Venturi, el Tribunal comprueba que la oferta de Alcon Cusí describe expresamente para los cuatro números de orden: *“Cassette Venturi con tapón /bolsa de drenaje”*.

El órgano de contratación ha comprobado en las muestras entregadas que se incluye el tapón y además el informe del servicio de oftalmología explica que se trata



de packs de fabricación personalizada que pueden incluir los elementos que se soliciten y por ello el pack ofertado incluye el tapón.

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado por este motivo.

En cuanto a la iluminación, se constata que la oferta de la adjudicataria incluye la ficha técnica del equipo *Constellation Vision System* en la que consta que el sistema tiene fuente de luz integrada Xenon por lo que esta característica se considera cumplida.

Respecto de los filtros, es cierto que el PPT dice “*filtros de iluminación opcionales*”. La utilización de la expresión “*opcionales*” en la descripción de una las características del aparato, introduce un elemento de indefinición a la hora de interpretar la exigencia, puesto que la opción puede ser que el equipo tenga o no los filtros o podría ser que deba incluir en todo caso los filtros pero la opción se encuentre en la utilización de los mismos.

Conviene recordar que el órgano de contratación a la hora de definir la exigencias técnicas de los productos a incluir en el PPT, debe ser extremadamente riguroso y evitar las descripciones contenidas en las fichas o en los catálogos comerciales de los fabricantes o distribuidores, cuyos términos se refieren, en general a las distintas cualidades que puede presentar el producto que se ofrece, algunas de ellas opcionales, y que no tiene por qué coincidir exactamente con las que requiere el órgano de contratación.

En este caso, los filtros opcionales pudieran ser una característica ofrecida por el fabricante a demanda del cliente y es el cliente, en este caso el Hospital, el que debe decir en los Pliegos si la exige o no y no dejar abierta esa opción, como ha sucedido, provocando una indefinición del requisito que podría haber motivado, en su caso, la anulación del Pliego.

Por todo ello, teniendo en cuenta que no resulta inequívoco que la ausencia de los filtros pueda constituir un incumplimiento del PPT, como se ha indicado, y que el informe del Servicio de Oftalmología también señala que constituyen un equipamiento adicional opcional, debemos considerar que se trata de un elemento no obligatorio y en consecuencia el motivo de recurso debe ser también desestimado.

Respecto a las características del pedal hay que tener en cuenta que fueron modificadas mediante la oportuna Resolución modificativa del PPT que fue debidamente publicada, y que el Pliego no ha sido impugnado, por lo que en estos momentos no cabe alegar sobre la idoneidad de las prescripciones establecidas en el mismo.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 interpuesto por don N.G.H. y don J.G.R., en nombre y representación de Bausch & Lomb, S.A., contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de 8 de marzo de 2018, por la que se adjudica el contrato de Suministro de Packs de Vitrectomía para el Hospital Universitario “12 de Octubre”.

**Segundo.-** Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal en su reunión de 4 de abril de 2018.

**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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**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 49 del TRLCSP.