

Recurso nº 428/2018
Resolución nº 12/2019

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

En Madrid, a 16 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don I.L.B., en nombre y representación de JARMED S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de fecha 23 de noviembre de 2018 por la que se adjudica el contrato de “Suministro e instalación de un microscopio quirúrgico y un láser de CO2 para el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, expediente nº A/SUM-018942/2018, Lote nº 2, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de octubre de 2018 se envió el anuncio de la convocatoria de la mencionada licitación al DOUE y se pusieron los Pliegos a disposición de los interesados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con valor estimado del contrato que asciende a 150.644,63 euros.

Interesa señalar en relación con los motivos del recurso que el objeto del contrato está dividido en dos lotes, pudiendo licitar a uno, varios y a todos los lotes y

sin admisión de ofertas integradoras.

El PPT establece para el lote 2 “Láser de CO2 Servicio Otorrinolaringología” entre otros los siguientes requisitos

“2. Sistema de scanner

- *Patrones de escaneo de tamaños seleccionables por el usuario, al menos 0,3mm a 16mm, según las aplicaciones y accesorios”*

3. Micromanipulador

- *Tamaño de spot entre al menos 0,16mm y 4,6 mm según la distancia de trabajo”.*

Además el PPT establece para ambos lotes, en el apartado OTROS que “Los licitadores se comprometerán al suministro de un equipo en demostración igual al licitado, al objeto de comprobar el cumplimiento de las características mínimas exigidas, por un período mínimo de tres días y antes de la apertura de la mesa económica”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 4 licitadoras entre ellas la recurrente. Con fecha 6 de noviembre de 2018 la Mesa de contratación se reunió para la apertura de las proposiciones económicas y previamente procede a la lectura del informe de fecha 2 de noviembre, de evaluación de la documentación técnica presentada por las empresas licitadoras al LOTE nº 2, en el que se concluye en relación con la Jarmed S.A. que *“La oferta presenta el modelo SmartXide 2 60 W de la marca DEKA no cumple las exigencias del Pliego ya que en las Características técnicas mínimas en el apartado 2 correspondiente al sistema de escáner se solicita unos patrones de escaneo seleccionables por el usuario de al menos 0,3 a 16 mm. El sistema de scanner ofertado modelo Hi_Scan tiene un área máxima de escaneado de 6,3 mm por 6,3 mm inferior a la solicita según el Product Data presentado. En el apartado 3 correspondiente a micromanipulador se solicita un tamaño de spot entre al menos 0,16 y 4,6 mm. El modelo ofertado Hybrid EasySpot tiene un tamaño de hasta 4,5 mm inferior al solicitado. Por lo expuesto **esta oferta debe ser excluida**”.*

Mediante Resolución del Director Gerente de Hospital Universitario Gregorio Marañón de 23 de noviembre de 2018, se adjudica el lote 2, objeto de este recurso, a IZASA S.A.U. haciendo constar los licitadores excluidos y el motivo de su exclusión. La Resolución ha sido publicada en el perfil de contratante el 27 de noviembre de 2018, sin que conste en el expediente remitido la correspondiente notificación dándose por notificado el recurrente con dicha publicación.

Tercero.- El 18 de diciembre de 2018, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Jarmed S.A. en el que alega que la oferta presentada cumple con los requisitos exigidos, según el compromiso firmado presentado por JARMED S.A. en la Proposición Técnica del concurso y que ratifica en este recurso. Afirma que a tal fin ofreció al HUGM en reiteradas ocasiones la entrega de un equipo de demostración para su comprobación, conforme lo establecido en el PPT. Solicita por ello la anulación de la resolución de adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas económicas y conforme al pliego de prescripciones técnicas se permita realizar la demostración que acredite el cumplimiento de los requisitos mínimos exigibles. Solicita además la suspensión del procedimiento.

El 19 de diciembre de 2018, la Secretaria del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del recurso junto con copia del 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), lo que cumplimentó el 27 de diciembre de 2018, solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- Con fecha 5 de septiembre de 2018, el Tribunal acordó *“No adoptar resoluciones de mantenimiento de suspensión en los recursos especiales en materia de contratación interpuestos contra actos de adjudicación, salvo en los supuestos en que expresamente se solicite el levantamiento de la suspensión automática por el*

órgano de contratación, entendiéndose, en otro caso, vigente la suspensión hasta la resolución del recurso que acuerde su levantamiento.”

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Transcurrido el plazo no se ha recibido ningún escrito.

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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora excluida *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP)

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, no consta la notificación previa de la exclusión ni de la adjudicación de la licitación, si bien la recurrente se da por notificada el día el 27 de noviembre de 2018, tras la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público de la adjudicación por lo que el recurso interpuesto el 18 de diciembre, se encuentra dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo importe 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.- En cuanto al fondo de recurso sostiene la recurrente que *“Las características mínimas exigidas por el Pliego de Prescripciones Técnicas son extraordinarias en la aplicación práctica del producto en el campo de la Otorrinolaringología y son sólo alcanzables por medio de actualizaciones y accesorios que no vienen detallados en los documentos técnicos de los fabricantes.”*

Afirma que *“El Product Data presentado en la oferta de JARMED S.A. corresponde a un modelo estándar y describe las características básicas del equipo sin tener en cuenta las posibles actualizaciones y ampliaciones del producto.*

Así, y aunque no quede reflejado en el Producto Data, el modelo láser de CO2 SmartXide2 60W ofertado puede alcanzar un sistema de escaneo de 0,3 a 16 mm y un tamaño de spot de entre al menos 0,16 y 4,60 mm, tal como exige el Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Por tal motivo explica que en reiteradas ocasiones ofreció la entrega de un equipo de demostración para su comprobación, conforme lo establecido en el PPT, sin que el Hospital concretara fecha para ello.

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.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen

en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

La presentación de una oferta, según el artículo 139 de la LCSP supone la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos. El incumplimiento de las condiciones técnicas de participación supone la presentación de una oferta distinta a lo requerido por el órgano de contratación para satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. La sanción que se aplica al licitador que presente una oferta no ajustada a las prescripciones técnicas, es la exclusión de su oferta.

Procede, por tanto, analizar cada una de las especificaciones y el incumplimiento alegado por el recurrente así como lo manifestado por el órgano en su informe.

Afirma JARMED S.A. que aunque no quede reflejado en el Producto Data, el modelo láser de CO2 SmartXide2 60W ofertado, puede alcanzar un sistema de escaneo de 0,3 a 16 mm y un tamaño de spot de entre al menos 0,16 y 4,60 mm, tal como exige el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Opone el órgano de contratación que el carácter extraordinario de las características técnicas es una apreciación que la recurrente debió haber puesto de manifiesto solicitando aclaración al respecto o recurriendo los Pliegos en tiempo y forma. Ratifica la decisión adoptada por ser eminentemente técnica y haber sido constatada. Advierte que la propia licitadora excluida en su recurso reconoce que las características técnicas del Product Data no se ajustan a las mínimas exigidas en el PPT, producto ofertado aunque afirma “*puede*” alcanzarlas, sin aportar ninguna otra evidencia. Siendo evidente el incumplimiento, los servicios técnicos no consideraron procedente someter el equipo a demostración.

Comprueba el Tribunal que el sistema de escáner ofertado por JARMED es el Sistema de Escáner Hi-Scan Surgical p/Smartxide 2 y según consta en la ficha

técnica al describir las *Dimensiones de Escaneado* “Permite seleccionar la dimensión desde el 20% al 100% en pasos de 20%, siendo la dimensión de la línea aproximadamente de 6,3mm para la distancia focal de 400mm”. Igualmente en el folleto del equipo señala “Área máxima de escaneado 6.3 mm x 6.3 mm @ 400 mm EFL”. Por tanto el área de escaneado excede de la mínima exigida en el PPT: “al menos 0,3mm a 16mm, según las aplicaciones y accesorios”.

Comprueba además que en la proposición técnica de la oferta de Jarmed S.A. solo consta “Otros accesorios: Adaptador de microscopio Al menos 3 unidades de gafas protectoras”, sin que ninguno de ellos se refiera a accesorios del sistema de escáner.

En cuanto al micromanipulador EasySpot Hybrid, comprueba el Tribunal que la ficha técnica refleja las siguientes dimensiones para el Diámetro del spot:

“140u a 200mm; 170u a 250mm; 190u a 300mm; 220u a 350mm y 250u a 400mm”. Si bien el folleto se indica “Tamaño de punto Min 140 mm - Max 4.5 mm”.

En ambos casos (400 mm o 450mm) es inferior al máximo solicitado en el PPT: “al menos 0,16mm y 4,6 mm según la distancia de trabajo”.

Siendo JARMED S.A. conocedor de los requisitos exigidos en el PPT como declara en su proposición y consciente de que la documentación aportada no acreditaba plenamente su cumplimiento así como que en la cláusula 1.6 el PCAP exige aportar en el sobre 1.B de Documentación Técnica toda la necesaria para verificar el cumplimiento de las características recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, debió acompañar a su oferta cualquier otra evidencia que a su juicio permitiera constatar al Hospital dicho cumplimiento máxime sabiendo que la sanción por no acreditarlo es la exclusión de la licitación y existiendo un requerimiento previo de subsanación de la documentación administrativa conforme a lo acordado por la mesa de contratación celebrada el 29 de octubre de 2018 por el que se requería expresamente subsanación, entre otras, de la documentación técnica “Product data del equipo y sus componentes”. (págs. 131-132 de la

documentación administrativa que acompaña al expediente).

Tratándose de un criterio técnico, el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“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 los criterios evaluables en función de juicios de valor 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. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”*.

En consecuencia, no acreditadas todas las características exigidas en el PPT para el producto ofertado por JARMED S.A. y sus componentes se debe desestimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo

establecido en el 46 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 formulado por don I.L.B., en nombre y representación de JARMED S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de fecha 23 de noviembre de 2018 por la que se adjudica el contrato de “Suministro e instalación de un microscopio quirúrgico y un láser de CO2 para el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, expediente nº A/SUM-018942/2018, Lote nº 2.

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del expediente.

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.