

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.M.C., en representación de la empresa Prim, S.A., contra la Resolución de la Gerente Adjunta de Gestión y Servicios Generales de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se acuerda la adjudicación del Lote 8 del contrato de suministro “Adquisición de aparataje de fisioterapia con destino a los centros sanitarios de atención primaria del Servicio Madrileño de Salud” número de expediente A/SUM-008521/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 22 de abril de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 8 lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 153.498,77 euros.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el anexo 1 al Pliego de Prescripciones Técnica Particulares (PPTP) que establece como características técnicas de la onda corta productiva (suministro único del lote 8) la siguiente entre otras: *“Frecuencia regulable de 26 a 400 HZ”*.

A la licitación del lote 8 se presentaron 3 ofertas, siendo excluida una por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos.

Tercero.- El 29 de julio de 2019, tuvo entrada en el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Prim, S.A, en el que solicita la exclusión de la oferta presentada por el adjudicatario al no cumplir los requisitos mínimos exigidos en el PPTP y en consecuencia la anulación de la adjudicación.

El 6 de agosto de 2019, el órgano de contratación remitió el recurso especial en materia de contratación interpuesto, 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 transpone 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).

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 (RPERMT), 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 resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 14 de agosto de 2019, el adjudicatario presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

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 clasificada en segundo lugar, *“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 9 de julio de 2019, practicada la notificación el 12 de julio de 2019, e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación, el 29 de julio de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la 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.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la admisión del equipo propuesto por la adjudicataria al no cumplir con los requisitos técnicos exigidos.

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 139.1 de la LCSP, 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 de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, 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 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Considera la recurrente que el equipo ofertado tiene una frecuencia de pulso de 50-1500Hz, no coincidente con la requerida en el PPT que es de 26 a 400Hz.

Por su parte la adjudicataria en su escrito de alegaciones manifiesta que la frecuencia ofertada es superior, es decir mejora, la solicitada por el órgano de contratación en los PPT. Por lo tanto sin ánimo de ser mejor puntuada, pues ningún criterio de valoración recae sobre este extremo, debe ser considerada como mejora sin coste a la administración.

El órgano de contratación por su parte manifiesta: *“En las prescripciones técnicas, se requería ‘Frecuencia de trabajo regulable de 26 a 400 Hz’, cuando más exactamente se podría haber definido como ‘Frecuencia repetitiva de impulsos regulables de 26 a 400 Hz’. La empresa Bold en su oferta menciona ‘frecuencia de pulso de 50 a 1500 Hz’, lo cual se supone que ofrece como opción aproximada, mientras que la empresa Prim no menciona nada sobre el particular. En cuanto a la ‘Frecuencia de Trabajo’, si se hubiera definido correctamente, ambas cumplirían, puesto que 27,12 Mhz (+/- 0,6%) es la Frecuencia que define la Onda Corta.*

En consecuencia, dada esta circunstancia y a la vista del conjunto de las características técnicas de los equipos de las dos empresas, se considera que ambos cumplen las prescripciones requeridas y ambos satisfacen las necesidades asistenciales en las Unidades de Fisioterapia de Atención Primaria”.

A la vista de las manifestaciones de los interesados podemos 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 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”.

Más recientemente 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 caso, la justificación y motivación por parte de órgano de contratación se considera clara, suficiente y certera al coincidir con las manifestaciones del adjudicatario, por lo que se puede considerar que carece de arbitrariedad. Por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

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 don A.M.C., en representación de la empresa Prim, S.A., contra la Resolución de la Gerente Adjunta de Gestión y Servicios Generales de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se acuerda la adjudicación del Lote 8 del contrato de suministro “Adquisición de aparataje de fisioterapia con destino a los centros sanitarios de atención primaria del Servicio Madrileño de Salud” número de expediente A/SUM-008521/2019.

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.- 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.