



Recurso nº 836/2013 C.A. Región de Murcia 031/2013

Resolución nº 636/2013

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

En Madrid, a 19 de diciembre de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. L.P.O., en representación de CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., contra la resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 25 de octubre de 2013 por la que se adjudica el contrato de “Adquisición de un microscopio quirúrgico para el quirófano de Neurocirugía del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca”, Expediente nº CS/9999/1100470185/13/PA convocado por el Servicio Murciano de Salud, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Murciano de Salud, convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 31 de julio de 2013 y en el Boletín Oficial del Estado de 12 de agosto de 2013, la licitación por procedimiento abierto, del contrato de adquisición de un microscopio quirúrgico para el quirófano de Neurocirugía del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca.

Segundo. La licitación se desarrolló de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en lo sucesivo TRLCSP) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Al procedimiento de licitación concurrieron dos empresas: CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., y LEICA MICROSISTEMAS, S.L.

Por resolución de 25 de octubre de 2013, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se adjudicó el contrato a la mercantil LEICA MICROSISTEMAS, S.L., por ser su

oferta la económicamente más ventajosa, una vez ponderados los criterios de adjudicación establecidos.

Tercero. Frente a esta resolución, la mercantil CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., interpone el presente recurso especial en materia de contratación por escrito de fecha 15 de noviembre de 2013, solicitando se declare la nulidad del acuerdo de adjudicación, se retrotraigan las actuaciones al momento de elaboración de los informes técnicos y se proceda a la exclusión de la empresa LEICA MICROSISTEMAS, S.L., dictándose con posterioridad nueva resolución a favor de la empresa ahora recurrente, CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 21 de noviembre de 2013.

Cuarto. De conformidad también con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento en fecha 25 de noviembre de 2013 para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, habiendo presentado las mismas LEICA MICROSISTEMAS, S.L., el 29 de noviembre de 2013.

Quinto. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 29 de noviembre de 2013 acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma, que según lo previsto en el artículo 47 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Murcia el 4 de octubre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de noviembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 5 de noviembre de 2012.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, y, por tanto, susceptible de este recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40, apartados 1 y 2, del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, la cuestión objeto de discusión es si el producto ofertado por parte de la empresa adjudicataria cumple o no las prescripciones técnicas mínimas requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El recurrente expone en su escrito de recurso que el microscopio quirúrgico ofertado por LEICA no cumple las prescripciones técnicas de carácter mínimo, alegando, por su parte, esta última en su escrito de fecha 29 de noviembre de 2013 no ser cierto lo invocado por ZEISS y explicando que sí son cumplidas las mismas.

Tomando como partida esta breve referencia a la cuestión objeto de debate, es necesario, en primer lugar, conocer cuáles son estas prescripciones técnicas mínimas, configuradas como requisitos *sine qua non* que ha de tener el microscopio quirúrgico, de modo que, de no cumplirlas, debería haber sido excluida la oferta.

Pues bien, antes que nada, y por lo que a la valoración y a los requisitos mínimos del microscopio quirúrgico se refiere, hay que destacar que resulta paradójica la actuación llevada a cabo por el órgano de contratación, que no excluyó por incumplimiento de condiciones mínimas en esta fase de valoración a ninguna de las dos empresas concurrentes y, por tanto, tampoco a LEICA, la adjudicataria. El motivo de esta afirmación ahora formulada es el siguiente. En el primer informe técnico que aparece en el expediente (documento nº 6), de fecha 14 de octubre de 2013, elaborado por el Jefe de Servicio de Neurocirugía y en el que se contiene la valoración de la oferta técnica, no se mencionan en ningún momento cuáles son esos requisitos mínimos y, por tanto, tampoco

se señala si son observados o no por las ofertas de los licitadores concurrentes. En este informe se expone concretamente:

“He estudiado detenidamente la oferta de las dos firmas que han presentado ofertas para este Concurso, llegando a las siguientes conclusiones.

- 1) Las ofertas presentan características similares en cuanto a especificaciones técnicas y prestaciones de los microscopios, si bien se observan algunas características que difieren y que hemos valorado.*
- 2) Se valora positivamente que el mando del microscopio ZEISS PENTERO tiene solo 4 botones y un joystick, mientras que el LEICA tiene 10 botones. La presencia del joystick permite un uso más cómodo e intuitivo, y supone una ventaja para el empleo de la navegación durante la cirugía.*
- 3) El microscopio ZEISS dispone de divisor óptico mediante posicionamiento de un espejo, característica que no presenta el microscopio LEICA.*
- 4) El microscopio ZEISS dispone de ajuste de distancia interpupilar y de corrección de las dioptrías del cirujano, característica que no se especifica en el microscopio LEICA.*
- 5) El plazo de entrega del microscopio ZEISS (3 días) es sensiblemente inferior al del microscopio LEICA (25 días).*
- 6) Respecto al mantenimiento, la casa ZEISS especifica un tiempo de respuesta ante la eventualidad de reparaciones de 24 horas. La firma LEICA solo informa que dispone de un servicio de mantenimiento.*
- 7) Igualmente, la firma ZEISS especifica las tarifas que corresponderían a un eventual mantenimiento o reparación, circunstancia que la que no informa la firma LEICA para su microscopio.*

Dicho todo lo anterior la puntuación que se otorga es:

ZEISS 40 puntos (equipo 25 y mantenimiento 15)

LEYCA15 puntos (equipo 15, mantenimiento 0).

En Murcia a 14 de octubre de 2013”

Por su parte, al informe del órgano de contratación elaborado para este Tribunal, de fecha 21 de noviembre de 2013, le acompaña otro, de fecha 20 de noviembre de 2013, elaborado por la misma persona antes mencionada, el Jefe de Servicio de Neurología, en el que sorprendentemente se expone:

“Ambos microscopios reúnen la mayoría de las características técnicas básicas, pero no todas y además el microscopio LEICA no reúne las características especiales que se solicitaban, algunas de ellas de especial relevancia, sobre todo teniendo en cuenta que la adquisición de un aparato de este tipo se hace con vistas a un funcionamiento óptimo y a una utilización diaria y prolongada en el tiempo. El microscopio quirúrgico se emplea a diario y, además, sus prestaciones deben ser de alta calidad técnica.

Características mínimas que **no** cumple el microscopio LEICA:

1. *Proyección integral binocular de los datos*
2. *Autoajuste de la funda*
3. *Integración dentro el estativo del microscopio de los módulos de fluorescencia y de angiografía, sin tener necesidad de módulos externos ni cableado.*

Características especiales que **no** ofrece el microscopio LEICA:

(...)”

Es evidente que existe contradicción entre ambos informes, elaborados por la misma persona en un intervalo de poco más de un mes, señalando este segundo que por parte del microscopio de la empresa adjudicataria LEICA MICROSISTEMAS, S.L., no se cumplen los requisitos mínimos, circunstancia esta que no fue ni objeto de análisis en el primer informe de valoración evacuado, ni mencionándose tan siquiera las mismas.

Además, considera este Tribunal preciso señalar que se considera insuficientemente motivado el mencionado primer informe, de fecha 14 de octubre de 2013, en el que, de

forma vaga y con nula precisión técnica, se valoran algunas de las características de los aparatos ofertados, procediéndose, a continuación, a puntuar de forma conjunta los mismos, sin especificación alguna de la puntuación adjudicada a cada uno de los elementos valorados.

Puesta de manifiesto la confusión reinante en el órgano de contratación sobre la exigencia o no de unos requisitos mínimos que necesariamente deben contener estos microscopios quirúrgicos, es necesario analizar los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas, para conocer cual es su realidad, y si por tanto los microscopios tienen que reunir o no unas características técnicas de forma imprescindible, y si procede en su caso realizar una nueva valoración de las ofertas.

Sexto. Como continuación a lo expuesto, pasamos a analizar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cuya cláusula número 13, titulada “CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y SU PONDERACIÓN. EVALUACIÓN AUTOMÁTICA O POR JUICIOS DE VALOR”, al referirse a la oferta técnica, le atribuye 45 puntos y dispone que:

“A la hora de la valoración técnica de las ofertas, se tendrá en cuenta:

- *Adecuación del equipo y elementos ofertados a las características especiales descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.*
- *Plan de mantenimiento del equipo ofertado”.*

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas, señala que “Las características del microscopio son las relacionadas en el anexo I adjunto a ese pliego”, disponiéndose en el Anexo I:

“CARACTERÍSTICAS GENERALES

1º) Microscopio con proyección integral binocular de los datos, con estativo de suelo, pantalla táctil integrada, sistema de iluminación de xenón (2 lámparas de 300W), sistema de autoequilibrio y de autoajuste de la funda. Asimismo, debe tener un tubo binocular capaz de moverse 180º con oculares gran angular insertables de 10x, con adaptador para operar también cara a cara. Debe tener sus correspondientes cables para la conexión del video y medios de CD-R y USB para archivo de datos. Igualmente, debe

tener sus fundas estériles y lentes reemplazables. Como equipamiento debe llevar además los siguientes módulos:

- a) Módulo integrado de fluorescencia tipo AZUL 400 para la delimitación de los márgenes de los tumores cerebrales infiltrantes.*
- b) Módulo de fluorescencia integrado de infrarrojos 800PAL (tipo Infrared 800) para visualización intraoperatoria de vasos, especialmente útil en cirugía vascular cerebral y medular (aneurismas y malformaciones arteriovenosas de cerebro y médula espinal).*

Características especiales que se valorarán:

(Un total de 19)”.

Expuesto el contenido de los pliegos que rigen este procedimiento, y que son ley del contrato, cabría concluir que fue voluntad del órgano de contratación, de un lado, el establecimiento de unas condiciones o requisitos mínimos que deberían ser cumplidos por el microscopio quirúrgico que se quería adquirir, de carácter imprescindible y sin los cuales el aparato no resultaría útil para la necesidad que se pretendía cubrir, en concreto, las señaladas en el punto 1º) del Anexo I al Pliego de Prescripciones Técnicas, incluidos sus apartados a) y b); y de otro, la determinación de unas características especiales, relacionadas también en el Anexo I citado, cuya adecuación –según se dispone en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cláusula 13 referida a los criterios de adjudicación- será tomada en cuenta para efectuar la valoración técnica, junto con el plan de mantenimiento del equipo.

En cualquier caso, es lógico el establecimiento de unos requisitos que ha de cumplir el producto y que son los que determinan cuál es el que se desea adquirir, en los que se precisan objetos que reúnan unas determinadas características, y sólo son válidos los que las tengan, sin perjuicio de que además se puedan valorar una serie de elementos o condiciones accesorias que los mismos presenten.

En este supuesto en concreto, tanto los elementos mínimos que necesariamente habrán de concurrir en el aparato microscopio que finalmente se adquiera, como los elementos

susceptibles de valoración, se incluyen, todos ellos, en el Anexo I al Pliego de Prescripciones Técnicas denominado “Características generales”.

Séptimo. Como expusimos anteriormente, en el informe de valoración de la oferta técnica no se efectuaba ninguna mención al cumplimiento por los productos ofertados de los requisitos técnicos mínimos, así como tampoco una valoración de las características especiales del microscopio quirúrgico de cada una de las licitadoras en los términos establecidos en el pliego, por lo que consideramos que procedería retrotraer las actuaciones a este momento del procedimiento de licitación, a fin de que por parte de la mesa de contratación se realizara una nueva valoración de las ofertas, pues en el propio informe técnico de fecha 20 de noviembre de 2013, que acompaña al informe del órgano de contratación elaborado con motivo del recurso especial, se pone de manifiesto esa necesidad, en cuanto que el mismo discrepa, recogiendo una valoración diferente, del emitido inicialmente por el mismo técnico, el 14 de octubre de 2013, con motivo de la valoración inicial de las ofertas.

Sin embargo, dicha retroacción para efectuar una nueva valoración subjetiva de las ofertas una vez conocida, como es el caso, la oferta económica, sería contraria a derecho, y determinaría, como así hemos manifestado en diversas resoluciones (por ejemplo, las Resoluciones 166/2013 de 8 de mayo, 123/2013 de 27 de marzo o 232/2013 de 20 de junio) la nulidad del procedimiento de licitación.

En este sentido, son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 150.2 del TRLCSP disponga que, *“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”*, y que, en su ejecución, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, disponga, de un lado, en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro, el artículo 26 imponga que *“La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”*. Como este Tribunal ha

declarado (Resolución 132/2011 de 4 de mayo), lo que este último precepto se propone es evitar que el conocimiento del resultado de valorar los criterios dependientes de la aplicación de fórmulas pueda influir en la valoración de los restantes criterios.

De esta forma, hemos de traer a colación Resoluciones de este Tribunal como la 47/2012 de 3 de febrero y la 266/2012 de 28 de noviembre, *“El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como el ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia del TJCE de 25 de abril de 1995, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros)”*.

A esta exigencia responde que los artículos 145 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

Por todo ello, no cabe otra alternativa que anular el procedimiento de licitación, toda vez que cualquier medida ordenando la retroacción de actuaciones a la fase de valoración de las proposiciones técnicas no evitaría la infracción del requisito fundamental –que constituye una manifestación del principio esencial de igualdad de trato- que exige no conocer el contenido de las proposiciones respecto de los criterios evaluables mediante fórmulas hasta no haberse producido la valoración de los criterios que dependan de una valoración subjetiva. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal con anterioridad en sus Resoluciones 132/2011 o 180/2013.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. L.P.O., en representación de CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., contra la resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 25 de octubre de 2013 por la que se adjudica el contrato de "Adquisición de un microscopio quirúrgico para el quirófano de Neurocirugía del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca", declarando la nulidad del procedimiento de adjudicación tramitado y, por consecuencia, la nulidad del acto de adjudicación que le puso término.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.