



Recurso nº 600/2014 C.A. Principado de Asturias 049/2014

Resolución nº 672/2014

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

En Madrid, a 17 de septiembre de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. L.P.O. actuando en nombre y representación de la empresa CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., contra el Acta de la Mesa de Contratación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de 7 de julio de 2014, por el que se acuerda la exclusión de la citada empresa respecto de los lotes 4,8 y 10 para la contratación por procedimiento abierto de un acuerdo marco con un único empresario para el suministro de lentes intraoculares y viscolásticos (Expediente SC/96-13), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 2 de diciembre de 2013 el Servicio de Salud del Principado de Asturias inicia el expediente de contratación del suministro de Lentes intraoculares y viscolásticos.

Segundo. El 10 de enero de 2014 es aprobado el expediente de contratación y se ordena la apertura de la licitación, mediante procedimiento abierto.

Tercero. El anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 16 de enero de 2014, en el Boletín Oficial del Estado el 27 de enero de 2014 y también en el perfil del contratante del órgano de contratación el 17 de Enero.

Cuarto. Concurrieron a la licitación varias empresas entre las que se encontraba la ahora recurrente CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., quien presentó en tiempo y forma su oferta.

Quinto. El día 3 de marzo de 2.014 se reunió la Mesa de contratación a que hacía referencia el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el examen de la documentación administrativa de las empresas concurrentes. La documentación de la recurrente fue admitida.

Sexto. El día 11 de marzo de 2.014 se reúne la Mesa de contratación en su segunda sesión para proceder a la apertura del sobre nº 2, referente a la documentación técnica y a las ofertas económicas. La documentación técnica contenida en el sobre nº 2 se remitió a una Comisión Técnica especializada para que por ésta se procediese a su valoración.

Séptimo. La tercera sesión de la Mesa de contratación tuvo lugar el 7 de julio de 2.014 y en ella se procede al análisis del informe de valoración emitido por la Comisión Técnica y formular la propuesta de adjudicación correspondiente. En este momento, por lo que hace al presente recurso, se recogen los criterios expuestos en el informe de la comisión técnica de 18 de mayo del 2014, en el que en relación al lote 4 se excluye la oferta de la recurrente *“por tratarse de una lente de característica hidrófoba e hidrófila, cuando se pide hidrófoba”*, en el lote 8 *“se excluye CARL ZEISS MEDITEC IBERIA por presentar superficie hidrofóbica cuando se solicita lente de característica hidrófila o hidrofílica”* y en el lote 10 se excluye de nuevo la lente ofertada por la recurrente *“por ser hidrófoba e hidrófila”*.

Octavo. El día 22 de julio de 2014 se presentó en los Servicios Centrales del Servicio de Salud del Principado de Asturias el anuncio previo de interposición de recurso especial en materia de contratación. El 23 de julio de 2014 el recurso fue presentado ante este Tribunal.

Noveno. En el mismo recurso se solicita la adopción de medidas cautelares. Dicha solicitud fue resuelta por el Tribunal el 7 de agosto de 2.014, manteniendo la suspensión del procedimiento de contratación respecto de los lotes 4,8 y 10 del mismo.

Décimo. En fecha 5 de agosto de 2014 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso en virtud del artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y al amparo del Convenio de colaboración suscrito entre el Principado de Asturias, a través de la Consejería de Hacienda y Sector Público y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el 3 de octubre de 2013, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 28 de octubre.

Segundo. El acto que es objeto de recurso es la exclusión del licitador, acto que formalmente se ha producido en el seno de un acto de trámite del procedimiento pero que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sin duda es susceptible de ser impugnado por esta vía.

Tercero. En cuanto a los requisitos de forma y de tiempo, hay constancia de que los recurrentes presentaron su escrito de recurso dentro del plazo legalmente establecido para ello y previo anuncio del mismo al órgano de contratación.

Cuarto. La recurrente está legitimada al acreditar un interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por tratarse de un licitador excluido.

Quinto. La recurrente funda sus argumentos básicamente en el cumplimiento de los productos que oferta de las prescripciones técnicas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el contrato.

Así, por lo que hace a los lotes 4, 8 y 10 afirma que las lentes ofertadas cumplen todas las especificaciones requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, cosa que, según expone, el propio órgano de contratación admite, debiendo subrayarse que las lentes ofertadas aportan, más allá de lo mínimo requerido, unas características adicionales que aportan mayor valor al producto.

Añade que si el propósito del órgano de contratación era excluir las lentes de tipo hidrófilo o hidrófobo, y que su oferta suponía la exclusión por incluir aspectos adicionales a los requeridos como mínimos en el pliego, se tendría que haber reflejado expresamente esta circunstancia como causa de exclusión. Al no hacerlo y partiendo del principio de que el pliego es "Ley entre partes" no se puede excluir de la licitación a una empresa que cumple con los requisitos exigidos en la convocatoria. Invoca en apoyo de sus tesis sucesivas resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de Madrid y de este mismo Tribunal. Aporta, igualmente, fichas de los productos de donde se deduce el cumplimiento de las características exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

En segundo lugar, la recurrente subraya que el análisis sobre la admisibilidad de las ofertas presentadas a los lotes 4,8 y 10 del expediente de referencia se solicita a los solos efectos de poner de manifiesto el cumplimiento de las prescripciones técnicas mínimas exigidas para el mismo y no una revisión de los criterios subjetivos de valoración, ni por tanto una intromisión en la parcela asociada a la discrecionalidad técnica de la Administración, e invoca con este fin la resolución 437/2014 de este Tribunal.

Finalmente señala el recurso que si la Mesa de Contratación hubiera tenido alguna duda acerca del cumplimiento de las prescripciones técnicas del producto ofertado debería haber procedido a solicitar del licitador una aclaración o documentación complementaria a su oferta, antes de resolver su exclusión. Esta era una facultad recogida en el pliego (Cláusula 6.3. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) y establecida legalmente en el artículo 22 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Contratos del Sector Público. En este sentido se invoca la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del Consejo de Estado, e incluso del Tribunal Supremo, sobre que no puede limitarse el acceso de los empresarios a la adjudicación con la excusa de una interpretación literal que podría llevar a un resultado contrario a los principios fundamentales que informan la regulación de los contratos públicos.

Todo ello desembocaría, según la recurrente, en la vulneración de los principios más elementales de contratación pública y especialmente los de igualdad de trato, seguridad jurídica, y no discriminación que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración, al haber excluido su oferta, basándose en aspectos no recogidos en los pliegos y en una interpretación arbitraria de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos técnicos recogidos en la convocatoria y supondría la aplicación de la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho si son dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Finaliza el recurrente solicitando que se declare la nulidad del acto de trámite por el que se decreta su exclusión de los lotes 4, 8 y 10 y que se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental oportuno y se proceda a valorar oferta a los efectos de adjudicar los Lotes 4,8 y 10 a la oferta económicamente más ventajosa.

Sexto. El órgano de contratación se opone al recurso y sostiene que las lentes mixtas como las que presenta la empresa recurrente para los lotes 4, 8 y 10 tienen características y comportamientos distintos a los que se exigen para estos lotes en el Pliego de Prescripciones Técnicas. A la vista del expediente quedaría justificado que en el lote 4 las lentes deben de ser lentes hidrófobas y la empresa la presenta mixtas y en los lotes 8 y 10 las lentes deben de ser lentes hidrófilas y la empresa las presenta mixtas.

Expone el informe del órgano de contratación que *“las características adicionales que presenta la empresa recurrente en los citados lotes dan lugar a diferencias de comportamiento de las referidas prótesis intraoculares, impidiendo que estos comportamientos sean homogéneos y uniformes como requiere el profesional que va hacer el implante y como ha detallado el Pliego de Prescripciones Técnicas. Los comportamientos de las lentes son diferentes según la composición que tengan. No es lo mismo una lente de característica hidrófoba, que hidrófila, que mixta. Las características adicionales marcan diferencias de comportamiento de la prótesis. La utilización de lentes*

mixtas, de no ser así exigidas, podría suponer un riesgo dentro del correspondiente procedimiento quirúrgico para el que se requieran."

Séptimo. Para resolver adecuadamente las cuestiones planteadas debemos analizar cada una de las alegaciones sobre las que ha planteado la controversia el recurrente.

La primera de ellas consiste en determinar si efectivamente la recurrente cumplía o no las condiciones del Pliego de Prescripciones Técnicas en los productos que ofertaba. Una respuesta afirmativa determinaría la anulación de la resolución recurrida mientras que, por el contrario, una respuesta negativa debería suponer la desestimación del recurso, toda vez que como hemos dicho, por ejemplo, en nuestra resolución 595/2014, es cierto que los pliegos tienen en la licitación valor de ley, sin que de ello deba extraerse la conclusión de que habrá de estarse sólo a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Por el contrario, de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. Por tanto, el incumplimiento de las prescripciones técnicas del pliego llevará consigo la exclusión del licitador.

Pues bien, con este fin, y teniendo en cuenta las propias alegaciones del recurrente, es menester determinar hasta dónde alcanzan las facultades de este Tribunal en relación con el análisis y la corrección de la valoración del cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos. En este sentido, hemos afirmado en multitud de ocasiones, por ejemplo en la resolución 591/2014, que este Tribunal puede controlar los aspectos jurídicos de los razonamientos del órgano de contratación, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista material, pero que no puede sustituir el criterio técnico del órgano de contratación en ningún caso. Por eso, aunque el recurrente ha cuidado de dejar claro que este Tribunal no es requerido para hacer una valoración de la oferta del recurrente sino del cumplimiento de los requisitos del Pliego de Prescripciones Técnicas, al tratarse de requisitos de un evidente contenido técnico, pues lo que se está tratando es la idoneidad de un tipo determinado de lentes para desarrollar las

funcionalidades descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, este Tribunal no puede sustituir el criterio técnico del órgano de contratación, a menos que el recurrente acredite que es arbitrario o abiertamente incorrecto.

En nuestra resolución 168/2013, en la que se resolvía un supuesto muy similar al que aquí nos atañe, recordábamos la aplicación a estos supuestos de la doctrina que acabamos de mencionar, sostenida por nuestro Tribunal Supremo de modo constante, con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, sean relativas a la puntuación de las ofertas sobre la base de aspectos técnicos o a requisitos técnicos exigidos en el pliego y cuyo incumplimiento acarrearía la exclusión, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios meramente jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda 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 de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Esta doctrina reiterada por este Tribunal es también de aplicación al caso objeto del presente recurso porque cualquier valoración que implique un análisis técnico, sea esta para determinar la puntuación de la oferta del licitador o incluso para decidir acerca del cumplimiento de los requisitos del pliego, debe necesariamente quedar afectada por la misma.

En el presente caso, a pesar de la extensa argumentación del recurrente y de la prueba que ha aportado, no se aprecia que exista arbitrariedad alguna o error patente en la decisión de la Administración, quien incluso afirma que las lentes que oferta el licitador excluido no cumplen con las condiciones técnicas del pliego y que podrían suponer un riesgo o un comportamiento diferente del exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas. La gravedad de esta afirmación, acrecentada por la finalidad quirúrgica de los productos que se adquieren por la Administración asturiana, vedan la posibilidad de adoptar criterios

laxos a la hora de tener por cumplidas las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas. Por otro lado, para poder acreditar el error o la arbitrariedad del órgano de contratación es menester un mínimo esfuerzo probatorio que conduzca a tener por acreditada esta circunstancia. Sin embargo, en el presente caso, el recurrente no ha aportado ninguna prueba que acredite los vicios que denuncia, pues ni las fichas del producto ni la adjudicación de otro contrato diferente pueden considerarse prueba suficiente a estos efectos.

Octavo. Tampoco es posible aceptar la afirmación del recurrente en el sentido de que si quería que la existencia de características adicionales supusiera la exclusión del licitador, debía haberlo dicho expresamente en el pliego. Es cierto que en materia de contratación pública debe regir la máxima transparencia a favor del licitador, pero este principio no debe llevar, por reducción al absurdo, a tener que especificar cualquier posible causa de exclusión por incumplimiento del pliego. Esta conclusión, además de ser de imposible cumplimiento, es innecesaria. Los pliegos deben establecer las condiciones que deben cumplir los productos ofertados por el licitador, no todas aquellas hipotéticas e indeterminables condiciones cuya concurrencia conduce a la exclusión.

Consecuentemente, el órgano de contratación debe valorar si las características del producto ofertado se adaptan al requerimiento del pliego, que debe ser lo suficientemente preciso para poder llevar a cabo esta valoración sin caer en la arbitrariedad.

En el presente caso, la definición de las condiciones de las lentes que debían ser suministradas es lo suficientemente clara como para poder realizar esa labor. El Pliego de Prescripciones Técnicas describe adecuadamente los requisitos técnicos de los productos y la interpretación realizada por el órgano de contratación no es errónea o arbitraria, sino razonable y prudente.

En este sentido, la misma suerte desestimatoria debe correr la alegación referente a la falta de seguridad jurídica que apareja la conducta del órgano de contratación. A juicio de este Tribunal, la falta de seguridad se hubiera producido en el caso de aceptarse la oferta de un licitador cuyos productos no cumplen las condiciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, no en el caso de que haya sido excluido.

Noveno. En cuanto a la vulneración del principio de igualdad denunciada por el recurrente, hemos de recordar que este principio sólo puede declararse vulnerado cuando se acredite un tratamiento diferente en supuestos iguales. Como ha señalado el Tribunal Constitucional son destacables dos presupuestos básicos que vienen siendo constantemente requeridos en la invocación del citado precepto constitucional: La aportación de un término válido de comparación que acredite la igualdad de supuestos y la verificación de la existencia de un cambio de criterio efectuado de forma inmotivada o irrazonable por un mismo órgano judicial (o administrativo) en sus decisiones (SSTC 66/1987, 175/1987 y 9/1989). En aplicación de la anterior premisa doctrinal, resulta pues, como primer supuesto a analizar, la aportación de un término de comparación hábil, según lo señalado, para fundamentar la diferencia en que se apoya la pretensión de amparo; virtualidad que deriva de la igualdad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos por ambas resoluciones. Esa similitud, como se señaló en la STC 120/1987, se perfila a través de la semejanza entre los hechos básicos y la normativa aplicable en cada uno de los supuestos cuyo contraste se pretende (STC núm. 159/1989 de 6 octubre).

Teniendo esto en cuenta el recurrente debía haber invocado un término de comparación válido en el que se haya dado a un licitador un tratamiento distinto. Pero en este caso no existe ese término adecuado de comparación a los efectos de tener por acreditado un tratamiento discriminatorio, razón por la cual esta alegación debe ser rechazada.

Décimo. Por lo que se refiere a la necesidad de aclaración, a la exigencia de un requerimiento de subsanación, aquél es necesario cuando haya dudas acerca del cumplimiento de alguno de los requisitos para contratar o de alguna de las condiciones de la oferta del licitador. Sin embargo, esta aclaración no es necesaria cuando la propia documentación aportada por el licitador demuestre bien a las claras que alguno de los productos que oferta no cumplen las condiciones contractuales. Es cierto que el pliego es, como también afirma el recurrente, la ley del contrato. Precisamente por esta razón, con su participación en el procedimiento de selección del contratista a través de la presentación de la oferta, el licitador está aceptando íntegramente las condiciones establecidas en el pliego, las cuales no son disponibles para las partes.



Por esta razón, si el órgano de contratación tiene claro que una lente hidrófila es la adecuada para una determinada actividad clínica y afirma que una hidrófoba no lo es, o viceversa, este Tribunal no puede considerar que el cumplimiento del requisito técnico del Pliego de Prescripciones Técnicas pueda ser subsanado a posteriori, por lo que la subsanación en este caso era imposible. Y es que en el supuesto que nos atañe, tanto del informe de valoración emitido por la unidad técnica, como de la conducta del órgano de contratación, así como del contenido del informe del órgano de contratación se deduce que éste no albergaba duda alguna acerca del hecho de que el recurrente no cumplía las condiciones necesarias para contratar en los productos en los que ha sido excluido conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas.

Y es que en realidad es el propio recurrente el que está sosteniendo una interpretación literalista del pliego, alejada de lo que el sentido común aconseja. El que el licitador afirme que sus lentes cumplen las condiciones del pliego porque afirma que las lentes son hidrófilas e hidrófobas, y que por tanto, son ambas cosas y cumplirían siempre, no es suficiente.

Finalmente, para ratificar nuestro criterio en este sentido, cabe citar también la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”*.



Undécimo. Finalmente, no entiende este Tribunal la afirmación de que el órgano de contratación ha vulnerado el procedimiento legalmente establecido, pues los trámites seguidos son correctos y adecuados.

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. L.P.O. actuando en nombre y representación de la empresa CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., contra el Acta de la Mesa de Contratación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de 7 de julio de 2014, por el que se acuerda la exclusión de la citada empresa respecto de los lotes 4,8 y 10 para la contratación por procedimiento abierto de un acuerdo marco con un único empresario para el suministro de lentes intraoculares y viscolásticos (Expediente SC/96-13), confirmando la resolución recurrida en todos sus aspectos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación en lo relativo a los lotes afectados, acordada conforme al artículo 43.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, según lo establecido en el artículo 47.4 del mencionado texto legal.

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.

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 Comunidad del Principado de Asturias 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.