



Recurso nº 1151/2015 C.A. Illes Balears nº 80/2015

Resolución nº 1099/2015

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

En Madrid, a 27 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. I.S.R., en representación de AGFA HEALTHCARE SPAIN, S.A.U. (en adelante, AGFA o la recurrente), contra la adjudicación del contrato para el *"Suministro de dos unidades de radiología convencional con soporte de techo para el Hospital de Manacor"* -expediente NCASU 2015 20995 (HMAN CA 06/15)-, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servei de Salut de les Illes Balears-Hospital de Manacor (en lo sucesivo, el Hospital o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el Butlletí Oficial de les Illes Balears, en el DOUE, y en el BOE los días 20 y 30 de junio y 18 de julio de 2015, respectivamente, licitación para contratar, por procedimiento abierto, el suministro de dos unidades de radiología. El valor estimado del contrato se cifra en 386.000 euros. Presentaron oferta siete empresas, entre ellas AGFA.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante), se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo previsto en las normas de desarrollo, en materia de contratación. El contrato de suministro, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. El apartado K del Cuadro de características del contrato del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece que: *"En base al apartado 2 del art. 152 del TRLCSP, se considerará como valor anormal o desproporcionado las ofertas económicas que aminoren el precio en un 15% o más"*. En el apartado Q se indica que la subcontratación: *"No se permite"*.

Por su parte, el Pliego de prescripciones técnicas (PPT), establece que la adjudicataria estará obligada, en primer lugar a: *“Entregar e instalar, en el plazo ofertado, los equipos adjudicados... para un total y correcto funcionamiento”*.

En el apartado 5, relativo al plazo de garantía se indica:

“5.1. El plazo de garantía será de un mínimo de un año y su modalidad la de «a todo riesgo». Durante el período de garantía el adjudicatario se obliga como mínimo a:

- Realizar todas las reparaciones que sean necesarias para subsanar las averías que se produzcan.*
- El tiempo de resolución de averías será inferior a 2 días laborables salvo circunstancias excepcionales que el adjudicatario deberá acreditar.*
-*
- La garantía debe incluir la sustitución de partes en caso de avería, el transporte del personal de mantenimiento y las horas de reparación...*

5.2 Las empresas licitantes podrán presentar en sus ofertas plazos de garantía que amplíen el mínimo de un año establecido en el apartado anterior, lo cual será tenido en cuenta en la valoración del conjunto de cada una de las ofertas, de acuerdo con los criterios de valoración que se establecen en el Pliego de Cláusulas Administrativas”.

Cuarto. Tras los trámites oportunos, en la sesión de 17 de septiembre de la mesa de contratación, en sesión pública, se dio cuenta de las puntuaciones obtenidas en la valoración de las ofertas técnicas y se procedió a la apertura de los sobres y lectura de las ofertas económicas y de los restantes criterios valorables de forma automática.

La oferta con mayor puntuación total resultante era la de RADIOLOGÍA, S.A. (en lo sucesivo, RADIOLOGÍA o la adjudicataria), que obtenía 85 puntos, de los que 15 corresponden a los criterios técnicos de valoración discrecional, 50 a la oferta económica y 20 a los criterios técnicos valorables mediante fórmula; entre éstos se incluyen 10 puntos (el máximo previsto en el PCAP) por la ampliación del plazo de garantía en 24 meses (adicional al año previsto en el pliego), con indicación expresa de que esa garantía *“cubrirá al menos los puntos mencionados en el apartado 5 del PPT”*.

La oferta de AGFA quedó en segundo lugar con 71,96 puntos (26 puntos en los criterios técnicos discrecionales; 35,96 en la oferta económica y 10 puntos en los criterios técnicos valorables mediante fórmula).

Quinto. De acuerdo con el apartado K del Cuadro de características del PCAP, la oferta presentada por RADIOLOGÍA resultaba anormal o desproporcionada, por cuanto su valor (262.480 €) era inferior en un 32% al precio de licitación. Se procedió a dar trámite de audiencia a la empresa para que justificara su oferta, lo que hizo en el plazo habilitado.

Fundamentó la justificación en su condición de fabricante, *“con tecnología y patentes propias”* que le permiten unos márgenes comerciales menores. Adjunta también una relación de concursos públicos licitados en 2015, en los que el precio tope de licitación es menor que el del contrato del Hospital de Manacor.

Indicó también en la justificación que para el servicio de asistencia técnica, *“tanto en garantía, como con posterioridad a la misma, disponemos de Técnicos cualificados en Palma de Mallorca ubicados en la empresa RAYPROJECT, con la cual tenemos desde el 2012 el acuerdo adjunto,... lo cual nos reduce significativamente los costos de mantenimiento de los equipos, y agiliza el tiempo de respuesta ante cualquier incidencia”*. Adjunta el acuerdo de 2012 con la empresa indicada en el que, bajo el título de “SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS”, se establece que, *“el servicio a contratar, cuando se requiera por parte de RADIOLOGÍA SAU, es el de montaje, mantenimiento, asistencia técnica, y retirada de los Equipos de Rayos X que fabrica y comercializa”*.

Sexto. En un primer informe técnico de la Jefa de Servicio de Radiología tras analizar la justificación remitida concluía que, *“si bien tal y como se desprende de la valoración técnica los equipos ofertados se ajustan a lo establecido en los pliegos, convendría que el licitador resolviera las dudas suscitadas en torno a su instalación, que tal y como exigen los pliegos garantice que ésta será correcta, y que especifique la cualificación y formación de los técnicos que deben realizar la misma”*. Tras considerar la documentación aportada por RADIOLOGÍA en tal sentido, en un segundo informe de 5 de octubre se concluye que *“tras la lectura de la documentación presentada..., y tras hablar con los responsables de radiología de los hospitales presentados por esta empresa como referencia, se concluyó*

que a pesar de que en algunos de los hospitales habían surgido problemas de instalación se decide dar un voto de confianza a la empresa Radiología, S.A., y se concluye que este licitador puede cumplir satisfactoriamente su oferta”.

Séptimo. En la reunión de la mesa de contratación del 9 de octubre, en sesión pública se dio cuenta de las conclusiones de los informes del servicio promotor; los representantes de AGFA manifestaron su intención de pedir acceso a la documentación del expediente.

Ya sin los representantes de los licitadores, y según consta en el acta, “se comenta el aspecto de la inclusión de la garantía de los equipos en el contrato, la cual es susceptible de incluir acciones de mantenimiento para corregir posibles deficiencias, no estando la subcontratación permitida en los pliegos. Tanto el secretario como el presidente de la mesa comentan que es un contrato de suministro, entendiendo que la prohibición de subcontratar afecta sólo a la prestación principal, que es el suministro, pero no a la logística, a la garantía, ni a la instalación, y estando el mantenimiento excluido (no es objeto del contrato). Esta situación podría extenderse a cualquier contrato de suministro de equipamiento, en los que, por lo general, la garantía no se entiende como un mantenimiento, ni es considerada como una subcontratación del mismo”.

La mesa de contratación acordó elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación en favor de RADIOLOGÍA, cuya oferta obtenía la puntuación total más alta.

Por Resolución de la Directora Gerente del Hospital el 21 de octubre 2015 se acordó la adjudicación del contrato conforme a la propuesta de la mesa de contratación. El acuerdo se notificó a la recurrente el mismo día.

Octavo. El 6 de noviembre de 2015, previo anuncio al Hospital, se presentó en el registro de este Tribunal escrito de AGFA de interposición de recurso especial en materia de contratación contra el indicado acuerdo de adjudicación. Considera que la oferta de RADIOLOGÍA debió ser excluida por la insuficiente justificación de la baja temeraria dado que, en contra de lo alegado para justificar su oferta, *“ostenta la condición de simple comercializadora/distribuidora de los equipos que fabrica SEDECAL, S.A.”.* Además, sostiene la recurrente que, dada la entidad de los componentes comprados, esa actividad de fabricación *“quedaría reducida en el mejor de los casos al 60% del valor del equipo”.*

Manifiesta también que constan en el expediente cuatro informes negativos de distintos hospitales que tienen instalados los equipos ofertados por la adjudicataria, y que tres de esos informes desaconsejan la compra del equipo ofertado. Entiende además que la documentación posterior aportada por RADIOLOGÍA para desvirtuar dichos informes, ni puede ni debe ser tenida en cuenta. Hace constar asimismo que la información de RADIOLOGÍA sobre su dimensión e instalaciones (25.000 m²; 680 empleados) es incierta y corresponde a los datos *“de la empresa SEDECAL, Sociedad Española de Electromedicina y Calidad, S.A. con la que RADIOLOGÍA, S.A. simplemente comparte dirección al ocupar una pequeña porción de los referidos 25.000 m² y tiene solamente 30 empleados”*.

Sostiene así mismo la recurrente que RADIOLOGÍA debió ser excluida por tener prevista la subcontratación de las tareas de mantenimiento y reparación de los equipos, a pesar de la expresa prohibición de los pliegos y según se desprende *“del propio Acuerdo titulado «Subcontratación de Servicios»...”*, que aportó para justificar su oferta.

Solicita que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación por cuanto la oferta de RADIOLOGÍA *“vulnera la prohibición de subcontratar y adicionalmente no justifica la temeridad de su oferta además de faltar a la verdad...”* y que, una vez excluida, se retrotraigan las actuaciones al momento en el que se realizó la propuesta de adjudicación.

Noveno. El expediente administrativo, junto al informe del órgano de contratación, se recibió en el Tribunal el 16 de noviembre. En ese informe se pone de manifiesto que por parte de la adjudicataria se explicó satisfactoriamente el bajo nivel del precio ofertado, en base a que *“equipos similares, adjudicados a costes similares, están en la actualidad funcionando en hospitales del territorio español”*. Señala también que la oferta de RADIOLOGÍA fue muy bien valorada técnicamente y que ahora *“AGFA está poniendo en duda aspectos técnicos de los equipos que ya han sido evaluados en una fase anterior del procedimiento. Si estos equipos presentaran deficiencias... la cuestión tendría que resolverse en ejecución de contrato, y no en adjudicación...”*.

Respecto a la subcontratación, señala que cuando el pliego *“establece que no se permite la subcontratación, hace referencia al objeto principal, es decir, al suministro de los*

equipos". El Pliego de prescripciones técnicas (PPT) exige un periodo de garantía de 1 año, que incluye el mantenimiento y conservación de los equipos; como ya se manifestó en la mesa de contratación, la prohibición de subcontratación no debe entenderse referida a estas tareas.

Décimo. El 18 de noviembre de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho la adjudicataria, que solicita la desestimación del recurso y alega que, como conoce la recurrente, RADIOLOGIA es una sociedad unipersonal participada íntegramente por SEDECAL, S.A., con la que forma una unidad de negocio. En cuanto a la actividad de fabricación de la segunda *"cualquier fabricante necesariamente cuenta con componentes fabricados por otros proveedores..."*. Tras reproducir el amplio listado de suministros realizados en 2014, aportado en la licitación, manifiesta también que *"queda patente la mala fe del recurrente que sólo aporta información parcial y sesgada sobre los suministros de RADIOLOGIA, S.A.... En todo caso, si sólo han conseguido cuatro opiniones divergentes (todas ellas ya contestadas en su momento), sinceramente, pone de manifiesto que cualquier incidencia en los suministros de RADIOLOGÍA, S.A. es ciertamente excepcional"*.

Respecto a la existencia de subcontratación, RADIOLOGÍA reitera que *"llevaría a cabo la prestación íntegra a la que se refiere el Pliego, es decir, el suministro de dos unidades de radiología convencional con soporte de techo"*. Señala que cuenta con RAYPROYECT *"para aquellos servicios que se desarrollan con posterioridad al suministro como es la cobertura del periodo de garantía que se ha estipulado en 3 años..."*; esto no significa que la garantía sea cubierta por RAYPROYECT, sino que *"ésta última simplemente llevaría a cabo las visitas iniciales informando a RADIOLOGÍA, S.A. de la incidencia y realizando un primer diagnóstico para facilitar la respuesta eficaz por parte de RADIOLOGÍA, S.A."*. Sostiene que la recurrente *"intenta de nuevo inducir al error generando una presunción de subcontratación como si RAYPROYECT... fuese realmente a prestar un servicio (no tiene por qué darse y en todo caso, las reparaciones las llevaría a cabo RADIOLOGIA, S.A.) o a sustituir a RADIOLOGIA, S.A. en la prestación de sus servicios"*.

Undécimo. El 19 de noviembre de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación en la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Illes Balears, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación, quedó clasificada en segundo lugar y, de prosperar su recurso, podría resultar adjudicataria.

Cuarto. El artículo 152 del TRLCSP, establece que:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnica adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación,.... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación...”

En este caso, de acuerdo con los parámetros del apartado K del Cuadro de características del PCAP, la oferta de la adjudicataria resultaba desproporcionada y se le pidió justificación de la misma, que se presentó en el plazo habilitado. La mesa de contratación solicitó el oportuno informe técnico del órgano gestor quien, tras analizar la justificación presentada, solicitó aclaraciones adicionales y, a la vista de las mismas, concluyó que el licitador podía cumplir satisfactoriamente su oferta.

Por tanto, en cuanto al procedimiento seguido, se ha dado *“audiencia al licitador... para que justifique la valoración de la oferta...”* y se ha solicitado *“el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*, tal como dispone el artículo 152.3 transcrito.

Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (recogida, entre otras en la Resolución 1013/2015, de 30 de octubre) concluye que si una oferta presenta valores desproporcionados es necesario dar audiencia al contratista para que justifique su viabilidad; no se trata de presentar una justificación exhaustiva, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que la oferta se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción. La decisión sobre su aceptación o no debe atender a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorar las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tiene carácter vinculante.

En el informe justificativo de su oferta, RADIOLOGÍA invoca su condición de fabricante con tecnología propia y que el precio ofertado es similar al de equipos análogos suministrados a otros hospitales. El informe del servicio técnico, tras las aclaraciones aportadas y contrastar la opinión de los responsables de radiología de algunos de los hospitales con equipos análogos, consideró que la oferta se podía cumplir satisfactoriamente. La mesa de contratación asumió esas conclusiones.

En este caso, la oferta de RADIOLOGÍA es un 28,1% inferior a la de AGFA y las justificaciones y los argumentos aducidos por la primera fueron suficientes para que la mesa de contratación considere la oferta viable. El hecho de que el fabricante de los equipos sea SEDECAL, S.A., y no la adjudicataria, no es un dato significativo para rechazar la justificación de la oferta; como señala en sus alegaciones, RADIOLOGÍA es

una sociedad unipersonal participada íntegramente por SEDECAL, con la que comparte no sólo dirección postal, sino también órgano de administración. Por tanto, a los efectos de justificación de la oferta, es plenamente admisible que se presente como fabricante pues ambas forman una unidad de negocio que permite considerar a ambas, a esos efectos, como un solo sujeto.

Las consideraciones de la recurrente sobre si el valor añadido por el fabricante SEDECAL es como máximo de un 60% del valor total del equipo, son irrelevantes; tal porcentaje ya es elevado y, en todo caso, la justificación de la adjudicataria se fundaba en la condición de fabricante *“con tecnología y patentes propias”*, circunstancias no negadas por la recurrente.

En cuanto a las consideraciones de AGFA sobre la falta de calidad de los equipos suministrados por la adjudicataria a diversos hospitales, más hay que entenderlas como efecto del enojo por no resultar adjudicataria que como fundamento para interponer su recurso. Los equipos de RADIOLOGÍA, como alega el Hospital en su informe, ya fueron evaluados técnicamente y obtuvieron una buena calificación y si presentaran deficiencias de funcionamiento tal cuestión atañe a la fase de ejecución de contrato, y no a la adjudicación.

En fin, como hemos señalado en diversas resoluciones (también en la Resolución 1013/2015, citada) en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos de su exclusión mediante una resolución *“reforzada”*. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación. Tal como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3: *“El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”*. En este caso, la mesa de contratación ha considerado, de acuerdo con el informe técnico, que los documentos aportados por el licitador *explican satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos*.

A la vista de todas estas manifestaciones el Tribunal entiende que se ha seguido el procedimiento establecido para verificar la viabilidad de la oferta adjudicataria y no se advierte arbitrariedad alguna en la aceptación de la misma.

Quinto. El contrato de suministro impugnado requiere de servicios complementarios como el transporte, la retirada de los equipos a sustituir, las obras de instalación y el mantenimiento de los equipos. Cuando el pliego establece que no se permite la subcontratación, tal prohibición debe entenderse referida a las prestaciones principales objeto del contrato y no a las prestaciones adicionales o complementarias requeridas.

El pliego establece como objeto de la contratación el *suministro e instalación* de los equipos, y como condición, el mantenimiento incluido en la garantía con la modalidad de “*a todo riesgo*”, por un mínimo de un año. En la oferta de la adjudicataria, esa garantía -y el mantenimiento consiguiente-, se extendía por otros 24 meses, es decir hasta tres años. En estas condiciones, el mantenimiento de los equipos a suministrar es un servicio con entidad relevante dentro del contrato.

Según el acuerdo de la adjudicataria con la empresa RAYPROYECT, domiciliada en Palma de Mallorca, lo que se subcontrataría con ésta última son las intervenciones a realizar presencialmente en el Hospital de Manacor, es decir el montaje y visitas de mantenimiento preventivo y de incidencias en los equipos a suministrar. Como textualmente manifiesta la adjudicataria en la justificación de su oferta, las intervenciones a realizar por RAYPROYECT “*pueden ser las de:*

- *Revisiones Preventivas.*
- *Presencia inmediata para diagnóstico de incidencias y de posibles averías.*
- *Intervenciones correctivas con soporte del servicio técnico central en caso de ser necesario”.*

Es decir, actuaciones todas ellas que forman parte del mantenimiento a realizar durante tres años, de acuerdo con la oferta de garantía presentada. Como se recoge en el antecedente quinto, en la justificación de su oferta la propia adjudicataria manifestó que el acuerdo con RAYPROYECT, “*reduce significativamente los costos de mantenimiento de los equipos*”.

En conclusión, la baja oferta de la adjudicataria se ha justificado en parte por la subcontratación de un servicio significativo dentro de la prestación del contrato, como es el del mantenimiento por un periodo de tres años de los equipos a suministrar. Esta forma de gestionar la prestación es contraria a lo establecido en el apartado Q del Cuadro de características PCAP, que no permite la subcontratación.

En un contrato de suministro como el que se impugna, es dudoso que la prohibición de subcontratar sea estrictamente necesaria. No obstante, lo dispuesto en los pliegos no es susceptible de interpretaciones distintas a lo que textualmente se indica: que la subcontratación *“no se permite”* y resulta contrario al principio de no discriminación e igualdad de trato admitir una oferta cuyo bajo importe se justifica precisamente en un incumplimiento de los pliegos.

Como hemos manifestado en numerosas resoluciones, de acuerdo con la reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo los pliegos deben ser considerados como *“ley del contrato”*. En tal sentido, el artículo 145.1, del TRLCSP establece que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

Al fundamentar el adjudicatario el bajo importe de su oferta en la subcontratación de una parte de la prestación, tal justificación no debió ser admitida, por incumplir lo dispuesto en los pliegos y la oferta de RADIOLOGÍA debió ser excluida.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. I.S.R., en representación de AGFA HEALTHCARE SPAIN, S.A.U., contra la adjudicación del contrato para el *“Suministro de dos unidades de radiología convencional con soporte de techo para el Hospital de Manacor”*, anular el acuerdo impugnado y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta

el momento de clasificación de las ofertas, de la que se deberá excluir la presentada por RADIOLOGÍA, S.A.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia 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 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.