



Recurso nº 695/2016

Resolución nº 785/2016

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

En Madrid, a 7 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. ^a L.S.G., en nombre y representación de ALCON CUSI S.A, contra el acuerdo de adjudicación del *"Suministro de productos sanitarios (implantes intraoculares) para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado. Acuerdo Marco 2015/206 lote 4"*, convocado por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, mediante anuncio publicado en el DOUE en fecha 31/10/2015 convocó la licitación del Acuerdo Marco 2015/206 para el suministro de productos sanitarios (implantes intraoculares) para varias Comunidades Autónomas y Organismos de la Administración del Estado, procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del mismo de 13.886.483,17 euros y un plazo de duración hasta el 2 años.

También fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Estado en fecha 28 de diciembre de 2015.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Mediante acuerdo de fecha 2 de marzo de 2016, el Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, se acuerda la exclusión de ALCON CUSÍ S.A de los Lotes

1 y 4, los cuales han sido declarado desiertos por no haber habido ninguna oferta que cumpla los requisitos exigidos en los pliegos que rigen la contratación.

Cuarto. Mediante escrito presentado de 21 de marzo de 2016, D^a Laura Gorri interpuso recurso frente a la citada resolución de 2 de marzo por entender que adolecía de oscuridad la oscuridad de la cláusula 2.5 del pliego de prescripciones técnicas del Acuerdo Marco.

Dicho recurso fue estimado por este Tribunal en la resolución 325/2016 (recurso 216/2016), que anuló la resolución del Director de INGESA de 2 de marzo de 2016 en cuanto a la declaración de haber quedado desierto el Lote nº4 y ordenó que retrotrajesen las actuaciones y se concediese nuevo plazo a los licitadores para que presentasen sus ofertas al citado Lote nº4, de acuerdo con la interpretación de la cláusula 2.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares que había manifestado el órgano de contratación respecto al diámetro de óptica de la lente requerida.

Quinto. En cumplimiento de la resolución de este Tribunal 325/2016, INGESA invitó a todos los licitadores que habían presentado ofertas inicialmente al Lote nº4 del Acuerdo Marco, que posteriormente fue declarado desierto, a que presentasen nuevamente sus respectivas propuestas, técnicas y económicas.

Sexto. Tras la presentación de las ofertas INGESA seleccionó a todas las que cumplían los requisitos y características técnicas mínimas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas y cuyo precio era igual o inferior al de licitación, dictando resolución de fecha 14 de julio de 2016 de adjudicación del Lote nº4 del Acuerdo Marco, por el que se adjudica el citado Lote nº4 a siete empresas, a saber: ABBOT MEDICAL OPTICS SPAIN SLU, ADVANCED VISION IBERICA S.L, MEDICAL MIX, SLU, BAUSCH & LOMB S.A, ALCON CUSÍ S.A, W.M.BLOSS, S.A Y GLOBAL SURGICAL SERVICE SLL.

De estas siete empresas, W.M. BLOSS ha presentado la mejor oferta económica, figurando en segundo y tercer lugar, respectivamente, BAUSCH & LOMB S.A, ALCON CUSÍ S.A.

Séptimo. Mediante escrito de fecha 28 de julio de 2016, D. ^a L.S.G. interpuso recurso frente a la citada resolución de 14 de julio de 2016 por entender que la oferta de uno de los adjudicatarios, BAUSCH & LOMB S.A, que ha quedado en segundo lugar por delante de la recurrente, no cumplía con los requisitos técnicos especificados en el pliego de prescripciones técnicas.

Octavo. El Subdirector General de Gestión Económica y Recursos Humanos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria remitió al Tribunal en fecha 3 de agosto de 2016 el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

Noveno. Interpuesto el recurso, con fecha 12 de agosto de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, producida conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Décimo. La Secretaría del Tribunal comunicó a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 46.3 del TRLSCP, habiendo presentado alegaciones Baush&Lomb S.A el 30 de agosto de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer del presente recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 41.1 y 5 del TRLCSP en relación con el 3.1.c) del mismo cuerpo legal.

Segundo. ALCON CUSI S.A ha presentado una propuesta de licitación que ha quedado resultado adjudicataria en tercer lugar, inmediatamente después de la de Baush&Lomb S.A.

Tratándose de un procedimiento de contratación de adopción del tipo o del precio aplicable a los contratos derivados de un acuerdo marco, el precio ofertado por los licitadores en la licitación del Acuerdo Marco es fundamental para la posterior adjudicación de los contratos derivados, tal y como se establece en la cláusula 4.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco, por lo que de

excluirse a la segunda adjudicataria, Baush&Lomb S.A, como solicita la recurrente , ésta pasará a ser la empresa que haya presentado la segunda mejor oferta económica, lo que aumentará las posibilidades de adjudicación de los contratos derivados del Acuerdo Marco. En base a dicha consideración, debe reconocerse a la misma el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto objeto de recurso es la resolución de fecha 14 de julio de 2016 del Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por el que se acuerda la adjudicación del Lote 4 del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de productos sanitarios para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración del Estado.

Tratándose de un acuerdo de adjudicación adoptado en el procedimiento de un acuerdo marco, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.a) en relación con el 40. 2.c) del TRLCSP.

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. En lo que respecta al fondo del asunto, el recurrente se alza frente al acuerdo de exclusión en base a un único motivo: la falta de cumplimiento de la oferta de Baush&Lomb S.A de los requisitos exigidos por la oferta técnica.

En concreto señala que la lente ofertada por parte de la empresa Baush&Lomb S.A no cumple con los requisitos técnicos mínimos por cuanto es esférica y no esférica como requiere el pliego de prescripciones técnicas en la cláusula 2.5, que respecto del Lote nº4 que nos ocupa define como “*L.I.O de Cámara Posterior Monofocal-Asférica Acrílica Hidrófoba-Monobloque Microincisión*”, y la descripción de los requerimientos mínimos de la lente: “LENTE ASFÉRICA, ACRÍLICA, HIDROFÓBICA, MONOBLOQUE”.

Añade igualmente una explicación técnica sobre las diferencias entre ambas lentes, aportando documentación acreditativa de dichos extremos.

Sexto. El órgano de contratación por su parte, en el informe remitido a este Tribunal indica expresamente que

“a la vista de la documentación presentada por la recurrente y tras un análisis desde el punto de vista técnico más precisa, hay que concluir que en efecto, las lentes ULTRAFLEX UF 6013 ULTRAFLEX UF 60125 no tienen la condición de esféricas y por tanto no cumplen la condición establecida en primer término para el lote 4 en los PPT reguladores del acuerdo marco.

*En consecuencia, desde el punto de vista de este Instituto cabe considerar, a salvo siempre de las explicaciones de carácter técnico que pudiera aportar la firma interesada en el Lote y actualmente adjudicataria – **BAUSCH&LOMB S.A**, que el recurso debiera ser **estimado**, ante la eventualidad de error técnico que provocó una inadecuada propuesta de adjudicación por parte de la Mesa de Contratación”.*

Séptimo. Baush&Lomb S.A, quien ha resultado adjudicatario con la segunda mejor oferta económica y respecto del cual se solicita la exclusión, indica lo siguiente:

“SEGUNDA.- Según lo expuesto por ALCON CUSI, S.A. en su recurso y en concreto en la alegación QUINTA, “la lente ofertada por parte de la empresa BAUSCH & LOMB no cumple los requisitos técnicos mínimos por cuanto es ESFÉRICA y no ASFÉRICA como se requería en el pliego de prescripciones técnicas”.

Por la presente confirmamos que la lente intraocular ULTRAFLEX UF60130/UF60125 ofertada y adjudicada en el expediente de referencia es una lente que cuenta con óptica esférica.

TERCERA.- Que existiendo dudas sobre la manera de acreditar la solvencia técnica, así como de las especificaciones técnicas de los lotes en general y la posibilidad de ofertar productos con especificaciones similares, se realizó por parte de la Federación Española de Tecnología Sanitaria FENIN, una consulta al INGESA a la que se recibió respuesta en la que se indicaba que debería valorarse cada supuesto concreto y “podrán seleccionarse todas las modalidades (soluciones alternativas) que cumplan con los requisitos exigibles para cada lote” (DOCUMENTO 2).

CUARTA.- Si bien las ópticas esféricas de las lentes intraoculares ofrecen una calidad óptica que puede ser superior a la ofrecida por las ópticas de lentes intraoculares esféricas en condiciones de centrado óptimo y especialmente para tamaños pupilares grandes, las ópticas esféricas pueden resultar más robustas que las esféricas en presencia de errores de inclinación manteniendo una mejor calidad de imagen, y ofrecen una excelente calidad óptica con tamaños pupilares inferiores a 4 mm.

QUINTA.- Que en virtud de lo anterior, confiando en la calidad de nuestro producto (que obviamente cumple con las normas ISO standard, y ha presentado en estudios tasas muy bajas de capsulotomía YAG a largo plazo) y considerando que la lente puede satisfacer adecuadamente las necesidades que pretenden cubrirse con el expediente de contratación de referencia, ofreciendo una calidad de imagen conveniente y reuniendo las características suficientes para someterla a consideración del órgano de contratación, realizamos oferta para que la misma fuera valorada conforme al artículo 160 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, procediendo a valorar el supuesto concreto referido anteriormente.”

Octavo. Expuestas así las posiciones de las diferentes partes afectadas, no cabe duda de que las alegaciones del órgano contratante implican un pleno reconocimiento de la pretensión del interesado, a salvo lo que pudiera indicar la adjudicataria respecto a las cuestiones técnicas.

Resta analizar por tanto lo manifestado por la mercantil Baush&Lomb S.A, quien partiendo de la base de que, efectivamente, la lente ofertada por el mismo es ESFÉRICA y no ASFÉRICA, indica que la misma podría considerarse como una solución alternativa, basándose para ello en la contestación que INGESA ofreció a la Federación Española de Tecnología Sanitaria FENIN acerca de la posibilidad de ofertar productos con especificaciones similares, que señalaba que “*podrán seleccionarse todas las modalidades (soluciones alternativas) que cumplan con los requisitos exigibles para cada lote*”.

Pues bien, este Tribunal considera que en este caso no puede sostenerse que la lente esférica sea una solución alternativa a la lente esférica o con especificaciones técnicas

similares ya que no cumple las funcionalidades requeridas para el uso previsto para la misma, desprendiéndose ello de las propias alegaciones de Baush&Lomb, al indicar que:

“CUARTA.- Si bien las ópticas asféricas de las lentes intraoculares ofrecen una calidad óptica que puede ser superior a la ofrecida por las ópticas de lentes intraoculares esféricas en condiciones de centrado óptimo y especialmente para tamaños pupilares grandes, las ópticas esféricas pueden resultar más robustas que las asféricas en presencia de errores de inclinación manteniendo una mejor calidad de imagen, y ofrecen una excelente calidad óptica con tamaños pupilares inferiores a 4 mm.”

Así las cosas, si las lentes esféricas tienen su máxima potencialidad en supuestos distintos a las asféricas, y el órgano de contratación exigía específicamente lentes asféricas en el pliego de prescripciones técnicas - sin que haya indicado en sus alegaciones que podía servir una u otra lente de manera indiferente -, no se puede entender que la oferta presentada cumpla con los requisitos exigibles para el lote nº4, motivo por el cual el recurso debe ser estimado en su totalidad.

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. ^a L.S.G., en nombre y representación de ALCON CUSI S.A, frente al acuerdo de fecha 14 de julio de 2016, el Director del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, anulando el mismo, debiendo retrotraer las actuaciones a la fase de valoración de las ofertas técnicas presentadas al objeto de que no se incluya a Bausch&Lomb S.A entre las empresas seleccionadas en la propuesta de adjudicación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.