



Recursos nº 109/2012 y 119/2012

Resolución nº132 /2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 13 de junio de 2012.

VISTO los recursos interpuestos por D^a. C.C.P., en representación de IZASA DISTRIBUCIONES TÉCNICAS, S.A. contra la Resolución de 8 de mayo de 2012 de la mesa de contratación de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, por la que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de *“Suministro e instalación de un microscopio ‘spinning disk’ con módulo frap láser destinado al Instituto de Biología Fundamental y Genómica de Salamanca”* y contra la resolución de 21 de los mismos mes y año del órgano de contratación de la mencionada Agencia por la que se adjudicaba el contrato a OLYMPUS ESPAÑA S.A.U., este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas se convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 3 de marzo de 2012, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de *“Suministro e instalación de un microscopio ‘spinning disk’ con módulo frap láser destinado al Instituto de Biología Fundamental y Genómica de Salamanca”*, con un presupuesto base de licitación de 387.300,84 euros.

A la licitación de referencia presentaron oferta la recurrente, OLYMPUS ESPAÑA S.A.U., LEICA MICROSISTEMAS S.L.U. e INSTRUMENTACION Y COMPONENTES S.A.

Segundo. La licitación se llevó a cabo 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 el Real Decreto 814/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. El 8 de mayo de 2012 la mesa de contratación procedió al examen del informe de la Oficina Técnica de Equipamiento sobre las ofertas técnicas presentadas por los licitadores, resultando como consecuencia de ello la exclusión por no cumplir los requerimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas de las presentadas por la recurrente, IZASA DISTRIBUCIONES TÉCNICAS S.A., e INSTRUMENTACION Y COMPONENTES S.A.

Posteriormente, con fecha 21 de mayo de 2012, el órgano de contratación de la referida Agencia dictó resolución por la que adjudicaba el contrato a OLYMPUS ESPAÑA S.A.U.

Cuarto. La primera de las referidas resoluciones fue notificada a las dos licitadoras excluidas mediante fax remitido el día 10 de mayo de 2012 y la segunda por el mismo procedimiento el día 21 de mayo siguiente, habiendo interpuesto recurso la representación de IZASA DISTRIBUCIONES TÉCNICAS, S.A. contra la primera de ellas mediante escrito presentado en el registro del órgano de contratación el día 28 de mayo de 2012 y contra la segunda mediante escrito presentado en el citado registro el día 7 de junio. En ellos solicita la anulación del acuerdo de exclusión y de todas las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad, así como la retroacción del procedimiento al momento de examen y valoración de la documentación contenida en el sobre número dos. De igual modo solicita la exclusión de las dos licitadoras admitidas y la continuación del procedimiento hasta dictar resolución adjudicándole el contrato.

Quinto. El 30 de mayo se recibió en este Tribunal el primer recurso acompañado del expediente administrativo y del correspondiente informe del órgano de contratación. La Secretaría del Tribunal dio traslado del mismo a los restantes licitadores el 30 de mayo siguiente para que pudieran formular alegaciones, lo que ha hecho solamente la adjudicataria mediante escrito en el que tras alegar lo que estima conveniente solicita la desestimación del recurso confirmando en todos sus extremos el acto recurrido.

Sexto. Con fecha 6 de junio este Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 en relación con los apartados 2, 3 y 4 del artículo 43 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley.

Sin embargo, existe un límite a nuestra competencia respecto de la pretensión articulada por la recurrente que pide que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 45.2 in fine del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público respecto de este Tribunal, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1, b) de la Ley 30/1992).

Por ello debemos inadmitir dicha pretensión, por carecer de competencia para resolverla, sin perjuicio de nuestra competencia para conocer de las demás formuladas.

Segundo. El objeto del recurso es la exclusión de la recurrente y la consiguiente adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, susceptible por tanto de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. IZASA DISTRIBUCIONES TÉCNICAS, S.A. está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público al haber participado en la licitación en condición de licitador. Así mismo, se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley.

Cuarto. Puesto que ambos escritos de recurso, interpuestos por el mismo licitador, se refieren al mismo procedimiento de adjudicación y se argumentan exactamente en los mismos términos, procede la acumulación de ambos en un solo procedimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor: *“El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión”.*

Quinto. La recurrente plantea una doble cuestión de fondo en su escrito de interposición, de una parte la indebida admisión de las ofertas presentadas por OLYMPUS ESPAÑA S.A.U. y LEICA MICROSISTEMAS S.L.U. con la consecuencia de su improcedente adjudicación a la primera de ellas por no cumplir éstas las especificaciones del pliego y de otra la improcedencia de su exclusión por cumplir su oferta condiciones de rendimiento equivalentes a las solicitadas en el pliego de prescripciones técnicas.

Con respecto de la primera argumenta que analizando las características del equipo ofertado por las dos licitadoras admitidas en relación con la realización de las funciones de *“bleaching”* (blanqueamiento) y FRAP/PA (Fotoactivación), debe considerarse que éste no permite la realización simultánea de *“bleaching”* en dos regiones distintas ni tampoco la adquisición y FRAP/PA simultáneamente al basarse en el escaneo rápido de las distintas regiones a iluminar, *“lo cual implica necesariamente que el fotobleaching o fotoactivación se realiza secuencial y no simultáneamente”.*

Con respecto al incumplimiento de su oferta de los requisitos del pliego de prescripciones técnicas, indica que, si bien es cierto que la cámara digital monocroma ofertada no cumple el requisito de tener una eficiencia cuántica superior al 90%, esta circunstancia resulta compensada por las características técnicas del objetivo de la cámara ofertado según se desprende de los cálculos incluidos en la propia oferta. De esta forma se acredita que *“el rendimiento global del equipo ofertado por IZASA sigue estando un 40% por encima en el conjunto de transmisión de luz, luminosidad y sensibilidad”* frente a lo exigido en el pliego de prescripciones técnicas.

El órgano de contratación, por su parte, se refiere en primer lugar a la pretensión de la recurrente de que sean excluidas las ofertas que resultaron admitidas en la valoración. Al

respecto indica que de la documentación técnica presentada junto con la oferta por ambas y del propio catálogo comercial en que funda su impugnación la recurrente se deduce que las funciones aludidas en el pliego se cumplen de forma simultánea en ambos casos. Pone de manifiesto, además, que el pliego de prescripciones técnicas exige que el FRAP y la fotoactivación se hagan de forma simultánea con diferente láser, requisito que ambas ofertas cumplen correctamente, en tanto que no es así en el caso de la recurrente en que la simultaneidad se logra mediante un solo láser y sistema de espejos. Sin embargo, ha sido admitido porque el objetivo de simultaneidad se cumple igualmente.

Con respecto a la causa de exclusión de la oferta de IZASA, el órgano de contratación entiende que ésta no cumple con las especificaciones del pliego pues, como ella misma reconoce en su escrito de interposición, la eficiencia cuántica de la cámara ofertada no excede del 70%, siendo así que el rendimiento mínimo exigido es del 90%. Las explicaciones y justificaciones que formula en el escrito de interposición no figuran en la oferta técnica por lo que no pudieron ser valoradas entonces. En base a ello entiende que no procede estimarlas por lo que debe mantenerse la exclusión.

Finalmente, la adjudicataria en su escrito de alegaciones impugna la argumentación de IZASA señalando que las características técnicas de su oferta se deducen con todo detalle de su oferta, no pudiendo darse credibilidad a un mero catálogo comercial incompleto desde el punto de vista técnico.

Sexto. La primera de las cuestiones planteadas por la recurrente se refiere a la indebida admisión de las ofertas presentadas por OLYMPUS ESPAÑA S.A.U. y LEICA MICROSISTEMAS S.L.U. por no adaptarse a las exigencias del pliego de prescripciones técnicas.

La cuestión, en concreto, se refiere a si se cumple o no el requisito de simultaneidad en la realización de las funciones mencionadas en el pliego, el blanqueamiento de varias regiones a la vez o el FRAP y la fotoactivación.

La recurrente fundamenta su impugnación en las características técnicas que se deducen de los folletos comerciales del equipo ofertado por ambas licitadoras. Sin embargo, es preciso reconocer con la adjudicataria que el contenido de su oferta técnica difiere

sustancialmente del folleto utilizado para fundar sus argumentaciones por IZASA DISTRIBUCIONES TÉCNICAS S.A., e idéntica conclusión cabe deducir del examen de la oferta técnica presentada por LEICA MICROSISTEMAS S.L.U., dado que ambas empresas ofertan el mismo equipo para esta funcionalidad. De la simple lectura de las ofertas y sin necesidad de acudir a prueba sobre la cuestión, es posible llegar a la conclusión de que el equipo ofertado por las dos mercantiles cuya oferta se impugna cumple el requisito de contar con dos láseres capaces de realizar simultáneamente las funciones exigidas por el pliego. Todo ello, sin perjuicio, de que además así ha sido admitido por el juicio de los técnicos de la Administración que han analizado las ofertas, sin que éste haya sido desvirtuado por la prueba en que la recurrente basa su impugnación dada la insuficiencia demostrada de la misma.

Lo que sí ha quedado claro como consecuencia de la oferta técnica presentada por la recurrente es que el equipo que la misma incluye en su oferta no cumple estrictamente las exigencias del pliego pues consta que no reúne el requisito 6.13.3 “*FRAP Y PA simultánea con diferente láser*”. Sin embargo, debemos admitir con el órgano de contratación, que esta circunstancia no debe ser determinante de exclusión, siempre que quede acreditado que la funcionalidad perseguida por el pliego puede cumplirse mediante la utilización de otras técnicas, siendo todas admisibles siempre que el resultado sea el perseguido. Las ofertas presentadas por OLYMPUS ESPAÑA S.A.U. y LEICA MICROSISTEMAS S.L.U. cumplen lo preceptuado en el punto 6.13.3 del pliego de prescripciones técnicas pues ambas cuentan con diferentes láseres para realizar las funciones de FRAP y PA. Por el contrario la oferta de la recurrente no cuenta con este sistema, no obstante lo cual ha sido admitida por proporcionar un resultado equivalente al pretendido por el pliego. Esta no es una decisión arbitraria de la que se hayan derivado perjuicios para ninguno de los licitadores sino más bien una decisión razonable y ajustada a los preceptos legales como después veremos.

Séptimo. La segunda de las cuestiones planteadas hace referencia a la exclusión de la recurrente por no cumplir su oferta las condiciones del pliego en lo relativo a la sensibilidad de la cámara monocroma que debe equipar el microscopio objeto del contrato.

Conviene indicar en relación con este extremo que la Ley de Contratos del Sector Público recogiendo fielmente el contenido de la Directiva 2004/18/CE (art. 23), establece una serie de normas con respecto de la determinación de las características técnicas de las obras, suministros o servicios a contratar cuyo objeto es primordialmente evitar los obstáculos innecesarios a la contratación. Así lo dispone de forma expresa el artículo 117.2 de conformidad con el cual *“las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*. Quiere esto decir que los órganos de contratación no pueden definir las condiciones técnicas del objeto del contrato de forma que queden excluidos de la contratación obras, suministros o servicios que cumplan la misma funcionalidad aún cuando sus características desde el punto de vista técnico puedan diferir de las previstas en el pliego.

De modo más exhaustivo regula este extremo el mismo artículo en sus apartados 3 y 4. El primero de ellos dispone que las prescripciones técnicas podrán definirse entre otros modos: *“a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención «o equivalente»”*.

Cuando lo hayan sido siguiendo este modelo *“el órgano de contratación no podrá rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones a las que se ha hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas”*.

Aplicando estas previsiones al caso presente, resulta que la argumentación de la recurrente se funda en el hecho de que, si bien su oferta no se ajusta en todo a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas, evaluada ésta en términos de

rendimiento resultaría incluso más eficiente que la resultante de las características técnicas exigidas en el pliego. Así las cosas, este Tribunal no puede por menos que reconocer la razón que asiste a la recurrente pues si bien no se pronuncia en cuanto al fondo de la cuestión planteada en sí por tratarse de una cuestión estrictamente técnica, sí debe hacerlo para exigir un pronunciamiento expreso del órgano de contratación sobre si puede considerarse que la oferta de IZASA DISTRIBUCIONES TÉCNICAS, S.A. cumple de forma equivalente los requerimientos técnicos que figuran en el pliego.

Asimismo debemos poner de manifiesto que la oferta técnica de la recurrente contiene consideraciones explícitas en relación con esta circunstancia sin que frente a ello pueda oponerse como hace el órgano de contratación en su informe el hecho de que tales explicaciones no figuren en lugar apropiado de la oferta sino en el que hace referencia a las mejoras ofertadas, pues nada impide que sean valoradas cualquiera sea el lugar de la oferta en que se hayan ubicado.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente en este punto el recurso anulando la adjudicación del contrato y retrotrayendo el procedimiento a fin de que la mesa de contratación, en base al informe previo de los técnicos si lo considera necesario, decida si la oferta de la recurrente cumple requisitos equivalentes a los exigidos por el pliego de tal forma que quede garantizada la obtención de un resultado acorde con los objetivos del pliego. Una vez acordado esto, deberá valorarse la oferta de la recurrente si procede y, en todo caso, adjudicar nuevamente el contrato a la oferta que resulte ser la económicamente más favorable.

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, por los argumentos de esta resolución, el recurso interpuesto por D^a. C.C.P, en representación de IZASA DISTRIBUCIONES TÉCNICAS, S.A. contra la Resolución de 8 de mayo de 2012 de la Mesa de Contratación de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, por la que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato de *“Suministro e instalación de un microscopio ‘spinning disk’ con módulo frap láser destinado al Instituto de Biología*

Fundamental y Genómica de Salamanca” y contra la resolución de 21 de los mismos mes y año del órgano de contratación a fin de que se proceda en la forma que se deriva de los fundamentos de derecho de esta resolución.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo art. 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 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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.