



Recurso nº 061/2014 C.A. Principado de Asturias 002/2014

Resolución nº 171/2014

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

En Madrid, a 28 de febrero de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.M.P. y D.E.R.R., en nombre y representación de OLYMPUS IBERIA, S.A.U., contra el Acuerdo del Consejo de Administración de 23 de diciembre de 2013 por el que se adjudica el contrato de suministro de "Equipamiento diverso para la dotación de salas de endoscopia para el nuevo Hospital Universitario Central de Asturias" (Exp. PA 114-13), licitada por Gestión de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias, S. A. U. (GISPASA), empresa pública del Principado de Asturias, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 17 de Septiembre de 2013 el Consejo de Administración Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias, S. A. U. (GISPASA), empresa pública del Principado de Asturias, aprobó los pliegos y la apertura del procedimiento de licitación del contrato de suministro de equipamiento diverso para la dotación de salas de endoscopia para el nuevo Hospital Universitario Central de Asturias, expediente PA 114-13. Se publicó el anuncio en el Perfil del Contratante de la entidad y el 24 de septiembre en el Boletín Oficial del Estado, enviándose para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea el 18 de noviembre de 2013.

El valor estimado del contrato es de 847.000 euros, IVA excluido, clasificado como suministro, referencias de nomenclatura CPV, 33168000-5 aparatos de endoscopia y endocirugía, 33124100 aparatos para diagnóstico, 33124110 sistemas de diagnóstico, 33168100 endoscopios, y 33169000 instrumentos quirúrgicos.

El contrato es por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con varios criterios de adjudicación.

De acuerdo con la cláusula 12.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) la proposición técnica se presenta en dos sobres cerrados, el sobre nº 2 *“proposición técnica-aspectos cualitativos”*, correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor, y el sobre nº 3 *“proposición técnica-aspectos cuantitativos”*, correspondiente a la documentación de los criterios evaluables de forma automática o mediante fórmula. En fin, en el sobre nº 4 se incluye la documentación correspondiente a la proposición económica, evaluable mediante fórmula.

La prescripción 2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece:

“Los equipos a suministrar tendrán que cumplir con las especificaciones, composición y características establecidas como mínimas en el apartado de “Especificaciones Técnicas”. Si alguna de las características establecidas en las especificaciones técnicas determinara una marca o modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión.

Se deberán cumplimentar las “Encuestas Técnicas” (una por cada modelo ofertado, señalando la marca, modelo de los equipos) que se adjuntan en el Pliego de Cláusulas Jurídicas. Si el licitador desea incorporar alguna información a mayores, deberá reflejarlo claramente y lo hará al final del documento.

En caso de que alguna Especificación Técnica pueda no corresponderse exactamente con su valor real, (una vez instalado el equipo), en el apartado correspondiente de la Encuesta Técnica deberá señalarse su valor con el margen de tolerancia establecido (en $\pm\%$) Las diferentes especificaciones (medidas, valores ...) que se soliciten de los equipos en la Encuesta Técnica, deben facilitarse en las unidades que se indican. Estas especificaciones técnicas deberán corresponder con las características que el equipo presentará una vez instalado.”

Por su parte, la prescripción 3.1.1 del PPT al definir las características técnicas del aparato denominado videoentoroscopio de alta definición establece lo siguiente:

“Videoenteroscopio de Alta Definición (1 Ud.).

- *Campo de visión frontal igual o superior a 1400.*
- *Diámetro externo inferior a 10 mm.*
- *Angulaciones mínimas: 1800 arriba, 1800 abajo, 160° derecha, 160° izquierda.*
- *Longitud trabajo igual o superior a 200 cm.*
- *Canal de instrumentos con un diámetro igual o superior a 2,7 mm.*
- *Canal auxiliar de agua.”*

Segundo. A la licitación concurrió la recurrente OLYMPUS IBERIA, S.A.U.

El 4 de noviembre de 2013 la mesa de contratación procede al examen de la documentación contenida en el sobre 1, referida a la documentación administrativa, siendo admitidos todos los licitadores.

El 8 de noviembre de 2013 la mesa en acto publico procede a la apertura del sobre 2, que incluye la documentación relativa a los aspectos cualitativos de la proposición técnica, criterios evaluables mediante juicio de valor, acordando remitir la documentación a la comisión de valoración para la elaboración del correspondiente informe técnico de evaluación.

El informe técnico se emite el 29 de noviembre de 2013. En él se propone la exclusión de OLYMPUS IBERIA, S. A. U. por no ajustarse su proposición a lo solicitado en el PPT en cuanto a los requisitos mínimos exigidos al no incluir en la oferta un videoenteroscopio de alta definición sino un videoenteroscopio con características de alta resolución. Igualmente se propone la exclusión de SISTEMAS TÉCNICOS ENDOSCÓPICOS, S. A. por no ajustarse a lo solicitado en el PPT si bien, en este caso, por no incluir en su oferta un videocolonoscopio pediátrico de alta definición.

El 5 de diciembre de 2013 la mesa examina el informe que considera conforme y aprueba, y seguidamente procede en acto público a comunicar los resultados de la valoración de las proposiciones incluidas en el sobre 2 y a la apertura de los sobres 3 y 4.

En un documento obrante en el expediente, con la misma fecha de 5 de diciembre de 2013, distinto del Acta de la mesa denominado *“lectura resultados sobre 2-proposicion técnica y apertura sobres 3 y 4”* y firmado por el Director Gerente de GISPASA, se señala en su punto 5 que *“los licitadores que han sido excluidos del procedimiento, no cumplen algún requisito mínimo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el procedimiento. Conforme lo dispuesto en el artículo 151.4.b) de Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, las razones de las mismas serán comunicadas expresamente en la notificación de adjudicación”*.

El 19 de diciembre la mesa procede a la valoración de la documentación obrante en los sobres 3 y 4, mediante la aplicación de la ponderación y fórmulas señaladas en el PCAP. De conformidad con la valoración resultante de las ofertas presentadas, la mesa acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación a SISTEMAS INTEGRALES DE MEDICINA, S. A.

El 23 de diciembre de 2013 el Consejo de Administración de GISPASA, de conformidad a la propuesta de la mesa, acuerda requerir a la empresa propuesta como adjudicataria para que en el plazo de diez días hábiles presente la documentación a que se refiere el artículo 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), facultando expresamente al Director Gerente para la realización de este trámite, así como adjudicar el contrato a SISTEMAS INTEGRALES DE MEDICINA, S. A., por 770.000 euros, más IVA, condicionando la adjudicación a la presentación de la documentación requerida y autorizando al Director Gerente para, constatada la entrega de la documentación, proceda a notificar la adjudicación.

Aportada la documentación requerida, el 9 de enero de 2014 el Director Gerente de GISPASA notifica individualmente la adjudicación a los licitadores, y en particular, a

OLYMPUS IBERIA, S. A. U. mediante fax remitido el mismo día, con reporte de recepción.

El 14 de enero de 2014 OLYMPUS IBERIA, S. A. U. mediante fax solicita acceso al expediente que le es concedido mediante comunicación remitida el 20 de enero de 2014.

Tercero. El 22 de enero de 2014 OLYMPUS IBERIA, S. A. U. anuncia al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación.

El 24 de enero de 2014, e igualmente ante el órgano de contratación, presenta recurso especial en materia de contratación, contra el acuerdo de adjudicación, solicitando la suspensión del acto.

En el suplico incorpora el siguiente *petitum*.

“(...) [Que] estimadas en su caso las presentes alegaciones, se dicte resolución en la que se proceda a la valoración de nuestra oferta, al haberse realizado una incorrecta valoración de los parámetros utilizados por su entidad para proponer la adjudicación de acuerdo con los criterios de valoración recogidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por el que se rige la convocatoria”.

Cuarto. El 27 de enero de 2014, el órgano de contratación remite el recurso con el expediente de contratación, acompañándolo de su informe, a este Tribunal.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, el 3 de febrero de 2013, da traslado del recurso interpuesto a los otros licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estiman oportuno, formulen las alegaciones que a su derecho convenga, habiendo formulado alegaciones el adjudicatario SISTEMAS INTEGRALES DE MEDICINA, S. A. oponiéndose al recurso.

Séptimo. Interpuesto el recurso, el 7 de febrero de 2014 este Tribunal dicta resolución por la que se acuerda el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de

contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

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 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y la cláusula tercera del convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales, el 3 de octubre de 2013 y publicado en el BOE el día 28 de octubre de 2013, toda vez que la entidad contratante tiene la consideración de poder adjudicador y depende de la Comunidad Autónoma.

Segundo. La recurrente es licitadora del procedimiento al que se refiere el acto de adjudicación recurrido, por lo que tiene legitimación activa para interponer el recurso conforme al artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre el acto de adjudicación y con él el previo acto de trámite cualificado de exclusión de un contrato de suministros, cuyo valor estimado es superior a 193.000 euros.

Por todo ello, los actos recurridos reúnen los requisitos, exigidos por el artículo 40.1.a) y 2.b) y c), en relación con el 15.1.b) del TRLCSP para poder considerarlos susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Hemos de examinar si el escrito de recurso ha sido interpuesto en plazo y forma, pues el órgano de contratación en su informe manifiesta que el recurso es extemporáneo.

A estos efectos, el artículo 44 del TRLCSP establece lo siguiente:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

(...)

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”

En este caso, el órgano de contratación consideró improcedentemente que no procedía notificar individualmente la exclusión hasta el momento en que se notificase la adjudicación conforme al artículo 151.4.b) del TRLCSP, por lo que no es sino desde que se remitió dicha notificación tanto de aquel acto de tramite cualificado, susceptible de recurso autónomo conforme al artículo 40.2.b) del TRLCSP, como de la resolución definitiva del procedimiento el acto de adjudicación que se inicia el plazo de interposición.

Asimismo, el recurrente ha anunciado previamente la interposición como prescribe el artículo 44.1 del TRLCSP.

Consiguientemente, el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

Quinto. El recurso se centra en la impugnación del acto de exclusión del recurrente producido el 5 de diciembre de 2013.

Sin una específica fundamentación jurídica en un precepto del ordenamiento, los argumentos del recurrente son que la prescripción 21.1 del PPT, antes transcrita, establece que *“si alguna de las características establecidas en las especificaciones técnicas determinara una marca o modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión”*, que si bien reconoce que no ofertó un videoenteroscopio de alta definición, aduce que el aparato ofertado da lugar a una imagen escalada a *“full alta definición 1080 líneas”*, por lo que la imagen de salida también será de alta definición, y, en fin, que de las tres empresas que han presentado oferta a este expediente, sólo SISTEMAS

INTEGRALES DE MEDICINA, S. A. dispone de este tipo de equipo en alta definición, y que la licitadora SISTEMAS TÉCNICOS ENDOSCÓPICOS no dispone de dicho equipo según la información disponible en su página web y según el catálogo que dice adjuntar pero que no acompaña al recurso.

El órgano de contratación opone en su informe que la comisión de valoración que efectuó el informe técnico conforme a las especificaciones de la prescripción 3.1.1 del PPT consideró que el equipo de alta definición presenta unas prestaciones en cuanto a calidad de imagen superiores a los equipos que únicamente ofrecen alta resolución, lo que es relevante al tratarse del único enteroscopia de este tipo del que dispondrá el servicio, asociado a la realización de una técnica específica para el estudio del intestino delgado y, en su caso, tratamiento de diversas patologías en el mismo, técnica en la que el Hospital al que se suministra es el centro de referencia para la Comunidad Autónoma de Asturias, de manera que un equipo de alta resolución no ofrece idénticas prestaciones a lo requerido en el PPT.

A esto añade que la salida de imágenes de alta definición requiere que todos y cada uno de los diferentes elementos que intervienen en el proceso, incluyendo videoprocador, cableados, pantalla y el propio videoenteroscopia alcancen características técnicas de alta definición, sin ser posible que el hecho de escalar una imagen a *"full alta definición 1080 líneas"* implique idénticos resultados que una imagen nativa en alta definición.

Por último, señala que no es cierta la exclusividad de SISTEMAS INTEGRALES DE MEDICINA, S.A. para suministrar dicho equipo en alta definición como acredita que el licitador SISTEMAS TÉCNICOS ENDOSCÓPICOS, que fue excluido por no oferta el videocolonoscopio pediátrico, sí ofertó, al igual que el adjudicatario, el videoenteroscopia de alta definición.

La adjudicataria en sus alegaciones, además de abundar en los argumentos del órgano de contratación, señala que ninguna de las características técnicas descritas en el PPT, que se requieren para el videoenteroscopia de alta definición, incluye mención a marca o modelo exclusivo.

Sexto. Entrando a examinar lo alegado por la recurrente en nuestra Resolución nº 007/2014, de 10 de enero, dictada en Recurso nº 873/2013 C.A. Región de Murcia 032/2013, señalamos que a través del procedimiento para la contratación, la entidad contratante define las prestaciones del contrato a celebrar. Así, mediante el pliego de prescripciones técnicas la entidad delimita el objeto del contrato y las prestaciones que lo constituyen. La Administración o entidad que pretende celebrar un contrato, a la vista de sus necesidades, pondrá en marcha el procedimiento de contratación previa definición de su objeto. En principio, el órgano de contratación es libre para configurar el contrato como estime necesario para el cumplimiento de sus fines, siempre y cuando el contrato permita satisfacer las necesidades que lo justifican, de conformidad con el artículo 22 del TRLCSP. Asimismo, el órgano de contratación debe velar porque los pactos, cláusulas y condiciones que se establezcan no resulten contrarios al ordenamiento jurídico – artículo 25 del TRLCSP- y particularmente, en relación a la definición de las prestaciones del contrato, el órgano de contratación debe ajustarse a los criterios que para el pliego de prescripciones técnicas prevén los artículos 116 y 117 del TRLCSP.

El artículo 116 del TRLCSP define los pliegos de prescripciones técnicas como los documentos que contienen las prescripciones técnicas particulares que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece el TRLCSP. El pliego de prescripciones técnicas contiene las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, según indica el artículo 68 del RGLCAP.

En el artículo 117 del TRLCSP se contienen una serie de reglas que deben respetar las prescripciones técnicas.

Así, en el número 2 del citado artículo se dispone que, 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.

El apartado 3 señala las formas en que habrán de definirse las prescripciones técnicas y los apartados 4 y 5 disponen.

“4. Cuando las prescripciones técnicas se definan en la forma prevista en la letra a) del apartado anterior, 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. A estos efectos, un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido podrán constituir un medio de prueba adecuado.

5. Cuando las prescripciones se establezcan en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, no podrá rechazarse una oferta de obras, productos o servicios que se ajusten a una norma nacional que incorpore una norma europea, a un documento de idoneidad técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o al sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, siempre que estos documentos técnicos tengan por objeto los rendimientos o las exigencias funcionales exigidos por las prescripciones.

En estos casos, el licitador debe probar en su oferta, que las obras, productos o servicios conformes a la norma o documento técnico cumplen las prescripciones técnicas establecidas por el órgano de contratación. A estos efectos, un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido podrán constituir un medio adecuado de prueba.”

En fin, el apartado 7 define lo que se entiende por “organismos técnicos oficialmente reconocidos”.

De otro lado, en el número 8 del mismo artículo se indica que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en

aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención “o equivalente”.

En todo caso, los preceptos transcritos no constituyen sino una concreción de los principios que para la contratación pública establece el artículo 1 del TRLCSP y la Directiva 2004/18/CE –en su artículo 23-; principios que derivan del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En particular, estos artículos constituyen el reconocimiento por la legislación de contratación pública de los principios de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se derivan, que son el principio de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Volviendo al recurso, es en el sentido de hacer cumplir el mandato del artículo 117 del TRLCSP como ha de entenderse la salvedad de la prescripción 2.1 del PPT de que *“si alguna de las características establecidas en las especificaciones técnicas determinara una marca o modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión”*.

Ahora bien, tal previsión no es de aplicación a las características técnicas exigidas al videoenteroscopia de alta definición en la prescripción 3.1.1 del PPT, pues en la misma no se contiene una referencia a marca ni tampoco a un modelo exclusivo, sino a características generales.

Además, el propio recurrente reconoce que no ofertó el equipo exigido sino otro distinto sin que la afirmación de que el equipo ofertado por él ofrece las mismas características funcionales, por las características de resolución de la imagen final, se vea acompañado del un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido que pudiera constituir un medio adecuado de prueba como explicita el artículo 117.5 del TRLCSP.

En fin, la hipotética exclusividad alegada no es tal, pues no se acredita que la misma exista a favor de un determinado o determinados suministradores, sin que baste para ello asegurar que sólo de los tres licitadores uno, el adjudicatario, disponía de ellos, pues eso

no supone por sí cláusula de exclusividad impuesta por los fabricante, tanto más cuanto no se define marca o modelo, y en fin, cuando la afirmación contradice abiertamente los hechos por cuanto el equipo fue ofertado además de por el adjudicatario por otro licitador.

En consecuencia debe rechazarse el recurso por carecer de todo fundamento.

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. R.M.P. y D.E.R.R., en nombre y representación de OLYMPUS IBERIA, S.A.U., contra el Acuerdo del Consejo de Administración de 23 de diciembre de 2013 por el que se adjudica el contrato de suministro de "Equipamiento diverso para la dotación de salas de endoscopia para el nuevo Hospital Universitario Central de Asturias" (Exp. PA 114-13), licitada por Gestión de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias, S. A. U. (GISPASA).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 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 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 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.