



**Recursos nº 279 y 303/2014 C.A. Illes Balears 024 y 026/2014**

**Resolución nº 395/2014**

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

En Madrid, a 23 de mayo de 2014.

**VISTOS** los recursos interpuestos por D. E.A.B., en representación de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U (recurso 279/2014), y por D. J.C.A.G., en representación de la DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A. (recurso 303/2014), contra los pliegos regidores del procedimiento de “arrendamiento financiero con opción de compra, del equipamiento de anestesia y respiración para el nuevo Hospital Can Misses en Ibiza”, convocado por el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El órgano de contratación del Servicio de Salud de las Illes Balears convocó, mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado de los días 25 y 29 de marzo de 2014, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, del equipamiento de anestesia y respiración para el nuevo Hospital Can Misses en Ibiza.

**Segundo.** Con fecha de 4 de abril de 2014, D. E.A.B., en representación de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, y respectivamente, PCAP y PPT) aplicable al referido contrato.



El 10 de abril de 2014 D. J.C.A.G., en representación de la DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A. (en lo sucesivo, DRÄGER), interpuso también recurso especial contra los mencionados pliegos del contrato de referencia.

**Tercero.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en lo sucesivo) se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido el mismo y el correspondiente informe del órgano de contratación, previsto en el mismo precepto ahora señalado.

Forma parte del expediente administrativo un certificado emitido por el jefe de la Oficina del Registro del Servicio de Salud de las Illes Balears, en el que se manifiesta que “no existen entradas relacionadas con la presentación de documentación destinada al concurso de referencia”.

**Cuarto.** El 16 de abril de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSF, de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

## **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 TRLCSF y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears el 29 de noviembre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 19 de diciembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 10 de diciembre de 2012.



**Segundo.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación de acuerdo con el artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recursos números 279/2014 IB 024/2014 y 303/2014 IB 026/2014, al guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión por impugnarse en ambos casos, y por similares motivos, los pliegos aplicables al contrato de continua referencia.

**Tercero.** El contrato objeto de los recursos que se consideran es un contrato de suministros (el artículo 9.1 del TRLCSP los define como “los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles”), susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Es objeto de ambos recursos los Pliegos por el que se rige el citado contrato, acto susceptible de recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

**Cuarto.** Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por personas legitimadas para ello (artículo 42 del TRLCSP), pues las empresas recurrentes pueden, por razón de su objeto, concurrir a la licitación, cuyos Pliegos consideran contrarios a derecho y a sus intereses.

**Quinto.** Procede examinar si los recursos han sido interpuestos dentro del plazo de quince días hábiles establecido al efecto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, a cuyo tenor *“cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en el que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”*.

Sobre este requisito, el Tribunal hace suyo el criterio manifestado por la Audiencia Nacional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, recurso 264/2011) en su sentencia de 30 de octubre de 2013, con arreglo al cual, en supuestos



como el que se examina, el *dies a quo*, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos es el día en que tiene lugar la publicación de los anuncios de licitación, pues desde esta fecha pudo el interesado acceder al pliego en el lugar indicado en los anuncios.

Así las cosas, dado que en el supuesto que se examina no hay constancia de que los recurrentes solicitaran la remisión de los pliegos, y teniendo en cuenta que los anuncios de la licitación se publicaron en el DOUE y en el BOE los días 25 y 29 de marzo de 2014 respectivamente, ha de entenderse que ambos recursos han sido interpuestos dentro del plazo legalmente previsto.

**Sexto.** En cuanto al fondo del recurso se refiere, en primer lugar se invoca por la mercantil GENERAL ELECTRIC, en el recurso 279/2014, la coincidencia absoluta entre uno de los criterios de adjudicación y una mejora objeto de valoración en este proceso de licitación.

Efectivamente, en el cuadro de criterios de adjudicación del contrato (página 11 del PCAP), se dispone

A. CRITERIOS DE VALORACIÓN:

B. **LOTE 1: Respiración/anestesia**

	<b>Criterios evaluables mediante fórmulas</b>	<b>100 puntos</b>
1.	Oferta económica	75 puntos
2.	Oferta técnica Mejoras	
2.1.-	Disponibilidad de los equipos	10 puntos
2.2.-	Mejoras en determinados artículos	15 puntos

En el apartado 2. Oferta técnica Mejoras, en concreto en el punto 2.2., se dispone:

**“2.2.- Mejoras en determinados artículos (puntuación máxima 15 puntos)**

*Documentación a aportar por el licitador:*

*Para la valoración del presente apartado los licitadores adjuntarán ficha técnica de valoración de criterios rellena.*



*Criterio de Valoración: Se valorará cada especificación técnica mejorada en la forma que a continuación se detalla:*

#### **MAQUINA DE ANESTESIA COMPATIBLE CON RM**

- *Si ofrece que la pantalla de la máquina de anestesia sea a todo color para monitorización y que el control de ventilación con representación de curvas que sean configurables. 2,5 Puntos*
- *Si ofrece que el sistema de ventilación sea por pistón. 5 Puntos*

#### **MAQUINA DE ANESTESIA CON MONITORIZACIÓN**

- *Si ofrece que la pantalla de la máquina de anestesia sea a todo color para monitorización y que el control de ventilación con representación de curvas que sean configurables. 2,5 Puntos*
- *Si ofrece que el sistema de ventilación sea por pistón. 5 Puntos”.*

(El subrayado es nuestro)

Por su parte, en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en el apartado 3 de “Prescripciones generales”, se manifiesta:

*“Como **Anexo I** al presente se incluyen las fichas técnicas con las especificaciones MÍNIMAS que deben cumplir cada uno de los artículos objeto del contrato. El licitador deberá rellenarlas, indicando si el equipamiento ofertado cumple con los mínimos exigidos por las fichas. El licitador debe presentar la documentación técnica que justifique el cumplimiento de cada una de las especificaciones de las fichas y referenciar en las fichas la página y documento soporte.*

*Las especificaciones de las fichas técnicas del Anexo I son de obligado cumplimiento para todos los artículos que son objeto del presente concurso. El licitador cuyos artículos ofertados no cumpla con alguna de las especificaciones será excluido de la licitación. El licitador NO podrá presentar en su oferta variantes”.*



En la ficha 205: MÁQUINA DE ANESTESIA COMPATIBLE CON RM, incorporada al mencionado Anexo I, se consigna como requisito técnico específico: “Pantalla a todo color para monitorización y control de ventilación con representación de curvas configurables. Especificar otros”.

En la ficha 206: MÁQUINA DE ANESTESIA CON MONITORIZACIÓN, se consigna como requisito técnico específico: “Pantalla a todo color para monitorización, control de ventilación y gases, con representación de curvas configurables”.

El subrayado de estos dos últimos párrafos se ha efectuado por este Tribunal con la finalidad de consignar con claridad la identidad absoluta existente entre estas características configuradas como requisitos o prescripciones mínimas de las máquinas que se ofertan en el pliego de prescripciones técnicas, y las que se configuran en el pliego de cláusulas administrativas particulares como mejoras valorables.

Al respecto, y sin perjuicio de que posteriormente nos refiramos brevemente a la doctrina existente sobre las mejoras, lo que sí que cabe manifestar es la imposibilidad de que, tal y como está descrito este elemento de los aparatos objeto del contrato, con absoluta identidad como se ha podido comprobar, pueda configurarse como prescripción mínima y también como mejora susceptible de valoración. De este modo, y no correspondiendo, ni estando tampoco en condiciones de efectuarlo por la especificidad de la materia este Tribunal, manifestamos que corresponde al órgano de contratación determinar si se trata de una prescripción mínima o una mejora, anulándose los pliegos en la parte relativa a los contenidos ahora transcritos.

A este respecto, y de forma muy breve, señalar que, por lo que se refiere a las mejoras o variantes, el establecimiento de las mismas, viene a ser una quiebra del principio de que no se pueden realizar más de dos proposiciones en un mismo procedimiento de licitación (Informe 19/04 de 12 de noviembre de 2004 de la JCCA), y sólo se admite en las condiciones establecidas por el artículo 147 del TRLCSP que las permite *“...siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal*



*posibilidad”, y “se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”. Estos requisitos, y en especial la previa concreción de las mejoras, son esenciales en aras de garantizar el respeto al principio de igualdad de trato de los licitadores, tal y como nos pronunciamos en la resolución 97/2013 con cita de la sentencia de 16 de octubre de 2008 dictada por el TJUE (asunto Traunfellner, C-421/01, Rec.p.I- 11941).*

**Séptimo.** En segundo lugar se invoca por GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U que en la ficha 205: MAQUINA DE ANESTESIA COMPATIBLE CON RM, se recoge como requisito técnico específico, y por tanto de ineludible cumplimiento de conformidad con lo previsto en el ya mencionado apartado 3 de prescripciones generales del PPT el **“sistema electrónico de mezcla de gases”**. Se señala por la mercantil recurrente que dicha característica técnica, entendida como un sistema de válvulas proporcionales controladoras por microprocesador, no es cumplida por ninguna casa que comercialice sus productos en la Unión Europea.

Tal alegación, y con fundamento en el informe remitido por el órgano de contratación, procede ser estimada, debiéndose sustituir la mencionada expresión “sistema electrónico de mezcla de gases”, por “sistema de mezcla de gases”. En todo caso, consideramos conveniente que por parte del órgano de contratación se proceda al análisis y constatación de la posible concurrencia de esta circunstancia, la de no existir ningún oferente que comercialice un producto con esta prescripción, que de ser cierta, impediría que ninguna empresa ofreciera producto alguno, con el consiguiente perjuicio que esta situación le provocaría al mismo.

En este mismo orden de alegaciones, se manifiesta que la mejora anteriormente consignada respecto de las dos máquinas, la de anestesia compatible con RM y la de anestesia con monitorización, consistente en **“ofrecer que el sistema de ventilación sea por pistón”** sólo puede ser ofertada por una empresa, al ser exclusiva de los equipos de anestesia de un única compañía, implicando esta circunstancia que tanto GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U como el resto de las casas comerciales, estuvieran compitiendo en desigualdad de condiciones en esta licitación respecto de aquella que, sí dispone en sus máquinas de anestesia, del sistema de ventilación por pistón.



Pues bien, al respecto consideramos que como se trata de una mejora, es posible que la misma efectivamente redunde en una prestación del servicio de la máquina con mayor calidad o garantía que puede ser valorado por el órgano de contratación, resultando a este respecto de plena aplicación la doctrina anteriormente expuesta sobre las variantes y mejoras. Así efectivamente, en el informe remitido por el órgano de contratación se especifican los beneficios que aporta el sistema de ventilación por pistón, que se valoran como una mejora y en ningún caso como una causa de exclusión, de forma que procede la desestimación de esta alegación.

En todo caso, y abundando en ella, cabe destacar la resolución núm. 155/2011, de 8 de junio de 2011 de este mismo Tribunal (así como las resoluciones núm. 69/2012, 203/2012 y más recientemente en la núm. 173/2013) en la que se marcan las siguientes directrices sobre las mejoras, exigiéndose que: *“se expresen de modo previo a la presentación de ofertas (normalmente, en el momento de su requerimiento) los **“requisitos, límites, modalidades, características que permitan identificar la mejora suficientemente”** y sus criterios de valoración, para evitar una infracción del principio de igualdad, pues, de otro modo, se aleja al libre arbitrio del órgano de contratación su valoración”*.

**Octavo.** Adentrándonos ahora ya en las alegaciones del recurso presentado en segundo lugar, el número 303/2014 interpuesto por DRAGËR MEDICAL HISPANIA S.A., se expone en primer lugar que en las fichas 315 y 316, en la medida en que recogen varias referencias a **“Trabajo respiratorio del paciente y del respirador”**, vulneran la regla de la igualdad del artículo 1 del TRLCSP, por tratarse de características innecesariamente excluyentes y ser este valor un dato sin trascendencia clínica que analiza y presenta en pantalla los equipos de una marca comercial (Maquet). Por el mismo fundamento se impugna también la ficha 314.

En cuanto a las mencionadas fichas técnicas, hemos de señalar que tanto en la 315: RESPIRADOR NEONATAL, como en la 316: RESPIRADOR VOLUMÉTRICO, sólo en una ocasión se ha encontrado la mencionada expresión que a su juicio vulnera el principio de igualdad, y expuesta de la siguiente manera entre los requisitos técnicos específicos: *“Capacidad para monitorizar los parámetros de todas las estrategias respiratorias: Frecuencia resp., Presión en vías aéreas de pico, media y pausa, PEEP,*



*Volumen tidal inspirado y espirado, Volumen minuto inspirado y espirado, I:E, Complianza estática, PEEP total, Trabajo respiratorio del paciente y del respirador*”.

En relación con esta alegación, expuesta de forma absolutamente somera e insuficiente, sin la más mínima prueba que permita, al menos indiciariamente acreditar ser cierto lo alegado, y transcrita la prescripción técnica que la recoge (sólo una vez en cada una de las dos fichas), consideramos que procede la desestimación de la misma.

En todo caso, y como se expone por el órgano de contratación en su informe, del trabajo respiratorio se habla en el punto en el que se indica que el equipo debe tener “capacidad para monitorizar los parámetros de todas las estrategias respiratorias”, y con una intención meramente informativa se han enumerado una serie de parámetros, entre los que se incluye el del “trabajo respiratorio del paciente y del respirador”, de modo que, como ya hemos señalado, la infundada alegación con respecto a la misma, no cabe sino ser desestimada.

En segundo lugar, y con idéntico fundamento al anterior, se impugna la ficha 314 en cuanto al requisito “PSV-ST” relativo a la presión controlada. Aunque la falta de acreditación de este extremo sería suficiente para la desestimación de esta alegación, hemos también de invocar lo expuesto por el órgano de contratación, que señala que se trata de unas siglas reconocidas en el mercado y usadas por algunos fabricantes, y que indican que los equipos tienen que tener el modo de ventilación con presión de soporte y back-up de apnea (ventilación de reserva, de apnea, de seguridad, etc), disponiendo de ella la mayor parte de los equipos. En todo caso, podría quizás ser conveniente que se especificase en los pliegos en que consiste la presión controlada por “PSV-ST”, en los mismos términos en cómo se ha efectuado en el mencionado informe.

En tercer lugar se formula una alegación incompleta e ininteligible, al señalar que se impugna un punto de las fichas 315 y 316, sin especificar cuál es, y que en todo caso consideran que conlleva obsolescencia tecnológica ya superada. No es posible por tanto su análisis y procede su desestimación.

En último lugar y con respecto a la especificación técnica, también de ambas fichas 315 y 316, consistente en “Trigger por presión entre -0,25 y -10 cm H<sub>2</sub>O. Especificar rango”,



señala el recurrente que debió especificar rango sin más consideraciones, desoyendo por tanto las prescripciones del pliego y de las fichas que expresamente señala que por parte del licitador se debe "especificar el rango". Por lo expuesto procede también su desestimación.

Por todo lo expuesto,

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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto D. E.A.B., en representación de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. (recurso 279/2014 IB 024/2014) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del referido contrato, anulando el apartado 2.2 del cuadro de criterios de valoración del PCAP y las fichas 205 y 206 del Anexo I del PPT, ordenando la retroacción de las actuaciones y la elaboración de unos nuevos Pliegos adaptados a las consideraciones contenidas en el Fundamento de Derecho Sexto y Séptimo de la presente Resolución.

**Segundo.** Desestimar el recurso interpuesto D. J.C.A.G., en representación de la DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A. (recurso 303/2014 IB 026/2014), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del referido contrato.

**Tercero.** Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación acordada de conformidad con los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

**Cuarto.** 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 las Illes Balears, 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 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.