



Exp. Junta Consultiva: RES 9/2020

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de subministrament d'un dissector ultrasònic per a cirurgies hepàtiques de l'Hospital Universitari Son Llàtzer

HSSL207/2020

Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: DISMEVAL, SL

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 13 de novembre de 2020

Atès el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa DISMEVAL, SL, contra la Resolució del director gerent de l'Hospital Universitari Son Llàtzer per la qual s'aproven, entre d'altres, els plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques del contracte de subministrament d'un dissector ultrasònic per a cirurgies hepàtiques de l'Hospital Universitari Son Llàtzer, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 13 de novembre de 2020, ha adoptat l'Acord següent:

Fets

1. El 8 d'agost de 2020, el director gerent de l'Hospital Universitari Son Llàtzer (en endavant, l'HSSL) va dictar la Resolució per la qual s'aproven l'expedient, la despesa, i els plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques del contracte de subministrament d'un dissector ultrasònic per a cirurgies hepàtiques de l'HSSL, per procediment obert, el valor estimat del qual és de 45.000 euros.

En la mateixa data, el director gerent de l'Hospital, va dictar la Resolució per la qual s'inicia l'expedient de contractació.

El procediment d'adjudicació es regeix per la Llei 9/2017, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP).

2. El 10 d'agost de 2020, es van publicar en la plataforma de contractació del sector públic l'anunci de la licitació i els plecs de la clàusules administratives particulars (en endavant, PCAP) i de prescripcions tècniques (en endavant, PPT) que l'havien de regir.

El termini de presentació d'ofertes finalitzava el 25 d'agost a les 14.00 hores.

3. D'acord amb les dades del registre d'entrada d'ofertes en la plataforma de contractació del sector públic, en data 24 d'agost de 2020 a les 13:36 hores l'empresa DISMEVAL, SL, va presentar oferta.
4. El mateix dia a les 14.38 hores, la representant de l'empresa DISMEVAL, SL, va presentar al registre electrònic del Ministeri d'Hisenda i Funció Pública, adreçat al Servei de Salut de les Illes Balears, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució del director gerent de l'HSLI per la qual s'aproven l'expedient, la despesa, i els plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques del contracte de subministrament d'un dissector ultrasònic per a cirurgies hepàtiques de l'Hospital. Aquest recurs va tenir entrada a l'oficina principal del registre de l'Ibsalut dia 25 d'agost de 2020 a les 08:31 hores.
El recurs especial es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 7 de setembre de 2020.

La recurrent fonamenta el recurs en els arguments següents:

- Les previsions del plec de prescripcions tècniques, que també s'inclouen en el quadre de criteris d'adjudicació del contracte del plec de clàusules administratives particulars, són tan concretes que coincideixen literalment amb un model i marca determinat (l'Aspirador Ultrasònic «Cusa Excel»). És a dir, que tan sol podrà tenir accés al contracte de subministrament el licitador que aporti el Disector concret d'aquesta marca.
- A més, el fet de no complir l'apartat 3.1 «Especificaciones técnicas mínimas» suposaria l'exclusió automàtica de l'oferta presentada.
- I, encara que el fet de no complir les previsions de l'apartat 3.2 «Especificaciones técnicas adicionales» no suposaria l'exclusió de l'oferta, influiria directament en la seva valoració i, per tant, en el resultat de la licitació.

— Tot això limita l'accés a la licitació i vulnera els principis d'igualtat, bona fe i lliure concurrència.

Amb aquests arguments, la recurrent sol·licita que es declari nul·la la Resolució impugnada.

Així mateix, també sol·licita, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de la Resolució impugnada, atesos els perjudicis d'impossible o difícil reparació que li causaria la continuació de la licitació.

5. En data 25 d'agost de 2020 a les 09:40 hores l'empresa DISMEVAL, S.L., va presentar una altra oferta.
6. D'acord amb l'article 118 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, s'ha donat audiència als licitadors.
7. L'11 de setembre de 2020, mitjançant Resolució de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, s'ha desestimat la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució impugnada.
8. D'acord amb l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, s'ha sol·licitat a l'òrgan de contractació la tramesa de l'expedient i de l'informe jurídic corresponent, el qual l'ha tramès el 15 d'octubre de 2020.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'aproven els plecs d'un contracte de subministrament tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.
2. Contra aquest acte es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

3. L'empresa DISMEVAL, SL, va interposar el recurs especial en matèria de contractació i l'ha interposat mitjançant representant acreditat i dins termini adequat.
4. No obstant l'esmentat al paràgraf anterior, hem d'analitzar seguidament la qüestió relativa a l'admissibilitat del recurs, ja que d'acord amb allò exposat en el punt tercer, quart i cinquè dels fets, la recurrent va presentar dues ofertes: la primera dia 24 d'agost de 2020 a les 13:36 hores, en data 25 d'agost de 2020 a les 08.31 hores va presentar el recurs especial i en la mateixa data a les 09:40 hores va presentar l'altra oferta.

Així, en referència a la qüestió d'admissibilitat, l'article 50.1 b) quart paràgraf de la LCSP estableix el següent:

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Aquest article 50 de la LCSP, si bé fa referència al recurs especial en matèria de contractació que resol el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, es pot aplicar per analogia al que resol la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en la nostra Comunitat Autònoma, que també té caràcter d'especial en matèria de contractació.

Per tot això i tenint en compte que l'empresa recurrent ha presentat la seva oferta (la primera) dia 24 d'agost de 2020 a les 13:36 hores, acceptant de manera incondicional el contingut de la totalitat de les clàusules contemplades en els plecs que integren l'expedient de contractació, resulta inadmissible la presentació d'aquest recurs.

La previsió legal de l'article 50.1 de la LCSP, abans esmentat, respon al caràcter vinculant dels plecs per aquells licitadors que hagin presentat les seves proposicions, la qual cosa lis impossibilita impugnar-los després de la formulació de la seva proposició, atès que això suposa i conforme al tenor taxatiu de l'article 139.1 de la LCSP:

La aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Per tal raó, una vegada formulada pel licitador, l'oferta queda subjecta de manera incondicionada al contingut dels plecs, els consent i perd amb això la possibilitat d'impugnar-los, amb l'excepció que

contempla el precepte propi relatiu a la concurrència d'una causa de nul·litat de ple dret. (Resolució nº728/2019 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en endavant TACRC).

En qualsevol cas, s'ha de ressenyar que, en l'expedient de contractació de referència no concorre cap de les circumstàncies de l'article 39 de la LCSP relatives a la nul·litat de ple dret.

Seguint amb la Resolució nº728/2019 del TACRC, diferent és, la situació de l'empresari que, estant interessat a concórrer en la licitació i advertint l'existència de qualche vici de legalitat en els plecs, interposa recurs davant els mateixos i, per evitar veure's perjudicat davant una desestimació eventual del recurs, atès el caràcter preclusiu del termini de presentació de proposicions, formula de manera posterior la seva oferta en el procediment de licitació, en el qual ja ha impugnat els plecs. En aquest cas, el recurs seria admissible.

En definitiva, en el règim establert per la LCSP, l'admissibilitat del recurs especial davant els plecs requereix que quan l'empresari estigui interessat en una licitació i adverteixi que en els plecs hi ha qualche vici d'invalidesa que estimi procedent qüestionar i que no constitueixi un supòsit de nul·litat de ple dret, hagi d'impugnar els plecs abans de presentar la seva oferta perquè el seu recurs resulti admissible i una vegada formulat el recurs, si el vici d'invalidesa denunciat no li impossibilita participar en la licitació, haurà de formular la seva proposició en dit procediment.

En el nostre cas, pel contrari, s'ha incorregut per part de la recurrent en el supòsit d'inadmissibilitat de l'article 50.1 b) de la LCSP que hem analitzat, atès que s'han impugnat els plecs després d'haver-los acceptat de manera incondicionada, mitjançant la presentació prèvia de la proposició per participar en el procediment de licitació.

Així, consta acreditat que l'empresa recurrent va interposar el recurs especial dia 25 d'agost de 2020 a les 08:31 hores contra els plecs, després d'haver presentat amb anterioritat dia 24 d'agost a les 13:36 hores la proposició per participar en el procediment de licitació, els plecs dels quals impugna i en posterioritat en data 25 d'agost de 2020 a les 09:40 torna a presentar una altra oferta.

Sembla que la presentació d'una oferta posterior a la presentació del recurs, es va fer amb la intenció de poder acreditar la legitimació per la

interposició del recurs.

La Plataforma de Contractes del Sector Públic permet la presentació per part del mateix licitador de més d'una oferta.

Atès que una vegada presentada l'oferta no es permet la seva modificació, els licitadors creen una nova oferta en el mateix procediment i la presenten, en la convicció que aquesta nova presentació, per si mateixa, fa decaure automàticament la primera, ja que no és admissible més que la presentació d'una sola oferta (article 139.3 LCSP). Cosa que no és així, ja que llevat que el licitador hagi renunciat expressament a la primera oferta i l'hagi comunicat a l'òrgan de contractació, en la primera actuació de la mesa, hi constaran totes les ofertes que hagi presentat cada licitador.

En el cas present i d'acord amb l'informe emès per la cap de secció del servei contractació de l'HSL del Servei de Salut de les Illes Balears de dia 23 d'octubre de 2020, consta que no va haver cap comunicació a l'òrgan de contractació de retirada de la primera oferta per part de l'empresa recurrent.

Per tot això, estam davant un supòsit d'inadmissibilitat ja que s'ha interposat el recurs per una empresa que de manera prèvia havia presentat proposició acceptant incondicionadament els plecs que a posteriori pretén impugnar, havent d'analitzar si es dóna l'excepció prevista en relació amb l'existència d'un vici de nul·litat de ple dret, tot i que en aquest punt, la conclusió és negativa.

En conseqüència, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears ha d'inadmetre el recurs especial per manca de legitimació de l'empresa DISMEVAL, SL, perquè ha presentat una oferta prèvia a la presentació del recurs, tot i que s'ha d'advertir a l'òrgan de contractació que no hauria d'haver admès a la licitació cap de les proposicions subscrietes per aquesta empresa, en aplicació d'allò que disposa l'article 139.3 de la LCSP.

5. En tot cas, si bé el recurs s'ha d'inadmetre per manca de legitimació, farem algunes observacions respecte a les al·legacions presentades, però abans hem d'assenyalar que és l'òrgan de contractació el que, coneixedor de les necessitats administratives que demanda l'Administració i coneixedor també de la millor manera de satisfer-les, ha de configurar l'objecte del contracte atesos aquests paràmetres, sense que aquesta discrecionalitat en la conformació de la prestació a contractar pugui ser substituïda per la voluntat dels licitadors i sense que la major o menor obertura a la

competència d'un determinat procediment d'adjudicació hagi de suposar en si mateixa una infracció dels principis de competència, lliure accés a les licitacions i igualtat i no discriminació, quan troba el seu fonament en les necessitats o fins a satisfer mitjançant la contractació de què es tracti. (Resolució 69/2019 del Tribunal Administratiu de Contractes Públics de Canàries).

Així, l'article 28.1 de la LCSP disposa com a requisit d'eficiència, la precisió en la determinació de l'objecte del contracte en disposar que:

Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

6. En el quadre de característiques del contracte del PCAP consta que l'objecte del contracte és el «Suministro de un disector ultrasónico para cirugías hepáticas para el Servicio de Cirugía del Hospital Universitario Son Llàtzer»

La Clàusula 2 del PPT, preveu, entre d'altres, que:

2.1 Los equipos a suministrar serán Nuevos a estrenar y tendrán que cumplir con las especificaciones, composición y características establecidas como mínimas en el apartado 3, "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.

La Clàusula 3 del PPT preveu el següent:

3. Especificaciones técnicas.

Suministro de un disector ultrasónico para el servicio de cirugía del Hospital Son Llàtzer, con las especificaciones técnicas que a continuación se detallan. Las especificaciones técnicas del apartado 3.1 tienen la consideración de mínimas tanto en cuanto su no cumplimiento es objeto de exclusión. Las detalladas en el apartado 3.2 serán objeto de valoración de acuerdo con los criterios que se establecen en el pliego de Cláusulas Particulares Administrativas.

[...]

3.1 Especificaciones técnicas mínimas.

- . Aspirador quirúrgico ultrasónico con fragmentación, irrigación y aspiración simultánea.
- . Válido para cirugía hepática y neurocirugía.
- . Con pantalla de visualización de datos preseleccionable.

- . Diferentes potencias de fragmentación.
- . Piezas de mano incluidas.
- . Accesorios para montaje y desmontaje de piezas de mano incluidos.
- . Diferentes puntas quirúrgicas según necesidades.
- . Carro de transporte incluido.
- . Fragmentación longitudinal y axial.
- . Sistema autónomo con circuito de aspiración independiente incluido en la unidad.
- . Sistema electromagnético con circuito de refrigeración interno y flujo de 35-50 cc/min para evitar calentamiento de pieza de mano.
- . Función de selección de tejido "TissueSelect" en 5 niveles, que module la fragmentación del tejido.
- . Función de trabajo en modo laparoscópico.

3.2 Especificaciones técnicas adicionales.

- . Posibilidad de electrocoagulación y ultrasonidos en una sola pieza de mano.
- . Frecuencia nominal de 23 y 35,75 kHz.
- . Amplitud máxima del terminal de 23 kHz: Hasta 355 micrones en pieza de mano recta y hasta 183 micrones en pieza de mano angulada.
- . Amplitud máxima del terminal de 36 kHz: Hasta 210 micrones en pieza de mano recta.

I el punt B.3 del quadre de criteris d'adjudicació del contracte del PCAP preveu, en relació amb els criteris avaluables mitjançant judici de valor, el següent:

3- Adecuación técnica, máximo 45 puntos.

Se valorarán todos aquellos aspectos detallados en el apartado "3.2 Especificaciones técnicas adicionales" del pliego de cláusulas técnicas.

Forma de valorar: Cuando las características del equipo sean objeto de valoración se adapten perfectamente a las necesidades del servicio, se obtendrá la puntuación asignada a cada una de las características que se valoran. Si no se adaptan perfectamente a las necesidades del servicio la puntuación será 0.

Características adicionales:

- . Posibilidad de electrocoagulación y ultrasonidos en una sola pieza de mano 15 puntos.
- . Frecuencia nominal de 23 y 35,75 kHz..... 10 puntos.
- . Amplitud máxima del terminal de 23 kHz: Hasta 355 micrones en pieza de mano recta y hasta 183 micrones en pieza de mano angulada..... 10 puntos.
- . Amplitud máxima del terminal de 36 kHz: Hasta 210 micrones en pieza de mano recta 10 puntos.

7. Al·lega el recurrent que tan sol podrà tenir accés al contracte de subministrament el licitador que aporti el Disector concret d'aquesta marca.

Aquesta Junta Consultiva, no disposa del coneixement necessari del mercat per a determinar si l'equip sol·licitat pot ser ofert per distints proveïdors en lliure competència o per destriar sobre un eventual afavoriment a l'hora

d'establir les especificacions tècniques i els criteris d'adjudicació, però aquesta al·legació s'ha de desestimar ja que en compliment del disposat a la clàusula 2.1 del PPT :

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.

Per tant, no hi ha dubte que les ofertes tècniques que no compleixin les exigències mínimes previstes en la clàusula 3.1 del PPT han de ser excloses del procediment de licitació, llevat que el requisit sol·licitat es refereixi a una marca o producte exclusiu ja que en aquest cas no es podria determinar l'exclusió en compliment del disposat a la clàusula 2.1 del PPT si l'equipament ofert té funcionalitats equivalents.

Així s'ha manifestat el TACRC en la Resolució n°1042/2017, en relació amb un recurs sobre un plec amb una redacció idèntica al plec objecte del present recurs.

Aquesta interpretació també resulta de l'informe tècnic de dia 4 de setembre de 2020, emès pel director gerent de l'HSLL:

En base a la anterior normativa y doctrina, consideramos que en el pliego (PPT) se da un amplio margen para la presentación de equipos de diferentes marcas y modelos siempre que se ajusten a las especificaciones técnicas, pues se recoge textualmente en el punto 2 " Prescripciones Generales" que si algunas 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.

Lo reflejado en las especificaciones técnicas obedece a las características que como mínimo debe tener el aparato/sistema, con el fin de garantizar una prestación adecuada, teniendo en cuenta que se trata de un ámbito tan sensible como la salud pública. El órgano contratante desconoce si en la industria tecnológica existen aparatos o fabricantes que supongan una mejora o innovaciones respecto a las especificaciones técnicas. Por ello, entendemos que no se conculca el principio de concurrencia.

(...)

Partiendo de la base que el órgano contratante es quién mejor conoce los suministros que necesita y las exigencias que se deben cumplir, y con el fin de no obstaculizar la competencia, consideró *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.*

Es decir, la efectividad del “apartado 3.1. Especificaciones técnicas mínimas, tan solo sería aplicable en el supuesto que no concurriese la circunstancia contemplada en el punto 2 apartado 2.1 Prescripciones Generales del PPT.”

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene declarando que las prescripciones técnicas no deben reproducir características clave de los productos o servicios que ofrece un operador, y destaca que solo cuando no sea posible hacer una descripción precisa del objeto del contrato se podrá hacer referencia a la fabricación, procedencia, marca o patente concreta, siempre que dicha referencia se acompaña de la mención “ o equivalente.

En el caso que nos ocupa, que la doctrina del TJUE sería de aplicación al recogerse en el PPT “ ... *que serán tomadas como guía u orientación, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión.*”

8. Al·lega també el recurrent que:

El hecho de fijar que el Disector deba tener un Sistema electromagnético con un circuito de refrigeración es totalmente excesiva, ya que existen otras tecnologías en el mercado que cumplen perfectamente con el objeto del contrato. Según ello, la inclusión de esta especificación mínima a cumplir se constituye con un exceso que vulnera la libre concurrencia al procedimiento de licitación.

En relació amb aquesta al·legació s’ha de dir que la discrecionalitat tècnica opera com un dret que assisteix a l’Administració a l’hora de determinar les condicions essencials que han de regir en la licitació, prèvia definició de les necessitats a satisfer per la mateixa i ni els potencials interessats, ni els Tribunals Administratius poden entrar a corregir aquest criteri, només en el cas de la desviació de poder o un fallida dels principis essencials de la Contractació Pública, circumstàncies que requereixen ser acreditades per qui les al·leguin (Resolució nº1231/2019 del TACRC).

9. Quant a la tercera al·legació formulada per la recurrent i respecte a que el fet de no complir les previsions de l’apartat 3.2 del PPT «Especificaciones técnicas adicionales» no suposaria l’exclusió de l’oferta però si que influiria en la valoració que ha de dur a terme l’òrgan de contractació, s’ha de dir que d’acord amb l’article 145.4 de la LCSP, els òrgans de contractació han de vetllar perquè s’estableixin criteris d’adjudicació que permetin obtenir obres, subministraments i serveis de gran qualitat i que responguin el millor possible a les seves necessitats i suposa per tant, el reconeixement de certa discrecionalitat tècnica per part dels òrgans de contractació per seleccionar l’oferta amb millor relació qualitat-preu, que serà aquella que maximitzi la satisfacció dels interessos públics gestionats per l’òrgan de contractació, per tant ens trobam, de nou, davant una discussió tècnica que aquesta junta consultiva no pot ni ha de dur a terme.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Inadmetre, per manca de legitimació, el recurs interposat per l'empresa DISMEVAL, SL, contra la Resolució del director gerent de l'Hospital Universitari Son Llàtzer per la qual s'aproven, entre d'altres, els plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques del contracte de subministrament d'un dissector ultrasònic per a cirurgies hepàtiques de l'HSSL.
2. Notificar aquest Acord a les persones interessades i al Servei de Salut de les Illes Balears.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que esgota la via administrativa— pot interposar-se un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos a comptar des de l'endemà a aquell en què es rebí la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.