



Exp. Junta Consultiva: RES 9/2020

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de suministro de un disector ultrasónico para cirugías hepáticas del Hospital Universitario Son Llàtzer

HSSL207/2020

Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: DISMEVAL, SL

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 13 de noviembre de 2020

Dado el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DISMEVAL, SL, contra la Resolución del director gerente del Hospital Universitario Son Llàtzer por la que se aprueban, entre otros, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de suministro de un disector ultrasónico para cirugías hepáticas del Hospital Universitario Son Llàtzer, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 13 de noviembre de 2020, ha adoptado el Acuerdo siguiente:

Hechos

1. El 8 de agosto de 2020, el director gerente del Hospital Universitario Son Llàtzer (en adelante, el HSSL) dictó la Resolución por la que se aprueban el expediente, el gasto, y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de suministro de un disector ultrasónico para cirugías hepáticas de la HSSL, por procedimiento abierto, cuyo valor estimado es de 45.000 euros.

En la misma fecha, el director gerente del Hospital, dictó la Resolución por la que se inicia el expediente de contratación.

El procedimiento de adjudicación se rige por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).



2. El 10 de agosto de 2020 se publicaron en la plataforma de contratación del sector público el anuncio de la licitación y los pliegos de la cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) que tenían que regirlo.

El plazo de presentación de ofertas finalizaba el 25 de agosto a las 14.00 horas.

3. De acuerdo con los datos del registro de entrada de ofertas en la plataforma de contratación del sector público, en fecha 24 de agosto de 2020 a las 13:36 horas la empresa DISMEVAL, SL, presentó oferta.
4. El mismo día a las 14.38 horas, la representante de la empresa DISMEVAL, SL, presentó al registro electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública, dirigido al Servicio de Salud de las Illes Balears, un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución del director gerente del HSLI por la que se aprueban el expediente, el gasto, y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de suministro de un disector ultrasónico para cirugías hepáticas del Hospital. Este recurso tuvo entrada a la oficina principal del registro del Ibsalut día 25 de agosto de 2020 a las 08:31 horas.
El recurso especial se recibió en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 7 de septiembre de 2020.

La recurrente fundamenta el recurso en los argumentos siguientes:

- Las previsiones del pliego de prescripciones técnicas, que también se incluyen en el cuadro de criterios de adjudicación del contrato del pliego de cláusulas administrativas particulares, son tan concretas que coinciden literalmente con un modelo y marca determinado (el Aspirador Ultrasónico «Cosa Excel»). Es decir, que tan solo podrá tener acceso al contrato de suministro el licitador que aporte el Disector concreto de esta marca.
- Además, el hecho de no cumplir el apartado 3.1 «Especificaciones técnicas mínimas» supondría la exclusión automática de la oferta presentada.
- Y, aunque el hecho de no cumplir las previsiones del apartado 3.2 «Especificaciones técnicas adicionales» no supondría la exclusión de la oferta, influiría directamente en su valoración y, por tanto, en el resultado de la licitación.



— Todo esto limita el acceso a la licitación y vulnera los principios de igualdad, buena fe y libre concurrencia.

Con estos argumentos, la recurrente solicita que se declare nula la Resolución impugnada.

Así mismo, también solicita, como medida provisional, la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada, dados los perjuicios de imposible o difícil reparación que le causaría la continuación de la licitación.

5. En fecha 25 de agosto de 2020 a las 09:40 horas la empresa DISMEVAL, SL, presentó otra oferta.
6. De acuerdo con el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas, se ha dado audiencia a los licitadores.
7. El 11 de septiembre de 2020, mediante Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se ha desestimado la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada.
8. De acuerdo con el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se ha solicitado al órgano de contratación la remisión del expediente y del informe jurídico correspondiente, el cual lo ha enviado el 15 de octubre de 2020.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la que se aprueban los pliegos de un contrato de suministro tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.
2. Contra este acto puede interponerse el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. La competencia para resolver este recurso corresponde en la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes



Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

3. La empresa DISMEVAL, SL, interpuso el recurso especial en materia de contratación y lo ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro del plazo adecuado.
4. No obstante lo mencionado en el párrafo anterior, tenemos que analizar seguidamente la cuestión relativa a la admisibilidad del recurso, puesto que de acuerdo con aquello expuesto en el punto tercero, cuarto y quinto de los hechos, la recurrente presentó dos ofertas: la primera día 24 de agosto de 2020 a las 13:36 horas, en fecha 25 de agosto de 2020 a las 08.31 horas presentó el recurso especial y en la misma fecha a las 09:40 horas presentó la otra oferta.

Así, en referencia a la cuestión de admisibilidad, el artículo 50.1 b) cuarto párrafo de la LCSP establece lo siguiente:

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.

Este artículo 50 de la LCSP, si bien hace referencia al recurso especial en materia de contratación que resuelve el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, puede aplicarse por analogía al que resuelve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en nuestra Comunidad Autónoma, que también tiene carácter de especial en materia de contratación.

Por todo ello y teniendo en cuenta que la empresa recurrente ha presentado su oferta (la primera) día 24 de agosto de 2020 a las 13:36 horas, aceptando de manera incondicional el contenido de la totalidad de las cláusulas contempladas en los pliegos que integran el expediente de contratación, resulta inadmisibile la presentación de este recurso.

La previsión legal del artículo 50.1 de la LCSP, antes mencionado, responde al carácter vinculante de los pliegos para aquellos licitadores que hayan presentado sus proposiciones, lo que les imposibilita impugnarlos después de la formulación de su proposición, dado que esto supone y conforme al tenor taxativo del artículo 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.

Por tal razón, una vez formulada por el licitador, la oferta queda sujeta de manera incondicionada al contenido de los pliegos, los acepta y pierde con ello la posibilidad de impugnarlos, con la excepción que contempla el precepto propio relativo a la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho. (Resolución nº728/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante TACRC).

En cualquier caso, tiene que reseñarse que, en el expediente de contratación de referencia no concurre ninguna de las circunstancias del artículo 39 de la LCSP relativas a la nulidad de pleno derecho.

Siguiendo con la Resolución nº728/2019 del TACRC, diferente es, la situación del empresario que, estando interesado en concurrir a la licitación y advirtiendo la existencia de algún vicio de legalidad en los pliegos, interpone recurso ante los mismos y, para evitar verse perjudicado ante una eventual desestimación del recurso, dado el carácter preclusivo del plazo de presentación de proposiciones, formula de manera posterior su oferta en el procedimiento de licitación, en el cual ya ha impugnado los pliegos. En este caso, el recurso sería admisible.

En definitiva, en el régimen establecido por la LCSP, la admisibilidad del recurso especial ante los pliegos requiere que cuando el empresario esté interesado en una licitación y advierta que en los pliegos hay algún vicio de invalidez que estime procedente cuestionar y que no constituya un supuesto de nulidad de pleno derecho, deba impugnar los pliegos antes de presentar su oferta para que su recurso resulte admisible y una vez formulado el recurso, si el vicio de invalidez denunciado no le imposibilita participar en la licitación, deberá formular su proposición en dicho procedimiento.

En nuestro caso, por el contrario, se ha incurrido por parte de la recurrente en el supuesto de inadmisibilidad del artículo 50.1 b) de la LCSP que hemos analizado, dado que se han impugnado los pliegos después de haberlos aceptado de manera incondicionada, mediante la presentación previa de la proposición para participar en el procedimiento de licitación.

Así, consta acreditado que la empresa recurrente interpuso el recurso especial día 25 de agosto de 2020 a las 08:31 horas contra los pliegos, después de haber presentado con anterioridad día 24 de agosto a las



13:36 horas la proposición para participar en el procedimiento de licitación, los pliegos de los cuales impugna y con posterioridad en fecha 25 de

agosto de 2020 a las 09:40 vuelve a presentar otra oferta.

Parece que la presentación de una oferta posterior a la presentación del recurso, se hizo con la intención de poder acreditar la legitimación para la interposición del recurso.

La Plataforma de Contratos del Sector Público permite la presentación por parte del mismo licitador de más de una oferta.

Dado que una vez presentada la oferta no se permite su modificación, los licitadores crean una nueva oferta en el mismo procedimiento y la presentan, con la convicción de que esta nueva presentación, por sí misma, hace decaer automáticamente la primera, puesto que no es admisible más que la presentación de una sola oferta (artículo 139.3 LCSP). Cosa que no es así, ya que salvo que el licitador haya renunciado expresamente a la primera oferta y lo haya comunicado al órgano de contratación, en la primera actuación de la mesa, constarán todas las ofertas que haya presentado cada licitador.

En el caso presente y de acuerdo con el informe emitido por la jefa de sección del servicio contratación de la HSL del Servicio de Salud de las Illes Balears de día 23 de octubre de 2020, consta que no hubo ninguna comunicación al órgano de contratación de retirada de la primera oferta por parte de la empresa recurrente.

Por todo ello, estamos ante un supuesto de inadmisibilidad puesto que se ha interpuesto el recurso por una empresa que de manera previa había presentado proposición aceptando incondicionadamente los pliegos que a posteriori pretende impugnar, teniendo que analizar si se da la excepción prevista en relación con la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho, a pesar de que en este punto, la conclusión es negativa.

En consecuencia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears debe inadmitir el recurso especial por falta de legitimación de la empresa DISMEVAL, SL, porque ha presentado una oferta previa a la presentación del recurso, a pesar de que debe advertirse al órgano de contratación que no tendría que haber admitido a la licitación ninguna de las proposiciones suscritas por esta empresa, en aplicación de lo que dispone el artículo 139.3 de la LCSP.



5. En todo caso, si bien el recurso debe inadmitirse por falta de legitimación, haremos algunas observaciones respecto a las alegaciones presentadas, pero antes debemos señalar que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también de la mejor manera de satisfacerlas, tiene que configurar el objeto del contrato atendidos estos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o hasta satisfacer mediante la contratación de que se trate. (Resolución 69/2019 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias). Así, el artículo 28.1 de la LCSP dispone como requisito de eficiencia, la precisión en la determinación del objeto del contrato al disponer 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 lo 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 cuadro de características del contrato del PCAP consta que el objeto del contrato es «Suministro de un disector ultrasónico para cirugías hepáticas para el Servicio de Cirugía del Hospital Universitario Son Llàtzer». La Cláusula 2 del PPT, prevé, entre otros, 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 Cláusula 3 del PPT prevé el siguiente:

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 se 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 como 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 como circuito de refrigeración interno y flujo de 35-50 cc/mino para evitar calentamiento de pieza de mando.
- . 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.

Y el punto B.3 del cuadro de criterios de adjudicación del contrato del PCAP prevé, en relación con los criterios evaluables mediante juicio de valor, lo siguiente:

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 adaptan 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 mano15 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 recta10 puntos.



7. Alega el recurrente que tan solo podrá tener acceso al contrato de suministro el licitador que aporte el Disector concreto de esta marca.

Esta Junta Consultiva, no dispone del conocimiento necesario del mercado para determinar si el equipo solicitado puede ser ofrecido por distintos proveedores en libre competencia o para discernir sobre un eventual favorecimiento a la hora de establecer las especificaciones técnicas y los criterios de adjudicación, pero esta alegación se debe desestimar puesto que en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 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.

Por tanto, no hay duda de que las ofertas técnicas que no cumplan las exigencias mínimas previstas en la cláusula 3.1 del PPT tienen que ser excluidas del procedimiento de licitación, salvo que el requisito solicitado se refiera a una marca o producto exclusivo puesto que en este caso no podría determinarse la exclusión en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 2.1 del PPT si el equipamiento ofrecido tiene funcionalidades equivalentes.

Así se ha manifestado el TACRC en la Resolución nº1042/2017, en relación con un recurso sobre un pliego con una redacción idéntica al pliego objeto del presente recurso.

Esta interpretación también resulta del informe técnico de día 4 de septiembre de 2020, emitido por el director gerente del HSL:

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 ajustan 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 una 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 acompañe de la mención “ o equivalente.

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

8. Alega también el recurrente 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 competencia al procedimiento de licitación.

En relación con esta alegación debe decirse que la discrecionalidad técnica opera como un derecho que asiste a la Administración a la hora de determinar las condiciones esenciales que han de regir en la licitación, previa definición de las necesidades a satisfacer por la misma y ni los potenciales interesados, ni los Tribunales Administrativos pueden entrar a corregir este criterio, solo en el caso de la desviación de poder o un fallo de los principios esenciales de la Contratación Pública, circunstancias que requieren ser acreditadas por quienes las aleguen (Resolución nº1231/2019 del TACRC).

9. En cuanto a la tercera alegación formulada por la recurrente y respecto a que el hecho de no cumplir las previsiones del apartado 3.2 del PPT «Especificaciones técnicas adicionales» no supondría la exclusión de la oferta pero si que influiría en la valoración que debe llevar a cabo el órgano de contratación, debe decirse que de acuerdo con el artículo 145.4 de la LCSP, los órganos de contratación deben velar porque se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran



calidad y que respondan lo mejor posible a sus necesidades y supone por tanto, el reconocimiento de cierta discrecionalidad técnica por parte de los órganos de contratación por seleccionar la oferta con mejor relación calidad-precio, que será aquella que maximice la satisfacción de los intereses públicos gestionados por el órgano de contratación, por tanto nos encontramos, de nuevo, ante una discusión técnica que esta junta consultiva no puede ni debe llevar a cabo.

Por todo ello, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Inadmitir, por falta de legitimación, el recurso interpuesto por la empresa DISMEVAL, SL, contra la Resolución del director gerente del Hospital Universitario Son Llàtzer por la que se aprueban, entre otros, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de suministro de un disector ultrasónico para cirugías hepáticas de la HSSL.
2. Notificar este Acuerdo a las personas interesadas y al Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.