Recurso nº 941/2020 C.A. Región de Murcia 61/2020
Resolución nº 1205/2020

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 13 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.M.G., en representación de TOPCON ESPAÑA, S.A. contra el acuerdo de adjudicación de lote 2 del contrato de "*equipamiento para dotación del Gabinete de Oftalmología del Centro de Especialidades 'Santa Rosa de Lima' de Lorca*", tramitado en el expediente CS/9999/1100942420/20/PA por la Consejería de Salud de la Región de Murcia, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 22 de mayo de 2020 se publicó en el perfil del contratante de la Consejería de Salud de la Región de Murcia, la licitación del contrato de suministro de equipamiento para dotación del Gabinete de Oftalmología del Centro de Especialidades "Santa Rosa de Lima" de Lorca, tramitada en el expediente CS/9999/1100942420/20/PA, por procedimiento abierto, con valor estimado de 173.553,72 euros y dividido en varios Lotes.

Segundo. En el procedimiento de licitación del Lote 2 (láser retina) han participado la recurrente, TOPCON ESPAÑA, S.A. y las mercantiles CARL ZEISS MEDITEC IBERIA S.A.U., MEDICAL MIX S.L.U. y ALCON HEALTHCARE, S.A.

Esta última resultó excluida puesto que la puntuación obtenida no superó el umbral previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Tercero. Tras la valoración de las ofertas técnicas y económicas presentadas para el Lote 2, la Mesa de Contratación propuso la adjudicación del mismo a la licitadora CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., quedando clasificada en segundo lugar TOPCON ESPAÑA, S.A.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

Cuarto. Seguidamente, el Órgano de Contratación acordó, mediante resolución de fecha 5 de agosto de 2019, la adjudicación del Lote 2 de la licitación a favor de CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U.

El acuerdo de adjudicación se notificó a la licitadora aquí recurrente el día 25 de agosto de 2020.

Quinto. El 14 de septiembre de 2020 TOPCON ESPAÑA, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del Lote 2, alegando que los productos ofertados por CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U. no cumplían las especificaciones técnicas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT en lo sucesivo). En este sentido expone que:

"el modelo presentado Láser Visulas Green Confort Vite NO CUMPLE con todas las especificaciones técnicas mínimas que se exigen en el pliego de condiciones. Concretamente el punto 4 de las mismas: – EL LÁSER DEBE EMITIR ONDA CONTINUA Y MICROPULSO.

Tal y como se manifiesta en el apartado 4.1 de las 'Condiciones Generales que han de regir este contrato' del pliego de prescripciones técnicas".

El Láser Visulas Green Confort Vite NO INCLUYE una terapía igual o equivalente a la denominación Micropulso que aparece como especificación técnica mínima.

La denominación Micropulso (Marca registrada de Iridex) tiene otras equivalencias y denominaciones como, Subumbral, Subliminal, End-point Management (Marca registrada de Topcon). Se trata de una terapia donde los impactos del Láser sobre la Retina NO son visibles. Esta técnica está basada en una combinación del Láser a baja intensidad y tiempos de exposición de milésimas de segundo, resultando un tratamiento No visible. Esta técnica se utiliza como tratamiento en patologías como: Edema macular diabético, Coroidopatía central serosa, entre otras patologías. Esta técnica tiene que permitir un control total por parte del usuario sobre la energía y la fluencia aplicada en todo momento al paciente.

2. En la información comercial del Láser Visulas Green Confort Vite de ZEISS MEDITEC IBERIA S.A.U no aparece reflejado ni siquiera como opcional dicho tratamiento (…)"

Por razón de lo expuesto solicita a través del suplico de su recurso que *"Que la empresa ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U sea excluida del proceso de adjudicación por NO CUMPLIR con todas las especificaciones técnicas mínimas exigidas".*

Sexto. A fecha de 25 de septiembre de 2020 se ha dado traslado del recurso a la adjudicataria a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formulara las alegaciones que tuviera por convenientes, habiendo evacuado el trámite conferido mediante escrito de fecha de 2 de octubre de 2020, solicitando la desestimación del recurso al considerar que su oferta para el Lote 2 cumple todas las especificaciones técnicas previstas en el PPT.

En defensa de su postura alega que "micropulse" es una marca registrada de la mercantil IRIDEX, por lo que tiene naturaleza de guía u orientación, al amparo de la cláusula 4.1 del PPT, sin que su incumplimiento pueda erigirse en causa de exclusión de una oferta.

Séptimo. El Órgano de Contratación ha emitido informe en relación al recurso presentado, declarando que *"Una vez hechas todas las comprobaciones pertinentes, y revisadas exhaustivamente las ofertas técnicas, se ha llegado a la conclusión, de que hubo un error en el informe técnico emitido, y que el único aparato de láser que tiene MicroPulse es el presentado por la empresa TOPCON ESPAÑA, S.A., que en el apartado 8 de su oferta describe su tratamiento Sub-Umbral mejorado, ya que modula simultáneamente la potencia del láser y su duración. Por lo tanto, a la vista de la documentación que consta en el expediente, puede concluirse que la decisión que se debió tomar es la de excluir a la empresa CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., y adjudicar el láser retina a la empresa TOPCON ESPAÑA, S.A."*

Junto a este informe se remite informe técnico en el que se define el "Micropulso o Fotocoagulación Sub-Umbral" como "*un tratamiento que realiza una estimulación foto-termal del epitelio pigmentario de la retina y los foto receptores, evitando la destrucción permanente del tejido que va asociada a un tratamiento láser convencional".* Adicionalmente expone que *"La empresa Topcon España con el láser Pascal ha*

presentado suficiente documentación técnica (catálogos, anexos...) donde podemos comprobar y verificar que cumple con el punto 4 del pliego técnico y con todos los puntos anteriormente mencionados. Sin embargo la empresa CARL ZEISS MEDITEC, con el láser Visulas Green Vite no aporta ninguna documentación que refleje y explique en que consiste la técnica de Sub-Umbral (Micropulso u otra denominación) que dicen tener, y por tanto no cumple con el punto 4 del pliego técnico ni con ninguno de los requerimientos anteriores. Únicamente remiten a la página 7 del catálogo comercial. Y en esa página no indica nada.

CARL ZEISS trata el micropulse como pulsos cortos y no como terapia sub-umbral (descrita en el primer párrafo), que se solicita en pliego técnico.

Por todo lo anterior concluyo que el láser ofertado por la empresa CARL ZEISS MEDITEC no cumple con la totalidad del pliego de condiciones técnicas del Lote 2 al no disponer de ningún tratamiento Sub-Umbral, Micropulso, Subliminal o cualquier otra denominación".

Octavo. A fecha de 2 de octubre de 2020 la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, ha acordado el mantenimiento de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, corresponde la competencia para conocer de los recursos en materia contractual al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en lo sucesivo), en virtud del Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Murcia, publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2012.

Segundo. Se recurre el acuerdo de adjudicación de contrato de suministro regido por la LCSP.

Tercero. La recurrente ostenta legitimación activa al haber presentado oferta en la licitación del Lote 2 de la que trae causa el presente recurso y resultar adjudicataria en el caso de

que se excluyese a CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U. en mérito a este recurso, todo ello con arreglo al artículo 48 LCSP.

Cuarto. La cuestión litigiosa que plantea el presente recurso se constriñe a determinar si la oferta técnica de CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U., la adjudicataria del lote 2, debió der excluida, por incumplimiento de las previsiones del Pliego de Prescripciones Técnicas.

La recurrente imputa a la oferta técnica presentada por CARL ZEISS MEDITEC IBERIA S.A.U. el incumplimiento del requisito de "*emitir onda continua y micropulso*", exigido en la cláusula 3 del PPT en relación con la 4.1 del mismo, para el láser retina objeto de licitación en el Lote 2.

La cláusula 4.1, aludida en el escrito de recurso, previene que:

"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 dichas 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".

A su vez, en el ámbito del Lote 2, la cláusula 3 del PPT contiene las siguientes especificaciones técnicas mínimas de los láseres retina que se oferten:

"- Láser de estado sólido de doble frecuencia.

- Longitud de onda de 532 nm.

- Indicado para fotocoagulación, iridoplastia y trabeculoplastia

<u>- Debe emitir onda continua y micropulse</u>

- Se valorará patrón multi-spot

- Longitud de onda de aprox. 550 nm

- Duración de pulso aprox. 10 ms-2500 ms

- Potencia máxima en la córnea 1.5 W. y potencia máxima en el resonador 2,5 W

- Intervalo de pulso regulable de 10 a 6000 ms. aprox.

- Diodo de 620-650 nm aprox.con intensidad ajustable.

- Consola de pantalla táctil para ajuste de parámetros.

- Lámpara de hendidura: aumentos entre 5 y 40 mm, diámetro del campo de visión entre 6 y 40 mm., posibilidad de giro de 90º, regulación de altura y anchura. Filtro azul y verde e iluminación por lámpara halógena.

- Debe incluir los accesorios necesarios para su correcto funcionamiento (mesa, gafas de protección, sondas…)"

El Órgano de Contratación ha reconocido el incumplimiento denunciado a través del recurso interpuesto, con base en la definición de la técnica de "micropulse" ofrecida por revistas especializadas y al informe de órgano técnico que considera que el producto ofertado por la adjudicataria incumple el PPT al no incluir el tratamiento micropulso, elemento que se diferencia de la característica de pulsos cortos.

No obstante, dicho incumplimiento es negado por la adjudicataria, quien a través de su escrito de alegaciones sostiene que el láser ofrecido para el Lote 2 cumple todas las especificaciones técnicas del PPT. En este sentido expone, de un lado, que "micropulse" es una marca registrada de la mercantil IRIDEX, por lo que se configura en el PPT como una guía u orientación, al amparo de la cláusula 4.1 del Pliego, sin que su omisión pueda erigirse en causa de exclusión de la oferta presentada. De otro lado considera que debe entenderse que la característica controvertida se cumple mediante los pulsos de corta duración por los que se caracteriza el producto ofertado.

Quinto. Sentado lo anterior, hemos de partir de la consolidada doctrina que este Tribunal ha desarrollado sobre la posible exclusión de licitadores por incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en los pliegos. Glosando resoluciones precedentes, en nuestra Resolución 1100/2017, de 17 de noviembre declaramos que:

"Tal y como señalábamos en la Resolución nº 744/2015, de 30 de julio, cuyos razonamientos reiteramos a continuación, este Tribunal ha ido elaborando una ya sólida doctrina sobre los supuestos en que cabe la exclusión de los licitadores por incumplir los requisitos técnicos exigidos en los pliegos. A este respecto se ha señalado que el artículo 145 TRLCSP establece que la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada del pliego, lo que ha de considerarse extensible a los requisitos técnicos (valga por todas la resolución nº 549/2015, de 12 de junio y las que en ellas se cita). También se ha dicho (resolución 560/2015, de 12 de junio) que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento. En este punto resulta procedente acudir a la resolución de este Tribunal nº250/2013: '… una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato – como sucede con la forma en que se realizarán las tareas de acondicionamiento e instalación a las que ahora nos referimos- sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012,219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)'.

De la doctrina anteriormente transcrita se deduce que lo que debe valorarse es si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas, cabe deducir un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica de lo ofertado no se corresponde con lo exigido en el pliego".

Aplicando esta doctrina al supuesto que nos concierne, ha de analizarse en un primer momento si la oferta presentada por la adjudicataria del Lote 2 cumple o no con la especificación técnica de "micropulse", para después abordar, si procede, las consecuencias de un eventual incumplimiento.

En cuanto al cumplimiento de la especificación técnica de "micropulse", la adjudicataria sostiene que la característica de "micropulse" viene configurada en el PPT como una mera guía u orientación, puesto que es un modelo o marca perteneciente a la sociedad IRILEX. Por esta razón, y al socaire de la cláusula 4.1 PPT (*"Si alguna de las características establecidas en dichas 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"),* reputa que la especificación de "micropulse" tiene carácter de guía o recomendación, insuficiente para significar por si misma la exclusión de su oferta.

Adicionalmente expone que el concepto "micropulse" responde a pulsos de corta duración, especificación que se reitera en la cláusula 3 al exigirse que el láser retina disponga de *"Duración de pulso aprox. 10 ms-2500 ms*", especificación que su oferta cumple.

Pues bien, frente a lo sostenido por la adjudicataria, la característica de "micropulse" no viene configurada en el PPT como una mera guía u orientación, por razón de la cláusula 4.1 PPT, sino que nos encontramos ante una verdadera especificación técnica, cuya exigencia no cesa por el hecho de que el PPT admita su verificación tanto a través de la marca o modelo "micropulse" (perteneciente a una entidad que no ha participado en la licitación) como a través de otros modelos que dispongan de tal especificación técnica, entre ellos el ofertado por la entidad recurrente.

Adicionalmente, las alegaciones de la entidad adjudicataria según las cuales la característica de “micropulse” se cumple mediante el ofrecimiento de un producto que tenga la especificación técnica de pulsos de corta duración, no han sido objeto de acreditación alguna y resulta contrario a la literalidad del PPT que contempla estas dos especificaciones en puntos distintos y no sucesivos, reputándolos características distintas.

En este sentido el Órgano de Contratación expone en su informe que “micropulse” consiste, según revistas especializadas tales como Journal Medical Clinical, entre otras, en *“una técnica Sub-Umbral de desarrollo reciente y una terapia basada en una fuente de láser de muy baja intensidad, de pulso corto de millonésimas de segundo, repetitivo, que resulta un método seguro y eficaz que conlleva menos efectos secundarios a nivel celular”.*

En informe técnico por su parte reputa que la técnica micropulse es *“un tratamiento que realiza una estimulación foto-termal del epitelio pigmentario de la retina y los foto receptores, evitando la destrucción permanente del tejido que va asociada a un tratamiento láser convencional”.* Considera que la entidad CARL ZEISS MEDITEC conceptualiza el micropulse como pulsos cortos y no como terapia sub-umbral, que se solicita en el PPT, y que la adjudicataria no aporta ninguna documentación que refleje y explique en qué consiste la técnica de Sub-Umbral (Micropulso u otra denominación) que dicen tener. Lo anterior se lo puede confirmar acudiendo a la oferta técnica de la adjudicataria (figura como documento 12 del expediente administrativo) al tiempo que resulta de la propia argumentación de la actora que considera que la característica de micropulse se subsume en la de *“Duración de pulso aprox. 10 ms-2500 ms”.*

En definitiva, a la vista de la admisión por parte del Órgano de Contratación de su previo error, reputando que la oferta presentada por CARL ZEISS MEDITEC IBERIA, S.A.U. carece de la especificación técnica de micropulse, sin que esta admisión, fundada en el informe técnico remitido, se desvirtúe por las alegaciones presentadas por la adjudicataria, nos encontramos ante un incumplimiento del PPT.

Este incumplimiento del PPT imputado a la oferta de la adjudicataria afecta a las características técnicas mínimas exigidas a los productos objeto de licitación, lo cual determina la exclusión de la oferta de la adjudicataria, mediante la estimación del presente

recurso, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento de valoración de las ofertas técnicas.

Consecuentemente procede la estimación del recurso interpuesto, declarándose la nulidad de la adjudicación del Lote 2, debiéndose acordar la retroacción de actuaciones al momento en que se efectuaron las valoraciones del mismo para que el Órgano pueda excluir a la actual adjudicataria, y seguidamente clasificar las ofertas y proceder a formular propuesta de adjudicación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. P.M.G., en representación de TOPCON ESPAÑA, S.A. contra el acuerdo de adjudicación de lote 2 del contrato de "*equipamiento para dotación del Gabinete de Oftalmología del Centro de Especialidades 'Santa Rosa de Lima' de Lorca*", tramitado en el expediente CS/9999/1100942420/20/PA por la Consejería de Salud de la Región de Murcia, de acuerdo con los efectos indicados en el Fundamento Quinto.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 LCSP.

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 la Región de Murcia, 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.