



Recurso nº 236/2020 C.A. Principado de Asturias

Resolución nº 755/2020

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

En Madrid a 3 de julio de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. F. X. B. P. en representación de ALCON HEALTHCARE, S.A.U. contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) para contratar el *“Suministro, en régimen de arrendamiento sin opción a compra, de equipamiento necesario para la realización de procedimientos médico-quirúrgicos de Oftalmología, para el Área Sanitaria IV”*, con expediente A4AS-1-102-2018, en relación con el lote 1, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Gerencia del Área Sanitaria IV del Principado de Asturias, mediante un anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 31 de octubre de 2019, convocó por el procedimiento abierto la licitación del contrato de Suministro, en régimen de arrendamiento sin opción a compra, de equipamiento necesario para la realización de procedimientos médico-quirúrgicos de oftalmología, para el Área Sanitaria IV, dividido en cuatro lotes, y con un valor estimado de 759.000 euros.

Segundo. La licitación se desarrolló tras los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP). Con fecha de 7 de febrero del 2020, la Gerencia del Área Sanitaria IV, tras el examen de las ofertas presentadas por los licitadores, acordó, de conformidad con la propuesta de la Mesa de Contratación, a) Declarar desierto el Lote 3; b) Adjudicar el lote 1 a J.J SURGICAL VISION SPAIN S.L.U.; c) Adjudicar el Lote 2 a OPTILAB S.L.; d) adjudicar el lote 4 a ALCON HEALTHCARE S.A.



Tercero. Con fecha de 24 de febrero del 2020, la recurrente presentó en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato. En su recurso, solicita que *“se proceda a la Exclusión de la oferta presentada por JOHNSON & JOHNSON SURGICAL VISION, S.L. al Lote nº 1 de la licitación, por las causas y motivos explicitadas en este escrito de recurso”*; y que *“se proceda a dictar nueva Resolución de Adjudicación en favor de la siguiente empresa mejor clasificada en la licitación del Lote nº 1, en este caso ALCON HEALTHCARE, S.A.”*.

Cuarto. Con fecha 28 de febrero del 2020 se recibió el expediente administrativo indicando que se remitiría el informe correspondiente con posterioridad, siendo recibido en el Tribunal en mayo del 2020.

Quinto. En fecha 4 de marzo de 2020 la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones.

Sexto. En fecha 11 de marzo del 2020, por D. M. G. P., en nombre y representación de JJ SURGICAL VISION SPAIN, SL. se presentan diversos escritos. El primero de ellos, solicitando el acceso al expediente e interesando una ampliación del plazo para alegaciones. Asimismo, presenta escrito solicitando el acceso al expediente con suspensión del plazo para alegaciones, complementado el 12 de marzo con la concreción de documentos cuyo examen pretende. Asimismo, en fecha 11 de marzo, sin perjuicio de las ulteriores alegaciones complementarias que realice una vez acceda al expediente, se opone al recurso realizando las alegaciones que estimó oportunas.

Séptimo. Mediante correo electrónico de 16 de marzo, JJ VISION, en relación a la citación realizada previamente, solicita que se le aclare que queda efectivamente *“pospuesto”* dicho acceso al expediente una vez termine el Estado de Alarma, así como el plazo de 2 días adicionales que dicho Tribunal nos había conferido para poder presentar JJ VISION un Escrito de Alegaciones complementario ante dicho Tribunal.

Octavo. Finalmente, pudo permitirse el acceso al expediente por parte del interesado JJ VISION el 8 de junio. Tras ello, JJ VISION presentó alegaciones oponiéndose al recurso el 10 de junio.



Noveno. Por resolución de 16 de marzo del 2020, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó mantener la suspensión del lote 1 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal, de conformidad con el artículo 46.2 y 4 de la LCSP, y en virtud del Convenio de Colaboración formalizado entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 3 de octubre de 2013 (BOE de fecha 28/10/2013), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 8 de septiembre de 2016 (BOE de fecha 16/09/2016) y nuevamente prorrogado mediante Resolución de fecha 16 de octubre de 2019 (BOE de fecha 29/10/2019).

Segundo. La actuación impugnada es susceptible de recurso especial en materia de contratación, por tratarse de un acuerdo de adjudicación adoptado en el procedimiento de un contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP, en relación con el 44. 2.c) de la LCSP.

Tercero. La empresa recurrente, ALCON HEALTHCARE, S.A.U. está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, al haber concurrido a la licitación. Establece dicho precepto que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*. En particular, ha quedado clasificada en segundo lugar, por lo tanto, si llegase a estimarse su pretensión, podría ser adjudicataria del contrato.

Cuarto. El escrito de interposición del recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir desde la notificación de la actuación impugnada, realizada el



10 de febrero del 2020, con arreglo a lo establecido en el art. 50.1 de la LCSP; observándose en el escrito de interposición las exigencias previstas en el art. 51.1 de la LCSP.

Quinto. Se ha remitido a este Tribunal por parte del Servicio de Salud del Principado de Asturias el expediente tramitado, así como el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto al que se refiere el art. 56.2 de la LCSP.

Sexto. El objeto del presente recurso es la impugnación por la empresa recurrente del acuerdo de 7 de febrero del 2020 del Servicio de Salud del Principado de Asturias relativo a la adjudicación de los diversos lotes del procedimiento *“Suministro, en régimen de arrendamiento sin opción a compra, de equipamiento necesario para la realización de procedimientos médico-quirúrgicos de Oftalmología, para el Área Sanitaria IV”*, con expediente A4AS-1-102-2018. Concretamente el recurrente impugna la adjudicación del Lote 1 a la empresa J.J. SURGICAL VISION.

Séptimo. El primer motivo del recurso consiste en que, según la recurrente, la oferta presentada por J.J. SURGICAL VISION no cumple todos los requisitos exigidos por el pliego de prescripciones técnicas.

Concretamente indica que, de acuerdo con lo previsto en las PPT, respecto del Lote 1 (Facoelmusicador de bomba peristáltica y material fungible asociado), el apartado 1.1 de las mismas enumera las *“Características Técnicas Mínimas que deben reunir los equipos”*, las dos últimas de las cuales son *“Sistema de coagulación bipolar fija o lineal”* y *“Pantalla táctil con instrucciones visuales y en castellano”*. Al respecto, la recurrente considera que en la documentación del sobre 2º presentado por JJ SURGICAL VISION no se hace mención expresa al cumplimiento de estos dos requisitos.

Respecto de estas alegaciones, el informe del órgano de contratación adjunta el informe del servicio que, con relación a este punto en primer lugar se remite a lo que indica el informe del servicio: *“Efectivamente la documentación presentada no los menciona expresamente. En el caso de la pantalla táctil, el catálogo de accesorios que adjunta J&J entre la documentación, muestra imágenes de la pantalla por las que se puede “considerar” que se trata de una pantalla táctil, aunque sin poder asegurarlo del todo puesto no lo*



menciona expresamente. En cuanto al sistema de coagulación, también aparece solo en el catálogo de accesorios donde en un pequeño apartado se muestra que el equipo dispone de sistema de diatermia multiusos porque se presentan los accesorios del mismo, fórceps, lápiz y cable, pero es cierto que no indica si el sistema es bipolar fijo o lineal'.

Sobre la base de esto, el órgano de contratación en su informe indica que a la luz de lo anterior no puede deducirse con claridad el incumplimiento efectivo de lo dispuesto en los PPT. Añade que *“como se desprende del segundo informe del Servicio de Oftalmología, sí existen referencias al cumplimiento de los dos últimos subapartados técnicos y su evaluación corresponde al órgano de contratación. La empresa ALCON HEALTHCARE, S.A., pretende que el órgano de contratación excluya una oferta en base a una indemostrada falta de referencia a dos subapartados técnicos por parte de la empresa JOHNSON & JOHNSON SURGICAL VISION S.L., ni tan siquiera duda sobre el incumplimiento técnico en sí”.*

La adjudicataria, en sus alegaciones en oposición al recurso, sostiene que su oferta sí cumple los requisitos exigidos por los PPT. Manifiesta que el JJ VISION presentó en el Sobre 2 el documento titulado *“Asunto: Relación de Documentos Técnicos para una completa valoración del cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas”*, de un total de 9 páginas, que se adjunta nuevamente a sus alegaciones como Anexo nº 4. Manifiesta que en las dos últimas páginas se hace constar expresamente el cumplimiento de los dos requisitos relativos a la pantalla táctil y al sistema de coagulación bipolar fija o lineal; y alude a que dicho documento se presentó completo en el sobre 2, desconociendo la razón por la que en el expediente en papel examinado por la recurrente faltaban las dos últimas páginas. Y reitera que, en todo caso, JJ VISION presentó en el Sobre nº 2, una *“Declaración Responsable Acreditativa del cumplimiento de las características técnicas mínimas exigidas en los Pliegos de Prescripciones técnicas”* por los productos ofertados por JJ VISION, de fecha 19 de noviembre de 2019, firmado por el Director General y Apoderado de JJ VISION.

A la luz del conjunto de todas las circunstancias expuestas, debe razonarse lo que sigue:



En primer lugar, como cuestiones previas, debe recordarse que el principio de concurrencia rige en los procedimientos de contratación, tal y como expone la Exposición de Motivos de la LCSP y se reitera a lo largo de su articulado. De igual modo, debe recordarse que el art. 139 de la LCSP, después de establecer que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, añade que *“su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

Partiendo de lo anterior, debe señalarse que es doctrina reiterada de este Tribunal que la exclusión de un licitador por incumplimiento de lo dispuesto en los pliegos sólo procederá cuando de manera inequívoca su oferta no se ajuste a las prescripciones establecidas en dichos pliegos.

En este sentido, señalábamos en nuestra Resolución de 13 de febrero del 2020 (Recurso nº 1639/2019):

“Como ya dijimos en la Resolución de 8 de febrero de 2019 (Recurso nº 1281/2018) el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 139 de la vigente LCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.

Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa o el órgano asesor del órgano de contratación, puedan valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o



confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar.

Solo cuando incumplimiento que se denuncia sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.”

En el presente caso, el recurrente no cuestiona tanto que la oferta no cumpla los requisitos de la PPT, sino que no está suficientemente acreditado que los cumpla. Sin embargo, como dice el órgano de contratación, sobre la base del informe del servicio de oftalmología, no hay en el expediente elementos que permitan dudar de la declaración responsable sobre la conformidad de la oferta y de que ésta efectivamente cumpla con los requisitos mínimos de los PPT. Lo cual, a su vez, se corrobora con la documentación presentada por el adjudicatario en sus alegaciones.

Todo lo cual evidencia que no habiéndose acreditado una disconformidad patente de la oferta del adjudicatario con los PPT, no se aprecian motivos para excluirle del proceso de licitación.

Octavo. Como segundo motivo, el recurso considera que determinados elementos que debieran constar sólo en el sobre 3, relativos a la oferta económica y oferta relativa a criterios objetivos, ha trascendido igualmente en el sobre 2 (oferta técnica), toda vez que hay dos aspectos en los que se aporta la misma información: uno relativo al control ajustable por pedal, y otro relativo a la aspiración y vacío fijos y lineales programables.

El órgano de contratación, en su informe, considera que si bien aprecia la existencia de aspectos de contenido igual en uno y otro sobre, y partiendo (como también admite el recurrente) de que pueda ser un error, considera que no tiene entidad suficiente para



afectar a la valoración de las ofertas y en concreto sostiene que *“no debe presumirse que ello conduzca de forma directa al conocimiento de la puntuación que procedería dar a la misma, si finalmente sus contenidos fueran utilizados en el sobre nº 3”*.

Por otro lado, en sus alegaciones el adjudicatario considera que la similitud de contenidos viene motivada por lo que a su juicio es un aspecto oscuro de los pliegos, y en particular alude a las semejanzas entre la exigencia prevista en los PPT (apartado 1.1, *“Control de ultrasonidos pulsado y continuo de forma lineal o fijo”*) y el criterio de evaluación automática previsto en el PCAP (apartado 23 del cuadro resumen, *“Control de ultrasonidos lineal y/o fijo ajustables según la fase del pedal”*).

En relación a esta cuestión, debe señalarse que es doctrina reiterada de este Tribunal que el acceso de determinada información que en principio correspondería a un sobre, en el contenido de otro sobre, no opera automáticamente como causa de exclusión, sino que debe estarse a la relevancia de dicha deficiencia, y su efectiva incidencia en el proceso de licitación. En este sentido, en la Resolución de 23 de mayo del 2019 (Nº Recurso 396/2019) señalábamos:

“La inclusión de las dos últimas páginas del Anexo 1 en el Sobre 1, de forma equivocada por la licitadora, da lugar a que, con carácter previo al momento legal y contractualmente previsto, la mesa tenga conocimiento de las mejoras ofertadas por uno de los licitadores concurrentes: Sin embargo, dicho conocimiento no ha podido comprometer en modo alguno el principio de igualdad entre licitadores, puesto que la puntuación que obtenga cada uno de ellos es ajena a la valoración subjetiva de la mesa, cuya función se va a limitar a la aplicación de la fórmula y a la suma de los puntos a que dé lugar el cumplimiento de los factores considerados como mejoras. Por tanto, no se considera vulnerado el principio de igualdad entre los licitadores, puesto que en ningún caso puede el órgano de contratación verse afectado en el procedimiento de valoración de las ofertas por este conocimiento previo de las mejoras ofertadas por una de las licitadoras concurrentes.

Por otro lado, en cuanto a la garantía de conocimiento sucesivo de la documentación a que alude el órgano de contratación, es un principio deseable cuyo cumplimiento deben garantizar los pliegos: ahora bien, su vulneración no puede suponer que en todo caso



proceda la exclusión automática del licitador. La Resolución 287/2019, de 25 de marzo de 2019 se pronuncia en este sentido y recoge el principio anti formalista, en lo relativo a la vulneración del conocimiento sucesivo de la información por parte del órgano de contratación, considerando el carácter no absoluto del mismo, como expresa la Resolución 848/2018:

«Sexto. En cuanto a la posible anticipación de la oferta a incluir en el último sobre en el inmediatamente anterior, hemos dicho reiteradamente que el suministro de información por parte de un contratista en la licitación, sea ya por su inclusión en un sobre improcedente, sea ya por la evacuación de cualquier otro trámite del procedimiento, que anticipe el conocimiento de la información incluida bien en el sobre correspondiente a la oferta relativa a los criterios dependientes de un juicio de valor, bien al que contiene dicha oferta, en lo atinente a los criterios evaluable automáticamente o mediante fórmula, vulnera expresamente los preceptos del TRLCSP y los principios que rigen la contratación administrativa.

(...)

Esto no obstante la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal" (Resolución 233/2011). En efecto, la jurisprudencia ha declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas (STS de 20 de noviembre de 2009, SAN de 6 de noviembre de 2012), por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión, pues ha de acreditarse que tal actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula».

En la Resolución 490/2017, 8 de junio, dictada en el recurso 349/2017 señalaba este Tribunal que «como ha puesto de relieve este Tribunal, entre otras, en la resolución que cita el órgano de contratación, Resolución 067/2012 : "En consecuencia debe entenderse



que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate”.

No obstante, también debe tenerse en cuenta cómo ha tratado este Tribunal la diferente casuística que se produce cuando se incorporan datos en un sobre diferente al que corresponde. En concreto, la Resolución 771/2016, de 30 de septiembre, es suficientemente ilustrativa al indicar: “Pues bien, este Tribunal ha abordado en diversas ocasiones la problemática objeto de este recurso. Así, en la Resolución 417/2016, de 15 de julio, ha afirmado que “Sexto. A.-Como es sabido, este Tribunal ha venido declarando que la inclusión de información sobre la oferta económica o sobre los criterios de adjudicación evaluables de manera automática o mediante fórmulas en los sobres destinados a recoger la documentación administrativa o los criterios dependientes de un juicio de valor puede constituir causa de exclusión del licitador que así actúa (cfr.: Resoluciones 67/2012, 62/2013, 688/2014, 890/2014, 661/2015 y 8/2016 entre otras). Ello es así porque, con tal proceder, se infringe el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública (cfr.: artículos 145.2 y 160 TRLCSP) y hace imposible la aplicación de la regla fundamental en nuestro Ordenamiento (cfr.: artículos 150.2 TRLCSP y 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; Resolución 110/2014) que impone que la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor se haga antes que la de los objetivos, a fin de salvaguardar la imparcialidad de aquella tarea. Precisamente por ser ésta la razón de ser de tan drástica medida, ésta no puede acordarse de manera automática, prescindiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 –Rj SAN 5035/2012-), y, así, hemos venido negando su pertinencia en los casos en los que no se haya comprometido la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos por ser la información suministrada a destiempo intrascendente (cfr.: Resolución 89/2015), además de en los supuestos –obvios– en los que los interesados se han limitado a cumplir lo exigido en los Pliegos (cfr.: Resolución 1108/2015) o éstos, por su ambigüedad, han propiciado la indebida revelación de la oferta (cfr.: Resolución 254/2012)”».”



Sin entrar en las aclaraciones adicionales que aporta el adjudicatario, lo cierto es que el órgano de contratación razona cómo la información presente en ambos sobres no permitió por sí misma conocer precisamente y de manera anticipada la puntuación que se habría de dar en la siguiente fase a la adjudicataria, negando por tanto una incidencia efectiva de la misma en el procedimiento de licitación. Cabe señalar además que dichos razonamientos técnicos del órgano de contratación han de considerarse amparados igualmente por la discrecionalidad técnica de que el mismo goza, sin que por otro lado las alegaciones del recurso permitan inferir que se haya comprometido por esta circunstancia la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos por parte del órgano de contratación.

Por último, tanto por estas razones como por las expuestas en el apartado anterior, no puede apreciarse la existencia de una vulneración de los principios de discriminación e igualdad entre los licitadores. Por el contrario, no hay nada en el expediente que permita afirmar que entre el adjudicatario y la recurrente se haya producido un trato discriminatorio o un menoscabo de sus derechos en el citado procedimiento.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F. X. B. P. en representación de ALCON HEALTHCARE, S.A.U. contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) para contratar el *“Suministro, en régimen de arrendamiento sin opción a compra, de equipamiento necesario para la realización de procedimientos médico-quirúrgicos de Oftalmología, para el Área Sanitaria IV”*, en relación con el lote 1.

Segundo. Levantar la suspensión del lote 1 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



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 58.2 de la 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 del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.