

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 28 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por don F.B.P., en nombre y representación de Alcon Healthcare, S.A.U. (en adelante ALCON), formulando recurso especial en materia de contratación, contra la exclusión de su proposición y la adjudicación del contrato del lote 3 “Lente intraocular de cámara posterior monofocal” del “Suministro de lentes intraoculares”, para el Hospital Universitario de La Paz (en adelante HULP), dividido en cuatro lotes, número de expediente: PA 2019-0-9, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17, 18 y 25 de octubre de 2018, se publicó en el DOUE, en el Perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y en el BOCM, respectivamente, la convocatoria de licitación del contrato de suministro de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 580.416 euros, con un plazo de duración de 12 meses prorrogable hasta un máximo de 36.

Segundo.- A la convocatoria del contrato se han presentado cinco empresas, cuatro de las cuales han licitado al lote 3, entre ellas la recurrente, resultando admitida solo la adjudicataria Lio Ophtek España, S.L. (en adelante LOE).

El 19 de diciembre de 2018 tuvo lugar la apertura de la documentación económica, indicando en Mesa las empresas excluidas y los motivos de su exclusión. El 18 de febrero de 2019, el órgano de contratación dicta resolución de adjudicación a favor de las empresas Lio Ophtec España, S.L. Lotes 1 y 3, Alcon Healthcare, S.A.U., S.A. Lote 2, y Carl Zeiss Meditec Iberia, S.A., Lote 4, a propuesta de la Mesa de contratación de 6 de febrero. El mismo día se notifica y publica en el Perfil de Contratante la adjudicación en la que consta:

“Licitadores excluidos y motivos de la exclusión: Presentan una oferta cuyas características técnicas no se ajustan a las exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige para este procedimiento:

Global Surgical Service. S.L., Lote nº 3: no cumple, se solicita diámetro total de la lente 13,0 mm oferta 12,5 mm

Alcon Healthcare, S.A.U., Lote nº 3: no cumple, se solicita monitor giratorio con pantalla táctil e intuitiva de al menos 10 pulgadas y oferta monitor de 8,4 pulgadas.

Medical Mix S.L Lote nº 3: no cumple, se solicita diámetro total de la lente 13,0 mm y oferta 11 mm total de la lente 3.0 mm”.

Con fecha 18 de febrero de 2019 ALCON solicita al Servicio de Contratación Administrativa del HULP vista del expediente, teniendo lugar el acceso al mismo el 20 de febrero de 2019.

Tercero.- Con fecha 28 de febrero de 2019, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de ALCON contra la adjudicación del contrato de suministro de referencia, solicitando que se declare la readmisión de su empresa, por considerar que el motivo alegado para la exclusión corresponde a una obligación exigible al adjudicatario, y por tanto relativa a la fase de ejecución del contrato y no a la de licitación, y que se excluya la oferta de LOE, toda vez que la lente ofertada incumple

el requisito obligatorio previsto en el pliego de prescripciones técnicas (PPTP) del grado de *“asfericidad negativa entre - 0,06 y -0,20”*. Asimismo solicita *“la medida cautelar de la suspensión del procedimiento para la formalización del contrato, hasta la resolución”*.

Cuarto.- El 15 de marzo de 2019, el órgano de contratación remite al Tribunal el expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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). El HULP solicita la desestimación del recurso alegando que no resulta procedente la retroacción de las actuaciones practicadas en el procedimiento de contratación por ser ajustadas a Derecho, y sin que proceda la anulación del mismo, asimismo solicita que se levante la suspensión automática del procedimiento de contratación.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al interesado el 18 de marzo de 2019, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediendo plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. La adjudicataria presenta escrito el 22 de marzo de 2019, en plazo, alegando que el microscopio especular no es una contraprestación accesoria al procedimiento de contratación, sino que forma parte del objeto del contrato, y que las lentes ofertadas por LEO cumplen con las prescripciones exigidas en el PPTP.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 3 se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que los restantes lotes se vean afectados por la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de ALCON por tratarse de un licitador cuya oferta ha sido excluida del procedimiento de adjudicación del contrato, sin que su inadmisión se le haya notificado antes de la adjudicación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“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 directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*. Por otra parte, la recurrente en este caso también está legitimada *“ad causam”* para recurrir la adjudicación del contrato pues, aun estando excluida del procedimiento, al ser el adjudicatario el único licitador admitido a la licitación, de estimarse la impugnación quedaría desierto el contrato, con el consiguiente beneficio para la recurrente de poder volver a presentarse a la contratación que en su caso se convoque nuevamente.

Se acredita igualmente la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se plantea formalmente contra la adjudicación del lote 3 del contrato, aunque ALCON recurre también la exclusión de su oferta, en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación fue adoptado el 18 de febrero de 2019, y el recurso se presentó ante este Tribunal el 28 de febrero de 2019, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Por lo que respecta al objeto del recurso se impugna la decisión de exclusión de la Mesa de contratación y el acto de adjudicación del órgano de contratación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) y c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso ALCON plantea dos cuestiones, la indebida exclusión de su oferta, y el incumplimiento del PPTP de las lentes ofertadas por el adjudicatario.

En cuanto a la primera causa de impugnación relativa a la exclusión del procedimiento de adjudicación, la recurrente manifiesta que, a diferencia de la de las otras dos empresas excluidas, su motivación no se refiere a cuestiones técnicas relacionadas con las lentes ofertadas que es el objeto de suministro sino al tamaño de un monitor que el PPTP recoge como equipamiento de cesión obligatoria, exigible en la ejecución del contrato y no en fase de licitación. Por ello alega que la exclusión de un licitador, sobre la base de un presunto incumplimiento técnico de unos equipos no previstos en el objeto del contrato, y que obligan sólo al adjudicatario del lote y no al licitador al momento de presentar la oferta, supone una quiebra de los principios de Seguridad Jurídica y definición previa de las necesidades a satisfacer, emanados del artículo 1 de la LCSP.

Asimismo expone que al tener vista del expediente accedió al informe técnico de valoración, no publicado en el Portal de contratación, en el que se indica que ALCON no cumple haciendo referencia a la *“Lente intraocular de cámara posterior monofocal”*, no al microscopio especular.

Considera que las lentes intraoculares, y sus características técnicas son las que deben ser objeto de valoración en esta fase del procedimiento. En modo alguno puede entenderse ajustada a Derecho una decisión por la que se excluye a un licitador sobre la base de un incumplimiento relacionado con un equipo que no es parte del objeto contractual, sino una prestación accesoria exigible únicamente al

adjudicatario del contrato, y no al licitador, añadiendo que se trata de un requerimiento de cesión obligatoria de equipamiento sin cargo para el Hospital, fórmula que ha sido recurrentemente cuestionada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por ejemplo, en la Resolución nº 148/2018 de 16 de mayo.

El órgano de contratación en su informe expone que la recurrente ha presentado oferta, sin impugnar los pliegos, lo que implica la aceptación de las condiciones establecidas en ellos, y que según se recoge en la prescripción 1 del PPTP *“El presente contrato tiene por objeto la adquisición de lentes intraoculares así como equipamiento necesario para su implantación para el Hospital Universitario La Paz (...)”* por lo que en el objeto del contrato se incluye no sólo las lentes sino también el equipamiento objeto del presente recurso. Así, siendo el equipamiento parte del objeto del contrato, debe formar parte de la oferta de los licitadores y por tanto ha sido evaluado desde el punto de vista técnico conforme a las características solicitadas en el PPTP de la misma forma que se ha hecho con las lentes intraoculares. Además ALCON ha incluido entre la documentación de su oferta al lote nº 3, la descripción de un microscopio en concepto de cesión, en la que se ha basado la valoración realizada por el Servicio de Oftalmología.

Asimismo el HULP alega que parece incongruente que la recurrente haya incluido una documentación relativa a un equipo en cesión, y que en caso de resultar adjudicatario pretenda ceder un equipo diferente al ofertado, que sí se ajuste a las prescripciones exigidas en el pliego. Además el informe técnico del Servicio de Oftalmología, consta de dos partes, una en la que únicamente se indica si las empresas ofertantes cumplen o no con las características técnicas solicitadas, y otra, más concreta que el recurrente no menciona, en la que se detallan las causas por las que procede la exclusión. En esta segunda parte del informe se recoge que la causa de exclusión de ALCON al lote nº 3 es que, se solicita monitor giratorio con pantalla táctil e intuitiva de al menos 10 pulgadas y se oferta monitor de 8,4 pulgadas.

En primer lugar este Tribunal ha de señalar, como es doctrina unánime, que los pliegos conforman la ley del contrato, y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, así como a los órganos de contratación, obligando a las partes en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) dispone que *“La presentación de proposición supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas particulares que rigen el presente contrato, sin salvedad o reserva alguna”*.

Se comprueba que la cláusula 1 al regular las características del contrato en su apartado 1 prevé que *“Este contrato tiene por objeto la adquisición de lentes intraoculares, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares”*, incluyendo la prescripción 1 del PPTP en el objeto del contrato la adquisición de lentes intraoculares y el equipamiento necesario para su implantación. Además la prescripción 3 del PPTP al regular las especificaciones técnicas particulares del Lote 3 indica que el adjudicatario del lote, deberá ceder sin cargo para el Hospital, un microscopio especular, fijando entre otras características mínimas *“Monitor giratorio con pantalla táctil e intuitiva de al menos 10 pulgadas”*

De lo expuesto se desprende que la recurrente incumple las características técnicas solicitadas en el PPTP, dado que se constata en la oferta, admitido además por ambas partes, que la pantalla del monitor del microscopio presentada por la recurrente es inferior a la exigida como mínima en el PPTP. Por tanto la actuación de la Mesa de contratación es conforme a lo dispuesto en el artículo 22.1.b) 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 que regula las funciones de las mesas de contratación, al no acreditar el licitador el cumplimiento de lo establecido en los pliegos. En consecuencia procede desestimar la pretensión de la

recurrente de ser admitida a la licitación al quedar probado el incumplimiento del PPTP en su oferta.

En relación a la argumentación empleada por la recurrente relativa a lo exigible al licitador y al adjudicatario se aprecia una total confusión, evidentemente tanto el suministro de las lentes como el equipamiento requerido para su implantación solo es exigible al contratista en la ejecución del contrato, pero los licitadores han de acreditar que los bienes ofertados cumplen con los requisitos exigidos en los pliegos, sin que sea admisible en ningún caso que se adjudique ni se contrate una prestación distinta a la ofertada por el licitador, ni que ésta incumpla lo exigido en los pliegos y documentos que definen las condiciones de la prestación a contratar. En este sentido cabe invocar lo dispuesto para la formalización en el artículo 153.1 de la LCSP, al establecer que los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán ajustarse con exactitud a las condiciones de la licitación, sin que el documento en que se formalice el contrato pueda incluir cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

Por otra parte, en cuanto a la Resolución de este Tribunal citada por la recurrente hemos de señalar que se refiere a una impugnación de pliegos que no procede invocar en el presente supuesto, toda vez que ALCON los aceptó incondicionadamente al presentar su oferta sin haberlos impugnado previamente como establecen los artículos 51.1.b) y 139.1 de la LCSP.

Sexto.- Respecto a la segunda cuestión planteada por la recurrente relativa al incumplimiento del PPTP en la lente ofertada por la adjudicataria, la recurrente manifiesta que el PPTP requiere, entre otras especificaciones técnicas, que la lente ofertada tenga un grado de *“esfericidad negativa entre -0,06 y -0,20”*, y que LOE ofertó al lote 3 el modelo de lente MBA PreciSAL P302A y P302AC, sin que en la Ficha Técnica presentada conste el grado de esfericidad negativa de la misma. Asimismo, ALCON aporta extracto del Catálogo Comercial de la lente ofertada que figura en la página web de la adjudicataria, en el que consta que el grado de

asfericidad negativa a un diámetro corneal de 0,06 es de -0,21 nanómetros, superior al máximo exigido en el Pliego.

En consecuencia alega que es *“un hecho indubitado y que no admite margen de apreciación, toda vez que se trata de un dato objetivo, extractado de un catálogo comercial incluido en la página web de la empresa adjudicataria, y que por tanto quedaría al margen de cualquier ápice de discrecionalidad técnica en su valoración”* por lo que acreditado el incumplimiento solo puede solicitar su exclusión.

El órgano de contratación informa que en la fase valoración de las ofertas, el Servicio de Oftalmología considera insuficiente la documentación aportada por el licitador LOE, por lo que con fecha 13 de diciembre de 2018 le solicita aclaración y justificación respecto al cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas para el lote 3 *“Hidrófoba con contenido de agua <0,5% y asfericidad negativa entre -0,06 y -0,20”*. En la documentación aportada por LOE para la justificación solicitada se puede ver, tanto en la ficha técnica como en la carta remitida por el fabricante, que la asfericidad negativa de las lentes llega a los -0,06 y por tanto cumple con los requisitos exigidos en el PPTP, así lo entendió el Servicio de Oftalmología del Hospital y en consecuencia se propuso por la Mesa de contratación al Director Gerente del Hospital la adjudicación a esa firma comercial del Lote 3.

Por su parte el adjudicatario en el escrito de alegaciones manifiesta que la recurrente parece confundir dos conceptos técnicos que le llevan a conclusiones erróneas:

“1. Por un lado, la asfericidad es un concepto matemático que define la forma de una curva, determinando la diferencia de curvatura entre el centro y la periferia. Se determina mediante el parámetro Q y es una magnitud adimensional, sin unidades de medida, pues expresa únicamente una relación matemática de una curvatura. Además, la asfericidad variará en función de otros parámetros de la lente (potencia).

2. En cambio, la aberración esférica es la diferencia en la distancia focal en el centro de un sistema óptico y la periferia. Se mide en micras. Por ello, cuando en el

pliego de requisitos del H.U.L.P pide una asfericidad de -0,06 necesariamente debe referirse a una aberración esférica de -0,06 micras.

Aclarado esto: en el pliego de reclamación de ALCON HEALTHCARE, S.A., en la página 15 indica: asfericidad negativa (negative spherical aberration) a un diámetro corneal de 0,06 es de -0,21 nanómetros. Entendemos que esta afirmación carece de sentido, pues el texto se refiere al diámetro corneal (6mm) y a la aberración esférica de 0,21 micrometros.”

Asimismo alega que ha acreditado que la lente ofertada posee una asfericidad óptica -0,06, cumpliendo de los parámetros exigidos debiendo tener prevalencia el certificado de la empresa fabricante acreditando las características de la lente frente a un catálogo que en ningún caso forma parte de la documentación presentada por LOE.

Este Tribunal a la vista de las alegaciones formuladas por las partes considera que queda claramente acreditado que las lentes ofertadas por el adjudicatario cumplen con la exigencia requerida en el Anexo I del PPTP de asfericidad negativa de -0,06. Sin embargo, la afirmación de incumplimiento de pliego achacada por la recurrente al hecho de que la asfericidad negativa indicada en catálogo es de -0,21 nanómetros y por tanto superior a -0,20 que es la exigida en las prescripciones técnicas, no queda rebatida por el órgano de contratación en sus alegaciones, sin que figure ningún informe técnico ni justificación alguna en el expediente, limitándose el HULP a indicar que la asfericidad negativa de las lentes llega a -0,06 y por tanto cumple. De igual manera en la documentación aclaratoria aportada por el adjudicatario, ficha técnica y carta del fabricante, se omite toda referencia a dicho dato.

Las características técnicas recogidas en el PPTP constituyen prescripciones de carácter obligatorio conforme a lo dispuesto en los artículos 124 y 125.1 de la LCSP, cuyo incumplimiento debe suponer la exclusión del licitador, por ser las reglas de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definir sus calidades. Concretamente en los contratos de suministro fijan los requisitos exigidos

por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como las prestaciones vinculadas al mismo. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al fijar el contenido de la relación contractual, correspondiendo al órgano de contratación su determinación, sin que quepa relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Este Tribunal en el presente supuesto, por tratarse de una cuestión puramente técnica no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, por lo que solo puede basarse para su resolución en el contenido de los informes técnicos evacuados, que como hemos mencionado no se pronuncian sobre el incumplimiento de la circunstancia alegada por la recurrente, ni hacen mención alguna a que pueda tratarse de un error o de un defecto sin entidad suficiente como para acarrear la consecuencia jurídica de exclusión de la licitación. Por lo expuesto, atendiendo al criterio consolidado de excluir las ofertas presentadas que no se adecuen a lo establecido en el PPTP, procede estimar el recurso por este motivo lo que supone la anulación de la adjudicación impugnada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.B.P., en nombre y representación de Alcon Healthcare, S.A.U., (ALCON), contra la exclusión de su proposición y la adjudicación del contrato del lote

3 de "Suministro de lentes intraoculares", para el Hospital Universitario de La Paz (HULP), número de expediente: PA 2019-0-9. Se desestima la impugnación de la exclusión de la recurrente, por quedar acreditado que la Mesa de contratación ha actuado conforme a lo dispuesto en los pliegos que rigen la licitación del contrato. Y se estima la impugnación de la adjudicación, por no quedar acreditado que la adjudicataria cumpla con todas las prescripciones técnicas exigidas.

Segundo.- 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 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento del lote 3 del contrato prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.