

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

En Madrid, a 23 de octubre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación formulado por don A.A.A., en nombre y representación de Karl Storz Endoscopia Ibérica, S.A. (en adelante Karl Storz), contra la Resolución de la Gerencia del Hospital Universitario Severo Ochoa de fecha 28 de agosto de 2018, por la que se adjudica el contrato “Adquisición de equipamiento para bloque quirúrgico en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, lote 5, “Torres de endoscopia”, número de expediente P.A. 48/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 9 y 25 de junio de 2018 se publicó en el DOUE y se pusieron los Pliegos a disposición de los interesados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 4 de julio se publicó en el BOCM, la convocatoria de la mencionada licitación para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, y con valor estimado del contrato que asciende a 1.658.109,10 euros.

Interesa señalar en relación con los motivos del recurso que el objeto del contrato está dividido en seis lotes, pudiendo licitar a uno, varios y a todos los lotes y

con admisión de ofertas integradoras.

El PPT establece para el lote 5 que estará compuesto por cuatro torres de endoscopia con, entre otros, los siguientes requisitos mínimos:

*“5.3. Procesador de cámara que permita la conexión de tres módulos de imagen diferentes de manera simultánea*

*Visualización de los diferentes programas simultáneamente en monitor con visión normal en tiempo real*

*Salidas USB para grabación en dispositivo externo en formato Full HD.*

*5.7. Bomba de irrigación y aspiración*

*Presión de aspiración para uso en laparoscopia, histeroscopia, y dilatación ureteral e intracavitaria.*

*5.8. Insuflador*

*- Insuflador de alto flujo con calentador integrado*

*- Flujo máximo de 50 litros por minuto”.*

El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en la cláusula 1ª 8.2 atribuye hasta 40 puntos a otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, que para el lote 5 consisten en:

<p>El procesador de la cámara permite la ampliación a otras tecnologías como el 4 K y 3 D para uso en laparoscopia, ORL, Neuro y exoscopios 3D</p> <p>- Si.....</p> <p>- No.....</p>	<p>10 puntos</p> <p>5 puntos</p>
<p>El procesador de cámara permite compatibilizar 2 señales primarias de la misma cámara y combinarlas en el mismo monitor para procedimientos combinados. Laparoscopia y en simultáneo uso del videocoledoscopio para Cirugía, nefroscopio rígido y videoureteroscopia flexible para Urología</p> <p>- Si.....</p> <p>- No.....</p>	<p>10 puntos</p> <p>5 puntos</p>

En el módulo de cámara de 3CCD FULL HD se podrán conectar cabezales pendulares de 3CCD FULL HD con aplicación urológica, cabezales y cabezales de cámara 3CCD FULL HD para conexión a microscopios quirúrgicos - Si..... - No.....	10 puntos 5 puntos
Incorporación de nuevas tecnologías en imagen que ayuden al diagnóstico de posibles tumores o vascularización entre otras - Si..... - No.....	10 puntos 5 puntos
<b>PONDERACIÓN MÁXIMA</b>	<b>40</b>

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron 10 licitadoras, y al lote 5 solo dos, entre ellas la recurrente.

Con fecha 27 de agosto de 2018 la Mesa de contratación calificó la documentación presentada por la empresa Olympus Iberia, S.A.U. (en adelante Olympus), acordando elevar al órgano de contratación su propuesta de adjudicación, para el lote 5.

Mediante Resolución del Director Gerente de Hospital Universitario Severo Ochoa de 28 de agosto de 2018, se adjudica el lote 5, objeto de este recurso, a Olympus. La Resolución ha sido notificada y publicada en el Perfil de contratante el mismo día.

Consta en el expediente que la recurrente solicitó al órgano de contratación tomar vista del expediente, lo que se verificó el 10 de septiembre de 2018.

El 17 de septiembre de 2018, tuvo entrada en Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Karl Storz en el que alega que la resolución de adjudicación vulnera los principios básicos de la contratación ya que la torre de endoscopia ofertada por la adjudicataria no cumple las prescripciones técnicas previstas para el presente procedimiento de contratación, por lo que debió ser excluida. Destaca que los incumplimientos de algunas características en el

producto ofertado por Olympus eran idénticos para el lote 6 siendo excluida en ese lote. Además, advierte del error en la valoración de los criterios de adjudicación respecto de la oferta de Olympus.

El 17 de septiembre de 2018, la Secretaria del Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del recurso junto con copia del expediente de contratación y el 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 (LCSP), lo que cumplimentó el 10 de octubre de 2018, allanándose a lo solicitado por el recurrente a la vista del informe emitido por el Servicio técnico en el que se concluye que tres de los requisitos técnicos exigidos en el PPT, que son considerados necesarios para la actividad quirúrgica del Hospital, no son cumplidos por el equipo ofertado por Olympus, por lo que esta oferta debería haber sido rechazada.

**Tercero.-** Con fecha 19 de septiembre de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

**Cuarto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo formulado Olympus se opone al recurso por entender acreditado el cumplimiento de los requisitos discutidos por la recurrente.

## 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora clasificada en segundo lugar, *“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”* (artículo 48 de la LCSP) en tanto que la eventual estimación del recurso le coloca en posición de poder obtener la adjudicación del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada se adoptó el 28 de agosto de 2018, notificado el mismo día e interpuesto el 17 de septiembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo importe es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** La recurrente afirma que el producto ofertado por la adjudicataria incumple los tres requisitos mínimos establecidos para el lote 3 en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y enumerados en los antecedentes de hecho, lo cual es reconocido por el órgano de contratación. Además alega la recurrente que tampoco cumple los criterios evaluables mediante fórmula matemática referidos anteriormente.

Como manifestara este Tribunal en su Resolución número 45/2015, de 11 de marzo, *“El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP- actual 57.2 de la LCSP- establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones*

*formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativo, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga ‘infracción manifiesta del ordenamiento jurídico’ (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión (...).”*

Figura que tampoco aparece como forma de terminación del procedimiento en la nueva LCSP. Ello no impide para considerar como argumento privilegiado a la luz del principio de discrecionalidad técnica, el reconocimiento por parte del órgano de contratación del error padecido en la apreciación del cumplimiento de las prescripciones técnicas.

Como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan 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 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser

evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

Procede, por tanto, analizar cada una de las especificaciones y el incumplimiento alegado por el recurrente y por el órgano en su informe de contestación al recurso.

Afirma el recurrente que Olympus fue excluida en el lote 6 de esta licitación por incumplir un requisito idéntico al exigido en el lote 5, a saber

1. Insuflador.-

**- Insuflador de alto flujo con calentador integrado**

- Control del proceso de insuflación de CO<sub>2</sub>

- Los valores de referencia se pueden regular con exactitud en todo momento a través de la pantalla

- Permite visualizar todos los valores de manera clara y sencilla en todo momento.

**- Flujo máximo de 50 litros por minuto.**

- Ajuste automático de la presión

- Alarmas exceso de presión y nivel de botella.

Alega Karl Storz que revisada la oferta presentada por Olympus, consta que el insuflador propuesto (Ref. N3829670 - Modelo UHI-4) carece de un sistema de calentador integrado de CO<sub>2</sub>, siendo necesario un módulo externo para la realización de dicha función, tal y como manifiesta Olympus en su oferta *“Se integra calentador WA587AIWA58671A precalentador de gas GSH-2 con intercambiador de calor”*.

Por lo que respecta al flujo máximo, la adjudicataria pretende llevar a confusión al Órgano de Contratación pues en un principio indica en su oferta que el insuflador ofertado *“es de alto flujo (50 l) con función de aspiración de humos y vapor opcional”*. Sin embargo, en la ficha técnica del producto se establece claramente que el

insuflador dispone de 3 modos de funcionamiento:

*“Modo ALTO: 20-45 l/min.*

*Modo MED: 1,1 -1,9 l/min. 2-19 l/min.*

*Modo BAJO: 0,1-1,0 l/min.”*

El órgano de contratación reconoce que aunque en un primer momento la documentación técnica indicaba que el insuflador alcanzaba un flujo máximo de 50 l/min, en la ficha técnica se indica que en su modo alto alcanza 45 l/min. Según señala el informe en situaciones en las que existan fugas de gas por el ajuste de trocares o la utilización de filtros de humo, el alto flujo exigido puede compensarlas, por lo que resulta necesario cumpla el requerimiento exigido. Y añade que el insuflador no dispone de un sistema de calentador integrado, sino que lo incorpora en un módulo externo, explicando que a la hora de diseñar las prescripciones técnicas se incluyó esta característica por motivos de ergonomía y fiabilidad, ya que reduciendo el número de equipos en el quirófano e integrando esta funcionalidad se evitaban alteraciones en las prestaciones de ésta.

En el escrito de alegaciones presentado ante el Tribunal por la adjudicataria manifiesta que no puede ser razón suficiente para su exclusión el que Olympus haya sido excluida en otro lote, el 6, cuando no se trata de mismos lotes, mismas referencias ni mismas prescripciones técnicas. Afirma que el sistema de insuflado ofertado por esta casa comercial cumple las especificaciones técnicas exigidas por los pliegos rectores del procedimiento, según fichas técnicas adjuntadas en el expediente, valoradas y validadas por el Hospital, en estricta aplicación de la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación tanto para configurar los pliegos de selección del contratista como a la hora de realizar las valoraciones por expertos técnicos en la materia concreta.

El artículo 84 del RGLCAP bajo el título *“Rechazo de proposiciones”* dispone que, vigente en tanto no sea contradictorio con la nueva LCSP, *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese*



*del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.*

Tratándose de un criterio técnico, el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

Comprueba el Tribunal que todos los requisitos del insuflador en el lote 5 son

coincidentes con los requisitos del insuflador previstos para el lote 6, a saber:

A.4 Insuflador. (1 por quirófano)

• **Insuflador de alto flujo con calentador integrado**

- Control del proceso de insuflación de CO<sub>2</sub>.
- Los valores de referencia se pueden regular con exactitud en todo momento a través de la pantalla

• Permite visualizar todos los valores de manera clara y sencilla en todo momento.

• **Flujo máximo de 50 litros por minuto.**

- Ajuste automático de la presión
- Alarmas exceso de presión y nivel de botella.

Asimismo comprueba que en la ficha técnica de Olympus relativa al UHI-4 INSUFLADOR 220-240V figuran los datos de la tabla siguiente:

Elemento		Especificaciones
Ajustes de flujo	3 modos de ajustes del flujo: (modo de cavidad "NORMAL")	Modo ALTO: 20-45 l/min. Modo MED: 1,1 -1,9 l/min. 2-19 l/min. Modo BAJO: 0,1-1,0 l/min.
	3 modos de ajustes del flujo: (modo de cavidad "PEQUEÑO")	Modo ALTO: 6-10 l/min. Modo MED: 1,1 -1,9 l/min. 2-5 l/min. Modo BAJO: 0,1-1,0 l/min.
	Se conserva el ajuste de flujo anterior.	Cuando se conecta la alimentación, se selecciona el modo bajo.

Siendo evidente que el flujo máximo -45 l/min- es inferior al requerido como mínimo en el PPT. Así mismo constata que en la página 10 de su ficha técnica figura *"Se integra calentador WA587A / WA58671A Precalentador de gas "GSH-2" con intercambiador de Calor"*, incumpliendo el requisito de integración.

*"2. Procesador de cámara que permita la conexión de tres módulos de imagen"*

*diferentes de manera simultánea.*

*-Visualización de los diferentes programas simultáneamente en monitor con visión normal en tiempo real.*

*- Salidas USB para grabación en dispositivo externo en formato Full HD.”*

Afirma el recurrente que el procesador modelo OTV-S200 ofertado por Olympus sólo puede mostrar una imagen en el monitor sin posibilidad de mostrar dos imágenes a la vez (una tratada con los filtros de tratamiento de la imagen y la otra la original sin tratamiento al mismo tiempo y en la misma pantalla) y no dispone de las funciones de grabación en dispositivo externo en formato Full HD.

En su informe el órgano de contratación expone que la exigencia de disponer de salida USB para grabación en dispositivo externo en formato Full HD, es muy necesaria para grabar las intervenciones realizadas que servirán de soporte documental para la formación continuada del personal y la docencia de alumnos, así como registro de las cirugías ante posibles reclamaciones legales y confirma que en la oferta de Olympus no consta esta característica, sin pronunciarse respecto a la otra característica alegada por la recurrente.

Olympus manifiesta que *“dada la configuración de las plataformas endoscópicas, los diferentes programas se pueden visualizar simultáneamente en los monitores incluidos en la oferta, así como que disponen de salidas USB para grabación en dispositivos externos, tal y como se puede observar en las fichas técnicas adjuntas en el expediente.”*

Comprueba el Tribunal que el OTV-S200 Processor ofertado por Olympus, según indica en su ficha técnica solo indica: *“Este procesador de vídeo está indicado para ser utilizado con cabezales de cámara, endoscopios, monitores, accesorios de endoterapia y otros equipos auxiliares de Olympus para el diagnóstico, el tratamiento y la observación por vídeo mediante un endoscopio.*

*El procesador de cámara es todo en uno, integra: Procesador de cámara full*

*HD 1920x1080, Conexión para cabezales de cámara 3 chips y/o videolaparoscopios, con fuente de Luz LED integrada*

*El procesador te permite ser compatible con todas las tecnologías para el uso con los diferentes servicios del hospital, así como diferentes señales para procedimientos combinados y simultáneos.”*

De donde no se deduce que tenga salida USB para grabación en dispositivo externo en formato Full HD sino que solo permite conexión a equipos para el diagnóstico, el tratamiento y la observación por vídeo mediante un endoscopio.

*“3. Bomba de irrigación y aspiración.*

*- Presión de aspiración para uso en laparoscopia, histeroscopia, y dilatación ureteral e intracavitaria,”*

Afirma Karl Storz que bomba ofertada por la adjudicataria HysteroFlow II ((Modelo W A40620A) ni tiene la función de aspiración, sino solo la de irrigación, y no permite su uso para diferentes aplicaciones (laparoscopia, histeroscopia, dilatación ureteral)).

El órgano de contratación reconoce que revisada la oferta con motivo del recurso ha comprobado que la bomba sí cumple lo requerido toda vez que en la descripción de las prestaciones consta lo siguiente.

*“Bomba de irrigación/aspiración para el manejo de fluidos durante procedimiento -laparoscópicos-y/o histeroscopia tiene dos objetivos principales: realizar una presión de fluido suficiente para mantener el útero distendido y mantener el flujo necesario (...)*

*HysteroFlowII es un sistema que combina una bomba con un sistema de aspiración (...)*

*Instrumento de reconocimiento: medición muy precisa de la presión intrauterina”.*

Por su parte Olympus afirma que a pesar del nombre comercial dado a la

bomba incluida en la oferta, lo cierto es que no restringe su uso únicamente a histeroscopia, sino que es apta para su uso en otras especialidades.

Efectivamente comprueba el Tribunal que en la ficha técnica se recogen tales características que evidencian cumple lo requerido en el PPT.

No obstante, incumpliendo las anteriores se debe estimar el recurso resultando contraria a derecho la admisión de la oferta de Olympus a esta licitación, sin que resulte necesario analizar los errores alegados en la valoración de los criterios de adjudicación de su oferta.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46 de la LCSP y el artículo 3.2 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto don A.A.A., en nombre y representación de Karl Storz Endoscopia Ibérica, S.A., contra la Resolución de la Gerencia del Hospital Universitario Severo Ochoa de fecha 28 de agosto de 2018, por la que se adjudica el contrato “Adquisición de equipamiento para bloque quirúrgico en el Hospital Universitario Severo Ochoa”, lote 5 “Torres de endoscopia”, número de expediente P.A. 48/2018, anulando la adjudicación del referido lote y retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las proposiciones presentadas a la licitación, debiendo excluir la oferta de Olympus Iberia, S.A.U. y acordar la adjudicación a aquella oferta que cumpliendo todas las exigencias del PPT, resulte económicamente más ventajosa.

**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.-** Dejar sin efecto el mantenimiento de la suspensión acordada el 19 de septiembre de 2018.

**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.