Recurso 501/2021
Resolución 29/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 21 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PHILIPS IBÉRICA, S.A.** contra la adjudicación del contrato denominado "Suministro, instalación y puesta en marcha de un Ecógrafo Digital de Alta Resolución. Cofinanciación FEDER. Convocatoria 2019. Proyecto I+D+I Plan 2017-2020, EQC19-006370-P" (Expte. SU. 43/2020 PAR) promovido por la Universidad de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de marzo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 110.448 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 18 de octubre de 2021, el órgano de contratación adjudica el contrato a la entidad GENERAL ELECTRIC HEALHCARE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, la adjudicataria).

SEGUNDO. El 8 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PHILIPS IBÉRICA, S.A.U. (en adelante, PHILIPS IBÉRICA) contra la referida resolución de 18 de octubre de 2021.

Asimismo, el presente recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo requerido fue recibido en este Órgano y, entre otros extremos, en el informe al recurso el órgano de contratación solicitaba a este Tribunal el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

Con fecha 23 de diciembre de 2021, este Tribunal acordó levantar la suspensión automática del procedimiento.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido para ello las presentadas por la adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

El acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato promovido por la Universidad de Málaga. La competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto se ha venido residenciando en el convenio formalizado el 21 de diciembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Málaga, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

No obstante, el convenio citado es anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo régimen jurídico de los convenios administrativos definiendo como tales "los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común"; previendo su disposición adicional octava el régimen de adaptación y plazo de vigencia de los convenios existentes a su entrada en vigor.

Al convenio suscrito con la Universidad de Málaga, le es aplicable el régimen de adaptación del segundo párrafo del apartado 1 de la disposición adicional citada.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto se recurre la adjudicación de un contrato de suministro, con un valor estimado superior a cien mil euros, y convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por lo que, contra el citado acto cabe recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, la adjudicación fue notificada a la recurrente y publicada en el perfil de contratante el 18 de octubre de 2021. Así, el recurso presentado con fecha 8

de noviembre de 2021 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50 de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes

Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

PHILIPS IBÉRICA disconforme con la resolución de adjudicación adoptada por el órgano de contratación presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna el referido acto, solicitando en su escrito a este Tribunal lo siguiente: *"(…) se declare la nulidad de la Resolución de adjudicación impugnada y se proceda a la EXCLUSIÓN de la oferta de la entidad GE por incumplir los Pliegos del Expediente de Contratación y los Principios Generales de la Contratación Pública, y en su virtud, se proponga la adjudicación del Expediente de Contratación, a la entidad PHILIPS IBÉRICA S.A.U., al ser la entidad licitadora que no ha incumplido las previsiones de los Pliegos del presente procedimiento."*

En particular, centra su argumentación en el siguiente alegato:

- Sostiene que la valoración de la oferta de la adjudicataria es errónea pues debió ser excluida por no cumplir los requisitos mínimos establecidos en los pliegos

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente combate la decisión de adjudicación argumentando lo siguiente:

<<En el Expediente de Contratación, Philips ha podido comprobar como la entidad GE, que ha resultado adjudicataria, debió ser, sin embargo, excluida por cuanto incumple los requisitos mínimos establecidos en los Pliegos.
1. Concretamente el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece en su apartado 2. «Descripción del Suministro y Requerimientos mínimos» que el Ecógrafo Digital de Alta Resolución objeto del contrato debe contar con una serie de características mínimas o "Requerimientos mínimos" establecidos de forma precisa.
Así, en relación con los transductores o "Sondas", el PPT establece que, como mínimo deben cumplir el siguiente requisito:
(…)
Es decir, se establece como barrera técnica de acceso el requerimiento de que los equipos ofertados cuenten con un "Transductor lineal matricial/multifrecuencia (multilínea en 3 matrices de cristales) de banda ancha con 1.920 elementos en el rango de frecuencias de 2 a 22 MHZ. (…)".
2. Pese a lo anterior, en el «Acta de Valoración Técnica», documento donde el Órgano evaluador analiza el cumplimiento de los requisitos técnicos y puntúa los distintos criterios, se identifica claramente que GE no cumple con el referido criterio, al indicarse literalmente:
(…)
3. Así, incluso el cuerpo técnico evaluador señala que GE ha presentado un equipo que no alcanza 1920 elementos, que es lo que se indica en el requerimiento mínimo, y además manifiesta que "En cuanto a este apartado [GE], se ajusta parcialmente al pliego de descripción técnica ya que no incluye un transductor lineal matricial/multifrecuencia (multilínea en 3 matrices de cristales) de banda ancha con 1929 elementos en el rango de frecuencias 2-22MHZ (…)".

Pese a lo anterior, el resultado de no cumplir un requerimiento mínimo obligatorio, no es la exclusión de la oferta, sino que el órgano evaluador señala que "esto se ha tenido en cuenta en la valoración y puntuación final de la memoria descriptiva".
Se acompaña como Documento nº 2 el Acta de Valoración Técnica de las Ofertas.
4. La decisión de no excluir la oferta de GE pese a que la misma no cumpla el requisito mínimo señalado supone la vulneración de varios principios generales de la Contratación Pública y fundamenta la interposición del presente Recurso Especial, que pretende la defensa de la buena fe con la que Philips ha licitado, cumpliendo cada una de las prescripciones exigidas.
(…)
7. Admitir la oferta de GE, y no aplicar los propios requerimientos técnicos impuestos por el Órgano de Contratación supone como se ha indicado una alteración en la forma de valorar las ofertas, convirtiendo los criterios mínimos en criterios evaluables, algo no permitido en el marco de la Contratación Pública y que, además, conlleva la errónea equiparación de ofertas que no pueden ser equiparables, donde se beneficia nuevamente a GE que, además de no ser excluida, ha podido ser más económica, ya que no ha ofertado un elemento exigido.>>

Para fundamentar su planteamiento, la recurrente se apoya en las resoluciones de diferentes tribunales administrativos relativas a la obligatoriedad del cumplimiento de los requerimientos de los pliegos.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos de la recurrente y, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:

<<Al tratarse de una cuestión eminentemente técnica, este Servicio de Contratación ha dado traslado del recurso interpuesto al personal técnico de la mesa que procedió a la evaluación de las tres ofertas presentadas para que aclaren la cuestión planteada.
Según las aclaraciones emitidas por los técnicos, los tres equipos ofertados por las licitadoras cumplen con los requisitos necesarios para cubrir las funcionalidades, consideradas básicas, para desarrollar los proyectos de investigación para los que se requiere su adquisición.
Que, tal y como manifestaron los técnicos en el informe de valoración técnica, tanto GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA SAU como CANON MEDICAL SYSTEMS, SAU, en este apartado en concreto, "se ajustan parcialmente al pliego", según se cita literalmente:

"En cuanto a este apartado, se ajusta parcialmente al pliego de descripción técnica ya que no incluye un transductor lineal nzatricial/multifrecuencia (mulfilínea en 3 matrices de cristales) de banda ancha con 1929 elementos en el rango de frecuencias 2-22 MHZ para valoración de estudios superficiales incluida mama, partes blandas, musculoesquelética, vasculares, cadera y abdomen pediátrico. Esto se ha tenido en cuenta en la valoración y puntuación final de la memoria descriptiva."

El hecho de ajustarse parcialmente al pliego no ha sido considerado por los técnicos, personal muy cualificado en esta materia, motivo suficiente para rechazar ambas ofertas, pero sí evaluar con mayor peso el equipo ofertado por PHILIPS IBÉRICA, S.A., que consigue en esta fase el mayor peso con 50 puntos, frente a los 35 puntos conseguidos por CANON MEDICAL SYSTEM, SAU y 45 puntos conseguidos por GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA SAU.
Asimismo, y si bien es cierto que la única licitadora que cumple literalmente con todos los requisitos del pliego es PHILIPS BÉRICA, S.A., no se han encontrado fundamentos suficientes para proceder a la exclusión de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA SAU, como exige la recurrente, así como de la oferta presentada por CANON

MEDICAL SYSTEMS, SAU, que, al igual que la anterior, cumple parcialmente con los requisitos exigidos, hecho que no ha sido puesto de manifiesto por la recurrente, exigiendo tan solo la exclusión de la adjudicataria, que de producirse haría recaer en ellos la adjudicación.
Queremos informar a ese Tribunal que los técnicos que han procedido a la valoración técnica del ECÓGRAFO DIGITAL son los responsables del proyecto de investigación y son los más preparados para evaluar el suministro y, a la vez, los más interesados en no aceptar propuestas que no cumplan con las necesidades consideradas esenciales que impidan el desarrollo del proyecto.
SEGUNDA. — En segundo lugar, queremos hacer referencia a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas en su apartado 1:
(…)
Por ello, y aunque se establezca en el PPT, en el texto que hemos resaltado: "Las especificaciones recogidas en este Pliego de Prescripciones Técnicas se entienden como las mínimas exigibles", ni en este ni en ningún otro apartado del pliego se establece que el incumplimiento parcial determinará la desestimación de la oferta presentada.
Opinamos que para que la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y claro y haberse determinado en el pliego, y entendemos ajustado a derecho la evaluación realizada a las tres ofertas presentadas y que todas se ajustan a las exigencias del pliego de prescripciones técnicas, sin ir en contra de los principios generales que guían la contratación administrativa.
(…)
TERCERA. - Que no dudamos de la calidad técnica del equipo ofertado por PHILIPS IBÉRICA, lo que se deduce de la valoración técnica obtenida, pero no es motivo para proceder a la exclusión de la empresa que ha resultado adjudicataria, que lo ha sido en base a lo establecido en el artículo 145 de la LCSP: "la adjudicación del contrato se ha realizado utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio", y no por la evaluación técnica del equipo.>>

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

La controversia radica, por lo tanto, en determinar si se ha producido error en el análisis realizado por la comisión técnica, de tal manera que, la oferta de la adjudicataria pudiera no cumplir con las exigencias establecidas en los pliegos regidores de la licitación y ello fuera causa de exclusión.

En este sentido procede acudir al contenido de los pliegos, y en particular al pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), que indica en su primer apartado que *"las especificaciones recogidas en este Pliego de Prescripciones Técnicas se entienden como las mínimas exigibles"*. A continuación, en su apartado 2 titulado *"Descripción del suministro y requerimientos mínimos"* se identifica el equipamiento que se debe suministrar -un ecógrafo digital de alta resolución- y sus componentes. Entre estos componentes se encuentra el denominado *"Sondas"* con el siguiente contenido:

"a) Transductor lineal matricial/multifrecuencia (multilínea en 3 matrices de cristales) de banda ancha con 1.920 elementos en el rango de frecuencias 2 a 22 MHZ. (estudios de lesiones superficiales incluida mama, partes blandas, musculo-esqueléticas, vasculares; cadera y abdomen pediátricos).
b) Transductor convex (estudios abdominales y vasculares profundos (aorta abdominal e iliacas).
c) Transductor Sectorial (estudios cardiacos y vasculares intracraneales)."

Por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) en su cuadro resumen, apartado 15 -relativo a la documentación a incluir en el sobre o archivo electrónico B-, y en cuanto a la memoria descriptiva del suministro, dispone lo siguiente:

"Se incluirá una memoria de los productos suministrados que cumplan las características de composición, diseño y calidad mínimas que se especifican en el Pliego de Prescripciones Técnicas, añadiendo toda la información que estime conveniente para conocer y calificar con detalle el valor técnico de la oferta, pudiendo acompañarse del catálogo o descripción detallada de cada uno de los modelos, describiendo la calidad, variedad, originalidad. En el caso de presentarse muestras se valorará la calidad y cumplimiento de características técnicas, funcionales y estéticas de los bienes ofertados. Para valorar adecuadamente la descripción del suministro es fundamental que la propuesta sea clara y no dé lugar a ambigüedades."

A continuación, especifica los componentes del ecógrafo digital de alta resolución con el mismo detalle que se hace en el PPT.

Asimismo, el apartado 19 del mencionado cuadro resumen -relativo a los criterios de valoración de las proposiciones- , subapartado 1, establece los criterios sujetos a juicio de valor que son: la memoria descriptiva del suministro; el mantenimiento gratuito y servicio postventa; y las mejoras. Con respecto a la memoria (valorable hasta 30 puntos), se indica lo siguiente: *"En atención a la descripción del suministro con arreglo a las características mínimas descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en el epígrafe 15 de este Cuadro-Resumen, se calificará el valor técnico de la oferta, teniendo en cuenta las características del equipo suministrado que mejor se adapten a las necesidades del servicio, valorando las prestaciones, calidades y especificaciones de los distintos componentes que lo integran, identificando materiales de fabricación, durabilidad de material fungible, etc."*

De acuerdo con lo expuesto, en el supuesto que nos ocupa, los pliegos han definido el suministro objeto del contrato en base a unos componentes o requerimientos mínimos que, por lo tanto, son exigibles para poder considerar cumplidas las especificaciones técnicas. De tal modo que, la valoración de la oferta debe comenzar a partir de la constatación del cumplimiento de los requisitos que se han establecido como requerimientos mínimos, pues de otro modo el órgano de contratación estaría adquiriendo un artículo que incumple las previsiones de los pliegos.

Pues bien, como punto de partida, ha de indicarse que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. Igualmente, se ha de indicar que los pliegos que rigen la contratación también vinculan al órgano de contratación, de tal manera que, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso los requerimientos mínimos predicables para el ecógrafo digital de alta resolución objeto del contrato y previstos en ambos pliegos- se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas. En este sentido se pronuncia el Tribunal General de la Unión Europea, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T652/14), al afirmar en su apartado 78 que *"(…) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya*

apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores"

Así, cuando el órgano de contratación en su informe al recurso admite que los ecógrafos ofertados por dos licitadoras (la adjudicataria y CANON MEDICALSYSTEMS, SAU) se ajustan parcialmente al pliego, pues según el informe técnico no incluyen un transductor lineal matricial/multifrecuencia de banda ancha con 1929 elementos en el rango de frecuencias 2-22 MHZ -cualidad especificada dentro de los componentes requeridos como mínimos en el PPT- se está apartando de las condiciones que él mismo ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras. Por ello, este Tribunal considera que la decisión de adjudicación adoptada por el órgano de contratación no es correcta pues, por aplicación del principio de igualdad de trato, deben excluirse las ofertas que se separan de los pliegos (STJUE de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89), como sucede en el supuesto que nos ocupa.

Procede, pues, estimar el recurso interpuesto con los efectos que se exponen a continuación.

La corrección de la infracción cometida ha de llevarse a cabo anulando la resolución de adjudicación de 18 de octubre de 2021, con retroacción de las actuaciones al momento del análisis y valoración de las ofertas técnicas con el fin de que se excluya a la adjudicataria por no adecuarse su oferta a los requerimientos mínimos establecidos en el PPT y continuar el procedimiento hasta su finalización.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PHILIPS IBÉRICA, S.A.** contra la adjudicación del contrato denominado "Suministro, instalación y puesta en marcha de un Ecógrafo Digital de Alta Resolución. Cofinanciación FEDER. Convocatoria 2019. Proyecto I+D+I Plan 2017-2020, EQC19-006370-P" (Expte. SU. 43/2020 PAR) promovido por la Universidad de Málaga y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.