

**Recurso 307/2024**  
**Resolución 351/2024**  
**Sección Segunda**

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

Sevilla, 2 de septiembre de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALCON HEALTHCARE S.A.** contra la resolución de adjudicación de fecha 22 de julio de 2024 del contrato denominado «Suministro material fungible cirugía cataratas, vitrectomía y soluciones oftalmológicas con disponibilidad de uso y mantenimiento del equipamiento necesario para su utilización y suministros de prótesis oftalmológicas SU.PC.SANI.04.18 (lentes intraoculares) con destino a los centros sanitarios de la provincia de Cádiz pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud» (Expte. +6.6W2QTJK CONTR 2023 357883 248/2023) respecto de la **agrupación 3 (lotes 5,6, 7,8 y 9)** promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa dependiente de la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 30 de mayo de 2023 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato de 16.935.520,74 euros.

Con fecha 9 de junio de 2023 se publica en el citado perfil resolución de corrección de errores y ampliación del plazo de presentación de ofertas.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, se rige por el 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 y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 22 de julio de 2024 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato respecto de la agrupación 3 (lotes 5, 6, 7, 8 y 9) a la entidad D.O.R.C ESPAÑA, S.L (en adelante, DORC o la adjudicataria). Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y notificada a la entidad recurrente con fecha 26 de julio de 2024.



**SEGUNDO.** El 8 de agosto de 2024, la entidad ALCON HEALTHCARE S.A. (en adelante, ALCON o la recurrente) presenta en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación citada en el antecedente anterior.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de fecha 9 de agosto de 2024 se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que tuvo entrada en esta sede con posterioridad.

Mediante escritos de fecha 16 de agosto de 2024, la Secretaría del Tribunal ha cumplimentado el trámite de audiencia a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiendo presentado escrito de alegaciones en el plazo conferido 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.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora a la agrupación 3 cuya oferta ha quedado situada en segundo lugar, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el objeto de licitación es un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado y que va a ser formalizado por un ente del sector público con la condición de Administración pública. Por tanto, el recurso contra el citado acto es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, y de conformidad con la documentación obrante en el expediente remitido, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

### **QUINTO. - Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.**

Examinados los requisitos previos de admisión procedemos a analizar la cuestión nuclear relativa al incumplimiento por la oferta de la adjudicataria del pliego de prescripciones técnicas (PPT), comenzando, en primer lugar, por la exposición de las alegaciones de las partes.

#### **1.- Alegaciones de la recurrente.**

La recurrente solicita de este Tribunal:



« (...)

*SEGUNDO.- Que, según se ha acreditado en el Fundamento de Derecho Segundo, se proceda a la **Exclusión** de la oferta presentada por la oferta presentada por DORC ESPAÑA S.A a los lotes que integran la **Agrupación nº3** del expediente*

*TERCERO.- Que se ordene la continuación del procedimiento y la adjudicación a la Agrupación nº 3 del mismo a la siguiente empresa mejor clasificada, en este caso, **ALCON HEALTHCARE S.A**».*

La recurrente señala que ha detectado los siguientes incumplimientos, que agrupa, en un primer motivo de impugnación referido al incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas en la composición de los materiales ofertados para los lotes de la agrupación nº 3 siguiendo la sistemática que se expone, a continuación.

a) Incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (PPT) en la composición del “*Custom Pack*” para cirugía de vítreo combinada facoemulsificación-retina, Lote nº 9. Omisión de materiales requeridos con carácter obligatorio.

Señala que la adjudicataria no ha incluido los siguientes elementos de facoemulsificación requeridos por el PPT para la realización de la cirugía combinada facoemulsificación-retina, y en concreto, los siguientes, según el anexo III al PPT:

1	<i>Equipo de accesorio facoemulsificación de cámara de prueba compatible con equipo</i>
1	<i>Manguito irrigación de silicona pieza mano facoemulsificador</i>
1	<i>Aguja de ultrasonido de 30º compatible con equipo de facoemulsificación</i>
1	<i>Tornillo ajuste aguja del facoemulsificador</i>

Alega que dichos elementos son necesarios para realizar la cirugía de facoemulsificación (denominada “cirugía de catarata”) en el contexto de una cirugía vítreo-retiniana y de ahí el nombre de combinada, por lo que, sin dichos elementos, no puede llevarse a cabo. En este sentido, manifiesta que, tras el estudio de la documentación presentada por la adjudicataria al lote 9 se comprueba que dichos materiales no han sido incluidos, limitándose a reproducir los mismos materiales que para el lote nº 7 cirugía vítreo-retiniana simple, y, por tanto, que dicha flagrante omisión no puede sino determinar la exclusión de la oferta presentada por la adjudicataria al lote 9 y, por extensión, a toda la agrupación nº 3.

b) Incumplimiento de requerimientos técnicos relativos a las medidas en el paño no fenestrado ofertado en los lotes nº 7,8 y 9.

Expone que, de acuerdo con la descripción que se efectúa en el anexo III del PPT de cada uno de los elementos que deben componer los “*Custom Packs*” ofertados en el expediente de licitación, en los lotes 7, 8 y 9 se requiere, con carácter obligatorio, la inclusión de un paño oftalmológico no fenestrado con unas medidas específicas 160x 255 cm, habiéndose comprobado en el acto de acceso, según manifiesta la recurrente, que el paño ofertado por la adjudicataria abarca una medida de 150x 250 cm que incumple lo solicitado.

Añade que el órgano de contratación ya decretó la exclusión de otras casas comerciales por el incumplimiento de estas medidas, solicitando, la exclusión por este motivo.

c) Incumplimiento de requerimientos técnicos: característica del “doble bisel” que no se cumple en el cuchillete ofertado dentro del “*Custom Pack*” del lote nº 9.



La recurrente señala que con carácter obligatorio se exige un cuchillete de 2 mm, con “doble bisel” y que la oferta de la adjudicataria es de un cuchillete oftalmología 2,2 mm angulado que no cumple el requisito de disponer doble bisel.

Alega que la omisión de elementos fundamentales dentro del “*Custom Pack*” para poder realizar la práctica quirúrgica objeto del lote nº 9, por un lado, y, por otro, el incumplimiento de manera clara y objetiva de elementos de los “*Custom Pack*” en los lotes nº 7, 8 y 9 son motivo suficiente para excluir la oferta de la adjudicataria, señalando, al respecto, que todo incumplimiento de los pliegos rectores no puede sino determinar la exclusión de la oferta que incumple los artículos 124 de la LCSP y 88 del Reglamento general de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, así como la aplicación de los principios fundamentales en materia de contratación, tales como los de transparencia, igualdad de trato entre licitadores y libre concurrencia.

Invoca la Resolución 48/2020 de 12 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, así como la Resolución 319/2020, de 24 de septiembre del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Como segundo motivo de impugnación, relativo también al incumplimiento del PPT, se refiere al equipo de vitrectomía ofertado por la adjudicataria en la agrupación nº 3, señalando que en el apartado 2.1.1 Agrupación 3 (LOTES del 5 al 9) se especifica claramente que la empresa adjudicataria deberá proporcionar la disposición de uso y mantenimiento sin coste alguno de los equipos “VITREOTOMOS” indispensables para la realización de la cirugía que serán compatibles con los packs de cirugía que se oferten durante la vigencia del contrato.

En concreto, se refiere a la necesidad de tener la característica de “Bomba de aspiración Venturi” y, según indica, la empresa propuesta como adjudicataria no cumple dicho requisito con el equipo “EVA NEXUS” que ha ofertado. Señala que, en aras a reforzar la argumentación, la empresa DORC fue excluida por el citado incumplimiento del procedimiento de licitación 1322/2021 (PAAM 43/21) promovido por la Plataforma Logística Sanitaria de Córdoba, aportando el acta de la mesa de contratación que constataba el mencionado incumplimiento de la característica técnica exigida respecto del equipo ofertado. Adjunta, asimismo, imágenes que manifiesta extraer de la página web donde se hace referencia a la bomba “Valve Timing Intelligence (VTi)” y a su funcionamiento por pistones que es incompatible con una “Bomba Venturi” como requiere el pliego.

Indica que, según el documento de la FDA 510 (k) Numero K213467 Complete EVA NEXUS Ophtalmic Surgycal System COMPARATION la adjudicataria indica que su equipo “EVA NEXUS” tiene un módulo de fluídica que controla la infusión/ irrigación presurizada mediante una bomba de pistones/émbolo, y que el control de la presión se produce al apretar las membranas de un cartucho conectado a la bomba. El referido documento señala que el cartucho consiste en una bolsa de recolección para recoger los fluidos aspirados, tubos para irrigación y aspiración, y el conjunto de tubos para la administración, pudiendo verificarse que en la documentación oficial no se establece que el EVA NEXUS tenga BOMBA VENTURI por lo que, al no tener físicamente este tipo de bomba, no cumple con las características generales obligatorias del PPT.

Asimismo, y para reforzar la argumentación, la recurrente explica las diferencias entre una bomba “Venturi” y una bomba de pistones en orden a demostrar la importancia de dicha característica técnica, y ensalzando las bondades de la primera que, según pone de manifiesto, entre otras ventajas, ofrece un control eficaz de la aspiración utilizando la presión de un flujo de aire, y señalando que la variación en la velocidad del flujo de aire o en la geometría de la boquilla permite ajustar fácilmente la intensidad del vacío, lo que posibilita un control preciso y rápido durante la cirugía.



Invoca los principios fundamentales de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores, como pilares fundamentales de todo procedimiento de contratación pública, señalando que, en aplicación de tales principios, la consecuencia lógica ante los incumplimientos reseñados debe ser la exclusión de la oferta, por concurrir, además, causa de anulabilidad, a que se refiere el artículo 48 de la ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En definitiva, considera que la adjudicación de un contrato público a una empresa cuya oferta incumple de manera palmaria los requisitos técnicos esenciales recogidos en el PPT debe ser anulada y decretarse la retroacción de actuaciones y la exclusión de dicha oferta.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano se opone al recurso y solicita la desestimación de este, con fundamento en las siguientes alegaciones que pasamos a transcribir a continuación:

*« En cuanto al “a) Incumplimiento del PPT en la composición del Custom Pack para cirugía de vítreo combinada fa-coemulsificación-retina, Lote nº 9. Omisión de materiales requeridos con carácter obligatorio.” informar a este tribunal que en las muestras enviadas por DORC ESPAÑA, S.L., están disponibles todos los componentes del Custom Pack exigidas en el pliego y todas se ajustan a las exigencias requeridas en los pliegos.*

*Respecto al incumplimiento “b) Incumplimiento de requerimientos técnicos: medidas en el paño no fenestrado ofertado en los Lotes nº 7, 8 y 9 que incumplen el PPT.” la comisión técnica ha considerado irrelevante para la práctica quirúrgica las variaciones de tamaño dentro de las medidas definidas en el pliego de prescripciones técnicas. Los casos análogos que cita el recurrente y para los que se ha decidido excluir otras casas comerciales hacen referencia a los lotes 21, 22 y 23, donde se solicitan paños quirúrgicos de menores dimensiones y cuyas variaciones con respecto a las medidas solicitadas sí afectaban a la práctica quirúrgica.*

*En relación al incumplimiento “c) Incumplimiento de requerimientos técnicos: característica del “doble bisel” que no se cumple en el cuchillete ofertado dentro del Custom Pack del Lote nº 9. ” la comisión técnica considera que un cuchillete de 2,2 presentado por DORC ESPAÑA, S.L., perfectamente cumple las funciones de cuchillete de doble bisel sin que afecte a la práctica quirúrgica.*

*Y por último sobre el incumplimiento del apartado SEGUNDO, que versa sobre la bomba de aspiración VENTURI manifestar que a nuestro modesto entender el recurrente intenta confundir a este tribunal con diversos tecnicismos. La bomba presentada por DORC ESPAÑA, S.L. es una nueva generación de bombas llamada VacuFlow Vti (Vacuum Flow Valve Timing Intelligence) que tiene modo de funcionamiento venturi y también peristáltico.*

*Esta bomba electrónica mejora las prestaciones de las tradicionales bombas, que se dividían en venturi y peristáltica. La actual VTi puede funcionar según sea más eficaz y seguro tanto en un modo de trabajo venturi como peristáltico, controlado de esta manera el vacío (venturi) o el flujo (peristáltico) según interese.*

*Si nos centramos en la configuración de trabajo veturi. La bomba del equipo de DORC trabaja controlando el vacío con los mismos mecanismos o principios físicos de una bomba venturi, únicamente que en esta nueva bomba se le ha llamado con denominación comercial distinta. Lo que significa una completa equivalencia de funcionalidades válido en licitación pública.*

(...)

*Es por tanto que este órgano de contratación concluye que este sistema de bomba iguala e incluso mejora lo exigido en el pliego de prescripciones técnicas (...).»*

## 3. Alegaciones de DORC.

La adjudicataria se opone al recurso con fundamento en las siguientes alegaciones:



a) Respecto del incumplimiento por la omisión de los elementos de facoemulsificación requeridos por el PPT para la realización de la cirugía combinada facoemulsificación-retina, reconoce que en la ficha técnica aportada al proceso de licitación, a la que tuvo acceso la recurrente en el trámite de vista celebrado el 1 de agosto, efectivamente no habían incluido todos los elementos que componen la cirugía combinada, pero defiende que ello no ha impedido al órgano de contratación comprobar que sí estaban incluidos todos los componentes del pack ya que en la presente licitación había que presentar muestras de todos los productos ofertados, y de este modo, en el informe técnico emitido el 22 de julio se pueden comprobar las valoraciones efectuadas que son indicativas de que habían aportado todos y cada uno de los componentes requeridos.

En este sentido, señala, además, que en la ficha técnica presentada por la recurrente al lote nº 9 tampoco se especifica el tipo de material con el que están fabricados los distintos elementos constitutivos del pack, por lo que, de prosperar este motivo del recurso, lo mismo habría de predicarse respecto de la oferta de la recurrente.

Invoca, al respecto, el criterio antiformalista que debe regir en todo proceso de licitación, y en concreto, trae a colación la doctrina contenida en el Acuerdo 53/2023, de 8 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, para sostener que el órgano de contratación, con fundamento en el principio antiformalista, ha admitido el informe técnico emitido, aceptando tanto la oferta de la recurrente como la suya, a pesar de que no habían especificado la composición de los packs en las fichas técnicas aportadas, con base en la valoración de las muestras aportadas.

b) En relación con el incumplimiento de las medidas requeridas en el paño no fenestrado ofertado en los lotes 7, 8 y 9 la adjudicataria alega que efectivamente las medidas que indicaron no son exactamente iguales a las exigidas en las características técnicas para el citado producto, pero señala que el PPT no menciona que debieran cumplirse con exactitud y tampoco que, en caso de no cumplirse, la oferta debería ser excluida.

Asimismo, defiende que las medidas del paño fenestrado ofertado se corresponden con las de la mayoría de las empresas que distribuyen este producto, insistiendo en que del informe técnico se deduce claramente que tanto el material, medidas, manejo, etc., de los elementos que componen el pack, se corresponden tanto con la práctica clínica como con la facilidad de apertura y el uso de cada uno de los elementos.

Finalmente, manifiesta que los ejemplos de anteriores licitaciones de las que ha resultado excluida, por este motivo, a los que se refiere la recurrente, se corresponde con otros lotes, y, además, añade que, si se analizan las diferencias de medidas, en aquellos supuestos, se trata de diferencias muy superiores, (en algunos casos, de 30 cms) lo que ha propiciado que dichos productos no se correspondiesen con la práctica clínica. Al efecto, invoca la doctrina, entre otros, de este Tribunal (v.gr la Resolución 104/2023) conforme a la cual no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que ha de conllevar la imposibilidad de la adecuada ejecución del contrato, lo que según defiende, no sucede con las medidas ofertadas para el paño ofertado, que, al ser muy parecidas a las indicadas en el pliego, cumplen perfectamente con la práctica habitual.

c) Con relación al incumplimiento de las características del “doble bisel” y, en concreto, que no se cumple con el cuchillote ofertado dentro del “custom pack” del lote nº 9, la adjudicataria alega en los mismos términos que respecto del primer punto reconociendo que de la ficha técnica que aportó, efectivamente, no se deduce que el cuchillote fuese con doble bisel. Sin embargo, pone de manifiesto que, en la presente licitación, había que presentar muestras para su valoración por la mesa de contratación, y esta pudo comprobar que el cuchillote 2,2 doble bisel, disponía de la característica técnica exigida.

d) En relación con la alegación de que el equipo ofertado no cuenta con la característica de “Bomba de aspiración Venturi” sino que cuenta con una bomba de pistones/ émbolo categorizado dentro de las bombas peristálti-



cas, manifiesta que el equipo de vitrectomía EVA Nexus ofertado utiliza una bomba de desplazamiento directo de fluidos basada en pistones y cámaras con prestaciones superiores en rendimiento, funcionalidad y seguridad a la bomba que se exigía en la presente licitación. Se remite al informe técnico realizado por la mesa de contratación, que ha validado el modelo ofertado por ella, respecto del cual asegura que tiene características superiores a las exigidas en los pliegos, como señala el propio informe técnico emitido.

En definitiva, tras ensalzar las características de los equipos vitrectomía, y en concreto, indica que la posibilidad de ofertar productos con características superiores en los procedimientos de licitación es factible, según se desprende de la doctrina que emana de los tribunales encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se respeten los requisitos mínimos establecidos en los pliegos y las mejoras propuestas no alteren el objeto del contrato, mencionando, en concreto, la Resolución 10/2024 de 12 de enero de 2024 de este Tribunal.

Finalmente, manifiesta que tanto la mesa como el órgano de contratación, en la presente licitación, han actuado con criterios objetivos claros que destierran cualquier duda sobre posibles decisiones arbitrarias, realizando todas las pruebas necesarias para comprobar que los productos ofertados por todas las empresas licitadoras se adaptan a las necesidades y se corresponden con la práctica clínica.

#### **SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.**

Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la controversia que se circunscribe a determinar si la adjudicación del contrato es conforme a derecho.

Procede analizar, en primer lugar, la pretensión principal de la recurrente, que, como se ha expuesto, es la anulación del acuerdo de adjudicación para que se proceda a la exclusión de la adjudicataria por haber incumplido determinadas prescripciones técnicas establecidas en el PPT respecto de la agrupación 3 (lotes 5,6,7,8 y 9).

A fin de resolver la cuestión litigiosa, conviene acudir, al respecto, al apartado 2 del PPT relativo a las “Características técnicas específicas y adicionales” que dispone, por lo que aquí nos interesa, lo siguiente:

*“Las características técnicas de los bienes objeto de licitación aparecen detalladas en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud. Adicionalmente a las características técnicas establecidas en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS para cada artículo objeto de licitación, será necesario que los productos ofertados reúnan las **prescripciones técnicas adicionales** que se especifican en el **Anexo I** de este Pliego. (la negrita no es nuestra pero el subrayado sí)*

(...)

#### **2.1.1 AGRUPACIÓN 3 (LOTES DEL 5 AL 9) AMBOS INCLUSIVE**

*La empresa adjudicataria de la Agrupación 3 deberá proporcionar la disposición de uso y mantenimiento sin coste alguno para el Servicio Andaluz de Salud de los equipos **VITREOTOMOS** indispensables para la realización de cirugía que serán compatibles con los packs de cirugía que oferten durante la vigencia del contrato.*

(...)

#### **CARACTERÍSTICAS DE LOS EQUIPOS VITRECTOMÍA**



- Sistema de cirugía de segmento anterior, posterior y combinada.
- Bomba de aspiración Venturi.
- Vicerrectora con instrumental de calibre de 20G,23G,25G,27G
- Facoemulsificación (por incisiones entre 2,2mm y 2,8 mm)
- Inyección y extracción de silicona por cánulas de alto flujo 20G,23 G,25G
- Diatermia de alta potencia.
- Compensación automática de la infusión para estabilización de la PIO
- Facofragmentación
- Confirmación de los parámetros seleccionados por voz
- Frecuencia de corte Vitrectomía Posterior mínimo 7.500 cpm
- Pedal inalámbrico
- Que se pueda realizar vitrectomía en doble modo, uno central y otro periférico.

(...)

Asimismo, en el anexo III del PPT se detallan los componentes de los “packs” en cada uno de los lotes que componen la agrupación 3, indicando el número de unidades requeridas y la descripción de los artículos.

A efectos sistemáticos, y por razones de extensión, transcribiremos únicamente, los requisitos técnicos cuyo incumplimiento es objeto de controversia.

Respecto del lote nº 7 (OFT: CIRUGÍA MAYOR- Equipo para cirugía de vitreo 23 G) y únicamente por lo que aquí nos interesa, se requiere:

<b>UNIDADES</b>	<b>ARTÍCULOS</b>
1	Paño mesa 150x160
1	Paño oftal. No fenestrado 2 bolsas (25x30 cm) 160x 255 cm

Respecto del lote nº 8 (OFT: CIRUGÍA MAYOR- Equipo para cirugía de vitreo 25 G) por lo que aquí concierne, se establece:

<b>UNIDADES</b>	<b>ARTÍCULOS</b>
1	Paño mesa 150x160
1	Paño oftal. No fenestrado 2 bolsas (25x30 cm) 160x 255 cm

Por lo que respecta al lote nº 9 (OFT: CIRUGÍA MAYOR- Equipo para cirugía de vitreo combinada 23 G) se exige también, por lo que aquí concierne:

<b>UNIDADES</b>	<b>ARTÍCULOS</b>
1	Paño mesa 150x160
1	Paño oftal. No fenestrado 2 bolsas (25x30 cm) 160x 255 cm

Asimismo, respecto del lote nº9 según el anexo III del PPT se requiere, por lo que nos interesa:

<b>UNIDADES</b>	<b>ARTÍCULOS</b>
1	Equipo de accesorio facoemulsificación cámara de prueba compatible con equipo
1	Manguito irrigación de silicona pieza mano facoemulsificador



1	<i>Aguja de ultrasonido de 30º compatible con equipo de facoemulsificación</i>
1	<i>Tornillo ajuste aguja del facoemulsificador</i>
1	<i>Cuchillete 2,2 doble bisel.</i>

De acuerdo con lo expuesto, en el supuesto que nos ocupa, los pliegos han definido el suministro objeto del contrato sobre la base de unos componentes o requerimientos mínimos referidos a los componentes de los “packs” en cada uno de los lotes que componen la agrupación 3, indicando el número de unidades requeridas y la descripción de los artículos, 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.

A fin de clarificar la cuestión controvertida, con carácter general, y como premisa previa, sin perjuicio del análisis particularizado que hayamos de efectuar respecto de cada uno de los incumplimientos denunciados, debemos traer a colación nuestra doctrina sobre el incumplimiento del PPT como causa de exclusión, expuesta en varias Resoluciones, por todas, la Resolución 238/2018 en la que señalábamos que *«como viene manifestando este Tribunal y otros Órganos administrativos de resolución del recurso especial en materia de contratación (v.g. entre otras, Resolución 169/2017, de 11 de septiembre, de este Tribunal y 317/2018, de 3 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre las más recientes), solo procede la exclusión de la proposición presentada cuando el incumplimiento sea claro, expreso y deducible de la oferta, de modo que no quepa duda alguna que la misma es incongruente o se opone abiertamente a la prescripciones contenidas en el pliego técnico, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado»*.

Por tanto, el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas sobre la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. De tal suerte que solo cuando el incumplimiento 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 el rechazo de la oferta presentada a licitación.

Pues bien, llegados a este punto, hemos de abordar por separado cada uno de los incumplimientos denunciados, por razones de sistemática en la exposición.

Primero. - Incumplimiento del PPT en la composición del “Custom Pack” para cirugía de vítreo combinada facoemulsificación-retina, Lote nº 9. Omisión de materiales requeridos con carácter obligatorio.

La recurrente alega que la adjudicataria no ha incluido todos los elementos de facoemulsificación requeridos en el PPT con carácter obligatorio en el lote 9, para la realización de la cirugía combinada facoemulsificación- retina enumerando en concreto, cuatro de ellos.

El órgano en el informe al recurso afirma que en las muestras enviadas por DORC están disponibles todos los componentes del Custom Pack, ajustándose a las exigencias técnicas requeridas.

La adjudicataria, por su parte, reconoce que, si bien en la ficha técnica del producto no se incluían los elementos que componían la cirugía combinada, al tratarse de una licitación a la que había que presentar muestras, ello permitió a la mesa de contratación comprobar que sí se incluían todos los elementos requeridos por el PPT en el correspondiente pack del lote nº 9.



Con carácter previo, conviene indicar que, si bien en el apartado 16 del cuadro resumen del PCAP de la presente licitación se indicaba que no procedía la presentación de muestras, no obstante, el apartado 6 del PPT sí contemplaba lo siguiente:

*“No es necesaria la presentación de muestras de las ofertas presentadas por los licitadores, al tratarse de productos de elevado importe económico y que precisan en determinados casos de especiales condiciones de conservación.*

*No obstante, si la Comisión Técnica que se designe para la evaluación de las ofertas que liciten, considerara preciso la presentación de muestras para la valoración técnica, se requerirá la presentación de las mismas a través del órgano de contratación”.*

Con fundamento en dicha previsión del PPT, con fecha 15 de septiembre de 2023 mediante Resolución del órgano de contratación se amplió en cinco días hábiles más el plazo concedido para la presentación de las muestras solicitadas y que fueron requeridas, entre otros licitadores, a la recurrente y a la adjudicataria, en relación con los lotes 7, 8 y 9, por lo que aquí nos interesa.

Pues bien, el informe técnico emitido en la presente licitación -que no ha sido remitido junto al expediente administrativo (EA) si bien obra en el remitido por el órgano de contratación en el RCT 136/2024 interpuesto por la entidad JJ SURGICAL VISION SPAIN S.L que dio origen a la Resolución 188/2024, de 26 de abril de este Tribunal -indica lo siguiente respecto de la oferta de la adjudicataria al lote 9:

*“La documentación aportada describe el material y características de cada elemento que compone el pack de forma detallada, separando dos anexos.*

*El primero indica Componentes Pack 23 G-Combinada EVA NEXUS:*

*Conector macho/macho*

*Conector hembra/hembra*

*Sistema de cánulas valvuladas desechable de un solo paso 23G EVA AVETA con línea e infusión Sonda TotalView bise-lada, que incluye depresor escleral iluminado (23G/0,6 mm)*

*Tubo EVA dual fluido/aire desechable.*

*Paños desechables para mesa de mayo, pantalla y control remoto.*

*Cartucho EVA NEXUS con bolsas de residuos de 0,5 L*

*EVA NEXUS Tubo de aspiración*

*EVA NEXUS Set de infusión*

*EVA NEXUS Tubo de irrigación.*

*Vitrectomo 23 G desechable de alta velocidad 10.000 CPM*

*El segundo anexo indica todos y cada uno del resto de componentes del custom pack cardivals, aportando ficha técnica de cada uno, material, medidas etc”*

*Analizada la muestra presentada, se comprueba que el manejo de los elementos que componen el pack se corresponde con la práctica clínica, así como la facilidad en la apertura del custom pack, y el uso de cada uno de los componentes (...)*” ( el subrayado es nuestro)

Por lo que se refiere a la recurrente, el informe técnico, respecto de este mismo lote, indica:

*“La documentación presentada como “Ficha técnica Lote 9” no se especifica el material con el que están fabricados los distintos elementos constitutivos del pack.*

*Analizada la muestra presentada, se comprueba que el manejo de los elementos que componen el pack se corresponde con la práctica clínica...”* (el subrayado es nuestro)



Como señala la adjudicataria en sus alegaciones, es de reseñar que tampoco en la ficha técnica aportada por la recurrente se especificaba el material de fabricación de los distintos elementos constitutivos del pack. No obstante, el análisis de las muestras presentadas y que, como antes hemos indicado, les fue requerida con fundamento en la previsión establecida en el PPT, permitió comprobar el cumplimiento de tales extremos por la recurrente.

Por tanto, la alegación relativa a la omisión en la oferta de la adjudicataria de determinados elementos de carácter obligatorio en el lote nº 9 como constitutiva de un incumplimiento del PPT no puede prosperar, al no haber quedado acreditado el extremo que denuncia la recurrente y sí, por el contrario, que, en la oferta, una vez analizada la muestra presentada, se incluían todos los componentes del *Custom Pack*, según se hace constar en el informe del órgano al recurso y viene corroborado por el contenido del informe técnico, que si bien no enumera todos y cada uno de los elementos constitutivos, no permite albergar dudas sobre la oferta de la integridad de los elementos que componen el pack, al referirse específicamente a que *“La documentación aportada describe el material y características de cada elemento que compone el pack de forma detallada, separando dos anexos”*.

Segundo. - Incumplimiento de requerimientos técnicos relativos a las medidas en el paño no fenestrado ofertado en los lotes nº 7,8 y 9.

La recurrente plantea que la oferta de la adjudicataria no cumple las medidas que para el paño no fenestrado se describen en el anexo III del PPT.

El órgano de contratación en su informe alega que la comisión técnica ha considerado “irrelevante” (sic) para la práctica quirúrgica las variaciones de tamaños dentro de las medidas definidas en el PPT, esgrimiendo que respecto de aquellos lotes (en concreto, los lotes 21, 22 y 23) -en los que sí se acordó la exclusión de las casas comerciales que no ofertaban las medidas requeridas- se solicitaban paños quirúrgicos de menores dimensiones con lo que las variaciones respecto de las medidas solicitadas sí afectaban a la práctica quirúrgica.

La adjudicataria reconoce que ha ofertado medidas que no son exactamente iguales a las exigidas por el PPT alegando, por un lado, que no figuraba en el pliego como motivo de exclusión la oferta de dimensiones distintas; y por otro, que dichas medidas se corresponden con las que la mayoría de las empresas disponen para dicho artículo.

Pues bien, no resulta controvertido que el PPT en los lotes 7, 8 y 9 respecto del artículo *“Paño oftalmológico no fenestrado”* exigía unas medidas concretas (160x 255 cm) sin hacer referencia a horquillas o bandas ni a medidas aproximadas, que, según reconoce tanto el órgano de contratación como la adjudicataria en sus alegaciones, no cumplía el artículo ofertado por la adjudicataria.

En este sentido, conviene traer a colación 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 los componentes de los packs- 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 atendido 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 las medidas no se ajustan al pliego, justificando en la irrelevancia de tal dato la conclusión alcanzada por la comisión técnica, se está apartando de las condiciones que él mismo ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras, sin que sea admisible este argumento que utiliza (el de la irrelevancia de las medidas) respecto de la exclusión clara de otros licitadores en determinados lotes por no cumplir las medidas solicitadas.

Así, a título ejemplificativo, este Tribunal ha podido corroborar que, según consta en el informe técnico de valoración de las ofertas, si bien no referido al lote 9 sino al lote 21 se excluyó al licitador W.M BLOSS, S.A por no cumplir las medidas exigidas para la funda mesa 60x60 y presentar una de 55 x70, o por no indicar el tamaño oftálmico apertura oval 6x4.

En ese sentido, si tan irrelevante era una variación en las medidas del paño no fenestrado, como sostiene el órgano de contratación en su informe, basándose en la apreciación que presume debió efectuar la comisión técnica, bien debió, a la hora de elaborar el PPT, indicar una horquilla o banda de medidas, pero lo que no puede es fijar unos requerimientos técnicos que según el pliego han de ser cumplidos, y luego apartarse de tales condiciones, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato, en detrimento de potenciales licitadores que, no disponiendo de las concretas medidas exigidas, no concurrieron a la licitación, pero sí lo habrían hecho de conocer que se admitirían medidas aproximadas a las concretas exigidas.

Tampoco enerva la conclusión anterior la manifestación de la adjudicataria de que tales medidas se corresponden con la que ofertan la mayoría de las empresas, ni que el manejo de los elementos que componen el pack ( como refleja el informe técnico) se corresponden con la práctica clínica, puesto que la cuestión controvertida no es si tales elementos pueden permitir o no cumplir la funcionalidad asistencial (en este caso) sino que el debate es determinar si, fijadas unas condiciones o requerimientos técnicos mínimos, el órgano de contratación puede apartarse de ellos y admitir a una empresa a pesar de que no los cumpla.

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.

No obstante, la estimación del motivo que obligaría per se a la anulación de la adjudicación, procederemos a analizar el resto de los incumplimientos denunciados.

Tercero. - Incumplimiento de las características del “doble bisel” y, en concreto, que no se cumple con el cuchillete ofertado dentro del “custom pack” del lote nº 9.

La recurrente insiste en que el PPT (respecto del lote nº9) exige con carácter obligatorio la oferta de un cuchillete de 2,2 mm “de doble bisel” y que el ofertado por la adjudicataria no cumple este último requisito.



El órgano de contratación, en su informe, se limita a señalar que la comisión técnica considera que el cuchillete ofertado cumple perfectamente las funciones de doble bisel sin que afecte a la práctica clínica.

La adjudicataria, por su parte, alega, en los mismos términos que para el primer incumplimiento denunciado respecto de la omisión de elementos componentes del pack obligatorios en el lote nº 9, esto es, que la mesa de contratación ha podido comprobar que el cuchillete ofertado disponía de la característica exigida respecto del “doble bisel”.

Pues bien, este Tribunal ha podido acceder al sobre 2 de la oferta de la adjudicataria respecto del lote nº 9 y con relación al extremo controvertido ha corroborado que, efectivamente, ha ofertado lo siguiente: “1 Cuchilletes 2 mm angulado”.

La adjudicataria se ampara en el argumento de la comprobación efectuada por parte de la comisión técnica de que la muestra que presentó sí cumplía con dicha característica técnica.

El informe técnico no detalla nada en concreto respecto del cuchillete limitándose a indicar lo que anteriormente hemos transcrito respecto de la funcionalidad asociada a la práctica clínica de los distintos elementos que componen el pack, mientras que el informe del órgano al recurso solamente indica que el cuchillete de 2,2 presentado por la adjudicataria cumple las funciones de doble bisel sin que ello afecte a la práctica quirúrgica.

Entendemos, a la vista de lo anterior, que procede alcanzar la misma conclusión que respecto del incumplimiento anterior puesto que si la exigencia del doble bisel respecto del cuchillete era un requerimiento técnico específico y en ese sentido, así venía exigido por el pliego, lo que no puede el órgano de contratación es apartarse de las condiciones establecidas, puesto que tal actuación vulnera el principio de igualdad de trato entre licitadores.

Cuarto. - Incumplimiento relativo a las características exigidas equipo de vitrectomía ofertado.

La recurrente sostiene, por último, que el equipamiento ofertado por la adjudicataria (EVA Nexus) no cuenta con una de las características establecidas para los equipos de vitrectomía en el apartado 2.1.1 del PPT, en concreto, la “Bomba de aspiración Venturi”.

El órgano de contratación en su informe viene a señalar que la bomba ofertada por la adjudicataria pertenece a una nueva generación de bombas llamada VacuFlow Vti (Vacum Flow Valve Timing Intelligence) que tiene modo de funcionamiento Venturí y también peristáltico y, en definitiva, que se trata de una bomba que mejora lo exigido en el PPT.

La adjudicataria, sin embargo, reconoce con claridad meridiana (página 10 de su escrito de alegaciones) que “el equipamiento ofertado por la empresa D.O.R.C ESPAÑA SL., el **EVA NEXUS**, **NO cuenta con bomba Venturi**, si no que cuenta con **una bomba de pistones/émbolo** categorizada dentro de las bombas peristálticas” alegando que dicho equipamiento incorpora prestaciones superiores en rendimiento, funcionalidad y seguridad a la bomba que se exigía en la presente licitación. Se remite al informe técnico realizado por la mesa de contratación, que ha validado el modelo ofertado por ella, respecto del cual asegura que tiene características superiores a las exigidas en los pliegos, como señala el propio informe técnico emitido.

Pues bien, a la vista de las alegaciones de las partes, este Tribunal considera que, en aplicación de la doctrina antes expuesta, y en la medida que la propia adjudicataria, y en cierto modo el informe del órgano también reconocen que el equipamiento ofertado no cuenta con una de las características técnicas exigidas en el PPT, debe prosperar la alegación de la recurrente sin que pueda enervar tal conclusión las manifestaciones



efectuadas tanto por el órgano de contratación como por la adjudicataria respecto de las bondades y superioridad técnica de dicho equipamiento, extremo que este Tribunal no cuestiona, pero de lo que se trataba era de cumplir las especificaciones técnicas exigidas y si el órgano de contratación exigía claramente una bomba de aspiración Venturi no puede ahora apartarse de las condiciones que ha definido con respecto a cualquiera de las licitadoras.

Finalmente, es preciso indicar que el supuesto examinado en nuestra Resolución 10/2024 invocado por la adjudicataria no versa sobre un supuesto similar dilucidándose en el supuesto en aquella examinado si existían o no en la oferta de la adjudicataria al lote 7 del acuerdo marco incumplimientos claros, y con entidad suficiente que permitiesen concluir que la oferta incumple los requerimientos específicos establecidos en el PPT.

En definitiva, 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, con relación a los motivos de impugnación referidos a los ordinales segundo, tercero y cuarto examinados en el presente fundamento de derecho.

Procede, pues, estimar parcialmente el recurso interpuesto en los términos expuestos.

La recurrente pretende también que se le adjudique el contrato respecto de la agrupación nº 3.

Sobre esta cuestión, dadas las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la adjudicación de un contrato al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 150 de la LCSP, de tal suerte que en el supuesto examinado será el órgano de contratación, en cumplimiento de la presente resolución, quien podrá acordar una nueva adjudicación del contrato.

#### **SÉPTIMO. - Efectos de la estimación parcial del recurso.**

La corrección de la infracción cometida ha de llevarse a cabo anulando la resolución de adjudicación de 22 de julio de 2024 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 de la agrupación nº 3 por no adecuarse su oferta a los requerimientos mínimos establecidos en el PPT, en los términos analizados en la presente Resolución, y continuar el procedimiento hasta su finalización.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALCON HEALTHCARE S.A.** contra la resolución de adjudicación de fecha 22 de julio de 2024 del contrato denominado «Suministro material fungible cirugía cataratas, vitrectomía y soluciones oftalmológicas con disponibilidad de uso y mantenimiento del equipamiento necesario para su utilización y suministros de prótesis oftalmológicas SU.PC.SANI.04.18 (lentes intraoculares) con destino a los centros sanitarios de la provincia de Cádiz pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud» (Expte. +6.6W2QTJK CONTR 2023 357883 248/2023) respecto de la **agrupación 3 (lotes 5,6, 7,8 y 9)** promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, y acordar la anulación de la adjudicación de la agrupación 3 con los efectos que se indican en



el fundamento de derecho séptimo de la presente Resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** 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.

