



Exp. Junta Consultiva: RES 11/2019

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte d'obres per a la substitució de la planta d'osmosi inversa del Servei de Nefrologia de l'Hospital Universitari Son Llàtzer

HSLL 077/2019

Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: Fresenius Medical Care España, SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 31 de juliol de 2019

Atès el recurs especial en matèria de contractació que ha interposat l'empresa Fresenius Medical Care España, SA contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears, de 30 de maig de 2019, per la qual s'adjudica el contracte d'obres per a la substitució de la planta d'osmosi inversa del Servei de Nefrologia de l'Hospital Universitari Son Llàtzer, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en sessió de 31 de juliol de 2019, ha adoptat el següent Acord:

Fets

1. L'11 de març de 2019, el director gerent de l'Hospital Universitari Son Llàtzer va publicar en la Plataforma de contractació del sector públic la licitació del contracte d'obres per a la substitució de la planta d'osmosi inversa del Servei de Nefrologia de l'Hospital Universitari Son Llàtzer, per procediment obert i tramitació ordinària, amb un valor estimat, amb l'IVA exclòs, de 98.615'16 €.

El procediment d'adjudicació es regeix per la Llei 9/2017, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014.

2. El 23 d'abril de 2019, la Mesa de contractació va obrir els sobres que contenien la documentació general i la memòria tècnica de les dues empreses que es varen presentar a la licitació: l'empresa Fresenius Medical Care España, SA (en endavant, Fresenius) i l'empresa Nipro Europe, SA (en endavant, Nipro).

En aquella primera sessió, Fresenius va quedar admesa a la licitació, mentre que a l'empresa Nipro se li va concedir un termini de tres dies naturals per esmenar deficiències observades en la documentació general, les quals va esmenar adequadament dins el termini concedit.

3. El 29 d'abril de 2019, el responsable de manteniment de l'Hospital Universitari Son Llàtzer va emetre l'informe tècnic en relació al compliment dels requisits tècnics. Segons consta en l'informe, les memòries tècniques de les dues empreses admeses a la licitació compleixen amb els requisits exigits en els plecs de prescripcions tècniques (en endavant, PPT).
4. El 14 de maig de 2019, la Mesa de contractació, va obrir el sobre que contenia els criteris d'adjudicació – tots avaluable mitjançant fórmules –, i va proposar l'adjudicació del contracte a l'empresa Nipro.
5. El 30 de maig de 2019, el director gerent de l'Hospital Universitari Son Llàtzer va dictar, per delegació, la Resolució d'adjudicació del contracte d'obres per a la substitució de la planta d'osmosi inversa del Servei de Nefrologia de l'Hospital Universitari Son Llàtzer a l'empresa Nipro.

La resolució d'adjudicació es va notificar als licitadors i es va publicar en la Plataforma de contractació del sector públic el dia 31 de maig de 2019.

6. El 5 de juny de 2019, el director gerent de l'Hospital Universitari Son Llàtzer, en representació del Servei de Salut, i el representant de Nipro varen signar el contracte. La formalització es va publicar en la Plataforma de contractació del sector públic.
7. En data 13 de juny de 2019, ha tingut entrada en la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el recurs especial en matèria de contractació que l'empresa Fresenius ha interposat contra la Resolució del director gerent de l'Hospital Universitari Son Llàtzer, de 30 de maig de 2019, en virtut de la qual es va adjudicar el contracte d'obres per a la substitució de la planta d'osmosi inversa del Servei de Nefrologia de l'Hospital Universitari Son Llàtzer a l'empresa Nipro.

Disconforme amb la Resolució d'adjudicació, la recurrent fonamenta el recurs en què l'oferta de Nipro incompleix el PPT i concretament perquè:

- No acredita que els equips ni el sistema en conjunt estiguen certificats i validats amb el marcatge CE.
- El material dels anells de distribució no és plàstic PEX (polietilè reticulat).
- No queda constància que en el muntatge dels anells de distribució del sistema es compleixi amb el requisit de fer-se sobre una canaleta que centralitzi i ocultu tots els conductes.



Per aquests motius, Fresenius considera que Nipro hauria d'haver quedat exclosa del procediment d'adjudicació, sol·licita que es declari la nul·litat de la Resolució d'adjudicació i que s'ordini adjudicar el contracte al seu favor.

Així mateix, també sol·licita, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de la Resolució.

8. El 17 de juny de 2019, d'acord amb allò que estableix l'article 118 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, s'ha donat audiència, com interessada, a l'empresa Nipro.
9. En la mateixa data, i d'acord amb l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat autònoma de les Illes Balears, s'ha sol·licitat a l'òrgan de contractació la tramesa de l'expedient i de l'informe jurídic corresponent.
10. El 2 de juliol de 2019, l'empresa Nipro ha presentat al·legacions oposant-se al recurs interposat per Fresenius.
11. El 4 de juliol de 2019, l'òrgan de contractació ha emès un informe jurídic i ha tramès còpia de l'expedient de contractació.
12. Mitjançant Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de dia 4 de juliol de 2019 es va desestimar la sol·licitud de suspensió de l'execució de l'acte impugnat.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'adjudica un contracte d'obres el valor estimat del qual és inferior a tres milions d'euros, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Contra aquest acte es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. La competència per resoldre'l correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret 3/2016, de 29 de gener, pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes.

2. La recurrent, l'empresa Fresenius, es troba legitimada per interposar el recurs especial en matèria de contractació, l'ha interposat mitjançant representant acreditat i dins el termini adequat.
3. Pel que fa al fons del recurs, les al·legacions de la recurrent s'han de rebutjar pel següents motius:

Per una banda, per abordar la qüestió del compliment o incompliment dels requisits tècnics del plec de prescripcions tècniques, s'ha de tenir en compte l'abast del contingut de l'informe tècnic que s'hagi elaborat en el procediment de contractació.

Tal com ha assenyalat el Tribunal Suprem, entre d'altres, en la Sentències de 7 de maig de 2004, els informes tècnics tenen especial importància per la funció que compleixen en el procediment de contractació, concretament:

Esos informes técnicos cumplen, pues, una función de asesoramiento que está destinada a contribuir a formar la voluntad que ha de plasmarse en el acto de adjudicación, ofreciendo a los órganos administrativos que intervienen en la adopción de esa decisión unos conocimientos especializados que no poseen y les son imprescindibles.
[...]

La valoración de las ofertas es una tarea inequívocamente técnica que requiere saberes especializados que no están al alcance del órgano administrativo que ha de decidir la adjudicación. Y le es por ello de aplicación lo que reiteradamente esta Sala viene declarando sobre las actuaciones que se incardinan en la llamada discrecionalidad técnica: que el órgano jurisdiccional debe respetar esa valoración mientras no se acredite de manera eficaz su evidente error.

En relació amb la denominada discrecionalitat tècnica de l'Administració, la doctrina que reiteradament manté el Tribunal administratiu central de recursos contractuals (entre d'altres, en la Resolució nº 77/2014) és la següent:

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 pueda 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 de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Així, d'acord amb la doctrina exposada, no és procedent revisar els informes tècnics, tret dels casos en què hi hagi un error manifest apreciable sense necessitat d'efectuar raonaments complexos, es detecti una actuació arbitrària o discriminatòria, o hi hagi un defecte procedimental.

Dit això i atès el contingut de l'informe tècnic del cap manteniment de l'Hospital Universitari Son Llàtzer de 29 d'abril de 2019, no s'aprecien cap de les

circumstàncies referides. Per això, cal afirmar que *a priori* no resulta procedent revisar aquell informe i no hi ha dubtes respecte a allò que en aquell s'hi afirma, això és: que la memòria tècnica de l'empresa Nipro – al igual que la de l'empresa Fresenius –, complia amb els requisits exigits en el plec de prescripcions tècniques (PPT).

Per altra banda, la recurrent al·lega que l'article 145.1 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic, disposa que:

Les proposicions dels interessats s'han d'ajustar al que preveu el plec de clàusules administratives particulars, i la seva presentació suposa l'acceptació incondicionada per l'empresari del contingut de la totalitat de les clàusules o condicions, sense cap excepció o reserva.

En la seva opinió, el fet que les proposicions s'hagin d'ajustar als plecs i que la seva presentació suposi l'acceptació incondicionada del contingut de la totalitat de les clàusules, implica sense cap excepció o reserva, que s'han d'excloure els licitadors l'oferta dels quals no s'ajusti a la totalitat de especificacions establertes per l'òrgan de contractació. Per tant, com en l'oferta de Nipro s'incomplixen tres requisits tècnics del PPT, aquella empresa hauria d'haver quedat exclosa del procediment.

No obstant, cal esmentar que la interpretació actual del Tribunal administratiu central de recursos contractuals en relació amb l'article 145.1 del TRLCSP – equivalent a l'article 139.1 de l'actual Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic– és ben diferent a la interpretació que argumenta Fresenius. Així, la Resolució nº 480/2018, de 12 de maig de 2018, del Tribunal esmentat disposa el següent:

En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.

Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando 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 la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad

de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.

Una vegada revisat el PPT, cal tenir en compte que en la clàusula 5, amb el títol obligacions de l'adjudicatari, s'inclou un apartat que diu literalment el següent:

L'empresa assumirà l'obligació de complir amb les característiques mínimes que es mostren en la taula següent:

TRATAMIENTO

Nº Botellas 2

Disposición Paralelo

PLANTA OI

Flujo mínimo planta 1500 l/h

Desinfección

Térmica (automática)

Química

Ósmosis Doble

Sistema de control Autoinicio

Autoparo

Vía Ethernet

ANILLO

Material anillo Anillo de Pex A 25 x 3,5 mm

Sistema conexionado Multilazo/Doble anillo

Material conectores y piezas Acero inoxidable 316 L

Una vegada revisada la memòria tècnica de Nipro, s'ha pogut comprovar que en la seva memòria hi consten expressament les referències exigides en la taula de característiques mínimes esmentada. No s'ha observat cap incompliment manifest que posi en dubte l'oferta de l'adjudicatària, de tal manera que es pot afirmar que no és ni incongruent ni oposada al que preveu el PPT.

Així, qualsevol altra omisió en la memòria tècnica, perquè no s'hi recullin expressa i exhaustivament totes i cada una de les prescripcions tècniques del PPT, s'ha d'interpretar com una presumpció en favor de l'empresa de que la seva proposició s'ajusta als plecs que regeixen la licitació.

Finalment, no cal obviar que aquesta interpretació vindria reforçada així mateix pel fet que, en fase de recurs, el cap de manteniment de l'Hospital ha confirmat que l'oferta de Nipro compleix els requisits tècnics del plec. Efectivament, en contra de la opinió de la recurrent, en l'informe tècnic, que s'acompanya amb l'informe jurídic de l'òrgan de contractació de data 28 de juny de 2019, consta expressament el següent:

- Que s'ha constatat que els equips oferts per Nipro Europe, SA, sí presenten el preceptiu marcatge CE.
- Que Nipro Europe, SA, inclou clarament en dues ocasions que el material dels anells de distribució serà «PEX a» (o bé «PE-Xa»).

— Que de l'oferta tècnica presentada per Nipro Europe, SA, queda clar que tots els conductes de l'anell s'ocultaran, no s'aprecia possibilitat de dubte respecte a això.

Així, atès que les discrepàncies tècniques expressades pel recurrent han quedat desvirtuades, no s'aprecia la concurrència de cap vici que pugui determinar la nul·litat de ple dret o l'anul·labilitat de la Resolució d'adjudicació definitiva del contracte objecte del recurs.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per Fresenius Medical Care España, SA, contra la Resolució del director general Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'adjudica el contracte d'obres per a la substitució de la planta d'osmosis inversa del Servei de Nefrologia de l'Hospital Universitari Son Llàtzer i, en conseqüència, confirmar l'acte impugnat.
2. Notificar aquest Acord a les persones interessades i al Servei de Salut de les Illes Balears.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero