

**RECURSO 52/2016
RESOLUCIÓN 51/2016**

Resolución 51/2016, de 28 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Jotec Cardiovascular, S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 16 de junio de 2016, por el que se excluye a la empresa de la licitación en el Acuerdo Marco para el suministro de endoprótesis vasculares y digestivas con destino a los Centros Sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Resolución de 18 de diciembre de 2015, del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, se acuerda el inicio del expediente de contratación para llevar a cabo, mediante procedimiento abierto, la celebración de un acuerdo marco para la realización del suministro de endoprótesis vasculares y digestivas con destino a los Centros Sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

Segundo.- El 16 de junio de 2016 la Mesa de contratación, con base en el informe técnico elaborado el 17 de mayo por el grupo de trabajo designado al efecto, procede a la exclusión de la empresa Jotec Cardiovascular, S.L. por incumplir su oferta los requisitos mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas. En concreto, en los lotes 45 (1, 2 y 3), 47 (1 y 2), 49 (1 y 2), 54 y 56 se presentan dos modelos diferentes cuando en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se admiten variantes.

Dicho acuerdo es notificado al interesado el 20 de junio de 2016.

Tercero.- El 7 de julio tiene entrada en el registro de este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, previo anuncio, un recurso especial interpuesto por D. yyyy, en nombre y representación de Jotec

Cardiovascular S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 16 de junio de 2016.

En su recurso alega, en relación con los lotes 45 (1, 2 y 3), 47 (1 y 2), 49 (1 y 2), que en realidad no se presentan dos modelos diferentes, sino que son productos que representan una misma solución; tratan la misma patología pero en distinto tipo de pacientes en función de la diferente extensión de los ganchos que presentan los productos ("...esta parte ha presentado productos que representan una única solución, no siendo productos equivalentes unos de otros y no representando alternativas las opciones que se ponen a disposición del órgano de contratación (...) representantes de una única solución en donde una no sustituye a la otra, pues se trata de productos que tratan la misma patología, pero en distinto tipo de pacientes...". Alega también que el pliego de prescripciones técnicas adolece de claridad.

En la misma fecha se admite a trámite el recurso especial presentado con el número 52/2016.

Cuarto.- El 18 de julio el órgano de contratación remite al Tribunal de Recursos Contractuales el expediente y la dirección de correo electrónico de las empresas licitadoras interesadas, a efectos de notificarles la concesión del preceptivo trámite de audiencia. Se acompaña también de un informe del jefe del Servicio de Central de Compras de 13 de julio de 2016.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia, no consta la presentación de alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Jotec Cardiovascular, S.L. para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

El análisis de los requisitos de admisión del recurso permite concluir que se ha interpuesto contra un acto recurrible, de conformidad con el mismo artículo 42 del TRLCSP, dado que se recurre el acto de exclusión del licitador.

La presentación del recurso se ha producido dentro del plazo de 15 días hábiles desde que la recurrente tuvo conocimiento del acuerdo de exclusión de la Mesa de contratación, ya que éste se le notificó el 20 de junio y el recurso se presenta el 7 de julio, por lo tanto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 b) del TRLCSP.

3º.- La presente controversia se centra en interpretar si la oferta presentada por la empresa recurrente contiene variantes o se trata de una proposición única, sin alternativas, en la que simplemente se exponen las posibilidades técnicas y de compatibilidad de su modelo, para demostrar la versatilidad e idoneidad de los productos propuestos.

Ha de señalarse que, según el artículo 145.3 del TRLCSP, "Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras, y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica (...). La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas".

Es preciso así establecer la distinción entre los conceptos de variante y mejora, ambos conceptos jurídicos indeterminados regulados en el artículo 147 del TRLCSP, a cuyo tenor:

"1.- Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

»2.- La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”.

La Resolución 43/2011, de 28 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, respecto de la distinción entre mejoras y variantes, señala que “hay que partir de la idea de que ambas son consideradas como proposiciones simultáneas (...) en cuanto que unas y otras son una excepción a la prohibición de presentar más de una proposición por los interesados en la licitación. Ambas han de cumplir idénticos requisitos en cuanto a su determinación en el PCAP, indicación en el anuncio, etc. (...). La diferencia pues ha de concretarse en el contenido de las mismas. Así, mientras las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos de condiciones, las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración”.

En este mismo sentido, el Informe 59/09, de 26 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, señala que para que los licitadores concurren en condiciones de igualdad, “ los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas u otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas (...)” y como “consecuencia de todo ello, cabe indicar que se considerarán variantes o mejoras admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga”.

En el presente caso, la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece que no se admiten variantes.

Por todo ello puede concluirse que la presentación por un licitador de una oferta con variantes supone la presentación de proposiciones simultáneas o alternativas que, al no haber sido autorizadas expresamente por el órgano de

contratación ni previstas en el anuncio de licitación o en el pliego, vulnerarían el TRLCSP y, en consecuencia, deberían rechazarse todas las proposiciones presentadas.

4º.- Por otra parte, en el supuesto objeto de recurso tienen especial relevancia los juicios de carácter técnico, correspondientes a un conocimiento específico y especializado, contenidos en los informes obrantes en el expediente. Por esta razón, el Tribunal debe advertir de que los aspectos estrictamente técnicos no pueden ser valorados con criterios jurídicos.

La doctrina de la discrecionalidad técnica se ha acogido plenamente por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (a título de ejemplo puede citarse la Resolución 18/2013, de 11 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, la Resolución 197/2013, de 29 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o la Resolución 118/2013, de 8 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Ello supone que, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No quiere decirse 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 limitarse 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 arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

En el presente caso, el informe sobre el recurso especial emitido el 13 de julio de 2016 por el Servicio de Central de Compras analiza la oferta presentada por la empresa recurrente y concluye que:

“(...) la recurrente está reconociendo expresamente el incumplimiento de las características definidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, con lo que consolida y valida la propuesta del Grupo de Trabajo, asumida por la Mesa de Contratación, de excluir sus ofertas.

»El argumento esgrimido por la recurrente de que el Pliego de Prescripciones Técnicas "no especifica nada en relación a los ganchos que, en

su caso, atendiendo a su presencia o no y al caso concreto, aportan precisión al tratamiento del paciente", no puede ser tenido en cuenta porque lo que la empresa debió de hacer, si no comprendía el alcance de los citados pliegos, fue haberse puesto en contacto con la Gerencia Regional de Salud para solventar las dudas que éstos le planteaban antes de formular su oferta.

»Admitirle a esta empresa la presentación de dos alternativas, de dos productos distintos, había supuesto una clara discriminación para el resto de licitadoras, que pudiendo disponer de varias soluciones, optaron por presentar en cada lote aquellas que consideraron más ajustada a las características definitorias”.

En relación con la consideración de si los dos productos presentados en cada lote constituyen o no soluciones técnicas diferentes, el referido informe concluye que sí sobre la base de los siguientes argumentos:

»Cuando la Gerencia Regional de Salud no ha precisado en su PPT la obligación o no de que los productos ofertados incluyesen ganchos de fijación es porque se pretendía homologar ambos productos, presentando cada casa comercial el que tuviera en ese momento en el mercado, para posteriormente, a través de los procedimientos derivados y en función de la patología del paciente, seleccionar la opción más adecuada de entre las previamente adjudicadas, y siempre a juicio de los facultativos responsables de la intervención.

»Todas las licitadoras concurren con la opción que consideraron más conveniente a sus intereses y a los de la propia Gerencia, salvo Jotec Cardiovascular, SL que decidió concurrir con las dos versiones que estaba comercializando (E-Tegra, con ganchos y E-Vita. XT, sin ganchos),

»Sin embargo, si se analiza la documentación aportada por esta empresa, sus fichas técnicas y sus catálogos, se constata que ambos productos tienen diferencias en aspectos tan relevantes como los diámetros proximales y los diámetros distales.

»En el caso de la E-Tegra, los diámetros proximales en el lote 45.1, por ejemplo van de los 23 a los 36 mm, mientras que en la E-vita XT van de los 24 a los 34 mm.

»Por lo que se refiere a los diámetros distales; en el lote 45,1 en el caso de la E- Tegra van de los 10 a los 19 mm, mientras que en la E-vita XT van de los 12 a los 22 mm.

»Pero es que la propia empresa reconoce que si se juntan ambos productos, se pueden obtener medidas intermedias, con lo que la adaptación a la anatomía del paciente "será mucho mayor que al presentar únicamente un producto". Consideran asimismo que la presentación de un único producto "representaría una solución incompleta".

»(...).

»Finalmente, lo que la recurrente acaba poniendo de manifiesto es que las soluciones técnicas ofertadas son distintas si se utiliza un tipo de endoprótesis, el otro o los dos conjuntamente.

»Y en este caso la Gerencia comparte esta consideración, al entender que la prótesis que lleva gancho incorporado es una solución técnica distinta a la que no lo lleva, estando dedicada cada una a un tipo de intervención y sin que el Acuerdo Marco haya pretendido excluir a una o a otra, salvo que concurrieran en un mismo lote".

Por ello, ante las alternativas técnicas ofertadas, este Tribunal considera que la empresa recurrente debe resultar excluida del proceso de licitación. La presentación de variantes que no se hayan previsto de forma expresa en los pliegos supone la presentación de proposiciones simultáneas o alternativas, por lo que deben rechazarse todas las presentadas por dicha empresa.

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León,

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Jotec Cardiovascular, S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de

contratación de 16 de junio de 2016, por el que se excluye a la empresa de la licitación en el Acuerdo Marco para el suministro de endoprótesis vasculares y digestivas con destino a los Centros Sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).