RE 094/2017

Acuerdo 79/2017, de 14 de julio de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por IRE RAYOS X, S.A, frente a los Pliegos que rigen el contrato denominado «Suministro de diez mamógrafos digitales directos con destino a diversos hospitales del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud — Dirección Gerencia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de junio de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) anuncio de licitación del procedimiento denominado «Suministro de diez mamógrafos digitales directos con destino a diversos hospitales del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud — Dirección Gerencia. Se trata de un contrato de suministro licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 2 518 636,38 euros, IVA excluido.

El mismo anuncio fue publicado el 13 de junio de 2017 en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón, el 24 de junio de 2017 en el Boletín Oficial del Estado y el 3 de julio de 2017 en el Boletín Oficial de Aragón.

En el anuncio se indica que el plazo de presentación de proposiciones finaliza el 24 de julio de 2017.

SEGUNDO.- El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige la licitación, establece en sus apartados 1.2.7, 2.2.7 y 3.2.7, en relación con los requisitos que debe reunir el Sistema de imagen, entre otros, el siguiente:

«*Resolución espacial: más de 6,5 pl/mm*»

TERCERO.- El 7 de julio de 2017 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto ante el órgano de contratación el 5 de julio de 2017 por D. Ramón Andrés Cilleruelo en nombre y representación de IRE RAYOS X, S.A, frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Suministro de diez mamógrafos digitales directos con destino a diversos hospitales del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud.

El recurso tiene entrada junto con el expediente completo y el informe del órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El 29 de junio de 2017, la recurrente anunció al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 TRLCSP.

El recurso alega, en síntesis, que el PPT es discriminatorio y excluyente para parte de los posibles ofertantes del equipamiento solicitado, impidiendo la libre concurrencia, pues sólo algunos fabricantes en el mercado cumplen con el requisito de resolución mínima exigida. Además existe una incoherencia entre el valor mínimo solicitado y el tamaño máximo de píxel exigido (100 µm), puesto que la resolución

espacial correspondiente a dicho tamaño es de 5 pl/mm, inferior al solicitado en el Pliego (6,5 pl/mm).

Por todo lo anterior, solicita que el Tribunal acuerde la modificación del PPT en cuanto a la resolución espacial, sustituyendo el requisito de que ésta sea de «más de 6,5 pp/mm», por «más de 5 pl/mm».

CUARTO.- Por Resolución 17/2017, de 12 de julio de 2017, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por el recurrente en el recurso especial interpuesto, en el sentido de no acordar la misma, valorando las circunstancias que concurren en el expediente.

QUINTO.- No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial sobre los pliegos y no constar ofertas, no puede acreditarse la existencia de terceros con la condición de interesados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de IRE RAYOS X, S.A. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, puede tener interés en presentarse a la licitación.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El acto es por tanto recurrible.

Respecto a la presentación del recurso dentro del plazo establecido, se alega por el órgano de contratación que el recurso debe ser inadmitido por haberse presentado fuera de plazo. Considera que el plazo de quince días hábiles debe comenzar a contar desde el día siguiente al de la puesta a disposición de los pliegos del contrato, el 13 de junio de 2017, de manera que el plazo comienza el 14 de junio y finaliza el 4 de julio de 2017; habiéndose presentado el recurso en el registro del órgano de contratación el 5 de julio de 2017.

El artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que tiene la naturaleza de norma básica conforme a lo dispuesto en su disposición final primera, y que resulta de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores, dispone lo siguiente:

«1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se

difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el Perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que esta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y la forma para acceder directamente a su contenido…».

En el procedimiento objeto de recurso, si bien los pliegos de la licitación se pusieron a disposición de los licitadores el día de la publicación en el Perfil de contratante —el 13 de junio de 2017— al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada la convocatoria de licitación se publicó en el DOUE, tal y como exige el artículo 142 del TRLCSP, el día 16 de junio de 2017; y, en este caso, al ser la publicación de la convocatoria en el DOUE preceptiva, el momento inicial del cómputo de plazo para recurrir contra los pliegos es el de la publicación del anuncio en el DOUE. Así lo ha establecido también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas, sus Resoluciones 523 y 536/2016. En consecuencia, al finalizar el plazo para la interposición del recurso el 7 de julio, y haberse presentado en el registro del órgano de contratación el 5 de julio, el recurso está presentado en plazo.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo del recurso se refiere a si la prescripción técnica establecida en los tres lotes respecto al sistema de imagen de los mamógrafos digitales, en concreto el exigir una

resolución espacial de más de 6,5 pl/mm es restrictiva o contraria a la competencia.

Al respecto, cabe recordar que la regulación legal de las prescripciones técnicas se contiene en los artículos 116 y 117 TRLCSP, refiriéndose a aquellas instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación objeto del contrato, singularmente en el caso de los contratos de suministro se refieren a los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los estándares mínimos que debe reunir dicho producto, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Estas prescripciones técnicas contenidas en los pliegos son las únicas a las que deben atenerse los poderes adjudicadores a la hora de adjudicar.

Entre las prescripciones técnicas (artículos 116 y 117 TRLCSP) puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto. Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable.

En todo caso, y respetando los principios de la contratación pública (139 TRLCSP), y en especial, el principio de igualdad de trato, que tiene por objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (por todas, STJUE de 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo),* debe recordarse que el órgano de

contratación, teniendo en cuenta estos parámetros interpretativos, goza de libertad para definir y determinar el objeto del contrato para satisfacer, del modo más eficaz y eficiente, las necesidades que se le planteen. Y así se ha señalado en nuestros Acuerdos 91/2015, 56/2016 o 58/2017(criterio que igualmente sostiene el Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 115/2011 y 83/2012 al recordar la existencia de discrecionalidad técnica para decidir el objeto de la prestación).

Este es el caso de la exigencia de las características del suministro impugnado por la recurrente —resolución espacial exigida respecto al sistema de imagen—, que pone en cuestión la opción adoptada por el órgano de contratación.

La recurrente se limita a alegar que las prescripciones técnicas exigidas suponen un trato desigual e impiden la libre concurrencia, sin perjuicio de que en el propio recurso reconozcan que efectivamente, existen varios fabricantes en el mercado que cumplen con este requisito de resolución mínima de 6,5 pl/mm.

Pues bien, del análisis de los datos que obran en el expediente, la pretensión debe ser desestimada, pues en modo alguno puede calificarse de caprichosa ni arbitraria la decisión del órgano de contratación, relativa a un suministro de ámbito sanitario, y sus características de mayor y concreta calidad, que no limitan indebidamente al mercado; sino que buscan unas características técnicas mínimas que otorguen unas prestaciones superiores para los mamógrafos objeto de adquisición; sin que se aprecie vulneración de la competencia ni quebranto del principio de igualdad de trato.

La explicación de los motivos de esta decisión, y de su necesidad y conveniencia, se contiene en el Informe del órgano gestor ex artículo 46.2 TRLCSP, y desvela, por si misma, la incongruencia de la argumentación de la recurrente, a quien no le corresponde «sustituir el criterio de interés público» que acompaña a la propia licitación, por sus propios intereses comerciales. De este modo, y tal y como se argumenta, «*tanto la resolución espacial, indicada en pl/mm como la profundidad de adquisición del pixel del flat panel expresadas en bits son unos indicadores relevantes de la calidad del equipo que se pretende adquirir. En concreto el Servicio Aragonés de Salud pretende adquirir equipos de elevada calidad diagnóstica y el presupuesto resulta coherente con la calidad exigida. Dado que reducir estos parámetros sería no atender a las necesidades clínicas que precisamos en éstos momentos, no es conveniente modificar las prescripciones técnicas de éste concurso tanto más cuanto que son muchas las firmas comerciales que cumplen con el requisito*…»

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso interpuesto.

TERCERO.- Por parte del órgano de contratación se solicita, en el informe que acompaña al recurso, la imposición de sanción pecuniaria al recurrente por considerar la existencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

El artículo 31. 2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que:

> «*Cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la*

imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.
La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso».

Este Tribunal tiene establecido (entre otros, Acuerdos 27/2013 y 45/2014) que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso.

A juicio de este Tribunal, no existen circunstancias que permiten apreciar la existencia temeridad ni mala fe de la recurrente en la interposición del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por D. Ramón Andrés Cilleruelo, en nombre y representación de IRE RAYOS X, S.A, frente a los pliegos aprobados para regir el procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de mamógrafos digitales directos

con destino a diversos hospitales del Servicio Aragonés de Salud», promovido por el Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.