

Recurso nº 639/2019
Resolución nº 521/2019

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 19 de diciembre de 2019, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

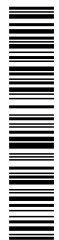
VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de EMSOR, S.L. contra la adjudicación del contrato de suministro de “Adquisición de un Mamógrafo Digital con Tomosíntesis para el servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Universitario Infanta Leonor”, expediente 2019-0-014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El contrato se publica el 24 de septiembre de 2019 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, con un valor estimado de 195.000,00 euros.

Segundo.- En fecha 10 de octubre de 2019 se publica el Acuerdo de la Mesa de contratación donde se requiere de subsanación de documentación técnica a en los siguientes términos a la empresa FUJIFILM EUROPE GMBH, SUCURSAL EN ESPAÑA: *“Deberá presentar la documentación necesaria para la verificación del cumplimiento de las características establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en lengua castellana o traducida oficialmente a esta lengua, no podrá contener información relativa a los Criterios evaluables mediante aplicación de*



fórmulas”.

Tercero.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares expresa en su punto 9 de la cláusula primera:

“9.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:

SOBRE Nº1: DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA:

1A: *“Documentación Administrativa*

1B: *“Documentación Técnica: En este sobre los licitadores incluirán toda la documentación necesaria para la verificación del cumplimiento de las características establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas en lengua castellana o traducida oficialmente a esta lengua: catálogos, fichas técnicas y cualquier otra documentación con la que se pueda verificar cada una de las especificaciones técnicas exigidas.*

Además Incluirán:

- *Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas debidamente cumplimentado.*
- *Plan de Formación.*
- *Memoria de instalación del equipo con un plano de implantación real de la sala. La falta de información o ausencia de datos de producto de los componentes ofertados que no puedan ser debidamente contrastadas podrán ser motivo de que la oferta no sea valorada. Este sobre no podrá contener información relativa a los Criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas.*
- **SOBRE Nº2: DOCUMENTACIÓN TÉCNICA RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR: NO PROCEDE. –**

SOBRE Nº3: PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS: *En el SOBRE Nº 3 los licitadores deberán presentar cumplimentados los modelos correspondientes a la Proposición Económica y a los criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas, ANEXO I.1 y ANEXO X del presente pliego. Asimismo presentarán toda la documentación técnica acreditativa del cumplimiento de los criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas.*



No se valorarán las ofertas de aquellas empresas que no cumplan las características mínimas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas y en consecuencia resultarán excluidas del proceso de licitación”.

Cuarto.- En fecha 29 de noviembre se presenta recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato publicada en el Portal el 8 de noviembre y enviada al recurrente en igual fecha. El recurso se dirige contra la adjudicación del contrato, entendiendo que la empresa beneficiaria de la misma debió ser excluida del procedimiento de licitación en cumplimiento de las cláusulas del Pliego transcritas y no dársele plazo de subsanación. Subsanada la acreditación de la representación de la empresa recurrente, en fecha 4 de diciembre se recibe el informe y expediente administrativo del órgano de contratación, en cumplimiento del artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante), en el que se solicita la desestimación del recurso por las razones que se examinarán la resolver sobre el fondo, dando plazo para alegaciones al recurrido el 10 de diciembre, que presentó el 17.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora en el procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).



Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone en un contrato que lo admite por su cuantía, a tenor del artículo 44.1. a) de la LCSP y contra un acto susceptible de recurso, a tenor del artículo 44.2.b).

Cuarto.- El recurso es temporáneo, pues publicada la adjudicación el 8 de noviembre y enviada ese mismo día al recurrente se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles computados en la forma prevista por el artículo 50.1. d) de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la concesión de un plazo de subsanación a FUJIFILM para subsanar la documentación técnica requerida en el sobre 1 DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, que, a su vez, se subdividía en dos, 1A Documentación Administrativa y 1B Documentación Técnica. Se afirma que la interpretación de la cláusula transcrita impedía la subsanación y en concreto los párrafos que subraya: *“La falta de información o ausencia de datos de producto de los componentes ofertados que no puedan ser debidamente contrastadas podrán ser motivo de que la oferta no sea valorada.*

(...)

No se valorarán las ofertas de aquellas empresas que no cumplan las características mínimas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas y en consecuencia resultarán excluidas del proceso de licitación”.

Otro motivo objeto de recurso es la incoherencia en el contenido de la oferta presentada por FUJIFILM: *“Para el mamógrafo digital con tomosíntesis solicitado por el órgano de contratación, FUJIFILM ha presentado en la documentación relativa a su producto varias incoherencias. En el sobre 1, la oferta técnica (presentada de forma extemporánea) detalla características pertenecientes al modo de Tomosíntesis ST (estándar), aunque realmente el equipo ofertado dispone de dos modos: el modo ST y el modo HR (alta resolución), ya que como podemos apreciar en el catálogo de la*



actual adjudicataria, su producto posee dos modos para adaptarse a las diferentes necesidades clínicas, facilitamos asimismo un enlace para mayor probatoria.

<https://www.fujifilm.eu/es/productos/sistemas-medicos/p/amulet-innovality#caracteristicas>

Dicho lo anterior, queremos manifestar nuestro completo desacuerdo, toda vez que cada modo antedicho posee características dispares para los diferentes criterios valorados por el órgano de contratación, así, el modo estándar (ST) por ejemplo, posee un ángulo de adquisición de +- 7.5° (15°), mientras que el modo de alta resolución (HR) tiene para el mismo parámetro un ángulo de +- 20° (40°) . Por ello no puede FUJIFILM, utilizar la cifra que mejor se adecúa a los criterios de evaluables mediante fórmulas para obtener la óptima puntuación, cuando como hemos manifestado, su producto ofertado integra 2 modos con valores distintos”.

En este motivo el recurrente argumento que se han presentado mejoras o variantes no permitidas por el Pliego.

El órgano de contratación alega que el recurso es extemporáneo, primero porque debió interponerse contra la publicación de la subsanación dada al adjudicatario en fecha 10 de octubre. Este argumento no es de recibo, porque aunque se hiciera equivalente la concesión de un plazo de subsanación a la admisión del adjudicatario y que le produce un daño irreparable al recurrente ex artículo 44. 2. b) de la LCSP, se admite generalmente que los actos de trámite pueden ser recurridos alternativamente en dos momentos: en su adopción o cuando se dicta la resolución definitiva.

También alega que es extemporáneo el recurso contra la adjudicación, pero se interpuso justo el día último de plazo.

FUJIFILM reconoce el error en la documentación del sobre 1: *“FUJIFILM, reconoce haber cometido un error en la presentación de su oferta, si bien es cierto, que el pliego de condiciones reflejaba que el sobre 1 debía contener tanto la*



documentación administrativa como la documentación técnica, debiendo incluir el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas cumplimentado debidamente, del mismo cuestionario técnico es perceptible el cumplimiento de los requisitos mínimos requeridos (...)

Si bien, por error, no incluimos la documentación accesoria al Anexo I, el cual si fue cumplimentado respondiendo a los requisitos mínimos solicitados.

Como hemos apuntado la inadvertencia cometida por esta parte no es más que un error humano fácilmente subsanable, y así lo apreció el órgano de contratación, solicitándonos por ello, aportar la documentación necesaria para verificar los datos aportados por FUJIFILM en el Anexo I. En el cual indicamos que cumplimos con las características establecidas como mínimas, realizando una pequeña descripción del equipo e indicando la página de la documentación técnica donde hace referencia ese apartado.

Procede analizar entonces, si el defecto cometido por esta parte es susceptible de subsanación. Efectivamente, como intenta desvirtuar la recurrente en su recurso, la omisión de documentación efectuada por FUJIFILM, no afecta al contenido material de la oferta, ya que los datos que verifica ya han sido manifestados en el mencionado Anexo (...)”.

Al argumento de la no procedencia de la subsanación, no da respuesta el órgano de contratación. No obstante, en aplicación del principio *iura novit curia* y de conformidad con las alegaciones de FUJIFILM, cabe decir que el Pliego no excluye la subsanación de la documentación técnica del sobre 1 que lleva por título Documentación Administrativa. Lo que afirma es que la falta de información o los incumplimientos técnicos podrán ser objeto de que los equipos no sean valorados.

Corresponde a la Mesa decidir, dentro de los términos legales, la documentación subsanable del sobre 1, y en el acta de la reunión de 10 de octubre consta la siguiente explicación: “EMSOR, S.L. presenta correctamente la documentación exigida y a FUJIFILM EUROPE GMBH, SUCURSAL EN ESPAÑA, le falta aportar el catálogo necesario para la verificación del cumplimiento de las



características establecidas en el Pliego de prescripciones Técnicas, en lengua castellana o traducida oficialmente a esta lengua, no podrá contener información relativa a los Criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas, según informa don Alberto López Monmeneu. La mesa decide, que justificado por parte de FUJIFILM EUROPE GMBH, en el cuestionario técnico presentado, cada uno de los criterios de calidad técnica referidos en el Pliego de Prescripciones técnicas, la mesa de contratación considera que se trata de un error formal y en aras a favorecer la concurrencia, decide solicitar subsanación”.

Es decir, la Mesa aprecia un error en la documentación por no presentar el catálogo para verificar o contrastar el cumplimiento de las prescripciones técnicas que ya se ha declarado expresamente su cumplimiento en el cuestionario técnico del Anexo I del PPT. Esto es, aprecia un defecto de acreditación del cumplimiento de las prescripciones técnicas mediante el catálogo, no de su efectivo cumplimiento. Este Anexo I es un cuestionario técnico de 5 folios con unos 200 ítems, que constituyen una declaración sobre la disposición de todos los elementos requeridos.

No puede afirmarse que falte información para la valoración o no se cumplan las características exigidas, cuando se ha presentado un cuestionario en que se declara lo contrario. Lo que no se presenta es el catálogo traducido al castellano para verificar ese cumplimiento que se dice poseer.

La doctrina tradicional en cuanto a la subsanación de la documentación distingue entre defectos en el cumplimiento de los requisitos en el momento de licitación y defectos en la acreditación o prueba de los mismos, encajando la posibilidad de subsanación en este último punto, que es lo aquí acontecido.

El artículo 141.2 de la LCSP pone en manos de la Mesa la determinación de la documentación subsanable: *“cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”.*



En el mismo sentido el artículo 19.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: *“2. Si se observasen defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, se comunicará a los interesados por el medio que se indica en el apartado 4 de este artículo, concediéndose un plazo no superior a cinco días naturales para que los licitadores los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios. De lo actuado conforme a este apartado se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse”*.

Debe tenerse en cuenta, además, que la aportación de esta documentación técnica en nada modifica la oferta técnica contenida en el sobre 3 y objeto de valoración automática, pues el cumplimiento de los requisitos ya se hizo constar en la declaración expresa contenida en el Anexo I del PPT citado.

Por estas razones procede la desestimación de este motivo de recurso.

En cuanto al segundo, responde el órgano de contratación lo siguiente: *“Conforme al informe técnico del Jefe de Servicio de Mantenimiento, en el Pliego de Cláusulas Administrativas se valoraban como mejoras el tiempo rápido en la realización de la Tomosíntesis y el bajo ángulo de barrido. En ningún párrafo o anexo de los pliegos publicados se solicitaba que los equipos que se ofertaran tuvieran las mismas características en todos sus modos de funcionamiento.*

Esto se debe a que, prácticamente la totalidad de los equipos usados en electromedicina pueden funcionar en varios modos con las características adecuadas para las diferentes técnicas que se quieran utilizar. La empresa Fujifilm, presenta en su oferta un equipo que, al menos en uno de sus modos de trabajo, cumple con las características evaluables como óptimas.

Por tanto, consideramos que no debemos penalizar a tal empresa porque el equipo ofertado pueda trabajar de otras maneras en las que no se den las máximas prestaciones evaluadas”.



En cambio FUJIFILM afirma que ni siquiera ofertó dos modos de trabajo: *“Otro de los motivos en los que fundamenta su recurso, totalmente infundado, es la incongruencia que le despierta la documentación aportada por esta parte, declarando que “nuestro producto ofertado dispone de dos modos ST y HR, con características dispares para los diferentes criterios valorados por el órgano de contratación”, acusándonos de haber utilizado las cifras relativas a uno de los dos modos para conseguir una mayor puntuación, cuando supuestamente nuestro producto ofertado integra los dos, aportando a modo de prueba el catálogo.*

Sin embargo, la realidad de los hechos, dista de lo antedicho por EMSOR, por ello, queremos alegar que FUJIFILM en ningún momento oferta el mamógrafo objeto de suministro con dos modos, únicamente hemos ofertado el modo ST. Si bien, aludiendo a la página web y catálogo utilizado por la recurrente, para inducir a error y confundir al Tribunal. Indicar que aparecen ambos modos explicados en la documentación mencionada, porque el mamógrafo ofrezca esas dos posibilidades, pero ello no quiere decir que el producto ofertado disponga de las mismas.

EMSOR en su escrito reitera la idea de que FUJIFILM ha ofertado dos modos distintos con diferentes prestaciones. En definitiva, entiende que hemos ofrecido una alternativa, un modo adicional, una variante, en contra de lo establecido en el pliego de condiciones que rige la presente licitación, el cual no admite dicha actuación.

En la oferta técnica presentada por FUJIFILM, como puede corroborar el Tribunal al que nos dirigimos, indicamos claramente que nuestro producto se oferta con un único modo, y de esta manera ha sido apreciado por la Administración contratante, por lo que en este sentido no llegamos a comprender las acusaciones de la mercantil EMSOR”.

Este es un tema que entraría dentro de la llamada *“discrecionalidad técnica”* del órgano de contratación y no debería corresponder valorar a este Tribunal. No obstante, no parece que sea susceptible de penalizar que el aparato cumpla con dos modos, uno superior y otro de inferiores prestaciones. Siempre y cuando uno de ellos cumpla con las prescripciones técnicas. No obstante, el propio impugnante afirma que solo oferta un modo y transcribe su oferta confidencial: **“PARA ESTA LICITACIÓN EL**



EQUIPO OFERTADO CON UN ÚNICO MODO DE TOMOSÍNTESIS CON DE RECONSTRUCCIÓN ITERATIVA (ISR) E IMAGEN SINTETIZADA”.

Procede, la desestimación de este motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de EMSOR, S.L. contra la adjudicación del contrato de suministro de “Adquisición de un Mamógrafo Digital con Tomosíntesis para el servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Universitario Infanta Leonor” expediente 2019-0-014.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con



lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv
mediante el siguiente código seguro de verificación: **1018477293297175285220**