

Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía la firma auténtica y, para evitar el acceso a datos personales protegidos, se ha ocultado el código que permitiría comprobar el original.

Recurso nº 294/2023
Resolución nº 311/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 10 de agosto de 2023, 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 legal de EMSOR, S.L, contra la resolución de la directora gerente del Hospital Universitario 12 de octubre, por la que adjudica el contrato de “Suministro, montaje y puesta en funcionamiento de tres salas de mamografía digital con tomosíntesis para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente 2022-0-131, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 23 de febrero de 2023, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 24 en el DOUE y el 7 de marzo en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El contrato está financiado con los fondos del Plan de Transformación, Recuperación y Resiliencia.

El valor estimado de contrato asciende a 810.000 euros y su plazo de duración será de tres meses.

A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tramitado el procedimiento de licitación se adjudica el contrato a GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U.

Tercero.- El 19 de julio de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de EMSOR en el que solicita que se anule el acuerdo de adjudicación por incumplir su oferta las prescripciones técnicas y además manifiesta su disconformidad con la puntuación otorgada a GENERAL ELECTRIC.

El 25 de julio de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el 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), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 27 de julio de 2023, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 58.b) del Real Decreto-ley 36/2020 y el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, que presenta el 2 de agosto.



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 clasificada en segundo lugar y que de estimarse el recurso se convertiría en adjudicataria, *“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 artículo 58.1.a) del Real Decreto 36/2020 establece que el plazo de interposición del recurso es de diez días naturales. No obstante, en la Resolución de adjudicación del contrato se indica el plazo de quince días hábiles, esto es, el general establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Por ello, se ha de considerar presentado el recurso en tiempo y forma. En este sentido la Resolución 971/2022, de 12 de agosto, del TACRC.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del recurso, interesa citar que el Pliego de Prescripciones Técnicas al definir el objeto del contrato señala: *“Los tres mamógrafos deben disponer de un dispositivo de adquisición de imágenes digitales*

directas 2D y 3D, sistema de procesamiento y visualización de imágenes, y accesorios para la realización de estudios mamográficos”.

Alega el recurrente que tras el acceso al expediente comprueba que en el documento descriptivo técnico del mamógrafo Senographe Pristina 3D en el apartado 4 Detector Digital se indica *“Detector campo completo patentado de estructura de agujas con centelleador de Silicio construido en una sola pieza”* omitiendo el término *“directo”*.

Para la justificación del cumplimiento del requisito mínimo se omite el término *“directo”*, tanto en su documento descriptivo de la oferta técnica, como en el datasheet del producto aportado. Datasheet Senographe Pristina 3D. No mencionan el término de directo y solo especifica *“Centelleador de estructura de aguja Csl patentado, construcción en una sola pieza”*.

Manifiesta que en ambos documentos se omite deliberadamente el término *“directo”* de la tecnología del detector, generando ambigüedad en la explicación que a su juicio lleva a una interpretación errónea por parte del órgano de contratación.

Así expone que los detectores de mamografía de centelleador de silicio son detectores indirectos, basándose para ello en diferentes artículos y estudios científicos.

En contestación al recurso, el órgano de contratación adjunta un informe del Jefe de Servicio de Radiodiagnóstico en el que explica que el apartado que cita el recurrente se refiere al sistema de adquisición en su conjunto y lo que establece es que no se podrán ofertar sistemas que utilicen tecnologías digitales con adquisición no directa, como la tecnología CR (Computed Radiology) donde la adquisición se realiza en un soporte de imagen incluido en un cassette que posteriormente debe ser procesado en un dispositivo adicional (lector) para extraer la información digital contenida en el mismo.



Sin embargo, en el apartado específicamente dedicado a la tecnología y características del detector (*Apartado 2: ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, Subapartado 2.2 Características y configuración mínima, Sub subapartado 2.2.5 (Detector digital de imágenes)*) lo que se establecen son los requisitos técnicos referidos aquí sí, específicamente al detector. En los mismos no se exige ningún sistema concreto de tecnología del detector y por lo tanto tienen cabida todas las tecnologías existentes en el mercado, entre ellas las de silicio con cristal escintilador de yoduro de cesio y las de selenio. Cualquier licitador, eso sí, debe cumplir todas las condiciones de este subpartado. Si se hubiera deseado licitar un tipo concreto de detector, se hubiera especificado de manera concreta en este punto 2.2.5.

El adjudicatario alega se sostiene una petición de exclusión del todo punto improcedente, no sólo porque el pretendido incumplimiento no sea claro y manifiesto, sino porque los elementos técnicos sobre los que EMSOR construye su teoría son diferentes, no exigiendo el PPT que el método de conversión del detector deba ser necesariamente el directo. Todos los equipos de radiaciones ionizantes que utilizan detectores digitales se consideran de adquisición de imagen digital directa, ya que la imagen es captada por el detector y aparece de forma directa en la pantalla de adquisición sin necesidad de tener que realizar ninguna acción intermedia como ocurría antiguamente con los CR. Cuando la cláusula 1 del PPT se refiere a dispositivos de adquisición de imágenes digitales directas se está refiriendo a la posibilidad de que la imagen captada se pueda ver, directamente, en el monitor o pantalla del equipo. Por ello, el objeto del contrato se refiere a equipos en los que la adquisición se realiza directamente en un detector que muestra la imagen digital en la estación de adquisición del equipo, en el monitor o pantalla del profesional sanitario que está trabajando en la Sala de Mamografía. De esta forma, el equipo ofertado por GE HEALTHCARE cumple debidamente con el requerimiento técnico en tanto que cuenta con un dispositivo de adquisición de imágenes digital directa,



permitiendo que la imagen sea directamente visible en el monitor o pantalla de la estación en que trabaja el profesional sanitario.

Una cuestión diferente es la tecnología que emplee el detector digital para convertir el rayo X en imagen digital. Sea cual sea la técnica empleada por el detector para convertir la radiación en una imagen digital, lo cierto es que ambas técnicas permiten que la imagen digital sea adquirida y mostrada directamente en los monitores o pantallas, sin tener que acudir a un dispositivo externo que permita esa digitalización; cumpliéndose debidamente con el requisito tal como viene definido en la cláusula 1 del PPT que nos define el objeto del contrato.

Además, no puede incumplirse el PPT porque este no exige ninguna técnica concreta para la conversión de la imagen y porque no pide que los detectores sean directos.

Vistas las posiciones de las partes se comprueba que en el PPT la referencia a *“imágenes digitales directas”* consta dentro del apartado 1 relativo a la descripción del objeto del contrato.

El apartado 2. relativo a las especificaciones técnicas, en concreto el 2.2.5 *“Detector Digital”* indica *“el equipo estará dotado de un detector digital que permita la adquisición de imágenes de la mama completa”* y a continuación detalla una serie de requisitos entre los que no se encuentra el término *“directas”*.

Como ha señalado el Tribunal en diversas resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, *“cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos”*. Es



decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a la evaluación del cumplimiento de las prescripciones técnicas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que 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 puedan 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 procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

En nuestra Resolución 179/2022, de 12 de mayo, señalábamos *“Este Tribunal debe respetar los resultados de la valoración técnica efectuada por técnico especializado, asumida por el órgano de contratación, y entrar a conocer, únicamente los aspectos formales de la misma, tales como las normas de competencia o procedimentales. En este sentido, debemos recordar el criterio consolidado de este Tribunal y del resto de Tribunales administrativos de recursos contractuales en virtud del cual se circunscribe nuestra competencia a la revisión de las cuestiones jurídicas de la valoración de los expertos sin poder entrar en cuestiones técnicas, pues la doctrina de la “discrecionalidad técnica” ampara la valoración efectuada por los técnicos, siempre con el límite de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (se citan a modo de ejemplo las resoluciones de este Tribunal 515/21, de 12 de noviembre; 1039/2015, de 30 de octubre; 21/2014, de 17 de enero y la Resolución 353/2019, de 29 de marzo, del TACRC)”*.



Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa”*.

Pues bien, revisado la redacción del pliego de prescripciones técnicas como se ha expuesto anteriormente y la explicación aportada por el órgano de contratación no se aprecia error en el criterio del órgano de contratación.

En consecuencia, se desestima esta alegación del recurrente.

En segundo lugar, la recurrente manifiesta su desacuerdo en la puntuación otorgada en el siguiente apartado:

Pantalla del dispositivo de biopsia táctil con indicaciones gráficas del objetivo y de la aguja además de las coordenadas..... hasta 2 puntos.

Sí..... 2 puntos

No.....0 puntos”.

Señala que el informe técnico de 11 de mayo de 2023, otorga a EMSOR 2 puntos por este criterio evaluable de forma automática por aplicación de fórmulas y en consecuencia el 17 de mayo se establece que la mejor oferta es la EMSOR al obtener 91 puntos, obteniendo GENERAL ELECTRIC 89,64 puntos.



Publicados esos documentos, recibe una comunicación en el que se solicita *“en qué parte de la documentación técnica presentada cumple con el criterio objetivo de valoración 3.1, que en el PCAP viene expresado como “Pantalla del dispositivo de biopsia táctil con indicaciones gráficas del objetivo y de la aguja además de las coordenadas”* que contesta el 5 de junio. Para su sorpresa se emite un segundo informe de 23 de mayo, en el que se modifica la puntuación del criterio 3.1., otorgando 0 puntos en este criterio. Como consecuencia de la retirada de los 2 puntos se adjudica el contrato a GENERAL ELECTRIC.

A su juicio, el hecho de que la fecha de este segundo informe (23 de mayo) sea anterior al de solicitud de aclaración (1 de junio), pone de manifiesta la intencionalidad de privar de los 2 puntos a EMSOR sin tener en consideración la respuesta a la solicitud de aclaración y siendo notoria la falta de transparencia y objetividad.

Debido a este error formal en la sucesión temporal de las notificaciones solicitamos la invalidez de la notificación y posterior adjudicación retrotrayendo las actuaciones a fecha anterior a la solicitud de aclaraciones.

Sobre la base de lo anterior, manifiesta su desacuerdo con la nueva valoración, toda vez que alega cumplir con el mencionado criterio y así se demostró en la documentación aportada en contestación al requerimiento. Tal y como figura en la imagen aportada en la licitación, en el área de visualización de la pantalla táctil, Guía de focalización del dispositivo de biopsia, se pueden visualizar las coordenadas de la posición actual de la aguja y del objetivo.

Señala que el pliego únicamente exigía Pantalla del dispositivo de biopsia táctil con indicaciones gráficas del objetivo y de la aguja además de las coordenadas y que el órgano de contratación basa su cambio de puntuación aportando una justificación que no comparte. Así, considera que el órgano de contratación, en la

valoración, tuvo en cuenta parámetros que no fueron fijados en el pliego de condiciones y entiende que al valorar criterios objetivos no tiene cabida la discrecionalidad a la hora de juzgar la oferta.

En ningún caso el pliego de condiciones indicaba que indicaciones gráficas del objetivo y la aguja significaba o debía ser; un esquema donde aparezcan ambos elementos en formato gráfico (es decir, un dibujo esquemático). Esto fue una aclaración o interpretación del órgano de contratación a posteriori.

Por su parte el órgano de contratación, en cuanto a la irregularidad del procedimiento alegada por la recurrente, opone que se recibe en la Mesa informe rectificativo del informe técnico publicado, al advertir el Servicio de Radiodiagnóstico error en la valoración de la documentación de la recurrente, que no cumple con el criterio referido.

Sin perjuicio de lo anterior, se acuerda por la Mesa en el Acta 125/23 emplazar a la recurrente para que, dado que en su oferta indicaba que cumplía con el requisito referido, manifestara dónde en la documentación técnica aportada podía confirmarse tal cumplimiento. La respuesta de EMSOR incluye alegaciones sobre supuestas imprecisiones en el pliego que son contestadas en el informe técnico de 7 de junio que se ratifica en su puntuación y argumentos expuestos en su informe al igual que ahora en el informe al recurso.

Este Tribunal revisa el expediente de contratación y comprueba que en el informe técnico que rectifica la valoración de EMSOR se indica: *“En la oferta de EMSOR, a pesar de que el fabricante indica en su autovaloración que SÍ cumple, realmente NO cumple ya que únicamente aparecen en la pantalla las coordenadas, no las indicaciones gráficas del objetivo y de la aguja, como puede verse en el propio pantallazo de los Criterios Evaluables (Pág. 7) y en la oferta técnica (Págs. 73-76) que ha suministrado el licitador:”* (...) *“En la imagen de la página 7 de los “Criterios evaluables”, pueden verse las coordenadas numéricas en el centro y los*



botones táctiles a ambos lados, pero no hay indicación gráfica. En consecuencia, le correspondería 0 puntos en este apartado”.

La mesa de contratación a la vista de este informe rectificativo acuerda dar trámite de audiencia a EMSOR que presenta alegaciones y son analizadas en el informe 7 de junio concluyendo lo siguiente:

“1.- Se debe entender por “indicaciones gráficas del objetivo y la aguja” un esquema donde aparezcan ambos elementos en formato gráfico (es decir, un dibujo esquemático) en la posición que ocupan en tiempo real durante el procedimiento. Esta interpretación se basa en la redacción del criterio y en las definiciones de las palabras empleadas.

A título informativo, el diccionario de la RAE referente a “gráfico,ca” en su 2ª, 4ª y 5ª acepciones indica (como también el licitador incluye en su informe):

- 1. adj. Perteneciente o relativo a la escritura y a la imprenta. NO APLICA.*
- 2. adj. Dicho de una descripción, de una operación o de una demostración: Que se representa por medio de figuras o signos. U. t. c. s.*
- 3. adj. Dicho de un modo de hablar: Que expone las cosas con la misma claridad que si estuvieran dibujadas. NO APLICA.*
- 4. m. Representación de datos numéricos por medio de una o varias líneas que hacen visible la relación que esos datos guardan entre sí.*
- 5. f. gráfico (ll representación por medio de líneas).*

2.- En la documentación aportada por Emsor aparece en el display del equipo una tabla con las coordenadas y la indicación numérica con un código de colores que refleja la diferencia entre las coordenadas previstas y las reales. Por lo tanto:

“1.- Se debe entender por “indicaciones gráficas del objetivo y la aguja” un esquema donde aparezcan ambos elementos en formato gráfico (es decir, un dibujo esquemático) en la posición que ocupan en tiempo real durante el procedimiento. Esta interpretación se basa en la redacción del criterio y en las definiciones de las palabras empleadas.



2.- En la documentación aportada por Emsor aparece en el display del equipo una tabla con las coordenadas y la indicación numérica con un código de colores que refleja la diferencia entre las coordenadas previstas y las reales. Por lo tanto:

- No hay una representación por medio de figuras o signos (acepción 2)
- No hay un esquema ni líneas que hagan visible la relación entre dichas coordenadas (acepción 4)
- Tampoco existe una representación por medio de líneas (acepción 5)

3.- El código de colores que cambian según la consecución o no del objetivo, y los iconos que aparecen en los botones táctiles del display tampoco pueden considerarse un gráfico en el sentido en que está redactado el criterio de valoración.

4.- En consecuencia, se vuelve a concluir que se presentan las coordenadas, pero no las indicaciones gráficas, por lo que el criterio no se cumple”.

Llama la atención que la conclusión del licitador en su escrito sea que no están adecuadamente desarrollados los criterios evaluables y, en consecuencia, achaca a la mesa de contratación la no coincidencia del criterio “indicaciones gráficas” con el que propone. Más llamativo es también que señale como prueba la definición de “gráfico, a” de la RAE cuando es palmario que dicha definición no coincide con los argumentos que refleja en su documento.

La redacción de los criterios objetivos de valoración se realiza mediante un análisis exclusivamente técnico. En el caso de este criterio se intenta maximizar la seguridad del paciente mediante la presentación al operador no solo de una tabla numérica, sino también de una representación gráfica que permita apreciar la posición de la aguja y el objetivo de la biopsia en tiempo real. Es evidente que para conseguir este fin no puede exigirse que en la redacción del criterio se llegue a un nivel de detalle exhaustivo, ya que cada licitador puede llegar a este fin (representar gráficamente) de formas diferentes. Por lo tanto, la redacción del criterio debe establecer la funcionalidad que se pretende pero no tiene por qué entrar en la forma concreta para llegar a ella”.



De lo expuesto se concluye por un lado que no hay irregularidad en el procedimiento sino todo lo contrario, una actuación diligente por la mesa de contratación, que a la vista del informe técnico que cambiaba la valoración decidió dar trámite de audiencia al recurrente.

Por otro, aunque estamos ante una cuestión técnica y es preciso remitirse a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos, de acuerdo con la doctrina expuesta, a juicio de este Tribunal no se aprecia error en los mismos, ni que en la valoración se hayan introducido elementos nuevos que no constaban en los pliegos pues en las imágenes del producto ofertado se observa indicación numérica de coordenadas, no imágenes gráficas, además de no poderse considerar, los códigos de colores como indicación gráfica.

En consecuencia, se desestima esta alegación y con ello el recurso interpuesto.

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 legal de EMSOR, S.L, contra la resolución de la directora gerente del Hospital Universitario 12 de octubre, por la que adjudica el contrato de “Suministro, montaje y puesta en funcionamiento de tres salas de mamografía digital con tomosíntesis para el Hospital Universitario 12 de Octubre” número de expediente 2022-0-131.



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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 27 de julio de 2023.

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
Por sustitución, conforme artículos 3.7 de la Ley 9/2010 y 19.4 LRJSP
EL VOCAL DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ JOSE MIGUEL
Fecha: 2023.08.16 08:11