Recurso nº 1073/2017 C.A Castilla-La Mancha 81/2017
Resolución nº 1172/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 15 de diciembre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. R.A.C. en representación de IRE RAYOS X S.A., contra el acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación del Servicio de Salud de Catilla La Mancha (SECAM) de 28 de septiembre de 2017 que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para la empresa recurrente en el procedimiento de contratación 6101T017SUM00003 *"Suministro de Seis Arcos Quirúrgicos Convencionales para diversos Hospitales del Servicio de Salud de Castilla La Mancha"*, con un valor estimado de 462.000 € , el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 28 de abril de 2017 se emitió por el Director Gerente de Asistencia Sanitaria del SESCAM informe de necesidad para esta contratación, por la obsolescencia de los arcos quirúrgicos de rayos X instalados, siendo necesaria la adquisición de 6 unidades.

Segundo. En consecuencia con fecha 22 de mayo de 2017 e inicio un expediente de contratación de suministros y de servicio de mantenimiento, prevaleciendo las condiciones del contrato de suministro por su mayor importe, por el procedimiento abierto ordinario.

Tercero. Los anuncio de la licitación se hicieron en el DOUE serie S de 22/7/2017, en el BOE nº 176 de 25 de julio de 2017 pag 55501 y el en DOCM nº 148 de 28 de julio de 2017 pag 18584, estableciendo como plazo para recepción de ofertas hasta el día 28/8/2017 a las 14:00.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@minhafp.es

Cuarto. Denntro del plazo establecido presentaron ofertas las siguientes empresas:

IRE Rayos X S.A.

Philips Ibérica S.A.U.

Quinto. El día 4 de septiembre de 2017 se reunió la mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre 1 y a la calificación de la documentación administrativa incluida en el mismo, considerándola correcta.

Sexto. Con fecha 6 de septiembre de 2017 se reune la mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre nº 2 relativo a criterios subjetivos a evaluar previamente mediante un juicio de valor, acordándose que los servicios técnicos de la Dirección General de Asistencia Sanitaria, Área de Infraestructuras y Servicios Generales, emitiera informe técnico de evaluación.

Séptimo. El día 8 de septiembre de 2017 se emite el informe técnico, cuyas concluciones hace suyas la mesa de contratación en su reunión de 11 de septiembre de 2017, otorgando 7,4 puntos a la oferta de Philips y 3,0 punto a la oferta de la recurrente.

Octavo. El día 12 de septiembre se reune la mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre nº 3, conteniendo la oferta relativa a precio y otros criterios objetivable a valorar mediante fórmulas o procentajes.

En lo que se refiere al precio se registran las siguientes ofertas:

Empresa	**Precio (con IVA)**
IRE Rayos S.A.	393.963,90 €
Philips Ibérica S.A.U.	484.121,00 €

Y en cuanto al resto de criterios de adjudicación posterior a valorar mediante fórmulas o porcentajes, se acuerda entregar las ofertas a los servicios técnicos anteriormente reseñados para que procedan a su evaluación.

Noveno. El día 25 de septiembre de 2017 los servicios técnicos evacúan un informe en el que ponen de manifiesto lo siguiente:

"***Evaluación de cumplimiento de especificaciones mínimas***

*1.-"En contra del requerimiento del apartado Requerimientos de conectividad del equipamiento del Pliego de Prescripciones Técnicas "**es necesario presentar** los documentos de conformidad DICOM **(DICOM Conformance Statements), no se han presentado** en la oferta estos documentos.*

*2.-"En contra del requerimiento del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Product Data del equipo, como documentación acreditativa, IRE aporta hoja con datos de varios equipos fabricados por Genoray, que entre otros incluye el equipo objeto de la oferta y en que para poder evaluar las características técnicas que incluye, es necesario seguir una serie de flechas que te llevan a especificaciones de otro equipo. Adicionalmente, la fecha que aparece en la citada hoja con datos técnicos anteriormente referenciada, es el 26 de diciembre de 2013 (2013.12.26, según especifica) e incluye un texto que pone: "specifications subject to change without notice" (especificaciones sujetas a cambio sin aviso). En base a esta notificación, **no puede asegurarse que los datos** que aparecen en esa hoja **correspondan con los del equipo ofertado**. Adicionalmente entre los datos que debe incluir el product data son los datos geométricos (dimensiones en todas las direcciones) los cuales no son aportados.*

*3.-"En contra del requerimiento "dispondrá de **colimación cuadrada"** en el apartado 2. Tubo de rayos X del Pliego de Prescripciones Técnicas, los datos aportados **no permiten valorar su cumplimiento,** dado que en la oferta técnica según criterios a juicio de valor indica que dispone de cortinillas dobles pero no que sean en las dos direcciones, existiendo por otra parte contradicción con los datos aportados en hoja con datos técnicos en que siguiendo para ello una serie de flechas te llevan a especificaciones de otro equipo, en que pone que dispone de iris y colimador (pero no indica que sean dobles tal como en cambio sí indica para otro equipo diferente al ofertado)".*

4.- "En contra del requerimiento del pliego de que disponga de adquisición pulsada con un mínimo de 8 pulsos por segundo, no se indica el número de pulsos en adquisición

pulsada, especificando en cambio el número de imágenes por segundo, que no es el valor que se solicita".

Décimo. El día 28 de septiembre de 2017 se vuelve a reunir la mesa de contratación. A la vista del informe técnico decide excluir a la recurrente del procedimiento por los siguientes incumplimientos de los requisitos técnicos mínimos, tal y como explicita el informe del órgano de contratación incorporado a este expediente de recurso:

a) En relación a la objeción técnica nº 1, porque: "*Por ello, el incumplimiento de la presentación de los documentos de conformidad DICOM (DICOM Conformance Statements). (Página 5 PPT), siendo una cláusula obligatoria en el Pliego de Prescripciones Técnicas, no pudiéndose acreditar los requerimientos de conectividad del equipamiento que genere imagen digital.*

b) En cuanto a la nº 2 porque: ""*Por tanto existe el incumplimiento de presentar junto con el equipo ofertado, su correspondiente ficha técnica Product Data (exigiéndolo el apartado T.2 del Cuadro Anexo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), de modo que se aprecia que los datos de su ficha técnica no se corresponden concretamente con el equipo ofertado."*

c) Respecto de la objeción técnica nº 3 porque: "*Se produce incumplimiento de que el equipo disponga de un colimador con uno de los requisitos exigidos por el pliego de prescripciones técnicas (Diafragma e iris con ajuste independiente de cada cortinilla.) (Página 3 PPT)."*

d) Por último, en lo que atañe a la 4ª objeción técnica porque: "*Se produce incumplimiento de que el equipo ofertado disponga de adquisición pulsada de 8 pulsos/segundo para el generador de RX, cláusula 3.3 del pliego de prescripciones técnicas".*

Simultáneamente se propone como adjudicatario a Philips Ibérica S.A.U.

Undécimo. El acuerdo de exclusión se comunica por correo electrónico el día 4 de octubre de 2017.

Duodécimo. Mediante resolución de 19 de octubre de 2017 se realizó la adjudicación a favor de la empresa Philips Ibérica S.A.U.

Decimotercero. Con fecha 20 de octubre de 2017 tiene entrada el recurso, solicitando la suspensión del acto recurrido.

Decimocuarto. En fecha 31 de octubre de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al otro licitador para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que conviniera a su derecho, sin que Philips Ibérica, S.A.U. haya evacuado el trámite conferido.

Decimoquinto. El 10 de noviembre de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Argumentos de las partes

1.- Del recurrente

La empresa recurrente considera que es nulo el acuerdo recurrido, por el que se la excluye de la contratación, por los siguientes motivos:

1º.- Que el "DICOM conformance Statements" se presentó en el sobre nº 2 y ello era lícito pues aunque en el PPT se dijera que debía presentarse "junto con la oferta" no se refería a ningún criterio evaluable mediante fórmula o porcentaje, sino por juicio de valor. En este sentido cita el apartado 16.2 del PCAP que permitía que este documento se incluyera en el sobre nº 2 en vez de en el sobre nº 3.

2º.- En cuando a los datos de la ficha técnica, la recurrente aportaría una en la que las características del modelo ofertado (Arco Zen -7000 15 KW) venían reseñadas en una tabla por referencia a las características que tiene otro modelo de la misma gama, lo cual es habitual y no generaría confusión. Asimismo, el hecho de que se incluya en la ficha la

mención "*2013.12.26 significations subject to change without notice*" sería una claúsula de estilo que debe interpretarse como que el valor es válido si no se hace ninguna modificación posterior –que no se habría producido-. En todo caso, se podría controlar el cumplimiento de lo ofrecido en la fase de ejecución del contrato.

3º.- Respecto de la exigencia de que se oferte un aparato que disponga de "colimación cuadrada", considera que cuando se emitió el primer informe técnico sobre criterios sometidos a juicio de valor ya se consideró apta la oferta en este punto por que no se les requirió ninguna aclaración adicional. Asimismo señala que por definición, dado que la composición del colimador es "*Iris octagonal + cortinillas dobles*" con "ventana simétrica, asimétrica y rotación" por definición la simetría es cuadrada.

4º.- Por último, el término "pulso" es equivalente al de "imágenes". Cuando el pliego dispone que se piden al menos 8 pulsos por segundo, pide que la máquina emita al menos 8 imágenes por segundo. El aparato ofrecido proporciona 30 imágenes por segundo, por lo que cumpliría con amplitud este requisito técnico.

2. De la Administración

Las razones en las que se apoya la Administración para excluir a la recurrente de la contratación se encuentran fundamentalmente recogidas en el informe de los técnicos de la Administración y en el informe del órgano de contratación.

Las razones para la exclusión pueden sintetizarse como sigue:

1º.- El motivo de solicitar expresamente los documentos específicos de conformidad DICOM es que el fabricante garantice las herramientas de conectividad mínimas exigidas en el PPT. En la documentación del sobre 2 se adjunta un texto sin ninguna marca, sello ni acreditación del fabricante. Asimismo el citado texto tampoco está referenciado ni viene señalada ninguna fecha de edición o revisión. Se trata de un texto en que no puede acreditarse absolutamente ninguna trazabilidad. En base a la documentación aportada no puede garantizarse que el equipo disponga de los requerimientos de conectividad requeridos.

2º.- Con objeto de validar los valores aportados por la encuesta técnica se requiere que se aporte el "product data" (documento internacionalmente establecido con los datos técnicos del equipo en que como mínimo debe estar validado por el fabricante). Sin embargo, lo que la casa comercial pretende considerar como "product data" es un único folio no identificado y no referenciado por el fabricante. Además vienen datos de varios equipos y al no estar referenciado no garantiza igualmente su trazabilidad. Con la documentación aportada no puede garantizarse que cumplan con los requisitos mínimos especificados en el PPT.

3º.- El requerimiento de colimación cuadrada no es un criterio sometido a juicio de valor si no que es un requisito mínimo como viene reflejado en el PPT en su página 3 apartado 2. Tubo de rayos X. Evidentemente colimación cuadrada exige mandíbulas dobles en las dos direcciones. Sin embargo en contra de lo que expresa IRE en sus alegaciones en el documento que la casa comercial ha ratificado que corresponde con el product data del equipo ZEN 7000 15 kW que es el presentado en el procedimiento, en el apartado colimador especifica que dispone de iris y shutter, lo que correspondería a cortinillas en una única dirección. Sin embargo en el mismo documento presentado con IRE y en contraposición con el equipo ofertado en los datos del equipo ZEN 2090 PRO efectivamente especifica "doble Shutter", que es lo que se exige en el procedimiento(colimación cuadrada que solamente se puede conseguir con cortinillas dobles). Con los datos aportados no solamente no puede garantizarse que el equipo disponga de colimación cuadrada sino que indica que solamente dispone de colimación doble en una de las direcciones.

4º.- En el PPT se requieren 8 pulsos/segundo como parámetro muy claro y definido (página 3 del PPT, apartado generador, lo cual indica pulsos de radiación por segundo). Este requisito tiene una relación directa con la dosis que recibe el paciente, no con la visualización de imágenes por segundo. Lo que se solicita es que el generador disponga de capacidad de producir pulsos de radiación con una frecuencia mínima, lo cual supone una reducción de dosis al paciente. No se requiere en este punto la capacidad de la electrónica asociada ni del software de adquisición de imagen de formar imágenes con una frecuencia determinada, siendo dos conceptos claramente diferentes. La frecuencia de pulsos por segundo está directamente relacionada con la reducción de dosis y no con

la imagen. Por otra parte las imágenes adquiridas podrán seguir una secuencia similar o diferente a los pulsos, pero intervienen otros parámetros que no se evalúan en el parámetro requerido. Es una realidad que incluso en radiación continúa (sin ninguna frecuencia de pulsos: que es lo contrario a radiación por pulsos) se podrían generar por software las imágenes con la frecuencia que se programe. La argumentación de la contestación de IRE no es correcta. Con la documentación facilitada no puede asegurarse que el equipo tenga la capacidad de generar pulsos de radiación con la frecuencia exigida de al menos 8 pulsos por segundo.

Segundo.- Competencia del Tribunal

Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto de conformidad con el art. 41.3 TR-LCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, publicado en el BOE de 2 de noviembre de 2012.

Los acuerdos de exclusión de licitadores son susceptibles de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el art 40 apartado 2.b) del TR-LCSP.

Tercero.- Legitimación activa

Según el art 42 TR-LCSP:

"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

El Art 45.4.a) TR-LCSP complementa al anterior estableciendo que el escrito de interposición del recurso debe acompañarse de:

"a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento."

En el caso que ahora se examina la empresa recurrente era licitadora directamente afectada por un acuerdo de exclusión, concurriendo a través de persona debidamente autorizada para representarla.

Cuarto.- Requisitos de actividad: anuncio del recurso y plazo de interposición.

-Anuncio del recurso

El recurso fue anunciado tal y como exige el art 44 apartado 1 y 4.e) del TR-LCSP.

-Plazo de presentación

De acuerdo con el art 44.2 TR-LSCP:

"2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el art. 151.4.

El acto administrativo recurrido fue notificado el día 4 de octubre de 2017 y el recurso tuvo entrada en el registro del Órgano de contratación el día 20 de octubre de 2017 , conforme a lo que establece el art 44.3 TR-LCSP[1] .

Por lo tanto, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, sin que quepa inadmitirlo por esta causa.

Quinto.- Examen del fondo del asunto

Las decisiones de la Mesa de contratación, incluida la de excluir a la recurrente, se fundan en el criterio de funcionario competente sobre el incumplimiento de los requisitos técnicos mínimos que deben cumplir los aparatos.

No hallamos ante un criterio técnico de profesional competente de la Administración demandada que, como hemos examinado, no es ni inmotivado ni arbitrario.

[1] "(…) *3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso."*

Así, en nuestra Resolución nº 52/2015 decíamos que “en esta tesitura, como ya ha señalado este Tribunal en su Resolución nº 177/2014 de fecha 28 de febrero de 2014 «…para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación.”

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la recurrente no aporta un informe técnico alternativo ni solicita el recibimiento a prueba del presente recurso.

Incluso la lectura de las razones técnicas de la Administración (por ejemplo, que se requiere una frecuencia determinada de pulsos por minutos porque ello minimiza el nivel de radiación sufrido por el paciente, lo cual es distinto de la frecuencia de imágenes que se generan a partir de los pulsos de material ionizante, que hay que presentar un ficha técnica completa avalada por el fabricante,…) conforme al sentido común llevan a la conclusión de que el recurso debe ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar íntegramente el recurso interpuesto por D. R.A.C. en representación de IRE RAYOS X S.A., contra el acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación del Servicio de Salud de Catilla La Manxha (SECAM) de 28 de septiembre de 2017 que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para la empresa recurrente en el procedimiento de contratación 6101T017SUM00003 *"Suministro de Seis*

Arcos Quirúrgicos Convencionales para diversos Hospitales del Servicio de Salud de Castilla La Mancha", con un valor estimado de 462.000 €.

Segundo. Levantar la medida cautelar adoptada conforme al artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.