

Barcelona, 21 de novembre de 2018

Resolució núm.: 246/2018 (recurs N-2018-117)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor F.G.G. en nom i representació de l'empresa CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA, SAU contra l'adjudicació del contracte de subministrament d'equipament de radioteràpia intraoperatòria i braquiteràpia ginecològica per a l'Institut Català d'Oncologia, licitat per aquesta entitat (expedient CP-2017-18), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la Resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 27 de març de 2018, l'Institut Català d'Oncologia (ICO) va adjudicar el contracte de subministrament de referència a favor de la proposició de l'empresa APLICACIONES TECNOLÓGICAS, SA (en endavant, ATSA).

En data 3 d'abril de 2018 es va trametre la notificació de l'adjudicació a l'altra empresa licitadora, CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA SAU (d'ara endavant, CARL ZEISS), i, en data 4 d'abril de 2018, es va publicar en el perfil de contractant de l'ICO, allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya.

SEGON. Segons confirmació de l'òrgan de contractació, en data 24 d'abril de 2018, CARL ZEISS va presentar recurs especial en matèria de contractació contra l'esmentada adjudicació, mitjançant el qual, en síntesi, sol·licita:

- Que s'anul·li la resolució d'adjudicació i es retrotraguin les actuacions al moment anterior a la valoració de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor (sobre 2 de les proposicions) i s'exclougui ATSA del procediment per incompliment de la característica

tècnica mínima exigida de l'equipament: *“La unitat de control ha de permetre una monitorització de la dosi administrada en temps real”*.

- Subsidiàriament, que es retrotraiguin les actuacions al moment de dictar la resolució d'adjudicació per tal que se'n dicti i notifiqui una de nova degudament motivada i notificada conforme a Dret.
- En qualsevol cas, que es mantingui la suspensió del procediment de contractació, operada automàticament amb la impugnació de l'adjudicació, fins que no es resolgui el recurs.

TERCER. En data 24 de maig de 2018, l'òrgan de contractació va confirmar a aquest Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) l'existència del recurs.

En data 6 de juny de 2018, va trametre al Tribunal part de l'expedient de contractació i de la documentació necessària per a la tramitació del recurs, que finalment va completar el 12 de novembre de 2018.

QUART. Obert el període d'al·legacions a l'altra empresa licitadora, l'adjudicatària ATSA, segons les dades indicades per l'òrgan de contractació, aquesta va fer ús del tràmit presentant un escrit mitjançant el qual exposa diverses consideracions d'oposició al fons del recurs.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació de conformitat amb l'article 46 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. Respecte a la normativa aplicable al contracte impugnat, de conformitat amb l'apartat 1 de la disposició transitòria primera de la LCSP, que va entrar en vigor el 9 de març de 2018, aquesta licitació es regeix pel règim jurídic anterior (Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre –TRLCSPP– i Directives de quarta generació) en tant que l'expedient de contractació es va iniciar abans de l'entrada en vigor de la LCSP –la publicitat de la licitació va tenir lloc al novembre i desembre de 2017, document 10 de l'expedient-.

En canvi, quant a la tramitació i resolució del recurs especial en matèria de contractació, la normativa que resulta d'aplicació és ja la LCSP, de conformitat amb l'apartat 4 de l'esmentada disposició transitòria primera, atès que l'acte impugnat va ser dictat amb posterioritat a la seva entrada en vigor, com s'ha indicat en l'antecedent de fet primer d'aquesta Resolució.

TERCER. El contracte de serveis de referència, d'un valor estimat d'1.680.000,00 euros, és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

QUART. El recurs s'ha presentat contra l'adjudicació del contracte, que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.2 c) de la LCSP.

CINQUÈ. El Tribunal aprecia que CARL ZEISS té drets i interessos afectats per l'acte que impugna i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013, de 3 de setembre.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

SISÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils previst a l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SETÈ. Entrant a analitzar les al·legacions materials del recurs, CARL ZEISS sosté que ATSA, l'altra empresa licitadora en aquest procediment, que ha esdevingut adjudicatària, hauria d'haver estat exclosa de la licitació perquè l'equip que va oferir no compleix un dels requeriments tècnics mínims d'obligat compliment exigint en l'apartat a).1 del plec de prescripcions tècniques (PPT), referit a la unitat o unitats de tractament, incloent perifèrics propis, el qual és que *"La unitat de control ha de permetre una monitorització de la dosis administrada en temps real"*.

L'empresa recurrent arriba a aquesta conclusió, bàsicament, per dos inputs. D'una banda, després d'haver examinat l'oferta adjudicatària, arran la vista de l'expedient que va obtenir de l'òrgan de contractació, respecte de la qual subratlla que no compleix el requisit tècnic exigint quan indica el següent (pàgina 7 de la memòria tècnica, document 14 de l'expedient, pàgina 536):

"El sistema Xoft, mediante su sistema de refrigeración mantiene unas características constantes en la emisión, es decir, una dosis constante. Por ello no es necesario medir la dosis con el fin de determinar la dosis total entregada.

El sistema de Xoft, dadas conocidas y constantes las características de los rayos X, determina la dosis mediante la medida del tiempo de radiación."

Per altra banda, CARL ZEISS també entén que aquest incompliment es dedueix del mateix informe tècnic de valoració de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor (document 156 de l'expedient), quan, respecte del criteri *"Mesura directa de la dosis administrada durant el tractament mitjançant cambres monitores"*, atorga 0 punts a la proposta de l'adjudicatària ATSA.

Aquestes al·legacions centren la pretensió principal del recurs en ordre a l'exclusió de l'empresa adjudicatària de la licitació i es fonamenten, bàsicament, en la vinculació incondicionada de les ofertes als plecs rectors de la licitació ex article 145.1 del TRLCSP, nombrosa doctrina dels tribunals de recursos contractuals emanada en la seva interpretació i aplicació, així com la vulneració del principi d'igualtat de tracte que proclamen els articles 1 i 139 del TRLCSP en la valoració de les ofertes, en tant que en aquesta valoració s'hi va encabir la proposta de l'empresa adjudicatària que no complia un dels requisits tècnics mínims d'obligat compliment especificat en el PPT.

Adicionalment a aquesta pretensió, el recurs se centra en la manca de motivació de la resolució d'adjudicació impugnada i la seva defectuosa notificació, en tant que el quadre de puntuacions finals publicat prèviament en el perfil no constitueix pròpiament la motivació exigible i la notificació únicament va quedar reconduïda a un ofici en què l'ICO li va comunicar que l'òrgan de contractació havia resolt l'adjudicació, sense indicar tampoc les qüestions formals de si posava fi o no a la via administrativa, els recursos que es podien interposar i en quin termini, vulnerant-se així, fonamentalment, l'article 151.4 del TRLCSP.

Per contra, l'ICO s'oposa a les pretensions del recurs.

Respecte a la qüestió principal de fons, l'òrgan de contractació remarca que tant l'equipament ofert per l'adjudicatària ATSA (sistema *Xoft*), com el de la recurrent CARL ZEISS (sistema *Intrabeam*), compleixen el requisit tècnic controvertit i la qüestió passa per la necessària diferència entre aquest requisit tècnic ("monitorització"), que totes dues empreses compleixen, d'una banda, i, de l'altra, el criteri de valoració a què estava associat ("mesura directa"), respecte del qual la diferent valoració de les empreses ha tingut la seva explicació tècnica, que en tot cas, com considera que confon o indueix a confusió el recurs, en cap cas es pot entendre com una manca de valoració per raó de cap incompliment del requisit tècnic mínim exigít, ja que un eventual incompliment del requisit hauria donat lloc a l'exclusió de la licitació i hauria impedit passar a la fase de valoració.

Així, pel que fa al compliment del requisit "*La unitat de control ha de permetre una monitorització de la dosi administrada en temps real*", l'òrgan de contractació ha informat que:

Es important que quedi clar per entendre el raonament tècnic realitzat per determinar que l'empresa adjudicatària compleix amb el requisit d'obligat compliment sol·licitat en el Plec de prescripcions tècniques que, la dosi administrada al pacient durant el tractament es pot estimar mitjançant el temps d'irradiació, a través de la mesura de la dosi en un punt de la trajectòria del feix de radiació mitjançant cambres de ionització o mitjançant ambdós mètodes redundantment. Fer-ho en temps real, implica que en qualsevol moment durant el tractament es pugui inferir la dosi parcial administrada, fet que es compleix si es disposa o bé del temps d'irradiació transcorregut o bé de la lectura acumulada de les cambres fins a aquell moment.

Tenint en compte l'anterior, les dues solucions presentades per les dues empreses licitadores, permeten una monitorització en temps real de la dosi administrada. Cap de les dues es basa en una mesura de la dosi en el punt de referència establert en la planificació del tractament dins del propi pacient i, és per això que, són mètodes amb incerteses associades. La relació entre el temps de radiació o la lectura de les

cambres i la dosis administrada al pacient és una prova que es realitza en el control de qualitat rutinari de l'equip garantint en ambdós casos que la incertesa associada és compatible amb els requeriments clínics.

Adjuntem document (document nº 3) realitzat per l'Associació Americana de Física en Medicina (AAPM) i la Societat Europea d'Oncologia Radioteràpica (ESTRO) que conté les directrius de l'AAPM i GEC-ESTRO sobre l'ús de dispositius i aplicacions innovadores de braquiteràpia: ***"Guidelines by the AAPM and GEC-ESTRO on the use of innovative brachytherapy devices and applications: Report of Task Group 167"*** discuteix aquest aspecte al punt ***"4.G Electronic brachytherapy sources"*** i ho fa explícitament pels dos equips oferts al concurs: Intrabeam (Carl Zeiss) i Axxent-Xoft (Aplicaciones Tecnológicas), **explicant que ambdós poden monitoritzar la dosis en i com ho fan.**

De fet, el paràgraf concret que explica els mètodes emprats pels dos equips comença literalment amb la frase ***"the output of the eBT sources does not decay with time and is monitored electronically"***. El terme "monitoritzar" és el que s'utilitza habitualment en nomenclatura tècnica i és per això que, es va adoptar per redactar el requeriment de compliment obligatori, objecte de la reclamació.

D'altra banda, fem èmfasi en que la monitorització de la dosis administrada en temps real mitjançant el mètode emprat per Xoft, és el mateix que utilitzen habitualment els equips de braquiteràpia, els de radioteràpia superficial o les unitats de cobalt, per posar alguns exemples de dispositius emprats arreu del món pel tractament amb radiacions. **Es important deixar constància i remarcar que un equip que no disposés d'aquesta característica no podria disposar de les certificacions necessàries pel tractament de pacients.**

Atès l'exposat, queda provat que els dos equips presentats pels licitadors: Intrabeam (Carl Zeiss) i Axxent-Xoft (Aplicaciones Tecnológicas), permeten monitoritzar la dosis administrada en temps real i, en conseqüència, compleixen el requeriment d'obligat compliment tal com vam reflectir a l'avaluació de la documentació susceptible de judici de valor.

I pel que fa al criteri de valoració ***"Mesura directa de la dosis administrada durant el tractament mitjançant cambres monitores"*** i la puntuació de 0 punts atribuïda a l'adjudicatària ATSA, l'òrgan assenyala el següent:

En relació amb aquest extrem, l'ICO al·lega que la monitorització redundant mitjançant la lectura de cambres de ionització interposades al feix d'irradiació pot reduir la incertesa en l'estimació de la dosis administrada i afegeix una seguretat addicional a l'ús del temps d'irradiació com a mètode únic.

Aquesta és la solució adoptada, per exemple, pels acceleradors lineals d'electrons emprats en radioteràpia externa, i que presenta Carl Zeiss en la seva oferta, i la Mesa de contractació va considerar que els avantatges que suposa mereixien ser valorats amb fins a 3 punts tal com es recull al criteri avaluable segons judici de valor ***"Mesura directa de la dosis administrada durant el tractament mitjançant cambres monitores"***. Per aquest motiu, es van atorgar els 3 punts a l'oferta de Carl Zeiss, ja que Intrabeam disposa d'aquesta prestació, i 0 punts a la de Aplicaciones Tecnológicas SA, Xoft, que es basa en la monitorització mitjançant el temps d'irradiació i que no disposa de

cambres no adaptant-se al que a l'ICO li interessa més en la implantació d'aquest sistema, però en cap cas vol dir que no es pugui realitzar, ja que Aplicaciones Tecnologicas SA argumentava l'estimació de la dosis, però amb un altra sistema que comporta més dificultat per l'ICO.

Així doncs, el fet d'atorgar 3 punts a Carl Zeiss i 0 punts a Aplicaciones Tecnologicas S.A. en el criteri avaluable segons judici de valor **NO suposa cap contradicció amb el compliment del requeriment de monitoratge en temps real**, com s'argumenta al punt 2 de la reclamació interposada per Carl Zeiss. **Reiterem que ambdós equips són capaços de complir aquest requeriment, en el cas de Xoft mitjançant el temps d'irradiació i en el cas de Carl Zeiss mitjançant cambres monitores i temps d'irradiació redundantment. Ambdós mètodes són vàlids i alternatius.**

Respecte de la pretensió subsidiària basada en la manca de motivació de la resolució d'adjudicació i la manca d'indicació en la notificació dels extrems assenyalats en el recurs, l'òrgan de contractació, tot i reconèixer-ho formalment, mostra el seu desacord en la mesura que això no ha suposat cap indefensió real per a la part recurrent, ja que, a través de la vista de l'expedient que li va proporcionar, en el qual consten i va poder obtenir les raons determinants de la valoració de les ofertes, ha pogut presentar el present recurs en temps i forma i degudament fonamentat.

Al seu torn d'al·legacions, l'adjudicatària ATSA ha mostrat també la seva oposició al recurs adduint, en síntesi, que l'equipament que va oferir compleix tots els requisits mínims d'obligat compliment establerts en aquesta licitació, que el recurs desconeix o interpreta incorrectament conceptes físics d'operació i, especialment, el que és el requisit tècnic exigít (monitorització) i el que és objecte de valoració (mesura directa); una diferència de conceptes que no resulta fútil, ja que d'aquesta manera l'ICO ha assegurat la lliure concurrència a la licitació, cosa que no s'hauria acomplert si s'hagués identificat la mesura directa amb el requisit mínim, com pretén la recurrent, perquè aleshores s'hauria restringit injustificadament la licitació a favor d'una de les empreses licitadores.

VUITÈ. Entrant en el fons de l'assumpte, la qüestió rau a dilucidar si concorre el motiu de rebuig de l'equipament ofert per ATSA al·legat en el recurs, per suposat incompliment del requisit tècnic mínim exigít en l'apartat a).1 del PPT (*"La unitat de control ha de permetre una monitorització de la dosis administrada en temps real"*), ja que, de ser així, l'adjudicació impugnada no seria ajustada a dret, i aquest Tribunal l'hauria d'anul·lar, per no haver-se

adjudicat el contracte a una proposició que compleix els requisits tècnics mínims exigits en aquesta licitació.

En efecte, d'acord amb una doctrina consolidada, les clàusules dels plecs, tant els de clàusules administratives particulars com els de prescripcions tècniques, vinculen a les empreses licitadores ex article 145.1 del TRLCSP i a l'òrgan de contractació, i l'exigència i la revisió del seu compliment són el corollari de l'aplicació del principi d'igualtat de tracte entre les empreses licitadores i la correlativa obligació de transparència en l'actuació de l'òrgan de contractació, que són uns dels principis angulars de la contractació pública proclamats en els articles 1 i 139 del TRLCSP (entre moltes altres, resolucions 218/2018, 107/2018, 99/2018, 32/2018, 102/2017, 91/2017, 54/2017, 14/2017, 6/2017, 166/2016, 125/2016, 118/2016, 78/2016, 67/2016 i 52/2016, en consonància amb la jurisprudència -per totes, sentències del Tribunal Suprem de 27 de maig de 2009, 26 de desembre de 2007, 21 de març de 2007 i 28 de juny de 2004, i de l'Audiència Nacional de 17 de febrer de 2016- i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals, com ara, també per totes, resolucions del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC- 43/2018, 8/2018, 5/2018, 1213/2017 i 1175/2017, que recullen i citen alhora el bagatge doctrinal fins aleshores).

Alhora, constitueix una apreciació d'ordre tècnic, emmarcada dins de la discrecionalitat tècnica de l'administració, la determinació de si l'equipament objecte d'aquest contracte compleix o no les exigències del PPT.

En tractar-se d'una qüestió eminentment tècnica, aquest Tribunal no pot corregir-la aplicant criteris jurídics, limitant-se la seva anàlisi als aspectes formals de l'apreciació i valoració de les ofertes per determinar si s'han complert les normes de competència i procediment, que no s'hagin aplicat criteris arbitraris o discriminatoris o que no s'hagi incorregut en error material a l'hora d'efectuar l'anàlisi tècnica, de manera que la disconformitat amb els criteris tècnics només es pot produir quan resulti manifesta l'arbitrarietat, la desviació de poder o l'absència de justificació del criteri adoptat per l'òrgan de contractació (a més de les ja citades, resolucions 21/2018, 168/2017, 106/2017, 91/2017, 27/2016 i 123/2015, sentències del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrer, 219/2004, de 29 de novembre, i 39/1983, de 16 de maig, i Sentència del Tribunal Suprem de 23 de juny de 2003, RJ/2003/4413).

Per això resulten determinants els informes tècnics de l'òrgan de contractació, els quals gaudeixen d'una presumpció de veracitat i encert que únicament es pot desvirtuar mitjançant

una prova suficient en contra que demostrï que són manifestament erronis, infundats o que s'han dictat en clara discriminació dels licitadors (per totes, resolucions 171/2018, 186/2017, 180/2017, 161/2017, 153/2017, 152/2017 i 106/2017, resolucions del TACRC 520/2017, 152/2017, 618/2016, 448/2016 i 456/2015 i Sentència de l'Audiència Nacional de 30 de maig de 2013, recurs 97/2012).

Com també és criteri constant del Tribunal, no es pot confondre el que és una prescripció d'obligat compliment del que és un criteri de valoració. En efecte, tal com es va indicar en les resolucions 77/2018, 92/2017 i 10/2016, entre d'altres, no resulta possible valorar i puntuar allò que ja ha de complir necessàriament l'oferta, i com es va incidir en la Resolució 34/2018, portant a col·lació la Resolució 18/2018 d'aquest Tribunal, 385/2017 del TACRC, 192/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPCM) i l'Acord 13/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), cal evitar la confusió entre els requisits tècnics de compliment obligatori i aquelles característiques tècniques que, o bé per millorar, complementar o incrementar aquells, o bé per establir-se així en els plecs, són objecte de valoració mitjançant els criteris d'adjudicació, en els quals la seva no concurrència o no compliment no suposa la desestimació de l'oferta, sinó l'obtenció d'una puntuació menor o, fins i tot, d'una puntuació nul·la.

Adicionalment, i a propòsit de la pretensió d'exclusió de l'empresa adjudicatària, també cal recordar la doctrina reiterada segons la qual l'exclusió resulta procedent quan l'oferta presenti un incompliment exprés, clar i palmari de les clàusules o prescripcions dels plecs, de manera que no hi hagi cap mena de dubte que l'oferta és incongruent o s'hi oposa obertament (per totes, resolucions 54/2017, 32/2016, 185/2015 i 20/2014, i Resolució del TACRC 480/2018).

Doncs bé, traslladant tota aquesta doctrina al cas examinat, aquest Tribunal ha d'estar allò informat per l'òrgan de contractació en defensa de l'adjudicació impugnada, en tant que ha asseverat, corroborant-ho amb publicacions científiques, que tant l'equipament ofert per CARL ZEISS com l'ofert per ATSA compleixen el requisit tècnic mínim d'obligat compliment en què se centra el recurs, ja que permeten "monitoritzar" la dosis en temps real, significant molt especialment que, altrament, de no tenir aquesta característica, ja no podrien disposar de les certificacions necessàries per al tractament de pacients.

Aquesta circumstància, en opinió d'aquest Tribunal, dota de racionalitat i fa que sigui respectuós amb el principi de concurrència que l'òrgan de contractació ha de conjuminar en

totes les licitacions per imperatiu de l'article 1 del TRLCSP, el fet que en aquesta licitació hagi erigit la "monitorització de la dosis administrada en temps real" com a requisit tècnic que havien de complir totes les ofertes com a condició necessària per a la seva admissió i passi a la fase de valoració, i no pas la "mesura directa de la dosis administrada", com propugna el recurs, si aquesta darrera característica, d'exigir-se com a obligatòria, restringiria injustificadament la concurrència a la licitació i, atenent les necessitats de la contractació de l'ICO, únicament li constitueix una millora susceptible de valoració i que, per tant, a partir del compliment del requisit mínim exigít, el que només determinarà per a l'empresa serà l'obtenció d'una major o menor puntuació per a fer-se finalment amb l'adjudicació del contracte, tal com ha succeït en el procediment examinat.

Així les coses, no aporta el recurs cap prova concloent, més enllà del propi expedient de contractació sobre la base del qual aquest Tribunal efectua l'anàlisi del recurs, que pugui desmuntar la tesi de l'òrgan de contractació i demostrar que l'equipament ofert per ATSA incompleix el requisit tècnic mínim de constant menció. Per contra, els motius amb què incideix el recurs per considerar l'incompliment es basen en un extracte de l'oferta adjudicada i la puntuació que va obtenir de 0 punts en l'aspecte controvertit que permeten apreciar clarament la confusió de conceptes en què incorre el recurs entre els requisits d'obligat compliment (monitorització, en el cas analitzat) i el que són pròpiament els criteris de valoració de les ofertes (mesura directa, com a correlatiu del requeriment).

Tal com s'ha exposat, únicament correspon l'exclusió d'una oferta de la licitació quan l'incompliment sigui clar i exprés, de manera que no hi hagi dubte que l'oferta no compleix allò que es demana. Això no concorre en el cas examinat, tal com es presumeix de l'informe de l'òrgan de contractació i el recurs no aconsegueix desmuntar amb prova concloent, ja que, en efecte, com sí expliquen clarament les parts oposades, queden ben diferenciats en aquesta licitació el que és pròpiament l'objecte requerit (monitorització) del que és l'objecte de valoració (mesura directa), que no es poden confondre ni identificar en un mateix concepte.

En definitiva, es pot afirmar que el requeriment tècnic mínim exigít va quedar acomplert en l'oferta adjudicada, la qual cosa li va determinar el passi a la fase de valoració i això no va obstar que rebés 0 punts si no presentava la millora objecte de valoració.

En conseqüència, decau la pretensió principal del recurs d'anul·lació de l'adjudicació i retroacció de les actuacions al moment de la valoració tècnica a fi d'excloure ATSA de la licitació.

NOVÈ. Amb l'anàlisi de la pretensió principal del recurs ha quedat degudament explicitat per l'òrgan de contractació el criteri tècnic que el va portar a considerar que l'equipament ofert per ATSA complia el requisit tècnic exigít segons el qual *"La unitat de control ha de permetre una monitorització de la dosis administrada en temps real"*, i que, malgrat això, era mereixedor de 0 punts en el criteri de valoració dependent d'un judici de valor *"Mesura directa de la dosis administrada durant el tractament mitjançant cambres monitores"*.

Aquesta motivació tècnica fa que la decisió de l'òrgan de contractació, que ja es presumia vàlida i no ha refutat el recurs, quedi emmarcada dins de la discrecionalitat tècnica que disposa en l'apreciació de les característiques tècniques de les ofertes i la seva valoració pel referit criteri, la qual cosa ha donat lloc a la desestimació de la pretensió principal del recurs.

No obstant això, no escapa de l'anàlisi del Tribunal que aquesta motivació resulta certament a destemps i que, d'haver constatat degudament en la resolució d'adjudicació i la notificació d'aquesta hagués acomplert els extrems que indica l'article 151.4 del TRLCSP, s'haurien pogut evitar recursos innecessaris, com aquest.

En efecte, 151.4 del TRLCSP disposa el següent (el subratllat és nostre):

"4. L'adjudicació ha de ser motivada, s'ha de notificar als candidats o licitadors i, simultàniament, s'ha de publicar en el perfil de contractant.

La notificació ha de contenir, en tot cas, la informació necessària que permeti al licitador exclòs o candidat descartat interposar, de conformitat amb l'article 40, recurs suficientment fundat contra la decisió d'adjudicació.

En particular ha d'expressar els aspectes següents:

a) En relació amb els candidats descartats, l'exposició resumida de les raons per les quals s'hagi desestimat la seva candidatura.

b) Respecte dels licitadors exclosos del procediment d'adjudicació, també de forma resumida, les raons per les quals no s'hagi admès la seva oferta.

c) En tot cas, el nom de l'adjudicatari, les característiques i avantatges de la proposició de l'adjudicatari determinants del fet que hagi estat seleccionada l'oferta d'aquest amb preferència a les que hagin presentat els restants licitadors les ofertes dels quals hagin estat admeses."

i en el cas examinat, tal com ha reconegut l'òrgan de contractació, la resolució d'adjudicació i la seva notificació a CARL ZEISS no s'ajustaven escrupolosament a aquestes exigències legals.

Tal com és doctrina abastament reiterada, l'acte d'adjudicació s'entén motivat quan almenys contingui informació suficient dels motius d'exclusió, desestimació i selecció en cada cas, tal com indica l'article 151.4 del TRLCSP, perquè els afectats puguin defensar els seus drets i interessos de forma mínimament fonamentada, ja que, altrament, se'ls estaria privant dels elements necessaris per interposar un recurs útil i eficaç, generant-los indefensió i provocant recursos innecessaris (per totes, resolucions 206/2018, 193/2015, 70/2015 i 69/2015 d'aquest Tribunal; resolucions 901/2017, 900/2017, 905/2015, 105/2014, 209/2013, 58/2013, 189/2012, 214/2011 i 185/2011 del TACRC; Acord 3/2011 del TACPA, i Resolució 57/2011 del TACPCM).

Tanmateix, per tal que aquesta irregularitat tingui virtualitat anul·latòria, cal que la indefensió provocada a la part sigui real i efectiva i, en aquest sentit, arran l'accés a l'expedient i al sobre B de la proposició d'ATSA que va sol·licitar diligentment CARL ZEISS i va obtenir de l'òrgan de contractació, segons informa aquest, el 12 d'abril de 2018, aquesta empresa va poder conèixer l'abast d'allò notificat i accionar correctament interposant el present recurs en temps i forma i abastament fonamentat, com s'ha vist, la qual cosa fa dissipar qualsevol signe d'indefensió real que pugui fer prosperar el recurs en la seva pretensió subsidiària.

En efecte, certament la manca de motivació de la resolució d'adjudicació i la deficiència de la seva notificació serien vicis susceptibles de fer prosperar el recurs, a fi que es realitzessin correctament.

Ara bé, com sigui que aquesta solució seria als efectes d'incorporar la motivació tècnica de fons que ja s'ha tractat en aquest recurs i conclòs dins dels marges de discrecionalitat tècnica de l'administració, i de copsar-la amb les característiques de l'oferta adjudicada i l'informe tècnic de valoració que CARL ZEISS ja va obtenir oportunament de l'òrgan de contractació, sobre la base dels quals ha formulat aquest recurs i també ja s'han tractat en aquesta Resolució, aquest Tribunal considera que decau i no correspon estimar la pretensió subsidiària de la recurrent, per aplicació del principi d'economia procedimental.

En efecte, d'acord amb una jurisprudència assentada, el principi d'economia procedimental pugna contra qualsevol anul·lació i/o retroacció de les actuacions de les quals no es derivi cap

alteració en el sentit de l'acte impugnat, pel fet que el nou acte o resolució que es dictés, una vegada esmenant el vici, seria idèntic en sentit material a l'anterior (per totes, sentències del Tribunal Suprem de 23 de febrer de 2012, 28 d'abril de 1999, 30 de novembre de 1993, 8 de maig de 1986, 31 de desembre de 1985 i 27 de març de 1985).

Així, tota vegada que la retroacció sol·licitada per CARL ZEISS situaria les actuacions en la mateixa situació en què es troben exactament ara, sobre la qual ja s'ha pogut defensar a través del present recurs, aquest Tribunal conclou que, tal com s'ha articulat el *petitum* del recurs, la desestimació de la pretensió principal de fons tècnic comporta també la d'aquesta pretensió subsidiària de caràcter formal.

En conseqüència, correspon desestimar íntegrament el recurs interposat per CARL ZEISS.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor F.G.G. en nom i representació de l'empresa CARL ZEISS MEDITEC IBÉRIA, SAU contra l'adjudicació del contracte de subministrament d'equipament de radioteràpia intraoperatòria i braquiteràpia ginecològica per a l'Institut Català d'Oncologia, licitat per aquesta entitat (expedient CP-2017-18).
- 2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 53 de la LCSP, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la mateixa llei.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Notificar aquesta Resolució a totes les parts.

Aquesta Resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva, sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el que disposen els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 59 de la LCSP.

Aprobat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 21 de novembre de 2018.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta