

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 4 de julio 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.M.G., en nombre y representación de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. contra la Resolución de adjudicación del contrato de servicios para la “Digitalización de imagen diagnóstica del Hospital Universitario Severo Ochoa y C.E. M^a Ángeles López Gómez” (expte. PA 64/2018), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Siendo el valor estimado de este contrato 1.446.280,92 € la convocatoria de este contrato fue publicada en el DOUE y en el portal de contratación de la Comunidad de Madrid el día 10 de enero de 2019 y en el BOCM el día 18 de enero de 2019.

Finalizado el plazo para licitar presentaron ofertas 3 empresas: Sectra Medical Systems, S.L. Agfa Healthcare Spain, S.A.U. y Telefónica Soluciones Informáticas y Comunicaciones de España, SAU.

Segundo.- La Mesa de contratación en su sesión pública de fecha 29 de marzo de 2019 (Acta 11/2019), en virtud de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (en adelante, LCSP) y el artículo 20.6 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid acordó rechazar la oferta presentada por la empresa Agfa Healthcare Spain, SAU, por no cumplir las prescripciones técnicas exigidas, según informe técnico que obra en el expediente.

Tercero.- La Mesa de contratación propone la adjudicación a favor de Sectra Medical Systems, S.L.

Con fecha 8 de mayo de 2019 el Gerente del Hospital Severo Ochoa dictó resolución de adjudicación, de conformidad con la propuesta señalada en el apartado anterior, resolución notificada a todos los interesados y simultáneamente publicada en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid.

No obstante si bien la notificación enviada a través de la sede electrónica NOTE a Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España no es atendida por el destinatario, por lo que en fecha 19 de mayo de 2019 transcurridos 10 días desde su envío es rechazada automáticamente.

Cuarto.- Con fecha 29 de mayo de 2019 se recibe en el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid recurso especial en materia de contratación de doña M.M.G., en nombre y representación de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U., por el que se pretende la anulación de la adjudicación del contrato por incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos.

El 14 de junio de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 25 de junio de 2019, el adjudicatario presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“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.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se presenta en plazo, el 29 de mayo, es decir, no más tarde de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que se le notifica la adjudicación (el 8 de mayo se publica la adjudicación y se notifica acto seguido), cumpliendo el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, el recurrente alega el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos así como la aportación de datos de la oferta valorable bajo criterios sujetos a fórmula en el sobre correspondiente a la oferta con criterios valorables mediante juicio de valor.

En cuanto al primero de los motivos alegados, la oferta técnica presentada por Sectra no cumple con el requerimiento recogido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) *“Larga vida de la batería del detector. Más de 300 imágenes por carga”*. Según indica el recurrente *“el dato de las imágenes por carga no aparece en la documentación técnica del fabricante aportada por Sectra sobre los detectores de Imágenes y en consecuencia no existe aval alguno que permita sostener la afirmación que Sectra realiza en su oferta, según la cual con doble batería de 2 x 3100 se garantiza la obtención de más de 300 imágenes”*.

En segundo lugar el recurrente señala que el peso del detector, que era un criterio evaluable de forma automática, además de indicarse en el sobre 3, aparecía en una ficha técnica incluida en el sobre 2, lo cual, según alegan, *“corrompe la evaluación independiente de ambos sobres”*.

El órgano de contratación contesta por remisión al informe de los servicios técnicos, que transcribe:

“PRIMERO.- El requisito establecido en el pliego de prescripciones técnicas sobre la

“larga vida de la batería del detector, más de 300 imágenes por carga” se introdujo como un criterio más que asegurase la calidad de los detectores digitales ofertados. De esta forma se evita también que el personal del servicio de radiología tenga que reemplazar las baterías con demasiada frecuencia, asumiendo una carga adicional de trabajo a la habitual.

La oferta presentada por Sectra, en las páginas 19 a 26, hace una descripción detallada de las características técnicas y de funcionamiento de los dispositivos de adquisición DR, en los que se especifica claramente que “La doble batería de 2 x 3.100 mAh garantiza la obtención de más de 300 imágenes por carga y una larga duración que cubra sin estrés jornadas de trabajo extendidas” (pág. 20), tal y como se establecía en el pliego.

En efecto, las especificaciones técnicas del fabricante de los detectores ofertados aseguran un funcionamiento en operación continua de hasta 8 horas, gracias al doble juego de baterías intercambiables en caliente, esto junto con un tiempo de ciclo completo de 10 segundos hace que se cumpla con creces este requisito.

SEGUNDO.- En lo que se refiere a la inclusión del peso del detector en la oferta del sobre 2 señalar que a lo largo de toda la memoria técnica que presentó Sectra, no se indicó el peso del detector (se señalaba que era un criterio de valoración automática y se remitían al sobre 3 para su evaluación). Sí es cierto que al recibir el recurso, se ha comprobado que en los anexos de la memoria técnica (pag. 395) se incluyó una ficha técnica en la que se indicaba en inglés “weight... 2,9 Kg (including battery)”. Este dato ni siquiera había sido advertido. Con el análisis de la información recogida en la memoria técnica se contó con todos los datos necesarios y estas especificaciones técnicas en inglés no habían sido consideradas. Además el PCAP indicó que la documentación debía ser aportada en castellano y ésta ficha no cumplía esta condición por lo que no tuvo que ser contemplada.

En este momento del procedimiento (apertura del sobre 2) se valoró el cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas, así como el criterio subjetivo de las funcionalidades de las herramientas avanzadas ofertadas además de las requeridas en el apdo 3 con un máximo de 5 puntos y las funcionalidades avanzadas del visor web ligero con un máximo de 3 puntos. Tal y como se recoge en el informe técnico que obra en el expediente, en el caso del criterio “funcionalidades avanzadas del visor

ligero” las dos empresas admitidas (Sectra y Telefónica) obtuvieron la máxima puntuación (3 puntos. En el caso del criterio “funcionalidades avanzadas de las herramientas avanzadas” Telefónica obtuvo 4 puntos por incluir un paquete de cardiología que no incluía Sectra; y Sectra obtuvo 5 puntos porque incluía un paquete de colonoscopia virtual que no incluía Telefónica, valorándose mejor esta última porque las herramientas de cardiología no se usan actualmente en el hospital. Esta valoración no se vio afectada en ningún momento por la existencia del dato del peso en inglés en el anexo citado

Además, en el caso de que este dato hubiera sido advertido, tampoco nos hubiera permitido saber la puntuación que obtendrían en este punto ya que, tal y como estaba planteado el criterio, para valorarlo era necesario contar con la misma información del resto de licitadores (se valoraría con 4 puntos el detector de menor peso y con 0 al resto).

Tras la apertura del sobre 3 la valoración de este criterio supuso la obtención de 4 puntos para el recurrente (Telefónica) y de 0 puntos para el adjudicatario (Sectra). Por todo ello queda claro que no ha supuesto ningún condicionamiento a favor de la adjudicación de Sectra.

CONCLUSIÓN

En base a lo anteriormente expuesto entendemos que no debe tenerse en consideración el recurso interpuesto por Telefónica contra el acto de adjudicación de este procedimiento.”

El adjudicatario alega que sí cumple con el requerimiento primero: “*En específico para la característica del PPT “larga vida de la batería del detector. Más de 300 imágenes por carga” se declara cumplida inequívocamente en las páginas 20 y 22 del Sobre 2. En cuanto a la documentación técnica que avala tal afirmación, y que supuestamente no consta según la recurrente, nada más lejos de la realidad; basta con ir a descripción que obra en el sobre 2 (Oferta técnica) para comprobar que el tiempo total de procesamiento/ciclo recomendado de adquisición de imagen es de 10 segundos (página 20 y 23) hecho también reforzado por la documentación técnica y que la autonomía de la batería capturando imágenes es de 8 horas (página 20 y 22) lo que también resulta reforzado por la documentación técnica, de modo que mediante*

una simple operación aritmética se comprueba que, a partir de ambas variables, las imágenes que pueden tomarse con una única carga de batería son mucho más de las 300 exigidas.”

Sobre el segundo aspecto señala que *“el último motivo por el que la parte recurrente solicita la anulación de la adjudicación, previa exclusión de la oferta de mi representada, es la aparición de un supuesto dato sujeto a valoración automática en el Sobre 2 (Oferta Técnica y Criterios de Valoración No Automáticos). Concretamente se alega de contrario que el peso del Detector VIVIX-S 1417N no debía aparecer en la ficha técnica del fabricante obrante en el Sobre 2 (página dig. 395) por ser un criterio sujeto evaluable de forma automática según se dispone en la cláusula 9.2 del PCAP, que determina que corresponderá una puntuación de 4 puntos a aquel licitador que presente una oferta que proponga el detector digital de menor peso:*

“9.2.- OTROS CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FORMULAS (SOBRE 3)

Peso de los detectores digitales.

- El de menor peso:4 puntos*
- Resto:..... 0 puntos”*

Pues bien, claro está que el menor peso de los detectores es un criterio evaluable de forma automática, pero en ningún caso la aparición de este dato en la oferta técnica puede dar lugar a la anulación de la resolución de la adjudicación, en la medida en que, como primera providencia, no es un dato, individualmente considerado, susceptible de anticipar esa puntuación. Agrega que la exclusión de ofertas es la última ratio, y solo procede cuando la incidencia pueda afectar efectivamente a la igualdad de trato, como bien se establece en la Resolución 729/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”.

Examinado el expediente se comprueba que, efectivamente, son tres sobres:

1. Documentación administrativa
2. Documentación técnica relativa a criterios de juicio de valor

3. Proposición económica y criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas.

Entre los criterios de adjudicación, el precio supone 50 puntos, otros criterios valorables mediante la mera aplicación de fórmulas 42 puntos y los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor 8 puntos (cláusula primera punto 9).

En cuanto al primer punto de impugnación solo cabe decir que entra dentro de la discrecionalidad técnica del órgano (de sus servicios técnicos) de contratación valorar si el equipo permite obtener más de 300 imágenes por carga, no siendo cierto que en la documentación del adjudicatario se omita la información de la batería sobre el número de imágenes de carga. Expresamente se recoge, como se afirma en la contestación del órgano de contratación, y si, efectivamente, la autonomía de la batería es de 8 horas, a razón de 10 segundos para obtención de imagen, el número a obtener con sola carga de batería es muy superior a las 300 exigidas.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución 328/2018 del 19 de octubre de 2018, ante un caso similar acordó: *“En cualquier caso G.E. incluye en su oferta técnica un sistema de alimentación ininterrumpida adicional que extiende la autonomía en 35 minutos más, por tanto cumpliría el requisito mínimo exigido ya que el PPT tampoco obliga a una única batería para garantizar el tiempo de autonomía exigido, primando el resultado, cuya apreciación corresponde de forma discrecional al órgano de contratación, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.”*

El adjudicatario declara expresamente que cumple, y ante las especificaciones de la batería los servicios técnicos valoran que cumple sobradamente con los requerimientos de rendimientos en número de imágenes por carga de batería exigidos, no ofreciendo el recurrente ningún elemento de juicio que desvirtúe esta discrecionalidad.

Por todo lo cual procede la desestimación de este motivo de recurso.

En cuanto al segundo punto, el peso de los detectores digitales figura como se ha transcrito *ut supra* por la adjudicataria, 4 puntos el de menor peso y 0 puntos el resto.

El órgano de contratación afirma que ni siquiera tuvo conocimiento de este dato en la apertura del sobre 2 pues figura en una nota en inglés y que se ha conocido ahora con motivo de la reclamación. Pero lo determinante, es que este conocimiento presunto nunca hubiera podido influir en la valoración de los criterios evaluables mediante juicios de valor, porque para ello sería necesario conocer el peso del otro licitador.

El desvelo de este dato no aporta información ninguna por sí solo, pues es necesario conocer los pesos del resto de las ofertas para así saber cuál de todos es el menor y en consecuencia atribuirle los 4 puntos en liza., pues la valoración del criterio precisa de conocer el peso ofertado por los otros licitadores.

Tal es así, que 4 puntos se ha atribuido a la oferta presentada por el recurrente, obteniendo el adjudicatario en este apartado cero puntos, sin entrar a valorar su mínima incidencia en el total de la puntuación que es de 42.

En la puntuación de los criterios de fórmulas están casi empatados: 36 Sectra, 36,5 Phillips. A mayores, no incidió, porque en juicio de valor Sectra tuvo 8 puntos y Phillips 7. Y los mismos giran sobre dos juicios de valor cuya relación con el peso de los detectores es nula: *“Funcionalidades de las herramientas avanzadas ofertadas además de las requeridas en el apdo. 3 del PPT”* (hasta 5 puntos). *“Funcionalidades avanzadas del visor web ligero tomando como referencia el sistema actual (IMPAX de Agfa)”* (hasta 3 puntos).

Es, pues, de aplicación la doctrina que señala que el principio de exclusión del licitador que no respeta la separación solo tiene lugar cuando la incidencia puede afectar al desarrollo del contrato y a la igualdad de los licitadores.

La resolución del TACRC número 916/2016, de 11 de noviembre resume adecuadamente el criterio mantenido por la jurisprudencia y por el propio TACRC *“En este sentido, hay que traer a colación en primer término la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se sintetiza en la reciente Resolución 1108/2015: “Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCSP en numerosas resoluciones. Con carácter general se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquéllos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011). Esto, no obstante, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, ‘siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal’ (Resolución 233/2011). En efecto, los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas. Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o*

2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula.

La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo: “Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

La conclusión definitiva es que aun considerando la existencia de una irregularidad en el procedimiento, ésta no puede considerarse invalidante o determinante de anulación del mismo, en tanto que no puede entenderse menoscabada la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores”.

En el mismo sentido podemos invocar la Resolución 91/2018, de 2 de enero del TACRC

Por todo ello procede la desestimación del recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 de doña M.M.G., en nombre y representación de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. contra la Resolución de adjudicación del contrato de servicios para la “Digitalización de imagen diagnóstica del Hospital Universitario Severo Ochoa y C.E. M^a Ángeles López Gómez” (expte. PA 64/2018)

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.