

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

En Madrid, a 4 de octubre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto don G.C.B., en nombre y representación de Fujifilm Europe GmbH, Sucursal en España (Fujifilm), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen la contratación del “Suministro, instalación y puesta en marcha de doce mamógrafos digitales directos adaptables a tomosíntesis con destino en doce hospitales del Servicio Madrileño de Salud, y cinco estaciones de diagnóstico específicas para el diagnóstico por imagen del programa poblacional de detección precoz del cáncer de mama de la Comunidad de Madrid (programa DEPRECAM), en dos centros del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente PA. SUM-37/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 de agosto de 2017 se publica en el DOUE y en Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de la licitación y se ponen a disposición de los interesados los pliegos que han de regir el contrato. Asimismo, el 10 agosto de 2017, se publicó la licitación en BOCM y el 14 en el BOE. El valor estimado asciende a 2.108.884 euros.

El procedimiento está dividido en dos lotes, el 1 “mamógrafos digitales directos adaptables a tomosíntesis” y el 2 “estaciones diagnósticas específicas para el diagnóstico por la imagen programa DEPRECAM”.

Segundo.- El 30 de agosto de 2017 tuvo entrada en el SERMAS el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FUJIFILM en el que solicita que *“se anule el presente procedimiento, procediendo a la nueva redacción de las condiciones y términos de los Pliegos en lo referente a los defectos puestos de manifiesto en este escrito, a la publicación de un nuevo Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas”*.

El 7 de septiembre de 2017 el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Procede advertir que esta licitación trae causa de la estimación parcial de un recurso interpuesto por la representación de IRE Rayos X, S.A., contra los criterios de adjudicación que figuraban en la anterior convocatoria para este mismo suministro (PA SUM-30/2017), mediante Resolución de este Tribunal 192/2017, de 28 de junio.

Tercero.- Con fecha 13 de septiembre de 2017, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación a partir del día anterior a la fecha prevista de apertura de ofertas (9 de octubre).

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de audiencia, habiendo presentado el 22 de septiembre de 2017 escrito de alegaciones IRE RAYOS X, S.A., en el que se limita a manifestar su conformidad con todas las solicitudes de modificación de los Pliegos planteadas por FUJIFILM y añade nuevos motivos de recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el anuncio de licitación se publicó en el DOUE el 8 de agosto de 2017 y en la misma fecha se pusieron a disposición de los interesados los pliegos que rigen la licitación y el recurso fue interpuesto el 30 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos que han de regir un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto por varios motivos; en primer lugar, por considerar que las especificaciones técnicas mínimas requeridas contravienen lo establecido en el artículo 117.2 del TRLCSP, y en el considerando 74 y artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Según el PPT para el lote 1 se establecen una serie de características mínimas requeridas para el sistema de mamografía digital adaptable a tomosíntesis

que previamente describe como *“Conjunto soporte con tubo de Rx y generador de alta frecuencia, que permita técnicas de mamografía digital, con posibilidad de incorporar tomosíntesis e imagen sintetizada”*. En relación con el generador se requiere que cumpla nueve características, siendo la segunda enumerada *“Integrado en el propio estativo del equipo.”*

A fin de la resolución del recurso, cabe recordar, como hemos señalado en diversas ocasiones, que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, si bien esta facultad encuentra un límite fundamental en el respeto al principio de libre competencia. No corresponde al Tribunal determinar las necesidades que deben ser atendidas. Evidentemente, cualquier producto que no demuestre eficacia para la función prevista no debe adquirirse. A tal objeto el procedimiento de contratación incluye una primera fase en la que se determinan las condiciones técnicas que deben cumplir los productos a suministrar, que debe realizarse según los criterios fijados en el TRLCSP, esencialmente la exigencia de que cumplan una funcionalidad independientemente de cómo se obtenga, y una segunda, que es la comprobación de que los productos ofertados cumplen dichos requisitos.

La Directiva 2014/24/UE contiene un conjunto de reglas que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad y de libre competencia. En concreto, el considerando 74 de su Exposición de Motivos establece que: *“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia”*. A estos efectos, el artículo 42 de la citada Directiva señala que *“las especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*. Igualmente, este precepto consagra la prohibición de que las especificaciones técnicas mencionen una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto o hagan referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada.

Este artículo 42 se corresponde con el 23 de la Directiva anterior (2004/18/CE), el cual tiene su transposición a la legislación nacional en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, donde se regulan los pliegos de prescripciones técnicas y las reglas para su establecimiento. Así el artículo 117 establece: *“2. Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia. (...) 8. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinada con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»”.*

No existe en el TRLCSP un elenco cerrado de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación al restringir el acceso a los posibles licitadores a un contrato de suministro, si bien desde un punto de vista interpretativo pueden considerarse como tales los descritos en el apartado 8 del citado artículo, referencias a marcas, patentes o tipos, origen o producción determinado. Las especificaciones técnicas tampoco pueden implicar la descripción del producto en términos en los que, aun omitiendo la marca, se singularice el producto de tal modo que se impida la concurrencia. Esto sería un fraude de ley. De la regulación expuesta se concluye que las especificaciones técnicas:

a) Deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia, no pudiendo tener el efecto de crear obstáculos injustificados.

b) Deben permitir la diversidad de soluciones, no pudiendo imponer una concreta solución cuando existan varias en el mercado.

c) No pueden describir el producto haciendo mención a una marca concreta.

d) No pueden describir el producto sin mencionar marcas pero singularizándolo y haciéndolo único en el mercado.

Teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos expuestos, procede analizar las cuestiones planteadas por la recurrente, a la vista de las prescripciones establecidas en el PPT que son objeto del recurso.

Explica la recurrente que en su mamógrafo Amulet Innovality® el generador está integrado electrónicamente, pero físicamente se encuentra fuera de la columna del mamógrafo, lo cual no solo no afecta a la calidad ni al correcto funcionamiento del mismo sino que conlleva ventajas de cara a su ubicación, instalación y reparación en caso de avería. Rebate que incida positivamente en la atención a pacientes discapacitadas o con movilidad restringida, o que aporte importantes ventajas en el ámbito de la seguridad e higiene, y sostiene que el hecho de que la cumpla un considerable número de fabricante, no es determinante.

El órgano de contratación en su informe al recurso explica que en mamógrafos digitales la evolución tecnológica ha tenido como resultado, entre otros cambios, la integración de los generadores en el estativo del equipo, lo que permite la perfecta operatividad en la sala en cualquier situación, y no exigiría ocupar espacios adicionales fuera o dentro de la sala. Los generadores no integrados, independientemente de su tamaño son una opción residual en las últimas generaciones de mamógrafos.

Afirma que las soluciones que aporta la recurrente para la optimización del posicionamiento del generador (incluyendo su ubicación sobre ruedas, en cualquier rincón o incluso en otra sala), no solo pueden dificultar el manejo de la paciente y una menor seguridad para el personal sanitario, sino que también suponen una menor protección para el propio aparato frente a golpes, derramamientos de líquidos, daño de cables por uso diario de líquidos y otros posibles accidentes, como averías de desconexión con el mamógrafo por afectación de los cables y en caso de emergencia médica, con pérdida total o parcial del conocimiento (lipotimias, mareos, epilepsia...), como ya ha ocurrido en algunas ocasiones, la presencia de un obstáculo adyacente independientemente de sus dimensiones, puede dar lugar a daños colaterales en la paciente o en el personal sanitario que la atiende. Insiste en

que facilita la intervención en pacientes con discapacidad o movilidad reducida al permitir la perfecta operatividad en la sala en cualquier situación, sin ocupar espacios adicionales fuera o dentro de la sala, lo cual además puede resultar inviable en según qué hospital o centro dado la tipología de las salas (diferentes en tamaño y con diferente disposición de estructuras arquitectónicas).

Considera que este requisito técnico no restringe, ni objetiva, ni artificialmente, la competencia ya que lo cumplen un considerable número de fabricantes, hasta al menos cinco, permitiendo la consecución de los objetivos del contrato y la satisfacción de las necesidades del programa de cribado de la Comunidad de Madrid, no siendo de recibo pretender que sean las empresas las que fijen las características que debe reunir el objeto del suministro, según su criterio interesado.

Como manifestara este Tribunal en la Resolución nº 117/2017, de 5 de abril, *“En relación con el principio de igualdad de trato la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C 513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab y Heisnsingin Kaupunki, manifiesta que el hecho de que solo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los requisitos aplicados por dicha entidad para determinar la oferta más ventajosa económicamente no puede por sí solo constituir una violación del principio de igualdad de trato.*

Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una característica concreta, que viene determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de producción que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada, ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de

ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados, ajustándose a las necesidades del demandante del producto”.

Se han justificado razonadamente por el órgano de contratación las características que deben reunir los mamógrafos, estando acreditado que el producto puede ser ofertado por varios competidores y no mencionando el PPT una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni se hace referencia a una marca, una patente o a un tipo, a un origen, o a una producción determinados que acredite que su finalidad es la de favorecer o descartar a ciertas empresas o ciertos productos, no se aprecia que su exigencia suponga infracción del principio de no discriminación ni de las reglas de publicidad y libre concurrencia. Por todo ello considera este Tribunal que la exigencia de que el generador este integrado en el mamógrafo no es contraria a Derecho y procede desestimar el recurso por este motivo.

Sexto.- Como segundo motivo del recurso alega Fujifilm que la solvencia solicitada en el PCAP para los dos lotes resulta desproporcionada al objeto del contrato y puede producir efectos de carácter discriminatorio.

La cláusula 1.5 del PACP establece respecto a la solvencia económica y financiera exigida en los lotes 1 y 2:

“Criterios de selección:

Los licitadores deberán acreditar un volumen de negocio anual igual o superior a la mitad del presupuesto base de licitación del Lote al que presenten oferta en cada uno de los tres últimos años.”

Fundamenta su impugnación en la doctrina general reiterada en esta materia y solicita se declare la nulidad del PCAP debiendo eliminarse la referencia a cada uno de los tres últimos años y sustituyéndola, en su lugar, porque se acredite en uno solo de los tres últimos años, por ser un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la

observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

Opone el órgano de contratación que los criterios escogidos para que los licitadores justifiquen cumplen las condiciones requeridas por la jurisprudencia para que no puedan ser calificadas de discriminatorias:

- a) Figuran en el PCAP y en el anuncio del contrato; son criterios determinados y están relacionados con el objeto y el importe del contrato;
- b) Se encuentran entre los relacionados en el TRLCSP.

El artículo 58.3 de la Directiva 24/2014 establece que *“Con respecto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos que garanticen que los operadores económicos poseen la capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato. Con este fin, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan determinado volumen de negocios anual mínimo, y, en concreto, determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato. Además, podrán exigir que los operadores económicos faciliten información sobre sus cuentas anuales que muestre la ratio, por ejemplo, entre activo y pasivo. También podrán exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales.*

El volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El poder adjudicador indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 84”. Y lo explicita en su considerando 83.

El artículo 74 del TRLCSP, referido a los medios para acreditar la solvencia, señala que *“1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79”* siendo uno de los previstos para acreditar la solvencia económica y financiera en el artículo 75.1.a)

el *“Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente”*.

Aunque no sea aplicable al caso, como criterio interpretativo para determinar la proporcionalidad y legalidad de los niveles de solvencia exigibles cabe traer a colación el artículo 11 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que cuando los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para su acreditación los licitadores o candidatos acreditarán su solvencia por los siguientes criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación:

4.a) *“El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.”*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 13/1997, en relación a la interpretación que ha de darse a la expresión “referido como máximo a los tres últimos ejercicios”, ha señalado que la Ley quiere que la solvencia se acredite en relación a un periodo de tiempo y no ejercicio a ejercicio. Por ello cuando la cifra de negocios o la relación de servicios realizados deben referirse al último trienio previo a la licitación no implica que los licitadores hayan de acreditar la solvencia económica y financiera y profesional por cada uno de los ejercicios que se integran en el trienio.

Lo que se discute en el recurso es la desproporción del volumen de negocio anual exigido (igual o superior a la mitad del presupuesto base de licitación del lote al que presenten oferta) por estar referido a cada uno de los tres últimos años. Se trata de un contrato de suministro cuyo el plazo de ejecución es de 30 días. El importe de la solvencia económico financiera exigida en el PCAP referida al volumen

anual de negocio no superaría el doble del valor estimado del contrato ni multiplicada por los tres años en que se pide.

Si bien es cierto que la referencia al ámbito temporal de los tres años a que se refería el informe 13/1997 ha desaparecido en la redacción vigente del TRLCSP y que la Directiva 2014/24/UE se refiere al “*volumen de negocios anual mínimo*” esta referencia ha de entenderse a uno de los ejercicios, pues eso es lo que demuestra la capacidad de ejecución de contratos de determinado importe cuando su duración es inferior al año ya que en otro caso se hará por referencia al valor anual medio. En este caso cabría interpretar que el año de mejor ejecución ha de acreditar un volumen igual o superior a la mitad del presupuesto base de licitación y eso sería admisible a pesar de su bajo importe, pues no excede del doble del valor estimado del contrato. Pero se está añadiendo un elemento no previsto en la ley ni en la Directiva como es la extensión o mantenimiento del nivel de solvencia durante un número de años. En consecuencia, debe estimarse el recurso por este motivo, debiendo eliminarse la referencia a cada uno de los tres últimos años.

Séptimo.- Según el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP, en relación con la acreditación solvencia técnica y profesional para el lote 1 “*El licitador presentará una declaración responsable con la relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, en relación al objeto del contrato del lote 1, indicando su importe, fechas y destinatario público de los mismos, a los que se unirán al menos tres certificados de buena ejecución de suministros similares expedidos por entidad del sector público o comprador del sector privado de similares características al del contrato del expediente, siendo necesario que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 50% del valor estimado del contrato (art. 77.3 TRLCSP)*”.

Alega el recurso que del tenor literal del inciso final de la cláusula 5 del PCAP parece que el certificado ha de ser exigible tanto cuando el destinatario sea un comprador público como privado, por lo cual en aras de la seguridad jurídica es muy importante que se vuelvan a redactar los pliegos de forma más explícita.

Opone el órgano de contratación que queda claro que la posibilidad de presentar una declaración a falta de certificado, está prevista en los Pliegos, por lo que el motivo de recurso debe decaer.

El medio de acreditación de la solvencia técnica y profesional se corresponde con el criterio del artículo 77.1.a) TRLCSP *“Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.”*

La ley permite acreditar la existencia de los contratos que justifican la experiencia previa, de modo diferente entre el destinatario público o privado de aquéllos suministros previos.

Comprueba el Tribunal que la redacción literal incluida en el PCAP, los certificados de buena ejecución se exigen indistintamente cuando se trate de *“entidad del sector público o comprador del sector privado”*. Por tanto, no coincide exactamente con la del artículo 77.a) del TRLCSP, sino que omite el final de párrafo en discusión lo que la Ley sí especifica, y es que a falta del certificado de buena ejecución cuando el destinatario sea un comprador privado, se acreditara mediante una declaración del empresario.

Siendo la redacción del PCAP imprecisa y susceptible de interpretación, en aras a la seguridad jurídica y a la transparencia, este Tribunal considera oportuno estimar el recurso a fin de mejorar la redacción del PCAP.

Octavo.- Finalmente alega Fujifilm que ha identificado varias irregularidades en la configuración de algunos de los criterios de adjudicación del lote 1, lo que impone que se declare su nulidad por vulnerar el principio de igualdad de trato. En concreto de los siguientes:

A. En relación con los criterios de adjudicación sujetos a fórmula:

“-1.2.3. Incremento del periodo de garantía al menos 12 meses más sobre la obligatoria ya estipulada, siempre y cuando la ampliación se produzca en los mismos términos y condiciones que las especificadas como requisito mínimo obligatorio. Se aportará declaración acreditativa del representante legal de la empresa.

Ponderación:

Sí cumple criterio completo (acreditado): 6 puntos.

NO cumple criterio completo y/o no lo acredita: 0 puntos.

-1.2.5. El equipo dispone de capacidad térmica del ánodo a 300.000 HU y capacidad ánodo-coraza a más de 700.000 HU.

Ponderación:

Sí cumple criterio completo (acreditado): 3 puntos.

Cumple criterio parcialmente (o acredita parcialmente): 1,5 puntos.

NO cumple criterio y/o no lo acredita: 0 puntos.

-1.2.6. Sistemas de aseguramiento y aviso de pérdida de conectividad: ante la pérdida de conectividad con el PACS, el equipo permite continuar con la realización de nuevos estudios, y en el momento en que se restablezca dicha conexión se puedan enviar al PA CS todas las imágenes pendientes de enviar.

Además, al perder la conexión el equipo avisará del suceso mediante una alarma, indicación o aviso que no perturbe la continuidad en la realización de los estudios. Se deberá aportar la documentación técnica necesaria que acredite estas mejoras.

Ponderación:

Sí cumple criterio completo (acreditado): 2 puntos.

NO cumple criterio completo y/o no lo acredita: 0 puntos.”

B. En relación con los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor:

“-2.1. Se valorará que el equipo adaptable a la Tomosíntesis que se oferta, dispone de validación clínica documentada para el uso clínico de la Tomosíntesis y/o de la imagen sintetizada, en diferentes series publicadas en revistas de reconocido

prestigio internacional, hasta un máximo de 4 publicaciones. Para considerar la situación de los equipos más recientes en el mercado, este criterio se ponderará de la siguiente forma:

Ponderación:

Sí dispone y acredita (número/detalle de referencias/ fecha):

1 publicación: 2 puntos.

2 publicaciones: 3 puntos.

3 publicaciones: 4 puntos.

4 publicaciones: 5 puntos.

NO cumple criterio y/o no lo acredita: 0 puntos.”

Habiendo sido planteado y resuelto en la Resolución nº 192/2017, de 28 de junio, un motivo de recurso contra este último mismo criterio de adjudicación (validación cínica del equipo adaptable a tomosíntesis), admitiendo su validez, en el recurso planteado contra la convocatoria anterior del mismo suministro, y como advierte el propio órgano de contratación, tan solo procede su desestimación.

En relación con los restante criterios, como se indicaba en la mencionada Resolución 192/2017 *“Conviene previamente recordar que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Además, la contratación pública debe estar en todo caso orientada a la satisfacción, junto a otros principios, de la eficiencia en la selección de la oferta.*

Atendiendo al interés público en juego y en función del objeto del contrato, el órgano de contratación goza de cierta libertad para la elección de los diferentes criterios y para fijar su ponderación, debiendo en todo caso motivar su decisión ex artículo 109.4 TRLCSP.

Explica el considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE que “Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia”.

Asimismo el artículo 67.2 de la citada Directiva establece que *“La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.”*

En la legislación nacional la regulación de los criterios de adjudicación se contiene, de manera similar, en el artículo 150 del TRLCSP.

Los criterios deben ser suficientemente transparentes tanto en su finalidad y vinculación con el objeto del contrato, como con la fórmula de puntuación, que debe ser previamente conocida por los licitadores.

En resumen, las condiciones que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación son:

1. Deben estar vinculados al objeto del contrato.
2. Deben publicarse previamente.
3. Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.
4. Deben respetar el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.

Reitera el órgano de contratación que los criterios de adjudicación han sido diseñados de manera que permitan considerar criterios de mejora tanto para la calidad de imagen como para la realización del estudio de cribado para la detección del cáncer precoz, de forma que se incremente la eficiencia en la práctica clínica del programa de cribado, y que en ningún caso supongan una restricción en la concurrencia al concurso.

Procede analizar los criterios de adjudicación evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas previstos en la cláusula 1 apartado 8.1 del PCAP objeto del recurso, todos ellos relativos al lote 1 del contrato:

-1.2.3. Incremento del periodo de garantía al menos 12 meses más sobre la obligatoria ya estipulada.

Alega Fujifilm que la ponderación atribuida a este criterio no es proporcional al incremento del periodo de garantía, ya que si se oferta un incremento del periodo de garantía superior a 12 meses, solo se obtendría 6 puntos y que lo correcto sería que tuviera una ponderación proporcional y progresiva con respecto al incremento del periodo de garantía por no tratarse de un aspecto dicotómico que se tiene o no se tiene, sino de un aspecto relativo a la calidad de la oferta considerada como un todo.

El órgano de contratación advierte previamente que siendo un criterio objetivo de adjudicación no excluye ni limita la participación. Añade que considera que un periodo adicional de 12 meses (que sumados a los 24 establecidos legalmente suponen 36 meses de garantía) es un tiempo adicional suficiente y razonable y que no se ha considerado una ponderación proporcional y progresiva, porque periodos inferiores a 12 meses no se considera que aporten un beneficio significativo y superiores a 12 meses, resultaría excesivo dado los avances tecnológicos con mejoras y actualizaciones que se producen en este tipo de equipamiento, por tanto aumentaría la calidad de la oferta.

El órgano de contratación goza de cierta discrecionalidad a la hora de seleccionar cuáles son los criterios para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa o, en términos de la Directiva 2014/24/UE, la que tiene mejor relación calidad precio. El artículo 150.1 del TRLCSP enumera el coste de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes como posibles criterios que pueden ser determinantes de la elección de una u otra oferta. La justificación de la elección del criterio y su ponderación como un aspecto dicotómico -que se tiene o no se tiene por 12 meses adicionales- y puede valorarse su mera oferta, atiende a la relación coste-eficacia y vinculado al objeto del contrato.

En consecuencia debe desestimarse el motivo de recurso.

-1.2.5. El equipo dispone de capacidad térmica del ánodo a 300.000 HU y capacidad ánodo-coraza a más de 700.000 HU.

La recurrente considera no es posible saber qué entiende el órgano de contratación por cumplimiento parcial del criterio, porque lo valorado es que el equipo disponga de las dos características: *“capacidad térmica del ánodo a 300.000 HU y de capacidad ánodo-coraza a más de 700.000 HU”*, ya que la conjunción copulativa “Y” tiene la función de unir cláusulas en concepto afirmativo.

Opone el órgano de contratación que el enunciado hace referencia a dos aspectos de la capacidad térmica del emisor de rayos X, íntimamente relacionados con la carga de trabajo que se puede realizar en el equipo. Para evaluar el grado de cumplimiento de este criterio se ha establecido la conjunción de ambos parámetros, y el cumplimiento parcial en referencia a sólo uno de ellos. Si se hubiese utilizado la conjunción disyuntiva “o” en el enunciado del criterio, tanto si se cumple uno de los dos parámetros como si se cumplen los dos, el cumplimiento sería completo, y no tendría sentido la valoración parcial.

Comprueba el Tribunal que respecto de este aspecto el PPT al definir las características mínimas requeridas en mamografía digital directa para el Tubo de Rayos X exige en todo caso:

- Capacidad térmica del ánodo no inferior a 100.000 HU.
- Capacidad térmica total del conjunto ánodo/coraza no inferior a 300.000 HU.

Se trata de dos características que se pueden cumplir separadamente, por ello el criterio de valoración lo que pretende valorar es una capacidad superior de ambos, solo uno (parcialmente), o ninguno. En este caso, el enunciado permite su valoración separada al puntuar de forma diferenciada su cumplimiento/incumplimiento conjunto o parcial.

En consecuencia, no se aprecia dificultad en el entendimiento ni en la aplicación del criterio.

-1.2.6. Sistemas de aseguramiento y aviso de pérdida de conectividad....Se deberá aportar la documentación técnica necesaria que acredite estas mejoras.

Entiende Fujifilm que sin perjuicio de que se trata de más de un criterio sujeto a juicio de valor, la nulidad viene determinada por la obligación de aportar la documentación técnica necesaria que acredite estas mejoras. Añade que el Pliego no establece previamente la forma de acreditar el cumplimiento del criterio ni las pautas para su valoración, lo que a su juicio supone una exigencia de los principios de igualdad, transparencia y buena gestión de los fondos públicos.

El órgano de contratación tras explicar las ventajas que aporta este aspecto afirma que la acreditación de este criterio mediante la aportación de “documentación técnica”, permite una forma de acreditación abierta ya que puede estar recogido en distintas partes del portafolio dependiendo del fabricante.

El PPT contempla expresamente toda la información y documentación que los dos sobres Nº 2A y 2B, deberán incluir, entre ella la relativa a los equipos que se oferte conforme a lo previsto en los apartados previos, es decir, requisitos mínimos y expresamente se indica:

“Encuesta técnica 1 (Anexo 1) de cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas y de otros criterios de valoración automática por aplicación de fórmula: de la descripción deberá desprenderse claramente el cumplimiento de las características técnicas requeridas así como, en su caso, las especificidades del equipo ofertado, poniendo de relieve para su mejor identificación y en su caso valoración, las mejoras o características inherentes a su oferta que puedan suponer un valor añadido respecto a lo solicitado. (SOBRE 2B).”

Además para la valoración de la oferta específica que *“Con objeto de facilitar el proceso de evaluación y selección deberá proporcionarse de manera obligatoria la máxima descripción, hojas de datos técnicos de producto (Product Data), productos e información que permita realizar un completo análisis de las diferentes ofertas presentadas. La falta de información, ausencia de hojas de datos de producto de los*

componentes ofertados o respuesta a las cuestiones técnicas planteadas que no pueda ser debidamente contrastada, podrá ser motivo de que la oferta no sea valorada.

Cualquier información adicional que el licitador estime de interés para el proceso de Evaluación, puede ser incluida como anexo a la Encuesta Técnica 1 y 2).”

A la vista de lo cual considera el Tribunal que en el Pliego se especifica suficientemente la documentación e información que se debe aportar de los equipos ofertados y cómo acreditar el cumplimiento de los requisitos tanto mínimos como los valorables por los distintos criterios, debiendo desestimarse el recurso por este motivo.

Noveno.- Por último, vistas las alegaciones formulada por la representación de IRE RAYOS X, S.A. el 22 de septiembre de 2017 en relación con el criterio objetivo 1.2.2. “*El tubo de Rx dispone de movimiento continuo en tomosíntesis*”, dado que están referidas a otros criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas en lote 1 distintos a los formulados en el presente recurso, no cabe hacer ninguna valoración toda vez que en el trámite de alegaciones no es posible formular nuevo recurso, una vez finalizado el plazo para ello. A mayor abundamiento este Tribunal ya se pronunció sobre la validez de dicho criterio en la Resolución 192/2017 de 28 de junio, al resolver el recurso interpuesto precisamente por esa mercantil.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación

interpuesto por don G.C.B., en nombre y representación de Fujifilm Europe GmbH, Sucursal en España (FUJIFILM), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen la contratación del “Suministro, instalación y puesta en marcha de doce mamógrafos digitales directos adaptables a tomosíntesis con destino en doce hospitales del Servicio Madrileño de Salud, y cinco estaciones de diagnóstico específicas para el diagnóstico por imagen del programa poblacional de detección precoz del cáncer de mama de la Comunidad de Madrid (programa DEPRECAM), en dos centros del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente PA. SUM-37/2017, en los términos expuestos en los fundamentos de derecho de esta Resolución, y en consecuencia de la licitación que, en su caso, debe iniciarse de nuevo.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 49 del TRLCSP.