

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

En Madrid, a 30 de enero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de FUJIFILM SONOSITE IBÉRICA. S.L.U (en adelante Fujifilm) contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de octubre, por la que se adjudica el lote 4 del contrato de “Suministro de ecocardiógrafos y ecógrafos para distintos servicios del Hospital Universitario 12 de Octubre”, Nº de Expediente: 2019-0-146, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8 y 16 de agosto de 2019, se publicó respectivamente en el DOUE y el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios, todos automáticos o por aplicación de fórmulas. El valor estimado del contrato es 385.709,05 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el motivo del recurso que de acuerdo con lo establecido en el apartado 8.2.1 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, se valora para el lote 4 los siguientes :

LOTE 4.....HASTA 50 PUNTOS.

- Plan de formación incluido 15 puntos
- Garantía de 5 años sobre equipo y sondas..... 15 puntos
- Resistencia del equipo (test de caída de equipo y transductores, conexiones simples entre sondas y equipo, cables de sondas reforzados).....10 puntos
- Conexión a red hospitalaria a través de Wifi.....10 puntos

A la licitación convocada se presentaron 4 empresas, entre ellas la recurrente.

Tercero- Tras la clasificación de todas las proposiciones, mediante Resolución de la Directora Gerente de 28 de octubre de 2019, se adjudica el lote 4 del contrato, Ecógrafos intensivos y REA, a Fujifilm Sonosite Iberica, S.L., al haber obtenido la mayor puntuación. En segundo lugar aparece clasificada Philson Technologies S.L. (en adelante Philson). El 11 de noviembre de 2019, la representación de Philson presenta recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, argumentando que ha sido valorada erróneamente su oferta en el apartado de Plan de Formación puesto que lo ha incluido.

Mediante la Resolución 489/2019 de 21 de noviembre, se estima el recurso presentado *“anulando la adjudicación y retrotrayendo las actuaciones para que por la Mesa se otorguen a Philson los 15 puntos correspondientes al plan de formación que ha incluido en su oferta”*.

En ejecución de dicha Resolución y tras los trámites oportunos por la Directora Gerente del Hospital se dicta con fecha 4 de diciembre de 2019, Resolución de adjudicación del lote 4 del contrato a Philson Technologies S.L. (en adelante Philson).

Cuarto.- El 30 de diciembre de 2019, la representación de Fujifilm presenta recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, argumentando que tras el examen del expediente y teniendo en cuenta que no ha podido o examinar determinada documentación declarada confidencial por Philson, considera

que la oferta de la adjudicataria no cumple los requisitos: Cables de sondas reforzados y Conexiones simples entre sondas y equipos, por las razones que expone en su escrito.

Con fecha 13 de enero de 2020, se remite a este Tribunal copia el expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se 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). El órgano de contratación en el informe indica que se ratifica en la valoración y los puntos otorgados por las razones que se exponen en el informe técnico que se acompaña.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación del lote 4 objeto del recurso, 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 (RPERMC), 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 adjudicatario del lote 4, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se recibe escrito de alegaciones de la adjudicataria, con fecha 17 de enero de 2020 de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

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.- La recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP) puesto que la estimación del recurso y la atribución de la puntuación solicitada le permitiría ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que el acto es recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1. a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues Resolución de adjudicación se dictó el 4 de diciembre de 2019, y el recurso se interpuso el 30 del mismo mes, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo, la recurrente alega que *en el documento “Oferta Técnica”, al que Fujifilm SonoSite Ibérica sí que tuvo acceso durante la vista, la empresa Philson Technologies S.L responde lo siguiente a dicho requisito técnico valorable con 10 puntos: “El ecógrafo Mindray TE7 ofertado pasa un test de resistencia para caídas en equipo y transductores y cables ecográficos. Se adjunta CERTIFICADO DE TEST DE RESISTENCIA de la compañía consultora INTERTEK,*

así como una ‘Declaración responsable de resistencia de producto’, incluyendo la confirmación de la conexión simple entre sondas y equipo”.

La propia respuesta de la compañía Philson Technologies, no aclara que el cable sea reforzado remitiéndose a dicho certificado confidencial y a la “Declaración Responsable de resistencia del producto”, a esta sí tenemos acceso y podemos corroborar que no se habla de cable reforzado, sino de “estrés de cableado”, algo que no se corresponde con lo solicitado en la característica valorable, “cable reforzado”, y se trata de justificar la conexión simple entre equipo y transductores a través de un sistema de conexión sin pines en su conector, cuando en realidad eso no justifica la simpleza de una conexión, la cual está afectada por una serie de factores y no solo la forma de un conector.

Respecto al primer punto, “Cables de Sondas Reforzado’, Fujifilm Sonosite Ibérica es conocedora de que el cable del transductor presentado por la empresa Philson Technologies no es un cable reforzado sino que se trata de un cable de ecografía convencional, de materiales plásticos. Fujifilm Sonosite Ibérica sí presenta tecnología de cable reforzado, una opción que incrementa el coste de fabricación del equipo y que al ser incluida en la oferta conllevó una menor puntuación en la valoración económica al incrementarse el importe de la misma para poder cumplir con este aspecto, sintiéndonos penalizados al valorarse por cable reforzado el incluido en la oferta de Philson Technologies”. La recurrente incluye una foto de lo que “se considera un cable reforzado”.

En cuanto a la segunda característica requerida por el criterio de valoración, conexiones simples, la recurrente alega que “consideramos que la conexión entre equipo y transductor, no es una conexión simple en el caso del equipo presentado por la empresa Philson Technologies. Debajo se incluye imagen de la página 40, punto 3.4 del Manual de Usuario del equipo Mindray Te7 presentado por el licitador, este Manual se adjunta a la documentación aportada”.

El órgano de contratación en el informe se remite al informe técnico de los jefes de servicio de Anestesiología y Reanimación y de Medicina Intensiva en el que se expone que “En el criterio de ‘Resistencia del equipo (test de caída de equipo y transductores, conexiones simples entre sondas y equipo, cables de sondas

reforzados)' la valoración técnica otorgó la máxima puntuación contemplada (10 puntos) a la oferta presentada por la empresa PHILSON.

2. La puntuación fue otorgada tras el examen de la documentación presentada por la empresa PHILSON: Documentos 'Declaración de resistencia del producto' y 'Oferta Técnica. Ecógrafo Mindray TE-7'.

3. El documento 'DECLARACIÓN DE RESISTENCIA DEL PRODUCTO', indica lo que se transcribe a continuación: a. El equipo MINORA Y TE7 ofertado en el LOTE 4 del Expediente PA 2019-0-146 cumple con el requisito técnico de 'Resistencia del Equipo' solicitado en el pliego, según el TEST DE RESISTENCIA que se envía adjunto a la documentación del expediente, realizado por la Empresa INTERTEK (Compañía consultora para la evaluación, inspección, prueba de productos y aseguramiento tecnológico) con número de informe 150423101GZU-002, incluyendo los test de caída de caída e impacto, estrés de cableado requeridos. b. La conexión entre los transductores y el ecógrafo es simple y SIN PINES según requerido en el pliego técnico para lo cual se adjunta imagen del conector simple".

Philson en trámite de alegaciones, sobre el requisito del cable reforzado, expone lo siguiente: "Las sondas de MINDRAY en su totalidad, cabezal y cableado, están reforzados cumpliendo con las siguientes normativas en materia de seguridad y durabilidad de las mismas:

a. Las sondas de MINDRAY están clasificadas como Tipo BF y tanto el cabezal como su cableado están reforzados según su requerimiento de protección contra descargas eléctricas y su naturaleza como dispositivo de contacto con el paciente. (ver página 2/2 Certificado SE-90233M1 adjunto)

b. Las sondas cumplen con la Norma IPX7: (ver página 160 de 193 – Appendix 2 del Informe Nº 180108066GZU-001 adjunto)

- soportan sin filtración una inmersión completa en el agua a 1 metro durante 30 minutos.

c. Las sondas cumplen con la Norma IPX1: (ver página 13 de 21 Informe Nº 180108066GZU-002)

- Protegido contra el acceso a partes peligrosas con el dorso de la mano
- Protegido contra los cuerpos sólidos extraños de diámetro superior a 50 mm

d. Las sondas cumplen con la Norma IEC 60601-2-37 (ver página 1 de 21

Informe Nº 180108066GZU-002 adjunto): Requisitos particulares para la seguridad de los equipos médicos de diagnóstico y monitorización por ultrasonido.

e. Las sondas cumplen con la Norma IEC 60601 (ver página 1 Informe Nº 180108066GZU-003 adjunto): cumple con las normas técnicas que garantizan la seguridad y las prestaciones esenciales de los equipos electromédicos. La norma IEC 60601-1:2005 que cumplen las sondas y ecógrafos de MINDRAY, se ocupa de los requisitos sobre la seguridad básica y sobre las prestaciones esenciales referidas a equipos electromédicos, y sirve para garantizar que ningún fallo eléctrico, mecánico o funcional conlleve un riesgo inaceptable para pacientes y operadores.

Adicionalmente, el equipo y las sondas de Mindray pasan un test de resistencia en fábrica según indica el Informe 15042301GZU-002 adjunto.(....) Fujifilm Sonosite incluye una fotografía de lo que ellos consideran un cable reforzado, una vez más basado en un criterio subjetivo, defendiendo su forma de fabricar y reforzar las sondas. Pero el resto de Compañías del mercado tienen, y tenemos, nuestra propia tecnología de fabricación y protección y refuerzo de las sondas. La referenciada por Fujifilm Sonosite no es la única tecnología de refuerzo y protección de sondas válida a nivel mundial”.

En cuanto a las conexiones simples entre sonda y equipo, argumenta que “En esta valoración técnica Fujifilm Sonosite vuelve, una vez más, a mostrar una valoración subjetiva según su propio criterio de lo que ellos consideran como ‘conexión simple’. No existe una definición de lo que se considera una conexión simple entre sondas y equipo. Este punto fue también valorado por los especialistas médicos del Hospital 12 de Octubre en demostración y consideraron que la conexión del conector de MINDRAY (sin pines) y el ecógrafo era básico, sencillo y rápido, motivos por los cuales valoraron este aspecto técnico con la máxima puntuación. Las advertencias e imágenes que muestra Fujifilm Sonosite en su recurso del manual de usuario del ecógrafo MIDNRAY modelo TE7 son advertencias de seguridad que MINDRAY debe indicar a los usuarios (al igual que el resto de Compañías muestran su avisos de seguridad en sus equipos) y que nada tienen que ver con la supuesta definición de conexión simple que trata de defender Fujifilm Sonosite”.

Procede recordar que, como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

A la vista de las manifestaciones de la recurrente, del órgano de contratación y de la adjudicataria debe señalarse que nos encontramos ante un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, teniendo en cuenta que las características que se valoran no aparecen descritas en el PCAP, se trata de cables de sondas “reforzados” y conexiones “simples” por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del órgano de contratación sobre la correcta valoración del criterio.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 187/2019 de 16 de mayo, *“cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios

estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

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

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

En el presente caso, la valoración del órgano de contratación coincide con el sentido de las manifestaciones y certificados de la empresa adjudicataria que se consideran suficientemente detalladas, por lo que se desestima el recurso.

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 interpuesto por la representación de FUJIFILM SONOSITE IBERICA. S.L.U (en adelante Fujifilm) contra la Resolución de la Directora Gerente del Hospital Universitario 12 de octubre, por la que se adjudica el lote 4 del contrato de “Suministro de ecocardiógrafos y ecógrafos para distintos servicios del Hospital Universitario 12 de Octubre”, Nº de Expediente: 2019-0-146.

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 del procedimiento producida en aplicación de lo dispuesto 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.