



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recursos nº 977 y 978/2024

Resolución nº 1144/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 26 de septiembre de 2024.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. Sergio Sánchez de Torres en representación de EMSOR, S.L. y Dª. Mª. Ángela Marcos Senovilla en representación de SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U., contra las exclusiones de sus ofertas de los lotes 9 y 10 del procedimiento “*Acuerdo Marco para el suministro, respetuoso con el medio ambiente, de equipos de mamografía para varias comunidades autónomas y centros del INGESA*”, con expediente AM 2023/141, convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA); el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Directora del INGESA en Ceuta, por resolución de 18 de diciembre de 2023, acordó la iniciación del expediente de contratación para el “*Acuerdo Marco para el suministro, respetuoso con el medio ambiente, de equipos de mamografía para varias comunidades autónomas y centros del INGESA*”, por procedimiento de urgencia y mediante el procedimiento abierto.

Segundo. Aprobado el expediente de contratación y los pliegos rectores de este Acuerdo Marco sujeto a regulación armonizada y previa autorización del Consejo de Ministros, se ordenó su publicación en el DOUE, en el BOE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 19 de febrero de 2024. El objeto del Acuerdo Marco se ha dividido en diez lotes y se anunció con el código de clasificación CPV 33100000: Equipamiento médico, con un valor estimado máximo de 12.871.301 euros.



El plazo de presentación de ofertas quedó señalado hasta las 23:59 horas del día 7 de marzo de 2024.

Tercero. Dentro del plazo de presentación de ofertas y tal y como obra en el certificado emitido por la Plataforma de Contratación del Sector Público se formalizaron las siguientes, para todos los lotes:

- EMSOR, S.L.,
- FUJIFILM Healthcare España, S.L.,
- GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U.,
- SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U. y,
- UTE POLYGON-CEDYT.

Cuarto. El 19 de marzo de 2024, se reunió la mesa de contratación según acta nº 1, para la comprobación y calificación de la documentación correspondiente al sobre A: “Documentación Administrativa” y admitidas las licitadoras presentadas para los lotes 1 a 8. Dado los recursos especiales interpuestos contra los pliegos para los lotes 9 y 10, objeto del Acuerdo Marco, se acordó la apertura de los archivos con la documentación técnica de los lotes 1 a 8, dando traslado de las ofertas a la unidad responsable para su evaluación.

Quinto. Los recursos contra los pliegos para los lotes 9 y 10, se siguieron en este Tribunal con los números 298 y 305/2024 y se dictó la resolución nº 500/2024, de 18 de abril, con el siguiente fallo:

“Primero. Desestimar los recursos interpuestos por D. J. C. B. H., en representación de EMSOR, S.L. y D. J. P. C. M., en representación de FUJIFILM HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., contra los pliegos que han de regir la adjudicación del contrato del “Acuerdo Marco para el suministro, respetuoso con el medio ambiente, de equipos de mamografía para varias comunidades autónomas y centros del INGESA”, con expediente AM 2023/141, en relación con los lotes 9 y 10, convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA)”.



Sexto. Reanudada la licitación para los lotes que ahora nos ocupan, 9 y 10, la mesa de contratación del INGESA en la sesión celebrada el 29 de mayo del presente, y abiertas las ofertas técnicas, por unanimidad este órgano de asistencia decretó que:

“Revisadas las ofertas técnicas correspondientes a los lotes 9 y 10, por el órgano competente, se acuerda solicitar a EMSOR, S.L., FUJIFILM HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U. y UTE POLYGON – CEDYT la siguiente documentación correspondiente a los lotes 9 y 10:

- La Declaración de Conformidad del fabricante donde se identifique de modo individualizado que incorpora el sistema de biopsia guiado por imagen mamográfica con contraste y se incluya el código GMDN 36513.

- Carta de conformidad del Organismo Notificado donde se demuestre que los productos ofertados están cubiertos por el Certificado CE correspondiente.

Para la presentación de la documentación solicitada se concede un plazo de tres días hábiles, plazo que se computará desde el día siguiente a aquél en el que las empresas indicadas reciban, vía PLACSP, una comunicación expresa, incluyendo un sobre electrónico en el que incluir la documentación solicitada; a tales efectos, no tiene la consideración de comunicación expresa la publicación de la presente Acta”.

Séptimo. Recibida la documentación técnica requerida, la mesa de contratación en la sesión de 6 de junio de 2024, decide elevarla a la unidad responsable del Acuerdo Marco para su análisis y evaluación.

Octavo. el 25 de junio de 2024, reunida la mesa de contratación del INGESA para el estudio de los informes sobre las ofertas técnicas de los lotes 9 y 10 se acuerda:

“- Las ofertas correspondientes a los lotes 9 y 10 presentadas por EMSOR S.L. no reúnen las características técnicas especificadas en el apartado 3.4.2 del PPT., quedando excluidas dichas ofertas de la licitación.



- Las ofertas correspondientes a los lotes 9 y 10 presentadas por FUJIFILM HEALTHCARE ESPAÑA S.L. no reúnen las características técnicas especificadas en los apartados 2 y 3.4.2 del PPT., quedando excluidas dichas ofertas de la licitación.

- Las ofertas correspondientes a los lotes 9 y 10 presentadas por SIEMENS HEALTHCARE S.L.U. no reúnen las características técnicas especificadas en los apartados 2 y 3.4.2 del PPT., quedando excluidas dichas ofertas de la licitación”.

Noveno. En virtud del informe técnico para los lotes 9 y 10, se acuerda la exclusión de las ofertas de las ahora recurrentes, EMSOR, S.L. y SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U., que con fecha de 16 de julio de 2024, sus respectivos representantes han formalizado en sede electrónica recursos contra dichas exclusiones, habiéndose asignado por este Tribunal al recurso presentado por la primera mercantil citada el nº 977/2024 y al segundo recurso el nº 978/2024.

Décimo. En estos recursos se ha dado cumplimiento a todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, a lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Undécimo. En ambos recursos se concedió con fecha 22 de julio de 2024, un plazo común de cinco días para que las empresas concurrentes al acuerdo marco pudieran presentar alegaciones, sin que ninguno de los licitadores haya ejercitado este derecho.

Duodécimo. El 23 de julio de 2024, la secretaria general del Tribunal, por delegación de éste, ha dictado resolución por la que se procede a la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, en relación con los lotes 9 y 10, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los presentes recursos, que deben calificarse como especiales en materia de contratación, se interponen ante este Tribunal que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

De acuerdo con el artículo 13 del RPERMC procede la acumulación de los recursos 977/2024 y 978/2024, por identidad de contrato, órgano de contratación ante el que se recurre y alegaciones expuestas por los recurrentes

Segundo. Se formalizan los recursos contra actuaciones derivadas de un Acuerdo Marco de suministro, sujetos a regulación armonizada y con un importe superior a los 100.000 euros que se exigen en el artículo 44.1, letras a) y b) de la LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de suministro, por lo que los recursos resultan admisibles. Y, además, las actuaciones impugnadas, la exclusión de las ofertas de dos licitadoras en los lotes 9 y 10, son actos de trámite cualificados susceptibles de revisión a tenor del artículo 44.2 letra b) de la LCSP.

Tercero. Los recursos se han interpuesto dentro del plazo general de quince días hábiles del artículo 50 de la LCSP y se han dado cumplimiento a las demás formalidades procedimentales.

Cuarto. Los recursos se han interpuesto por personas físicas, representantes de personas jurídicas, que han sido licitadoras en la presente procedimiento de selección del Acuerdo Marco, cuyos derechos o intereses legítimos se ven directamente afectados o puedan resultar afectados por la resolución que impugna, por lo tanto, *“persona física o jurídica cuyos derechos o 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 48.1 de la LCSP), contando así con la legitimación suficiente para interponer los presentes recursos, frente a los actos de exclusión de sus ofertas en los lotes 9 y 10.

Quinto. Solicitan los representantes de las recurrentes que se anulen los actos de exclusión de sus ofertas para los lotes 9 y 10 del Acuerdo Marco y fundan sus recursos en



la indebida exclusión, pues contradicen los argumentos de los informes técnicos en los que se manifiestan los defectos técnicos de dichas ofertas.

En efecto, tanto la defensa de EMSOR, S.L., como la de SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U., vienen a rebatir los informes técnicos que analizaron sus ofertas para los lotes 9 y 10 y así defienden que lo ofertado cumplen con todas las exigencias del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) y que además, las exclusiones están yermas de toda motivación, por lo que instan la estimación de sus recursos.

Tras sus alegaciones de carácter técnico tendentes a dar satisfacción a las prescripciones técnicas de los pliegos para los lotes 9 y 10, reputan que los actos de exclusión son nulos de pleno Derecho ex artículo 47.1, letras a) y c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y con ello, suplican la estimación de los recursos para que con anulación de las exclusiones se ordene la retroacción de la licitación al momento de una nueva adjudicación de los lotes 9 y 10 y sean tenidas en cuenta sus ofertas.

Por su parte, los informes del órgano de contratación INGESA sobre los recursos presentados, suscritos por la Directora del INGESA, se oponen a las tesis de las recurrentes y suplican la desestimación de los recursos.

En ambos informes, la Dirección del INGESA insiste en que las recurrentes no han cumplido, pese a que se les requirió para la subsanación, dos aspectos técnicos relevantes e imprescindibles para los lotes 9 y 10. A saber:

1. La declaración responsable del fabricante con el compromiso de registro y comunicación de la comercialización.

De esta forma, se precisa que:

“En este punto, se debe aclarar que tal y como se recita en los pliegos, en caso de productos que no estén todavía efectivamente comercializados, será necesaria la declaración responsable del fabricante presentada al efecto, con el compromiso de su realización, declaración que ha sido aceptada como cumplimiento de lo recoge en el PPT.”



(...).

Si bien es cierto que el fabricante presenta una Declaración responsable, con el compromiso de realización de los registros y comunicaciones de comercialización en la Base de Datos de Comunicaciones de comercialización de productos sanitarios (CCPS), esto no significa que se cuente con los documentos necesarios para acreditar la conformidad de los productos en el momento de la licitación (apartado 2.2 del PPT).

En este punto se debe aclarar que la exclusión no ha sido basada en la falta de registro y comunicación de comercialización de la herramienta CEM Biopsy en la Base de Datos de Comunicaciones de comercialización de productos sanitarios (CCPS) de la Agencia española de medicamentos y Productos sanitarios (AEMPS), sino en la falta de acreditación, tanto en el Certificado CE aportado como en la Declaración de conformidad del fabricante, de que esté incluido el sistema de biopsia guiado por imagen mamográfica con contraste”.

2. Sobre el incumplimiento del apartado 3.4.2 del PPT. El informe del poder adjudicador matiza cuanto sigue:

“Para un mejor entendimiento del análisis técnico realizado en esos informes, hay que señalar que los lotes del acuerdo marco de mamografía son:

- *LOTE 1 TIPO 1A_MAMÓGRAFO DIGITAL 2D CON OPCIÓN DE AMPLIACIÓN A TOMOSÍNTESIS*
- *LOTE 2 TIPO 1B_MAMÓGRAFO DIGITAL 2D CON OPCIÓN DE AMPLIACIÓN A TOMOSÍNTESIS + ESTACIÓN DIAGNÓSTICA*
- *LOTE 3 TIPO 2A_MAMÓGRAFO DIGITAL CON SISTEMA DE TOMOSÍNTESIS*
- *LOTE 4 TIPO 2B_MAMÓGRAFO DIGITAL CON SISTEMA DE TOMOSÍNTESIS + ESTACIÓN DIAGNÓSTICA*



- *LOTE 5 TIPO 3A_MAMÓGRAFO DIGITAL CON SISTEMA DE TOMOSÍNTESIS Y MAMOGRAFÍA CON CONTRASTE*
- *LOTE 6 TIPO 3B_MAMÓGRAFO DIGITAL CON SISTEMA DE TOMOSÍNTESIS Y MAMOGRAFÍA CON CONTRASTE + ESTACIÓN DIAGNÓSTICA*
- *LOTE 7 TIPO 4A_MAMÓGRAFO DIGITAL CON SISTEMA DE TOMOSÍNTESIS Y SISTEMAS DE BIOPSIA GUIADOS POR ESTEREOTAXIA Y POR TOMOSÍNTESIS (TOMOBIOPSIA)*
- *LOTE 8 TIPO 4B_MAMÓGRAFO DIGITAL CON SISTEMAS DE TOMOSÍNTESIS Y SISTEMAS DE BIOPSIA GUIADOS POR ESTEREOTAXIA Y POR TOMOSÍNTESIS (TOMOBIOPSIA) + ESTACIÓN DIAGNÓSTICA*
- *LOTE 9 TIPO 5A_MAMÓGRAFO DIGITAL CON SISTEMA DE TOMOSÍNTESIS, MAMOGRAFÍA CON CONTRASTE Y SISTEMAS DE BIOPSIA GUIADOS POR ESTEREOTAXIA, POR TOMOSÍNTESIS (TOMOBIOPSIA) Y POR IMAGEN MAMOGRAFÍCA CON CONTRASTE*
- *LOTE 10 TIPO 5B_MAMÓGRAFO DIGITAL CON SISTEMA DE TOMOSÍNTESIS, MAMOGRAFÍA CON CONTRASTE Y SISTEMAS DE BIOPSIA GUIADOS POR ESTEREOTAXIA, POR TOMOSÍNTESIS (TOMOBIOPSIA) Y POR IMAGEN MAMOGRAFÍCA CON CONTRASTE + ESTACIÓN DIAGNÓSTICA.*

Como se observa las prestaciones van aumentando con cada lote y las que se añaden en Lote 9 y 10 es un sistema de biopsia esterotaxica guiada por imagen mamográfica por contraste lo que se refleja en las principales especificaciones mínimas contempladas en el pliego que son las siguientes:

- *Punto 58 el equipo “Deberá incorporar un sistema de estereotaxia adaptable al propio mamógrafo para realizar punciones guiadas por las imágenes del propio detector en modo estereotaxia 2D y tomosíntesis, así como por mamografía con contraste.”*



- *En el punto 59 se especifica que el equipo debe disponer de “Localización de la lesión por estereotaxia 2D, tomosíntesis y por imagen mamográfica con contraste”.*

- *Punto 61 el equipo de estereotaxia (2D, 3D y por contraste) debe ser un “Sistema motorizado y automático que permita recoger automáticamente las coordenadas de la lesión identificada sobre la estación de adquisición”.*

- *Punto 67 el equipo de estereotaxia (2D, 3D y por contraste) debe disponer de “Visualización de las coordenadas de la punción en los 3 ejes (X, Y y Z) en el monitor de la estación de adquisición y en pantalla en el posicionador”.*

Por lo tanto, los procedimientos técnicos de mamografía por contraste y biopsia por contraste comprenden:

- 1. La mamografía por contraste con la adquisición de dos imágenes con diferentes energías para la obtención final de una imagen sustraída en la que el tejido mamario se elimina y se visualiza únicamente la captación de contraste, en caso de que la hubiera.*

- 2. La biopsia por imagen mamográfica con contraste consiste en la realización de un procedimiento de estereotaxia, mediante la visualización en la pantalla de adquisición de dos imágenes sustraídas (par estereo $\pm 15^\circ$), donde poder localizar el objetivo a biopsiar (la lesión)”.*

En ambas ofertas de las recurrentes, los informes técnicos concluyen con el claro incumplimiento de estas funcionalidades, por lo que no cumplen las prescripciones del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT).

- 3. Sobre el incumplimiento del apartado 2 del PPT: en este extremo, el informe de INGESA se basa en el informe técnico obrante en el expediente de fecha 14 de junio de 2024, en el que se comprueba que no se cumplen los requisitos de este apartado del PPT. De esta forma se aclara cuanto sigue:*

“En el informe se hace un análisis de los 7 puntos que componen el apartado 2 del PPT y que deben cumplirse en su totalidad:



2.1.- *Declaración responsable del licitador detallando el cumplimiento de la normativa aplicable correspondiente.*

2.2.- *Documentos acreditativos (Declaración de conformidad y certificados) de la colocación del marcado CE en los productos ofertados de acuerdo con los procedimientos de evaluación que resulten aplicables según su clasificación de riesgo. Se presentará, además, una relación con los procedimientos aplicados a cada equipo ofertado, identificando los certificados correspondientes.*

2.3.- *Si procede, documentos que avalen el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Reglamento (UE) 2023/607, para poder beneficiarse de los nuevos periodos transitorios.*

2.4.- *Copia del etiquetado y manual de instrucciones con los que se comercializan los productos en España, que deberán ajustarse al formato, datos e indicaciones establecidos en la normativa de aplicación.*

2.5.- *Documentos que acrediten que se han realizado los registros y comunicaciones de comercialización de los productos previstos en la legislación de productos sanitarios. Se presentará, además, una relación identificando los documentos correspondientes a cada equipo ofertado. En caso de productos que no estén todavía efectivamente comercializados, se presentará declaración responsable del fabricante al efecto, con el compromiso de su realización.*

2.6.- *Se deberá acreditar el cumplimiento de la Directiva Europea ROHS 2011/65/UE, de 8 de junio de 2011, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos.*

2.7.- *Todo el software incluido deberá cumplir con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*

(...).



En el informe, se incluye la valoración, donde se comprueba el cumplimiento de la comunicación y/o puesta en servicio, la entrega de certificado de marcado CE, instrucciones de uso y etiquetado. De igual modo, en el informe se refleja dónde reside el incumplimiento, en la Declaración de conformidad de la colocación del marcado CE, donde no aparece incluido el accesorio el sistema de biopsia guiado por imagen mamográfica con contraste, cuenta con la certificación CE necesaria para su comercialización en España”.

4. Sobre la arbitrariedad y falta de motivación de los acuerdos de exclusión: por último el informe del órgano de contratación se opone a los reproches de las recurrentes sobre la indefensión causada y sobre la arbitrariedad con falta de motivación. En oposición a lo expresado, INGESA en el informe recuerda que:

“A mayor abundamiento, con fecha 18 de abril de 2024 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, emitió, a favor de INGESA, la resolución número 500/2024, por los recursos interpuestos por EMSOR, S.L. y FUJIFILM HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., contra los pliegos que rigen la adjudicación del contrato del “Acuerdo Marco para el suministro, respetuoso con el medio ambiente, de equipos de mamografía para varias comunidades autónomas y centros del INGESA”, con expediente AM 2023/141, en relación con los lotes 9 y 10. Ambas empresas impugnaban la cláusula 2.2 del PPT, por la cual se exige que los documentos acreditativos de la colocación del marcado CE en los productos ofertados estén vigentes al tiempo de licitación. Según lo expresado por las recurrentes, exigir el marcado CE al tiempo de la presentación de las ofertas limitaba la concurrencia, pues no se permite así la participación de las empresas que están gestionando la obtención del certificado CE, y solicitaban que se diera por válido la presentación de una declaración responsable del fabricante.

Se indicó en las alegaciones de dicho recurso que al exigir la vigencia del marcado CE al tiempo de la licitación, se garantizaba la igualdad entre todos los licitadores en el cumplimiento de los Pliegos al verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos a los mismos, además, los acuerdos marco tramitados por el INGESA tienen por objeto la selección de suministradores, así como la fijación de las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministros basados. Literalmente se señaló que “El INGESA es el competente para determinar los equipos que cumplen con las prescripciones técnicas



establecidas y no las Administraciones adheridas, motivo por el cual el cumplimiento de cualquier requisito requerido como obligatorio debe darse en el momento de la licitación del acuerdo marco”.

Y se añadía también que:

“Se debe tener la certeza de que el producto ofertado cumple con la regulación existente y no es admisible una oferta de un producto que, a fecha de realizar la oferta en la licitación, no haya demostrado que ha realizado el correspondiente registro de comercialización en el territorio español con su marcado CE, distintivo donde el fabricante indica que un producto es conforme con los requisitos aplicables establecidos en el Reglamento y otra legislación de armonización de la Unión aplicable donde se prevea su colocación.

Por ello, se dice que se busca la mayor concurrencia posible de licitadores, pero siempre con la salvaguarda del cumplimiento de la normativa sanitaria y de los requisitos técnicos determinados en los pliegos especificados por los expertos, dado el carácter técnico del objeto del acuerdo marco”.

Además, concluía el Tribunal estableciendo que: “El derecho a concurrir a una licitación pública no es un derecho absoluto, y las empresas que así lo desean deben respetar y cumplir con los requisitos técnicos que exigen las Administraciones Públicas, sin más límite en esta exigencia que la de no discriminar”.

En conclusión, en los dos informes elevados por el órgano de contratación se suplica la desestimación de los recursos y la confirmación de la legalidad de los acuerdos de exclusión de las recurrentes de los lotes 9 y 10, por incumplimiento de los requisitos básicos recogidos en el PPT en base a los diversos informes técnicos que motivan y justifican debidamente dichas exclusiones.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, conviene, en este punto, traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas como posible causa de exclusión de la proposición de un licitador, reflejada, entre otras muchas, en la resolución 1145/2017, de 1 de diciembre, y citada posteriormente en la nº 1960/2021, de 29 de diciembre (citadas en la nº 844/2024, de 4 de julio):



“Quinto. Para resolver la cuestión planteada en el presente recurso procede traer a colación el artículo 145.1 del TRLCSP que establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, mención al pliego de condiciones particulares que se extiende al pliego de descripciones técnicas (Resoluciones 4/2011, de 19 de enero, 535/2013, 22 de noviembre). También señalamos, en la Resolución 250/2013, de 4 de julio, que “una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato (...) sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012, 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)”.

En consecuencia, es exigible que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica al contenido del pliego de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, sin que sea necesario que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al pliego de prescripciones técnicas (entre otras Resoluciones 548/2013, 29 noviembre, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, 763/2014, de 15 de octubre).

Igualmente señalamos que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, está expresamente recogida en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por tanto, es innegable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones



previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta” (Resolución 551/2014 de 18 de julio).

En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.

Pero también señalamos que “debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP.

En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: <>. En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación” (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que “no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato” (Resolución 815/2014, de 31 de octubre).

A ello añadiremos que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, el artículo 145.1 del TRLCSP, dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o



reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación.

Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado, el incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.

En fin, procede traer a colación nuestras resoluciones números 715/2015, de 24 de julio, 734/2015, de 30 de julio, 570/2015 de 12 de junio, y 863/2015, de 25 de septiembre, que aun referido a un ámbito no regulado por el TRLCSP y respecto de la previsión – permitida en ese régimen contractual pero no en el del TRLCSP– de un trámite procedimental de verificación de la conformidad con los pliegos de las ofertas después de valoradas éstas, si pone de manifiesto la especial transcendencia de una declaración de incompatibilidad con los pliegos posterior a la valoración no solo técnica sino económica de las ofertas.

Allí dijimos que en tales caso se exige revisar con especial atención las decisiones adoptadas por el órgano de contratación, pues, en tal caso, la exclusión del licitador en



esta fase del procedimiento habrá de ser debida a elementos absolutamente objetivos y claramente definidos en los pliegos, sin que quepa ya efectuar juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores, pues una vez efectuada la apertura de ambos sobres y una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor, solo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, ésta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 151 del TRLCSP y en el artículo 30 del Real Decreto 817/2009 y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre concurrencia”.

A todo lo anterior, es obligado añadir que la controversia suscitada se desenvuelve en un ámbito eminentemente marcado por la discrecionalidad técnica. Al efecto, cabe citar, entre muchas otras, la resolución 268/2020, de 27 de febrero de 2020 que, por remisión a la Resolución 86/2014, de 15 de abril de 2014, declaró lo siguiente:

“El principio de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración encargados de evaluar las ofertas de los licitadores ha sido acogido por este Tribunal en numerosas resoluciones, donde se ha hecho mención a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 señala que la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación” y: “En aplicación de dicha doctrina de la discrecionalidad técnica, únicamente cabe revisar las valoraciones técnicas efectuadas por la Administración en caso de que se acredite que las mismas incurren en error manifiesto, arbitrariedad o defecto grave del procedimiento”.

Séptimo. Precisado lo anterior, las dos empresas recurrentes ya fueron advertidas y se les requirió para la subsanación de sus ofertas en los siguientes extremos:



- La Declaración de Conformidad del fabricante donde se identifique de modo individualizado que incorpora el sistema de biopsia guiado por imagen mamográfica con contraste y se incluya el código GMDN 36513.
- Carta de conformidad del Organismo Notificado donde se demuestre que los productos ofertados están cubiertos por el Certificado CE correspondiente.

Estas exigencias viene impuestas en el apartado 3.2.4 del PPT referido a la documentación técnica de las licidoras con el siguiente tenor literal:

“La oferta que se presente deberá aportar la siguiente documentación, numerada y ordenada tal como se detalla a continuación. Se aportará un índice donde figuren los apartados correspondientes, indicando el nombre del archivo o archivos que contienen la documentación de cada apartado:

1. Oferta técnica presentada al Lote con las correspondientes variantes. Con una extensión no superior a 80 páginas, e incluyendo una página resumen con la enumeración de los elementos incluidos. Se acompañará del Anexo de información complementaria del equipo que figura al final del presente pliego, debidamente cumplimentado y firmado. Si el licitador desea incorporar alguna información a mayores, deberá reflejarlo claramente y lo hará al final del documento.

2. Los documentos acreditativos del cumplimiento de normativa de los equipos, sus funcionalidades y elementos, indicados en el apartado 2 de este pliego.

3. La Declaración Responsable recogida en el Anexo IX del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares debidamente cumplimentada y firmada. En caso de que alguna especificación técnica pueda no corresponderse exactamente con su valor real (una vez instalado el equipo), en el apartado correspondiente de la Declaración Responsable deberá señalarse su valor con el margen de tolerancia establecido (en \pm porcentaje). Las diferentes especificaciones (medidas, valores...) que se solicitan del equipo en la Declaración Responsable deben facilitarse en las unidades que se indican. Estas especificaciones técnicas deberán corresponder con las características que el equipo presentará una vez instalado.



4. *Hoja de datos técnicos (Product Data) del equipo ofertado, certificación de vida útil estimada y documentación con las especificaciones técnicas suficiente para poder comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el presente pliego de prescripciones técnicas.*
5. *Modelo de protocolo para la prueba de aceptación técnica, que incluirá la lista de pruebas de control de calidad para la aceptación del equipo.*
6. *Programa de formación de personal a efectuar en fecha posterior a la entrega de los equipos.*
7. *Plazo de garantía de los equipos incluidos y número y alcance de las revisiones preventivas.*
8. *Documento de requerimientos de instalación. Información técnica detallada de las necesidades para la instalación del equipo. El licitador incluirá en su oferta un plano con la superficie mínima que se requiere para instalar el equipo, incluyendo en dicha superficie el espacio necesario para circulaciones de pacientes, profesionales, tareas de mantenimientos, movimientos de la máquina, accesorios, etc. Elementos no detallados como necesarios en este apartado serán considerados incluidos en la oferta con cargo al adjudicatario. Este documento contendrá también los requerimientos de conexión a los sistemas hospitalarios y de gestión de información dosimétrica.*
9. *Cronograma que incluya al menos el plazo de entrega del equipo, y el tiempo necesario para su instalación.*
10. *Modelo de Contrato de Mantenimiento una vez finalizado el período de garantía. Describir detalladamente las diferentes modalidades posibles indicando sus coberturas y precios.*
11. *Localidad, dirección y teléfono del Servicio Técnico en cada comunidad, detallando personal técnico y cualificación profesional, así como el resto de la organización del servicio técnico en el ámbito nacional.*



12. *Documentación requerida en el apartado 3.4.3.2. Condiciones de suministro. Compromiso de tiempo de suministro de repuestos. Manuales de instalación, de uso y de mantenimiento técnicos. Programa de asistencia técnica en la puesta en marcha del equipo. Listado valorado y codificado de todos los accesorios y fungible que utiliza y requiere el sistema, así como la frecuencia de reposición.*

13. *Otras informaciones. Cuanta información el licitador estime de interés para realizar una correcta valoración del alcance y contenido de su oferta según los criterios establecidos en el presente pliego.*

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”.

El incumplimiento de las prescripciones técnicas han sido evaluadas en los informes técnicos emitidos y así se colige:

Para las ofertas en los lotes 9 y 10 de EMSOR, S.L., los técnicos tras recibir las aclaraciones solicitadas en el requerimiento de subsanación concluyen:

“Según las aclaraciones presentadas por la empresa EMSOR S.L.: “El procedimiento de localización por imagen mamográfica con contraste se realiza gracias a las imágenes co-registradas de CEM que permiten adquirir bajo la misma compresión la mamografía con contraste y la tomosíntesis para posteriormente, mediante el uso de la pala de compresión perforada con rejilla alfanumérica, identificar el área con relevancia clínica a biopsiar.

Según se describe en la información aportada no es un sistema de estereotaxia 2D sobre imágenes sustraídas. El procedimiento que describen incluye la realización de una mamografía con contraste + tomosíntesis en la misma compresión (para aproximar la profundidad de la lesión) y posteriormente, mediante una pala de compresión perforada, marcada con una rejilla alfanumérica; calcular la posición de la lesión en los ejes X e Y. Este sistema es manual y no alcanza la seguridad y precisión de la biopsia mediante sistema de estereotaxia 2D por lo que no cumple los criterios 61 y 67 para este tipo de biopsia.



En conclusión, la empresa Emsor S.L., queda excluida de los lotes 9 y 10 por no cumplir las especificaciones técnicas mínimas solicitadas en el Pliego Técnico”.

En lo que respecta a la otra recurrente, SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U., el mismo informe técnico afirma:

“La empresa Siemens Healthcare S.L.U., según la Declaración Responsable entregada, indica que “en el mamógrafo Mammomat B.Brilliant ofertado la herramienta CEM Biopsy no está todavía comercializada”, es decir, no dispone de la técnica de estereotaxia por contraste en el momento actual. Por tanto, queda excluida de los lotes 9 y 10 por no cumplir las especificaciones técnicas mínimas solicitadas en el Pliego Técnico”.

Además, forma parte del expediente un informe técnico complementario de 21 de junio de 2024, sobre el cumplimiento de las características técnicas en el apartado 3.4.2 del PPT de los lotes 9 y 10 y en concreto para SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U., matiza que:

“La empresa Siemens oferta el equipo MAMMOMAT B.brilliant. En el documento aportado como DATASHEET indica que es una Plataforma de Mamografía Digital para cribado y diagnóstico con un ángulo amplio de Tomosíntesis 50°, Biopsia y opción TiCEM (Contraste de titanio mejorado).

En las páginas 5 y 16 describe el Sistema TiCEM que permite la mamografía por contraste, pero no indica la posibilidad de realizar biopsia guiada por imagen con contraste. En las páginas 5 y 15 describe el sistema de biopsia, donde indica la posibilidad de realizar biopsia guiada por tomosíntesis, pero no indica la posibilidad de realizar biopsia guiada por imagen con contraste.

El sistema descrito, no incluye el sistema de la biopsia guiada por imagen con contraste, por lo que incumple los puntos 58 y 59 del pliego de prescripciones técnicas.

Por tanto, el equipo ofertado no cumple las especificaciones técnicas mínimas solicitadas en el Pliego Técnico”.



Ante la claridad de estos informes técnicos, este Tribunal no puede trasladar la discrecionalidad técnica por juicios de legalidad, pues en efecto, se detectan incumplimientos palmarios de las características técnicas en ambas recurrentes en sus ofertas para los lotes 9 y 10, sin que además pueda apreciarse indefensión, -maxime cuando se les concedió el plazo de tres días hábiles para aclarar sus ofertas técnicas.-, ni falta de motivación o arbitrariedad en la decisión de exclusión pues viene avaladas por dichos informes técnicos.

Como se ha explicado más arriba, ningún reproche puede efectuarse a la conducta del órgano de contratación, quien se atuvo, en los diferentes trámites, a lo dispuesto efectivamente en los pliegos velando -en todo momento- por su cumplimiento, y quien ha ofrecido una explicación razonada de los motivos por los cuales las proposiciones técnicas de las recurrentes no satisfacen las características mínimas requeridas. Los dos informes técnicos emitidos, respectivamente el 17 de junio y el 21 de junio de 2024, sobre el cumplimiento de las ofertas del PPT de las excluidas, ahora recurrentes, fueron emitidos por dos grupos de expertos, formados, el primero, por la Jefa de Servicio de Radiofísica y Protección Radiológica del Hospital Universitario de Toledo, la Jefa de Servicio de Radiología del Hospital Universitario de Fuenlabrada, el Jefe de Servicio de Radiofísica y Protección Radiológica Hospital Clínico Virgen de la Arrixaca y un miembro del servicio de Física Médica del Hospital Universitario de la Princesa; y el segundo por la Jefa de Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Universitario La Princesa de Madrid, el Jefe de Servicio de Radiofísica y Protección Radiológica del Hospital Universitario Clínico San Carlos, el Jefe de Servicio de Radiología del Hospital Universitario 12 de Octubre y el exJefe del Área de Diagnóstico por la Imagen del Hospital Universitario Fundación Alcorcón. Todos ellos especialistas del máximo nivel, no sólo por su cualificación académica y profesional, sino también porque utilizan y comprueban diariamente en sus respectivos hospitales el funcionamiento de este tipo de máquinas y las exigencias técnicas que deben tener para realizar de manera óptima este tipo de pruebas que exigen un diagnóstico muy preciso y certero, dadas sus implicaciones y consecuencias. Con ello, ha quedado, además, garantizado plenamente, a juicio del Tribunal, la objetividad en la emisión de los informes técnicos y el acierto en sus conclusiones.

Es evidente, por lo tanto, que los recursos interpuestos deben decaer.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. Sergio Sánchez de Torres en representación de EMSOR, S.L. y D^a. M^a. Ángela Marcos Senovilla en representación de SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U., contra las exclusiones de sus ofertas de los lotes 9 y 10 del procedimiento “*Acuerdo Marco para el suministro, respetuoso con el medio ambiente, de equipos de mamografía para varias comunidades autónomas y centros del INGESA*”, con expediente AM 2023/141, convocado por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA); por ser dichas exclusiones conformes a Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, en relación con los lotes 9 y 10, de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1. letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES