



Recurso nº 906/2017 C.A. del Principado de Asturias 48/2017

Resolución nº 936/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 19 de octubre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D.G.C.B., en nombre y representación de FUJIFILM EUROPA GMBH, Sucursal España, contra la Resolución de Adjudicación del expediente SC/67-16, para la contratación del suministro de cuatro mamógrafos digitales con tomosíntesis para las Áreas Sanitarias I, III, V y VIII, mediante procedimiento abierto y trámite de urgencia, de fecha 18 de agosto de 2017, dictada por el Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución del Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de fecha 14 de marzo de 2017, se inicia el expediente para la contratación de cuatro mamógrafos con dispositivo de adquisición de imagen digital directa, sistema de procesamiento y visualización de imágenes y accesorios para la realización de estudios mamográficos 2D, dos de ellos incorporando sistema de tomosíntesis y otros dos con tomosíntesis y dispositivo de estereotaxia, con destino a los siguientes centros del Servicio de Salud del Principado de Asturias: Área Sanitaria 1-Hospital de Jarrio, Área Sanitaria 111-Hospital San Agustín, Área Sanitaria V-Hospital de Cabueñes y Área Sanitaria VIII-Hospital del Valle del Nalón dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias y se aprueba el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Segundo. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) fue informado favorablemente por el Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias



en fecha 22 de marzo de 2017 y aprobado por Resolución del Director Gerente del Servicio de Salud de fecha 30 de marzo de 2017.

Tercero. El día 5 de abril de 2017 el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias autoriza la celebración del contrato del suministro de esos cuatro mamógrafos digitales y el correspondiente gasto por importe de 990.000,00 € (IVA excluido) a lo que habría que añadir la cantidad de 207.900,00 € de IVA, lo que supone un importe total de 1.197.900,00 € (IVA incluido).

Cuarto. El 5 de julio de 2017, se constituye la mesa de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas, para proceder a la apertura y examen de la documentación administrativa correspondiente al sobre nº 1, presentada por las dos únicas empresas concurrentes en la licitación, como son: la actual recurrente FUJIFILM EUROPE GMBH, Sucursal España (en adelante, FUJIFILM) y la empresa que finalmente resultó adjudicataria del mismo, EMSOR S.A.

Quinto. El día 12 de julio de 2016 se reúne de nuevo la Mesa de Contratación a fin de proceder a la comprobación de la documentación requerida a las empresas, se consideran subsanados los defectos advertidos en la documentación del sobre nº 1, y a continuación se procede a la apertura del sobre nº 2, correspondiente a la oferta económica y documentación técnica con el siguiente resultado:

EMPRESAS	LOTES	Descripción	Precio total licitación lote sIVA	Oferta económ. total lote sIVA
EMSOR, S.A.	1	Mamógrafo digital con tomosíntesis	470.000	448.120
EMSOR, S.A.	2	Mamógrafo digital con tomosíntesis y dispositivo de estereotaxia	520.000	500.800



FUJIFILM EUROPE GmbH, Sucursal en España	1	Mamógrafo digital con tomosíntesis	470.000	360.000
FUJIFILM EUROPE GmbH, Sucursal en España	2	Mamógrafo digital con tomosíntesis y dispositivo de estereotaxia	520.000	420.000

De la documentación técnica se dió traslado a la Comisión Técnica correspondiente para su valoración.

Sexto. El 24 de julio de 2017, la mesa de contratación procedió al análisis del informe técnico y económico relativo a los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas, únicos existentes como criterios de adjudicación en el pliego. La puntuación obtenida por las empresas es la siguiente:

LOTE 1. Mamógrafo digital con tomosíntesis:

Empresa	Oferta Técnica	Oferta Económica	Puntuación
Emsor S.A	35,36	55	90,36
Fujifilm Europa GmbH	23,78	0	23,78

LOTE 2. Mamógrafo digital con tomosíntesis y dispositivo de estereotaxia:

Empresa	Oferta Técnica	Oferta Económica	Puntuación
Emsor S.A	40,36	50	90,36
Fujifilm Europa GmbH	28,78	0	28,78

De todo lo anterior, resulta que la empresa EMSOR, S.A, formuló la oferta más ventajosa para la Administración, por lo que se elevó al órgano de contratación propuesta de adjudicación a favor de ella por un importe de 948.920,00 € sin IVA.



Séptimo. El órgano de contratación, -el Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias-, a la vista de la propuesta de la mesa y de conformidad con el criterio establecido por el órgano técnico constituido al efecto para examinar las ofertas presentadas por los licitadores, finalmente, dicta la Resolución de adjudicación el 18 de agosto de 2017.

Octavo. Con fecha 6 de septiembre de 2017, el representante de la empresa FUJIFILM, interpone ante este Tribunal, recurso especial contra el acuerdo de adjudicación a la empresa EMSOR S.A.

Noveno. Se ha recabado el correspondiente Informe del órgano de contratación, quien lo emite en fecha de 11 de septiembre de 2017.

Décimo. El día 22 de septiembre de 2017, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución manteniendo como medida cautelar la suspensión del procedimiento de licitación, al tratarse de un recurso contra un acuerdo de adjudicación, con base en los arts. 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias publicado en el BOE el día 28 de octubre de 2013.

Segundo. El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de Adjudicación adoptada por el órgano de contratación, lo supone un acto objeto de recurso especial en relación con un contrato sujeto a regulación armonizada, por lo tanto susceptible del recurso al amparo del artículo 40. 1, a) del TRLCSP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto por persona legitimada al tratarse de una persona jurídica, licitadora en ese contrato, que finalmente no resulta adjudicataria del mismo, en virtud del acuerdo que ahora impugna y por lo tanto, persona *“cuyos derechos e intereses*



legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Cuarto. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles desde la notificación al interesado del acto o acuerdo recurrido, o desde su publicación, de acuerdo con el artículo 44, 2 y 151, 4 del TRLCSP. En el mismo sentido cabe citar el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

En el caso, la Resolución de adjudicación que se recurre se notificó a FUJIFILM por correo el 22 de agosto de 2017, siendo la fecha de interposición la de 6 de septiembre de 2017, por lo que se encuentra interpuesto en plazo.

Quinto. La entidad recurrente interpone el presente recurso invocando para ello la existencia de irregularidades y errores en el informe técnico que sirvió de base para la propuesta y la posterior resolución de adjudicación de este contrato, como resultado de la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor de la presente licitación, según manifiesta, por lo que considera que debe anularse la resolución impugnada, corrigiendo los errores denunciados, de forma que la adjudicación se produzca a favor del licitador que hubiese presentado la oferta económicamente más ventajosa, siendo éste la mercantil recurrente.

Considera que, al establecer un umbral mínimo en el PCAP se impone a los licitadores la obligación de superar un determinado nivel de calidad superior a la obtenida con el cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas exigidas. Asimismo, alega que esa configuración permitió que un único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor, con un peso de 16 puntos dentro del total de puntuación a repartir, e incluido dentro de la discrecionalidad técnica, se transforme en una verdadera prescripción técnica.



Por último, en la última parte del recurso, la recurrente expone la puntuación que le fue asignada por la mesa de contratación en el presente procedimiento y la que considera, le corresponde, solicitando de este Tribunal que anule esas valoraciones y vuelvan a valorarse.

Sexto. Según consta en el PCAP, el objeto del contrato es *“la adquisición de cuatro Mamógrafos con dispositivo de adquisición de imagen digital directa, sistema de procesamiento y visualización de imágenes y accesorios para la realización de estudios mamográficos 2D, dos de ellos incorporando sistema de tomosíntesis y otros dos con tomosíntesis y dispositivo de estereotaxia”*, con destino a los siguientes centros del Servicio de Salud del Principado de Asturias: Área Sanitaria 1 Hospital de Jarrio, Área Sanitaria 111 Hospital San Agustín, Área Sanitaria V Hospital de Cabuelies y Área Sanitaria VIII Hospital del Valle del Nalón.

El objeto se configura como uno de los elementos objetivos fundamentales del contrato, junto con el precio, si bien, se deja en libertad al órgano de contratación para establecer el que tenga por conveniente, cumpliendo las exigencias de la definición previa de las necesidades a satisfacer, (ex art. 1 del TRLCSP), así como su determinación (art. 86.1 del TRLCSP). Como cuestión de forma, al estar dentro del PCAP, resulta necesaria la publicidad de éste, para asegurar el suficiente conocimiento de su contenido por todos los eventuales licitadores, por lo que puede añadirse también el requisito de la publicidad. Cumpliendo estas disposiciones, el objeto del contrato queda delimitado y vincula tanto a los licitadores como al órgano de contratación, en toda la extensión en que éste ha sido definido.

En este caso, el objeto del contrato es la adquisición de cuatro aparatos de mamografías con todas las características que menciona el pliego, especificando que *“dos de ellos incorporando sistema de tomosíntesis y otros dos con tomosíntesis y dispositivo de estereotaxia”*. Como vemos, el pliego concede una especial importancia al hecho de que los aparatos de mamografías que se adquieran, cuenten con sistema de tomosíntesis, siendo uno de los elementos más importantes de los aparatos contratados, puesto que se considera la tomosíntesis como *“una tecnología fundamental y principal para elevar la*



capacidad diagnóstica de cáncer de mama, y con objeto de alcanzar una calidad adecuada, se determina un umbral técnico que se sitúa en el 50% de los puntos sobre dicho criterio de tal forma que no se procederá a considerar las ofertas económicas de aquellas ofertas técnicas que no obtengan una puntuación igual o superior a 8 puntos.

A modo de aclaración, y siendo los hospitales destinatarios de los equipos centros de referencia en sus respectivas áreas sanitarias, en los casos en que el equipo ofertado disponga de dos modos de trabajo, solo se valorarán las características que correspondan al modo de mayor calidad diagnóstica.”

Por esta razón, el PCAP concede a las ofertas que se presenten un total de puntuación de 16 puntos, valorándolo de forma que incluso llega a establecer un umbral técnico, como es el de la mitad de esa puntuación, por lo que, como ya se ha señalado, solo se van a valorar las ofertas económicas de las empresas que hayan obtenido una puntuación de, al menos, 8 puntos.

Así, vemos que en la clausula 12 del PCAP, se contienen los criterios de adjudicación, donde se establecen como tales los siguientes:

a) Se parte del siguiente encabezamiento:

“Para la adjudicación del contrato se tendrán en cuenta, de acuerdo con lo establecido en el art. 150 del TRLCSP, los criterios y ponderación de los mismos que se indican a continuación.

Criterios evaluables de forma automática: máximo 100 puntos”.

Para el lote 1: Oferta económica: 55 puntos. Oferta técnica: 45 puntos. Total: 100 puntos.

Para el lote 2: Oferta económica: 50 puntos. Oferta técnica: 50 puntos. Total: 100 puntos”.

b) En la clausula 12. 1 se contiene la valoración de la oferta económica, donde se indica que: “Se otorgará la mayor puntuación a aquella oferta económica de menor importe, al que iguale el precio de licitación 0 puntos y al resto, de forma proporcional según la siguiente fórmula:

Puntuación = 55 o 50 (según lote) x Precio de licitación — Precio oferta a valorar



Precio licitación - Precio oferta más económica.”

c) En la clausula 12.2 aparece la valoración de la oferta técnica, donde se indica:
“Lote 1: máximo 45 puntos. Lote 2: máximo 50 puntos.”

d) Y, dentro de la clausula 12.2 aparecen los criterios de valoración de la oferta técnica, donde se encuentra el cuestionado por la recurrente, dentro de su apartado 12.2.7, como es el relativo a “Sistema de tomosíntesis. Hasta 16 puntos”, donde se establecen como criterios de valoración los siguientes:

“Se asignarán en este apartado hasta 16 puntos calificándolos de la siguiente manera:

- a) Movimiento del detector. Se otorgarán 1 puntos al equipo cuyo detector sigue el giro del arco y 0 puntos al equipo con detector estático.*
- b) Tiempo de barrido de tomosíntesis. Se asignarán 2 puntos al equipo con menor tiempo de barrido en el modo de trabajo con mayor calidad diagnóstica y el resto se repartirá de forma inversamente proporcional.*
- c) Tipo de barrido. Se asignarán 1 punto al equipo con tipo de barrido continuo y 0 puntos al equipo con barrido "step and shoot" (parada y disparo).*
- d) Tiempo necesario para la adquisición de un estudio completo de mamografía (2D+3D). Se asignarán 2 puntos al equipo que requiera un menor tiempo para la adquisición de un estudio completo de mamografía en el modo de trabajo con mayor calidad diagnóstica y el resto se repartirá de forma inversamente proporcional.*
- e) Aprobación por Organismos Internacionales y Programas de Validación Científica que validen la superioridad diagnóstica de la tomosíntesis (NHS, EUREF, FDA...) Se otorgarán 3 puntos al equipo que cuente con dichas aprobaciones en el modo de trabajo con mayor calidad diagnóstica y 0 puntos al que carezca de ellas. Aportar un mínimo de cinco estudios clínicos que acrediten esta circunstancia.*
- f) Dosis glandular media para una adquisición combinada (2D+3D) para una mama estándar de 5 cm. Se otorgarán 2 puntos al equipo que requiera menos dosis glandular en el modo de trabajo con mayor calidad diagnóstica y el resto se repartirá de forma inversamente proporcional. Solo se tendrán en consideración datos de dosis*



certificados o validados en publicaciones de reconocido prestigio. Deberá acreditar esta circunstancia.

g) Tiempo de reconstrucción para un espesor de mama comprimida de 50 mm. Se asignarán 2 puntos al equipo con menor tiempo de reconstrucción en el modo de trabajo con mayor calidad diagnóstica y el resto se repartirán de forma inversamente proporcional

h) Imagen 2D sintetizada generada a partir de los datos de tomosíntesis 3D. Se otorgarán 3 puntos al equipo que acredite validación por Organismos Internacionales y Programas de Validación Científica para sustituir a la mamografía digital convencional 2D. Aportar un mínimo de cinco estudios clínicos que acrediten esta circunstancia."

El recurrente señala en su escrito de recurso que del análisis del informe técnico que sirvió de base para la adjudicación de este contrato, se comprueba que la valoración de las ofertas se basó en consideraciones erróneas, añadiendo que: *"La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria pero tampoco puede ser matemática. (...)"* Y continúa en su escrito con alegaciones sobre los criterios dependientes de juicio de valor, la admisión de éstos y su valoración.

Pero es más, centrando la cuestión en el criterio de valoración por cuya falta de puntuación quedó excluido el recurrente, el contenido en la cláusula 12.2.7 del PCAP, señala que: *"(...) esta configuración permitió que un único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor, con un peso de 16 puntos dentro del total de puntuación a repartir, e incluido dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, se transforme en una verdadera prescripción técnica."*

Como vemos, el recurrente hace una referencia continua a la existencia de juicios de valor como criterios de adjudicación de este contrato y considera que la existencia de un umbral mínimo en la valoración de esos criterios *"impone a los licitadores la obligación de superar un determinado nivel de calidad superior a la obtenida con el cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas exigidas"*. En apoyo de sus alegaciones, invoca el Acuerdo 5/2015 y 34/2015 de 18 de marzo, del Tribunal Administrativo de



Contratos Públicos de Aragón, así como la Resolución 28/2016, de 15 de marzo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco.

En efecto, como se recoge en las Resoluciones invocadas, la existencia de un umbral mínimo que sirva para valorar los criterios de adjudicación puede dar lugar a que no se comparen en condiciones de igualdad las ofertas presentadas (especialmente en casos de equipamientos tecnológicos y cuando existan solo dos ofertas de dos empresas licitadoras, -caso contemplado en el Acuerdo del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón 5/2015-) y con ello, puede producir la exclusión de uno de los licitadores, con infracción del principio de libre competencia. Pero, este efecto solo se predica del caso de que se den determinadas circunstancias y solo cuando existan criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa o juicio de valor, no así en el caso de que se apliquen únicamente criterios de adjudicación automáticos.

En este sentido, el artículo 86 del TRLCSP indica que en los PCAP del contrato se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, y a continuación enuncia una lista abierta de criterios (el precio, fórmulas de revisión, plazo de ejecución o entrega, calidad, rentabilidad, valor técnico, mantenimiento, características estéticas o funcionales). Estos criterios, deben permitir la selección mediante la comparación objetiva de las ofertas recibidas, se deben plasmar en los pliegos por orden decreciente de importancia en función de la ponderación que se les atribuya, de acuerdo con el artículo 67.2.i) RGLCAP, en el cual, entre las determinaciones que conforman el contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluye los *“criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia, y su ponderación”*. Las condiciones que deben cumplir estos criterios son las contenidas dentro de los arts. 150 y 151 del TRLCSP, donde se establece que resulta necesario que estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por los licitadores y que se apliquen por igual a todos ellos, de modo que, en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado. Así, el art. 150, 1 del TRLCSP establece lo siguiente: *“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato,*



tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”.

Por su parte, el art. 150.2 del TRLCSP prevé que “*Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo*”.

Por otro lado, el artículo 115.2 del TRLCSP establece que “*En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo*”. Respecto de los licitadores, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que: “*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*”.

Respecto de su elección, es el órgano de contratación quien tiene amplias facultades para la elección, siempre motivada, de los criterios de adjudicación con el objetivo último de elegir la oferta económicamente más ventajosa y con ello satisfacer el interés público que se trata de conseguir.



Si bien la determinación de esos criterios corresponde al órgano de contratación, la valoración de los mismos es de la mesa de contratación, según el artículo 22.1.e) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, -por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público-, en el caso de que se trate de los procedimientos abiertos de licitación, como es el caso, de acuerdo con los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (hoy artículos 150 y 151 del TRLCSP).

Así pues, los criterios de valoración que determinen la adjudicación de un contrato, elegidos libremente por el órgano de contratación y valorados, también libremente por la mesa de contratación, pero todo ello siempre de forma motivada, deben cumplir las exigencias legales contenidas anteriormente y aparecer incluidos dentro del PCAP, que habrá sido previamente objeto de la correspondiente y obligatoria publicidad. La necesaria vinculación con el objeto del contrato del art. 150, 1 del TRLCSP, ya pone de manifiesto que el objeto del contrato, en los términos en los que éste haya sido definido en el pliego, delimita cuáles van a ser los criterios de valoración que sirvan de base para adjudicar ese contrato, por lo que la forma en la que se defina su objeto marca luego la forma en la que se van a valorar las ofertas que se presenten y la selección de la que resulte más ajustada con el mismo.

En el caso, a la vista de la delimitación que hace el pliego del objeto del contrato, este Tribunal considera que la mayor ponderación del criterio de valoración de la cláusula 12. 2. 7 establecida en el PCAP respeta lo previsto en el artículo 150.2 del TRLCSP, que otorga preponderancia a los criterios que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos; y que la obligación de disponer del sistema de tomosíntesis en los términos contenidos dentro de la cláusula en cuestión, constituye un requisito que deben cumplir los licitadores con carácter previo a la adjudicación y que es evaluado conforme a criterios objetivos, delimitados por el mismo objeto del contrato, por lo que estando sujetos a una fórmula matemática, en la que todos los elementos se encuentran perfectamente reglados y resumidos en la fórmula a aplicar, este método de valoración anula el margen de discrecionalidad técnica que, por contraposición, resta al órgano de contratación en la evaluación sujeta a un juicio de



valor. **Juicio de valor que, como ya hemos visto, no existe en el caso, puesto que solo se han incluido dentro del pliego criterios matemáticos**, lo que excluye en este caso, cualquier eventual ponderación que de un juicio de discrecionalidad técnica que pudiera hacerse.

Séptimo. Por lo que respecta a la alegación de la recurrente de que la atribución de una puntuación de 8 puntos, aplicando el umbral mínimo técnico establecido en el pliego del 50% de la puntuación total de 16, pueda ser desproporcionada o arbitraria, debemos señalar que, para determinar esta cuestión, hay que tener en cuenta el total de la valoración, en relación con la baremación que se le atribuye a este criterio y la importancia del mismo según el pliego.

Así, la valoración máxima de la oferta técnica se fija, según el pliego, en lo siguiente: *“Para el lote 1: Oferta económica: 55 puntos. Oferta técnica: 45 puntos. Total: 100 puntos. Para el lote 2: Oferta económica: 50 puntos. Oferta técnica: 50 puntos. Total: 100 puntos”*.

Respecto de la asignación que hace el pliego de 16 puntos, en relación con la valoración total de 45 puntos para el lote 1 y de 50 puntos, para el lote 2, teniendo en cuenta que hay 11 criterios técnicos a valorar, supone que el porcentaje de valoración del contenido en el punto 12. 2. 7, es de un 35% respecto del total, en el lote 1 y de un 32% del total, en el lote 2. Como vemos, en ambos casos, la importancia ponderada de este criterio es de casi una tercera parte del total, lo que exige averiguar si esa valoración se puede considerar exagerada por desproporcionada o no.

Según lo dispuesto en el pliego, el objeto del contrato de encuentra delimitado por la adquisición de cuatro aparatos de mamografía, *“con dispositivo de adquisición de imagen digital directa, sistema de procesamiento y visualización de imágenes y accesorios para la realización de estudios mamográficos 2D, dos de ellos incorporando sistema de tomosíntesis y otros dos con tomosíntesis y dispositivo de estereotaxia”*, de manera que lo que aparece como requisito fundamental para la adquisición de estos equipos es que cuenten con ese sistema de tomosíntesis, hasta el punto de que, el mismo pliego, contiene una aclaración sobre el valor que se le da a este sistema, que viene

determinado por el hecho de que es, según allí se afirma: *“una tecnología fundamental y principal para elevar la capacidad diagnóstica de cáncer de mama”*. El contrato debe contener una definición previa de las necesidades a satisfacer, concretada en una correcta y completa configuración de su objeto, y una determinación exacta de los criterios que se van a utilizar para valorar las ofertas que se presenten para atender esas necesidades a satisfacer. Puesto que en este caso la principal necesidad de este contrato es la compra de mamógrafos que presenten la mayor capacidad de detección del cáncer de mama, podemos llegar a la conclusión de que se encuentra justificado que se conceda mayor puntuación a los equipos que presenten una mayor capacidad diagnóstica, lo que permite que se conceda una mayor baremación, incluso llegando a la tercera parte del total, al sistema de tomosíntesis como aquel que garantiza esa mayor capacidad de detección. Por ello, este Tribunal no considera que la baremación establecida en el pliego a este criterio resulte desproporcionada o injustificada.

Octavo. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien considera que se puede atribuir un peso específico a elementos secundarios o subcriterios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, siempre que se den determinadas condiciones.

Así, la STJUE de 24 de noviembre de 2005, (ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc, Asunto C-331/04), señaló que: *“El Derecho comunitario no se opone a que una Mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*

- *no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- *no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- *no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”.*

En el supuesto contemplado en la Sentencia anterior, la mesa de contratación establece “*ex post*” una distribución de la valoración a elementos o subcriterios, que constan en el pliego y forman parte de un criterio de adjudicación, cuando éste presenta una valoración en conjunto previamente establecida, considerando el Tribunal de Justicia que esta opción es válida, siempre que no modifique los criterios de adjudicación ya establecidos y publicados en el pliego, no contenga elementos que hayan podido influir en el momento previo de la preparación de las ofertas y no supongan un trato discriminatorio respecto de los licitadores.

Si, como hemos visto, tal posibilidad se admite en el caso de que se realice una distribución de un mayor peso de baremación a un elemento o subcriterio respecto de otro, después de la presentación de las ofertas, supeditado siempre a que se den la condiciones señaladas en la Sentencia, con mayor razón debemos admitir la posibilidad de que se permita dar una mayor baremación a un elemento que es por sí mismo un criterio de adjudicación y que ya aparece de forma previa a la presentación de las ofertas, puesto que ya ha sido incluido y publicado en el pliego, pliego que, por lo demás, no ha sido impugnado. Este último es el supuesto del caso que nos ocupa, por lo que este Tribunal se mantiene en la consideración de admitir la validez tanto de la ponderación contenida en el pliego, como de la valoración realizada con base en esa ponderación.

Noveno. Respecto del resto de alegaciones que realiza el recurrente en su recurso, FUJIFILM considera que la puntuación que se le ha asignado en la valoración realizada por la mesa de contratación, con base en el informe técnico elaborado al efecto, no es la correcta, sino que debe procederse a otra nueva por parte de este Tribunal.

Al respecto, debemos establecer una premisa fundamental, como es la de que las valoraciones de las ofertas realizadas por la mesa de contratación, con base en los dictámenes o informes técnicos elaborados “*ad hoc*” por órganos especializados no pueden ser sustituidas por las valoraciones que pueda hacer este Tribunal. Es decir, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Sin embargo, ello no significa que este



Tribunal no pueda entrar a analizar el resultado de estas valoraciones, sino que este análisis debe limitarse de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. Así resulta de la doctrina ya consolidada de este mismo Tribunal, dictada entre otras en la Resolución nº 197/2013, de 29 de mayo, donde se establece lo siguiente: *"Como bien es sabido y ha declarado este Tribunal (entre otras muchas, en las resoluciones 7/2011 y 269/2011) es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con 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 pueda 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 de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración".

Y, más recientemente, la Resolución nº 37/2017 de este mismo Tribunal, en la que se establece que: *"Los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias."*

En el presente caso, nos remitimos íntegramente al criterio establecido en las Resoluciones anteriores, máxime si, como aquí sucede, solo se han incorporado al pliego criterios de valoración automáticos, no sujetos a juicio de valor, lo que excluye cualquier posible interpretación por parte de la mesa de contratación, o, posteriormente, por parte del órgano de contratación, que pueda suponer una decisión viciada de arbitrariedad o discrecionalidad en la decisión de adjudicación que se adopte, que en estos casos solo exige el encaje de las ofertas presentadas, en la puntuación que pueda corresponder a cada una, siempre que, para asegurar el respeto a los principios de transparencia e igualdad de trato, esas puntuaciones hayan sido establecidas previamente en el pliego y conocidas por todos los licitadores. Así, si a la existencia de un determinado aspecto, elemento, posibilidad o funcionalidad de los aparatos objeto de este contrato, tratándose de un contrato de suministro de tecnología, se le da una determinada valoración por parte de la mesa de contratación, según la baremación establecida previamente por el órgano de contratación en el correspondiente PCAP, con base además, como es el caso, en el Informe técnico elaborado previamente para ello, por una comisión compuesta por personal con la suficiente cualificación técnica, este Tribunal no puede entrar a sustituir esa valoración por otra, sino que solo puede estar al contenido de la valoración realizada por la mesa.

En este sentido, en el Informe del órgano de contratación, remitido a este Tribunal, podemos comprobar que la elaboración del Informe técnico en el que se basó la adjudicación de este contrato, correspondió a la Comisión Técnica compuesta por: la Jefa del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital San Agustín de Avilés, el Jefe del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Universitario de Asturias, una representante del departamento de Física Médica y Protección Radiológica del Hospital Universitario de Asturias y un Facultativo Especialista de Área del Servicio de Radiodiagnósticos del Hospital San Agustín.

A la vista de esa composición, no parece que este Tribunal pueda albergar dudas sobre la cualificación técnica de los miembros del órgano en cuestión, a cuya decisión se ha de estar.



Además de la cualificación técnica de los miembros de ese órgano especializado, debemos señalar que, tanto en el aspecto de la competencia para determinar previamente los criterios de adjudicación y su valoración posterior, así como en el del procedimiento seguido, a tenor de lo contenido dentro del expediente remitido, este Tribunal considera que no se vió conculcado el presente procedimiento de licitación en ningún aspecto o trámite, siguiendo siempre el contenido establecido a este efecto en el PCAP, pliego que, por otra parte, no ha sido recurrido, constituyendo así la “*lex contractus*”, la cual no se ve vulnerada en este procedimiento.

Décimo. Finalmente, hay que insistir de nuevo en la importancia de la exigencia de la necesaria publicidad de los criterios de adjudicación, es decir, lo que debe garantizarse es que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (doctrina establecida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, Lianakis y otros, Asunto C-532/06). Como consecuencia de ello, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación relativas a los criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores, siendo éste el criterio recogido en diversas Resoluciones de este mismo Tribunal, como las Resoluciones 284/2011, de 23 de noviembre de 2011 o la número 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, donde se establece lo siguiente: “*Los criterios de adjudicación, al evaluar las ofertas, deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (STJCE de 4 de diciembre de 2003 [TJCE 2003, 403]). Debe recordarse que el principio de igualdad de trato de los participantes en una licitación, que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, significa, por una parte, que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora.*”

La previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como ha recordado Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un

procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”.

A la vista de todo lo anterior, puesto que se cumplen las exigencias de publicidad, procedimiento y competencia en el presente procedimiento de licitación, este Tribunal considera que no ha existido en el caso ninguna irregularidad o error en la valoración que ha servido de base para la adjudicación que ahora se recurre, por lo que debe proponerse la desestimación del presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso presentado por D.G.C.B., en nombre y representación de FUJIFILM EUROPA GMBH, Sucursal España, contra la Resolución de Adjudicación del expediente SC/67-16, para la contratación del suministro de cuatro mamógrafos digitales con tomosíntesis para las Áreas Sanitarias I, III, V y VIII, mediante procedimiento abierto y trámite de urgencia, de fecha 18 de agosto de 2017 dictada por el Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar adoptada mediante Resolución de este Tribunal el 22 de septiembre de 2017, conforme al art. 47.4 TRLCSP, con la consiguiente continuación del procedimiento, en los términos establecidos anteriormente.

Tercero. Declarar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 47. 5 del TRLCSP, no hay motivos para apreciar que haya existido en el caso mala fe o temeridad.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del



Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.