

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

En Madrid, a 4 de mayo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña I.D.L., en nombre y representación de Philips Ibérica, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, de fecha 4 de abril de 2016, por la que se adjudica el contrato de “Servicio de mantenimiento y soporte del sistema de planificación radioterápico (SPR), con destino al H.U. Puerta de Hierro de Majadahonda”, número de expediente: PA GCASE 2015-17, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 2, 7, 10 y 11 de diciembre de 2015, se publicó respectivamente en el DOUE, BOE, BOCM y en el Perfil de contratante del Hospital, la convocatoria para la contratación del servicio indicado, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 480.000 euros.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 1.1 definición del objeto del contrato, establece lo siguiente:

“El presente contrato tiene por objeto los servicios necesarios para el mantenimiento y soporte técnico del Sistema de Planificación Radioterápico, instalados en el servicio de Radiofísica del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, incluyendo las siguientes actividades:

1.1. Realización de tareas de mantenimiento de carácter correctivo y perfectivo, según las indicaciones del servicio de Radiofísica.

1.2. Realización de tareas de mantenimiento de carácter adaptativo y evolutivo mediante la modificación de las aplicaciones señaladas en el PPT.

1.3. Otras tareas de mantenimiento que pudieran surgir y que estén relacionadas con las anteriores”.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) especifica en su apartado 2 el alcance de los trabajos a realizar, incluyendo entre otros, los siguientes aspectos:

“2.1.3. Mantenimiento adaptativo

Incorporación de LOS DESARROLLOS QUE SE VAYAN PRODUCIENDO ACORDES CON LAS APLICACIONES DEL SPR OBJETO DEL CONCURSO.

2.1.4. Mantenimiento evolutivo

Incorporación de los DESARROLLOS QUE SE VAYAN PRODUCIENDO ACORDES CON LAS APLICACIONES DEL SPR OBJETO DEL CONCURSO.

En concreto el licitador se compromete a:

1.- Garantizar que las prestaciones tecnológicas estén actualizadas al estado del arte y que no se encuentren limitadas por nuevas plataformas o desarrollos coyunturales del fabricante, que supongan cambios que impidan nuevas actualizaciones de las prestaciones definidas en el contrato de compra inicial del equipo, de forma que se garantice el tratamiento óptimo de los pacientes en cualquier momento.

2.- Incluir nuevas prestaciones y añadir nuevos sistemas que el fabricante considere necesarios, que cubran las inicialmente definidas en el contrato de compra y que complementen o compensen la obsolescencia, que pudiera haberse producido como consecuencia del tiempo transcurrido desde la adquisición del equipo o de la última actualización del SPR”.

Tercero.- A la licitación se presentaron tres empresas, Bilogía y Técnica de la Radiación, S.L. (Bioterra), Philips Ibérica, S.A.U. (Philips) y Elekta Médica, S.A.U.

Tras la realización de los trámites oportunos, con fecha 4 de abril de 2016, se dictó Resolución del Director Gerente del Hospital por la que se adjudica el contrato a la empresa Bioterra, S.L., habiendo sido excluidas de la licitación las otras dos empresas, por haberse considerado en el Informe Técnico que no cumplen las especificaciones del PPT, ya que en ambos casos, las licitadoras condicionan *“la aportación de nuevos desarrollos, actualmente existentes dentro de su cartera de productos, a dentro de tres años”*, en consecuencia no se han valorado sus proposiciones y han quedado excluidas del procedimiento.

La Resolución de adjudicación fue notificada con esa misma fecha a todos los licitadores.

Cuarto.- Con fecha 12 de abril de 2016, se recibe en el órgano de contratación escrito de anuncio de recurso especial en materia de contratación por parte de la empresa Philips. El día 20 de abril, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato.

El recurso alega en primer lugar la incorrecta exclusión de la empresa, *“el Informe Técnico afirma que esta sociedad “condiciona la aportación de nuevos desarrollos, actualmente existentes en su cartera de productos, a dentro de tres años” y que por tanto, llegan a la conclusión de que la oferta presentada por PHILIPS incumple con la especificación técnica solicitada en los apartados 2.1.3 y 2.1.4. del PPT indicadas, aspecto con el que esta sociedad no está de acuerdo”*.

Argumentan que, en base a las definiciones del PPT *“no se especifica ningún módulo determinado, los módulos de software que se ofrecen incorporar una vez renovado el contrato de mantenimiento tres (3) años más (Módulo de planificación inversa SmartArc (VMAT), Módulo de segmentación automática SPICE y Módulo de*

Software Auto-Planning) (en adelante los “Módulos”) no son solicitados en el PPT, por tanto, el hecho de que PHILIPS no presente en su oferta dichos Módulos desde el inicio del contrato, no puede ser en ningún caso considerado como un incumplimiento de los pliegos, ya que la oferta presentada por esta sociedad ofrece la adaptación de todas las actualizaciones a las aplicaciones presentadas a la oferta”.

En segundo lugar, sostiene la falta de aportación de la adjudicataria en su oferta de sus módulos más avanzados, considerando que, tras el examen del expediente se ha comprobado que *“Bioterra adjunta a su oferta el catálogo con los módulos que dispone actualmente (RayNavigator, RayBiology, RayDeformable, RayTracker, RayAdaptive y RayAutobreast), y que sin embargo, no incluye en su oferta. El hecho de no incluirlos no es valorado negativamente en el Informe Técnico y sin embargo el hecho de que PHILIPS no los incluya es causa de exclusión”.*

Además señala que *“El Informe Técnico, en la valoración de la “Oferta de Bioterra”, en el apartado 2 (“Mantenimiento Evolutivo”) epígrafe iv) indica que Bioterra “proporciona herramienta VMAT de forma inmediata sin firma de renovación”. Sin embargo, la oferta de Bioterra no incluye esta herramienta, por lo que esta sociedad no entiende cómo se ha podido valorar positivamente un aspecto que ni siquiera ha sido incluido por la adjudicataria en su oferta”.*

Por otro lado alega que ha incluido en su oferta *“el módulo de optimización y evaluación biológica P3BIO, no siendo este aspecto valorado positivamente”.*

Finalmente considera que se han aplicado criterios discriminatorios que impiden la igualdad de los licitadores por lo que solicita se anule la adjudicación del contrato y se retrotraigan las actuaciones para realizar un nuevo informe técnico y una nueva adjudicación.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el 22 de abril de 2016, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En dicho informe se opone a los motivos del recurso que se han expuesto por las razones que se especificarán al resolver sobre el fondo.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a la adjudicataria, única interesada en el procedimiento, al haber sido excluida la otra licitadora y no haber presentado recurso, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de la empresa Bioterra que en síntesis alega que el condicionamiento de la oferta de Philips supone un claro incumplimiento de los Pliegos porque los tres módulos ofertados condicionadamente constituyen evoluciones naturales existentes en el mercado de prestaciones con las que ya cuenta el sistema de planificación existente en el servicio y en consecuencia han de considerarse comprendidos en las exigencias del PPT. Respecto de la oferta de módulos avanzados por Bioterra que cuestiona la recurrente, argumenta que los módulos mencionados como no incluidos no son aplicaciones del SPR objeto del concurso y como tal no han de ser actualizados ya que no existen en la configuración actual del Hospital y no se demandan en ningún momento. Finalmente se refiere a la herramienta denominada licencia VMAT indicando que aunque la técnica VMAT no se encuentra dentro de las aplicaciones existentes del SPTR, se ha incluido como una evolución lógica de las técnicas existentes y la inclusión queda plasmada en la oferta del módulo rayOptimizer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Philips, para

interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* en cuanto ha sido excluida y pretende su admisión.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 4 de abril de 2016, practicada la notificación el mismo día e interpuesto el recurso el 20 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta fundamentalmente en determinar si la oferta de Philips ha sido correctamente considerada por el órgano de contratación y si la misma cumple los requisitos técnicos exigidos en el PPT.

Finalmente, procede analizar si la oferta de Bioterra ha sido valorada correctamente en cuanto a la aportación del software exigible de acuerdo con el PPT.

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 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone,

por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de servicio los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores de la prestación objeto de la contratación, y que por lo tanto implican unos mínimos que deben realizarse.

Las prescripciones técnicas, obligan en todas las fases del procedimiento y no solo al adjudicatario, constituyendo un presupuesto necesario para la admisión de las ofertas que se presenten a la licitación.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido, al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro o de los servicios, corresponde determinarlas al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Sentado lo anterior deben analizarse las distintas cuestiones planteadas por la recurrente.

1.- Cumplimiento de los apartados 2.1.3 y 2.1.4 del PPT en cuanto a la incorporación de los desarrollos que se vayan produciendo acordes con las aplicaciones del SPR objeto del concurso.

Mantiene la recurrente que, *“PHILIPS ha presentado una oferta que incluye todo lo solicitado por los pliegos, siendo incomprensible que el Informe Técnico excluya a esta sociedad por no incluir absolutamente todos los desarrollos presentes y futuros aunque estos no estén directamente relacionados con las aplicaciones presentadas en la oferta, no siendo esta circunstancia determinada y podría entenderse como una penalización para las empresas que inviertan más en desarrollo, perjudicándoles económicamente esta circunstancia y conllevando al desincentivo en la inversión.*

Por otro lado, el PPT solicita que las prestaciones tecnológicas estén actualizadas al estado del arte y que no se encuentren limitadas por desarrollos coyunturales del fabricante que impidan nuevas actualizaciones de las prestaciones definidas en el contrato de compra inicial. La no incorporación de los Módulos avanzados de PHILIPS no impide que las correspondientes actualizaciones se lleven a cabo de manera adecuada manteniendo cada una de las aplicaciones objeto del contrato al día. Por lo tanto, la exclusión de esta sociedad, a través de una valoración errónea realizada por el Informe Técnico, es completamente arbitraria, no estando en ningún caso justificada, ya que la oferta de PHILIPS cumple con cada uno de los requerimientos establecidos en los pliegos como se deduce de su Oferta Técnica”.

El órgano de contratación en su informe considera que el objeto del contrato-no sólo incluye las actividades propias de un servicio de mantenimiento, sino que también se incluyen las tareas de mantenimiento de carácter adaptativo y evolutivo de las aplicaciones. Afirma que, según la recurrente no se especifica ningún módulo determinado en el PPT y que dicha circunstancia debería haberse incluido en los pliegos pero tal y como señala el Jefe de Servicio de Radiofísica en su informe, la mención explícita de esos módulos en su oferta, sin que se especifique en los pliegos implica su conocimiento. A su vez señala el informe que todas las dudas que les hubieran surgido durante la fase de licitación, podrían haberse resuelto realizando consultas o bien recurriendo los pliegos si consideraban incorrecta o imprecisa su redacción.

En ese mismo sentido se pronuncia el Informe del Jefe de Servicio de Radiofísica y Protección Radiológica que se acompaña, señala que Philips excluye de forma explícita en su oferta los módulos VMAT, SPICE y el software Auto-planning. *“Hacer mención explícita de los mismos, sin que en el pliego de especificaciones lo hiciera, implica un conocimiento advertido de la importancia de la necesidad asistencial de estos módulos. Su no inclusión en la oferta y el posponerlos a dentro de tres años, obedece más a razones económicas que al desconocimiento de que fuesen solicitados”.*

Finalmente, añade el órgano de contratación que *“Sobre la posibilidad de diferir en el tiempo la oferta de diferentes módulos que están incluidos dentro del alcance de la prestación del contrato a la ejecución de la prórroga, se ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia, en su informe 5/2015, de 28 de Julio de 2015 en relación con un contrato de servicios de transporte de viajeros, en el que un licitador condiciona su oferta al otorgamiento de la prórroga, en dicho informe se concluye que no es posible aceptar la oferta que no respeta el contenido mínimo de los pliegos ya que podría alterar la situación de igualdad de los licitadores”.*

El Tribunal comprueba que efectivamente el PPT en tres de sus apartados, se refiere a la necesaria incorporación por el adjudicatario, de los desarrollos que se vayan produciendo acordes con las aplicaciones del SPR. Para detallar algo más qué supone la especificación anterior, el Pliego incluye que el licitador deberá garantizar que las prestaciones tecnológicas estén actualizadas al estado del arte y que no se encuentren limitadas por nuevas plataformas o desarrollos coyunturales del fabricante, que supongan cambios que impidan nuevas actualizaciones.

Por lo tanto, el Pliego está incluyendo un compromiso de actualización automática de las herramientas que se incluyan en la oferta. El Pliego no establece un catálogo de herramientas que el licitador debe ofrecer pero indica claramente que debe garantizar que las prestaciones tecnológicas están actualizadas al momento presente (*“estado del arte”*).

Examinada la oferta técnica de Philips, consta que al final de la misma hace la siguiente mención: *“Además, a la firma de la renovación del contrato de mantenimiento por 3 años más, se incluirían los siguientes módulos avanzados: 7. Módulo de planificación inversa SmartArc (VMAT), 8. Módulo de segmentación automática SPICE, 9. Módulo de Software Auto-Planning”*.

El artículo 145 del TRLCSP establece 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”*. En este caso, vemos que la oferta de Philips incluye una condición para incluir en la misma una serie de módulos avanzados con los que cuenta en este momento, que solo se aportarían en el caso de que se produzca la renovación del contrato por tres años más.

La aportación de las actualizaciones disponibles y las que pueda disponer en el futuro, es un requisito establecido en el PPT, Pliego que ha sido aceptado por las licitadoras y que no ha sido ni recurrido ni objeto de consulta aclaratoria.

En consecuencia, debemos concluir que si Philips dispone en estos momentos, y así lo manifiesta, de unos módulos avanzados que pueden ser utilizados en la prestación de los servicios objeto del contrato, debe incluirlos en su oferta. Si por el contrario considera que no son esenciales o que no entran dentro del ámbito del servicio, puede omitir su inclusión. Lo que en ningún caso puede es ofertarlos, condicionadamente a la renovación del contrato, en clara vulneración del artículo 145 del TRLCSP.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 339/2015 de 17 de abril, señala que *“es doctrina sobradamente conocida la relativa a la necesidad de que las ofertas de los licitadores respeten los requisitos exigidos por los pliegos rectores de la contratación, tanto el de condiciones particulares como el de*

prescripciones técnicas. Sobre esta cuestión, así como sobre la procedencia de excluir al licitador cuya oferta no cumple tales requisitos, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal (por todas, Resolución nº 19/2013), recordando que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna". Y añade más adelante "Se trata pues de una oferta económica que viene efectivamente condicionada a que "las previsiones del pliego se vean complementadas o modificadas en los aspectos sustanciales allí reseñados", con lo que, no ajustándose estrictamente a lo requerido en el pliego, cuyas previsiones se tratan de modificar en la oferta presentada, la exclusión de la misma del procedimiento de licitación debe estimarse conforme a Derecho, al vulnerarse el art. 145.1 del TRLCSP, que, recordemos, establece que la presentación de la oferta supondrá la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna"

Por todo ello, debemos considerar que la oferta de la recurrente incumple los Pliegos y procede su exclusión, sin entrar a valorar otros aspectos de la misma por lo que el recurso debe desestimarse por este motivo.

2. Incumplimiento de PPT por parte de Bioterra, adjudicataria del contrato, al no aportar sus módulos avanzados.

Alega la recurrente que *"Bioterra no ha aportado a su oferta módulos "avanzados" de los que dispone actualmente en su catálogo. Bioterra adjunta a su oferta el catálogo con los módulos que dispone actualmente (RayNavigator, RayBiology, RayDeformable, RayTracker, RayAdaptive y RayAutobreast), y que sin embargo, no incluye en su oferta. El hecho de no incluirlo no es valorado negativamente en el Informe Técnico y sin embargo el hecho de que PHILIPS no los incluya es causa de exclusión".*

El órgano de contratación señala a este respecto que lo que se ha considerado ofertado por Bioterra (al igual que se ha considerado con los otros dos licitantes) es lo que han incluido en sus documentos de licitación, y en esos documentos no aparece lo reseñado por Philips (RayNavigator, RayBiology, RayDeformable, RayTracker, Ray Adaptive o RayAutobreast) que ha encontrado en el catálogo. Por esta razón no es considerado como excluyente el que estos módulos no sean incluidos. Considera además el órgano de contratación que la herramienta que denominada en el informe de valoración VMAT, debe entenderse recogida y contemplada en la oferta bajo el nombre de RayOptimizer, por las características y prestaciones que se detallan en dicho informe.

El Tribunal comprueba que la oferta de Bioterra contempla diversas herramientas, algunas de ellas se encuentran recogidas en el catálogo que acompaña a la oferta pero otras no aparecen en dicho documento, igual que el catálogo incluye otras que no forman parte de la oferta.

En concreto las herramientas rayPlann, rayOptimizer y rayConformal no se incluyen en el catálogo pero sí en la oferta.

Corresponde a los servicios técnicos evaluadores comprobar las características de las herramientas ofertadas y decidir si las mismas cumplen los requisitos técnicos exigidos.

Se desprende del Informe del Jefe de Servicio de Radiofísica que se ha valorado, en la oferta presentada por Bioterra, la herramienta denominada rayOptimizer, por las razones que se explican y que se considera cumple las especificaciones requeridas y no se ha considerado que las herramientas que cita la recurrente, que apareciendo en el catálogo no se ofertan, deban considerarse como módulos avanzados de obligatoria inclusión, de acuerdo con el Pliego.

Por otro lado tampoco argumenta la recurrente por qué esas herramientas y no otras del catálogo deberían haberse incluido. En todo caso debe señalarse que la

exclusión de Philips no se debe a la inclusión o no de determinados módulos avanzados sino a la presentación de una proposición sometida a condición, posibilidad prohibida por la norma.

En consecuencia, debemos considerar que la oferta de Bioterra cumple los requisitos del PPT por lo que procede igualmente la desestimación del recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 interpuesto por doña I.D.L., en nombre y representación de Philips Ibérica, S.A., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda, de fecha 4 de abril de 2016, por la que se adjudica el contrato de “Servicio de mantenimiento y soporte del sistema de planificación radioterápico (SPR), con destino al H.U. Puerta de Hierro de Majadahonda”, número de expediente: PA GCASE 2015-17.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión mantenida por el Tribunal en su reunión de 27 de abril de 2016.

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 49 del TRLCSP.