

Recurso nº 386/2020

Resolución nº 31/2021

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

En Madrid, a 21 de enero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Medical Electronics European Services, S.L., contra el anuncio de licitación y Pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento integral de gammacámaras y estaciones de trabajo, marca General Electric” número de expediente GCASE 2020-46 tramitado por el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE en fecha 30 de noviembre de 2020, en el BOCM el 5 de diciembre de 2020, y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 4 de diciembre de 2020, donde se ponen a disposición de los licitadores los Pliegos de condiciones, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes

El valor estimado de contrato asciende a 550.000 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se han presentado dos ofertas, la del recurrente y la de General Electric Healthcare España, S.A.

Segundo.- El 29 de diciembre de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Medical Electronics European Services S.L. (en adelante MEES), en el que solicita la nulidad de determinadas cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP), por considerar que vulneran la libre competencia y la igualdad entre licitadores. Con fecha 5 de enero de 2021, presentó su oferta ante el órgano de contratación.

Tercero.- El 5 de enero de 2020, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas

y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, potencial licitador, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación y los Pliegos de condiciones fueron publicados el día 4 de diciembre de 2020, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 29 de diciembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los Pliegos de condiciones en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso MEES considera que se vulneran los principios esenciales de la contratación de la libre competencia e igualdad entre licitadores al alegar que tanto en los criterios de valoración como en los criterios técnicos exigidos en el PPTP, se limita o reduce la participación de licitadores hasta el punto que solo una empresa puede participar.

Concretando impugna los puntos 6 y 7 del PPTP en tanto que el primero de ellos establece como requisito mínimo exigible que la oferta conlleve las siguientes actualizaciones: “*Actualizaciones de Software, a la última versión disponible por el Fabricante, en todos los equipos objeto del Contrato, incluidas las estaciones de trabajo y*

procesamiento. Así como, - *Actualizaciones de Hardware cuando las nuevas actualizaciones de Software lo demanden para un correcto funcionamiento”.*

Alega asimismo que “*de igual forma el apartado 7 del PPTP termina el segundo párrafo de este punto, señalando que la formación necesaria, de los 4 técnicos que como mínimo serán asignados en todo momento al mantenimiento de los equipos objeto del contrato, estará avalada por el centro de formación del fabricante de los equipos”.*

Considera MEES que estos requerimientos técnicos son de imposible cumplimiento por parte de cualquier empresa que no sea la propia General Electric. Justifica documentalmente a través de dos correos electrónicos haber solicitado a General Electric Healthcare España, tanto las actualizaciones del software como la acreditación profesional de los trabajadores de la recurrente siendo la respuesta de este fabricante que no se venden actualizaciones de software, ni hardware, si se certifica la formación de empleados a empresas externas al grupo General Electric, lo que a juicio del recurrente impide a empresas que no sean la propia General Electric la licitación a este contrato.

El órgano de contratación a este respecto manifiesta que la necesidad de la contratación y tal como figura en el Informe de Justificación Técnica establece, como requisito fundamental el siguiente “*se ha previsto, a consecuencia del grado de obsolescencia y discontinuación en el mantenimiento y soporte técnico del software incluido en las estaciones de trabajo, la actualización tecnológica, a la última versión disponible por el fabricante (General Electric), del software de procesamiento de las mismas”.*

Alega asimismo que el hecho de establecer como requisitos obligatorios los ya nombrados en los apartados 6 y 7 del PPTP se debe a que: “*Las Gammacamas incluidos en el Exp. de Contratacion requieren de forma urgente de una actualización de su versión de software a la última versión disponible. El hecho de no haberse actualizado dichos equipos durante los últimos años ha derivado en un aumento de incidencias, muchas de ellas, relacionadas con el ajuste de tolerancia y uniformidad, detectados en los controles de calidad periódicos realizados por el Servicio de*

Radiofísica y Protección Radiológica. En el Anexo II incluimos, para su referencia, muchas de las incidencias detectadas y transmitidas al proveedor adjudicatario de Contrato de Mantenimiento durante los últimos 4 años.

El sistema operativo actual instalado en las Estaciones de trabajo y resto de equipos de soporte informático, dependiente de los equipos incluidos en dicho Exp., debe actualizarse de forma obligatoria y urgente al SO Windows 10. El SO anterior (En nuestro caso Windows xp) carece de soporte técnico por parte de Windows lo cual supone un riesgo elevado a nivel operativo y de vulnerabilidad en cuanto a la seguridad de la información sobre los tratamientos y diagnóstico de los pacientes.

Entendemos que los puntos descritos anteriormente justifican la necesidad urgente, en cuanto a los requisitos de cobertura del contrato”.

Por ultimo justifica la no vulneración de la libre competencia advirtiendo que: “*La falta de disposición (no precisa el alcance o si requiere de un acuerdo previo con la empresa MEES), por parte de la filial de la marca General Electric HC en España, tal como se hace referencia en el correo electrónico incluido en el Recurso, no impide que una tercera empresa pueda disponer de los recursos necesarios: repuestos, software, etc., a través de la filial de GE HC en otro país (p.e. en Estados Unidos) o una tercera empresa distribuidora (como es el caso donde GEHC con esta presente en el país)”.*

Como ha manifestado este Tribunal, valga por todas, la Resolución 338/2017, de 16 de noviembre, en la que reitera su Resolución 212/2016, de 13 octubre, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 1 de la LCSP, la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia son principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público, en consonancia con lo que el artículo 130.2 de la LCSP que establece que “*Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia*”.

Esto supone la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de determinada marca que excluya a todas las demás capaces de cumplir la misma función.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a la obligación de aportar la acreditación de la formación de los trabajadores por una determinada empresa, como requisito mínimo exigible. Valiendo por todas la Resolución Tribunal en Resolución nº 342/2.019, de fecha 29 de Agosto de 2.019, se establece que “*los certificados de formación del fabricante son admisibles como criterios de adjudicación con los requisitos que el órgano de contratación considere adecuados, pero no puede establecerse su exigencia como solvencia ni como condición de ejecución por las razones expuestas, por ello debe estimarse el motivo de recurso*”, a lo que ahora incluimos también como requisitos mínimos exigibles.

Si bien es innegable la necesidad que provoca la contratación que nos ocupa, como ha establecido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 991/2015: “*En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el Pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos*”. Añadimos a esta aseveración que en dichos casos se deberán tramitar procedimientos que no conlleven concurrencia, bien por tratarse de productos exclusivos o por cualquiera de las otras causas que se establecen en la LCSP.

La justificación que efectúa el órgano de contratación remitiendo al recurrente a la sede en Estados Unidos de la empresa General Electric para la adquisición del software necesario y de la acreditación de la formación de los

trabajadores no puede considerarse validante de la exclusividad que mantiene la filial española y que no solo ha sido acreditada sino también admitida por el propio órgano de contratación.

En base a todo ello, la inclusión de los apartados 6 y 7 del PPTP deben considerarse contrarios a los principios de libre concurrencia e igualdad entre licitadores, por lo que deben ser anulados extendiéndose a ambos Pliegos en su totalidad, procediendo si la contratación aun interesa al hospital la modificación de las cláusulas que impliquen una restricción de la libre concurrencia o en su caso estudiando tramitar este servicio mediante un procedimiento distinto que el abierto aquí utilizado.

Si bien con la estimación del recurso por este motivo, se anulan los Pliegos de condiciones, consideramos necesario resolver sobre el segundo motivo de recurso a fin de que no se repitan nuevamente los mismos defectos invalidantes.

Considera MEES que el establecimiento como criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, fijando para ello una puntuación máxima de 45 puntos, separados fundamentalmente en dos bloques: punto 1, el de Recursos Humanos, extremo para el que se exige como documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos en este sentido, la aportación de “*Certificado de Formación emitido por el Fabricante o su Centro de Formación*”, y punto 2, que otorga 20 puntos por aportar una herramienta de software para el servicio en remoto, vuelve a suponer que el contrato por el que se licitará, está pre-adjudicado al propio fabricante, sin posibilidad alguna de competencia o concurrencia por parte de otros licitadores.

Este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto similar en la Resolución 346/2018 (Recurso 342/2018) de 30 de octubre de 2018, donde se afirmó que: “*La valoración con 10 puntos de la presentación de un certificado del fabricante*

sobre el cumplimiento de una prescripción técnica resulta excesiva, no aporta calidad a la oferta y es ciertamente discriminatoria, puesto que la empresa fabricante va a contar con esos 10 puntos de partida y puede acarrear dificultades para el resto de licitadoras el obtener ese certificado que en definitiva queda a la decisión de un posible competidor. A mayor abundamiento en el Pliego se prevé, al menos para el mantenimiento predictivo, la realización de una prueba de cumplimiento de la prescripción. Por todo ello debe estimarse el motivo de recurso y suprimirse el criterio de adjudicación analizado”.

En este caso, no solo estamos ante 45 puntos frente a 100, lo cual hace que los criterios de adjudicación objeto de impugnación sea excesiva y discriminatoria, por lo que a nuestro juicio corresponde su modificación y ponderación.

Asimismo, hay que advertir que el segundo de los criterios descritos es a su vez un requisito mínimo, por lo que debemos invocar el principio de no puntuar aquello que es exigible, por lo que dicho criterio deberá ser anulado.

Por todo ello se estima el recurso en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Medical Electronics European Services S.L., contra el anuncio de licitación y Pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento integral de gammacámaras y estaciones de trabajo, marca

General Electric" número de expediente GCASE 2020-46, procediendo la anulación de los pliegos de condiciones que rigen esta adjudicación según se determina en el fundamento quinto de derecho de la presente resolución.

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

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.