

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña E.M.V., en nombre y representación de Mantenimiento Electromédico, S.A., (Mantelec, S.A.), contra los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas y Anexos, del contrato de Mantenimiento Integral y Conducción de los Equipos e Instalaciones electromédicas del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, expediente PA 23/214, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 13 de junio de 2015, de la Dirección-Gerencia del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, se convocó procedimiento abierto para la adjudicación, mediante pluralidad de criterios, del contrato de servicios mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de 21 de julio de 2015. El envío al DOUE tuvo lugar en la misma fecha. El valor estimado asciende a 1.964.023,04 euros.

El objeto del contrato según establece el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es el mantenimiento integral de los equipos e instalaciones

electromédicas y sus accesorios, lo que se conoce como mantenimiento “Todo riesgo”.

Segundo.- Con fecha 5 de junio de 2015, la representación de Mantelec, S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación, formulado por contra los Anuncios, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y Anexos I y II del primero, del mencionado contrato que habían sido aprobados con fecha 6 de mayo de 2015 y publicados en el BOCM el día 19 de mayo, solicitando la anulación de determinadas cláusulas y por ende de la convocatoria y pliegos impugnados

Tercero.- Mediante Resolución 98/2015, del 26 de junio, el Tribunal estima el recurso interpuesto y acuerda anular la convocatoria y los Pliegos que deberían elaborarse de nuevo.

Cuarto.- En ejecución de la mencionada Resolución, se aprobaron nuevos Pliegos y se realizó una nueva convocatoria en las fechas mencionadas en el Antecedente Primero.

Quinto.- El 7 de agosto tuvo entrada en el Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Mantelec, S.A., contra los Anuncios, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y Anexos I y II del primero, que han de regir la adjudicación del contrato, en el que solicita la anulación de determinadas cláusulas y por consecuencia la convocatoria y los pliegos.

El recurso alega diversos incumplimientos de la legislación de contratos que se analizarán pormenorizadamente al examinar el fondo del recurso.

El 25 de agosto el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto

refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

Junto con el requerimiento al órgano de contratación del expediente administrativo y el informe preceptivo, se adjuntó la Resolución 1/2015 de la Presidenta del Tribunal por la que se suspende la tramitación de los Recursos Especiales durante el mes de agosto al no ser posible, dada la composición de aquél, contra con el quórum suficiente para resolver los recursos planteados.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, potencial licitador, "*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*" (Artículo 42 del TRLCSP).

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado en el BOCM de 21 de julio de 2015, habiendo sido puestos los pliegos a disposición de los interesados desde su publicación en el perfil de contratante que tuvo lugar el mismo día, e interpuesto el recurso, ante este Tribunal, el 7 de agosto de 2015, se encontraba dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Motivos del recurso: La recurrente alega diversos motivos que se analizarán separadamente, si bien debe tenerse en cuenta que la convocatoria y los Pliegos ya han sido objeto de un recurso anterior que fue resultado por la mencionada Resolución 98/2015, de 26 de junio, por lo que las cuestiones allí abordadas en la medida que estén resueltas tendrían efecto de cosa juzgada y no podrían ser objeto de impugnación.

Igualmente debe advertirse que aquellos aspectos y cláusulas de los Pliegos que no fueron objeto de impugnación en el recurso anterior y que han permanecido inalterados en los nuevos Pliegos ahora recurridos, no pueden impugnarse en este momento, al tratarse de cuestiones que ya se pudieron hacer valer y se consideran consentidas.

1.- Disconformidad a derecho de la valoración de las acreditaciones oficiales de igual manera que las del fabricante para realizar labores de mantenimiento de equipos objeto del contrato, incumpliendo el principio de igualdad.

El órgano de contratación mantiene que la recurrente ya alegó este motivo de supuesto incumplimiento en el recurso que interpuso a los anteriores Pliegos. Sostiene que se valoran las acreditaciones oficiales, y, además, las que expide el fabricante. En uso en su libertad de establecer los criterios de valoración, es libre de ponderar como opción preferente la existencia de acreditaciones oficiales de los fabricantes, no entrando en los conflictos de intereses que puedan existir entre empresas.

Efectivamente, comprueba el Tribunal que, como indica el órgano de contratación, la cuestión de las acreditaciones oficiales ya fue abordada por la Resolución 98/2015 que consideró correcta su inclusión como criterio valorable.

Lo que ahora se impugna es la igual valoración de las acreditaciones oficiales y las del fabricante. La redacción en este punto es idéntica a la contenida en los

Pliegos anteriores, por lo que no habiendo impugnado esa valoración en el primer recurso no puede invocarse en este.

En cuanto a la alegación de oscuridad en los Pliegos, por incluir en cláusula 10 del PPT, Recursos Humanos, acreditaciones dentro de los documentos que deben acompañar el Curriculum Vitae a aportar en este apartado, lo que considera la recurrente puede significar la inclusión de documentos valorables de forma automática (acreditaciones del fabricante para efectuar labores de mantenimiento de sus aparatos) en el sobre de los sometidos a juicio de valor, resulta obvio, a juicio del Tribunal, como también indica el órgano de contratación, que se trata de acreditaciones distintas, puesto que en un caso son para realizar labores de mantenimiento en equipos objeto del contrato y en el caso del Curriculum son acreditaciones académicas o profesionales.

Consta en el expediente, además, que en respuesta a una consulta formulada, el órgano de contratación aclaró debidamente la cuestión.

Por otro lado, el término acreditaciones, si bien puede no ser aquí el más adecuado, ya aparecía en este mismo punto en el anterior Pliego y no fue objeto de impugnación.

En consecuencia, el recurso debe desestimarse por este motivo.

2.- Disconformidad a derecho de la subcontratación, necesariamente con el fabricante o servicio técnico oficial, del mantenimiento de determinados equipos.

El órgano de contratación alega que este motivo tiene la consideración de cosa juzgada ya que se resolvió en la Resolución 98/2015.

El Tribunal coincide con el criterio del órgano de contratación. La recurrente ya planteó esta cuestión en el anterior recurso y se consideró en la Resolución que

debido a la especialidad de los equipos, estaba motivada la exigencia de subcontratación, al amparo de lo establecido en el artículo 227 del TRLCSP.

La recurrente ahora va un paso más allá y lo que discute es, por un lado que la subcontratación sea con el fabricante o servicio técnico oficial y por otro, que se incluya en esos equipos, “de carácter vital”, las cabinas de flujo laminar.

Ninguna de estas dos condiciones se ha incluido ex novo en los Pliegos, las dos estaban ya en la versión anterior y no fueron objeto de impugnación específica, por lo tanto no pueden alegarse ahora y el recurso debe desestimarse por este motivo.

3.- Disconformidad a derecho de la valoración con un máximo de 0,75 puntos, al criterio *“contar en la plantilla total ofertada, con algún miembro de la plantilla actual del Hospital”*.

Además se plantea la recurrente la duda sobre “qué debe entenderse por plantilla del Hospital” y qué debe entenderse por “contar”.

Considera la recurrente que con este criterio se tiende a favorecer a la actual adjudicataria en perjuicio de los demás licitadores.

El órgano de contratación en su informe argumenta que *“atendiendo precisamente al contenido de la Resolución 98/2015 de ese Tribunal, considera conveniente valorar el mantenimiento en el equipo de miembros de la plantilla actual y así lo indica en el PCP. La circunstancia se configura como un criterio de valoración, que se valora una sola vez. Esto exactamente es lo que establecía el Tribunal en su Resolución 98/2015.*

En ningún caso limita la concurrencia, ya que no es un requisito necesario exigido para concurrir, sino una circunstancia que al órgano de contratación le interesa y valora para la futura ejecución del contrato. Y la valora con un máximo de 0,75 puntos sobre una puntuación total de 100”.

Resulta evidente que esta cuestión se encuentra resuelta por el Tribunal y por tanto no es procedente su análisis.

Ya se indicó en la Resolución 98/2015 que este criterio podía introducirse siempre que no significase una ventaja para el actual adjudicatario, cosa que no ocurre puesto que se trata de una circunstancia que podría cumplir cualquier licitador.

Respecto de los términos utilizados, es cierto que la redacción podía haber sido más específica en cuanto al tipo de personal considerado, puesto que la plantilla actual del Hospital podría ser un concepto demasiado amplio. Sin embargo, una interpretación lógica de la cláusula, y ese es el sentido de la respuesta aclaratoria suministrada por el Hospital a la propia recurrente, permite conocer perfectamente el alcance del criterio de valoración.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse por este motivo.

4.- A) Disconformidad a derecho de la cláusula que valora, respecto del Responsable o Coordinador del contrato, la experiencia como Gestor de Contratos en centros hospitalarios o sanitarios, al considerar que no se especifica a qué tipo de contratos se refiere.

El Tribunal comprueba que esta exigencia estaba contemplada en los Pliegos anteriores que fueron objeto de recurso sin que se impugnase la misma, por lo que no procede ahora su invocación.

B) Disconformidad de la experiencia en el mantenimiento electromédico en el ámbito sanitario con respecto al personal.

Aduce la recurrente que se debió indicar experiencia en el mantenimiento de los aparatos incluidos en el objeto del contrato en el ámbito sanitario.

El órgano de contratación alega que en la anterior versión de los Pliegos se incluía Mantenimiento Electromédico Hospitalario y que tal expresión fue objeto de recurso, estimándose el mismo por este motivo, lo que llevó a la modificación, diciéndose ahora “experiencia en el Mantenimiento Electromédico en el ámbito sanitario”.

El Tribunal considera que la expresión “ámbito sanitario”, admite una experiencia más amplia que la que permitía el término “hospitalario” por lo que resulta más favorable para los licitadores, en cualquier caso el término “electromédico” incluye a todos los aparatos objeto del contrato, por lo que parece adecuada la redacción. En consecuencia, el recurso se desestima por este motivo.

5.- Disconformidad a derecho de la imposición de un teléfono móvil proporcionado por el Hospital, sobre el que se pasará un cargo mensual al adjudicatario.

A juicio de la recurrente esta imposición no tiene relación con el objeto del contrato y debería permitirse que el adjudicatario contratara la tarifa que considerase oportuna.

El Hospital argumenta que “El hecho de que el Hospital proporcione un teléfono móvil obedece a la necesidad de comunicación de avisos en determinadas circunstancias (urgencias o averías fuera de horario). El número del teléfono móvil está incluido dentro del plan de marcaciones cortas de la telefonía del Hospital, por el que todas las llamadas recibidas y enviadas a los números cortos (a través de la centralita del Hospital) son gratuitos. El adjudicatario sólo pagará por las llamadas que efectúe desde ese teléfono a números ajenos al Hospital.

Para los usuarios del servicio es muy importante tener dentro del plan de marcaciones cortas los teléfonos a los que deben llamar en casos urgentes, llamadas que pueden realizar desde cualquier teléfono fijo o móvil del Hospital (y hay más de cuatrocientos) sin que al receptor de la llamada le suponga ningún coste. Para el Hospital supone un ahorro, ya que los avisos son gratuitos, y también

para el adjudicatario, ya que este tipo de llamadas recibidas o enviadas tienen coste cero. El cargo al adjudicatario es por el uso de este teléfono para otro tipo de comunicaciones extrahospitalarias o a números largos. Por tanto, el coste real del teléfono si se usa para el fin contractual previsto es nulo”.

El Tribunal entiende razonable y justificada la cláusula impugnada que además tiene una incidencia económica insignificante en la oferta que vaya a presentarse, dada la cuantía del contrato, por lo que debe desestimarse el recurso también por este motivo.

6.- Disconformidad a derecho de la admisión de toda aquella documentación técnica que se considere significativa para la valoración de la oferta técnica.

Argumenta la recurrente que de este modo se valoran documentos no contemplados en los criterios de valoración del PCAP y además que los documentos no están determinados, dejando al libre albedrío del órgano de contratación los que puedan o no puntuar.

El Hospital alega que *“es evidente -para cualquiera, salvo para la recurrente- que una cosa es la documentación "mínima" (subrayado arriba) exigida y otra cosa es la documentación "complementaria" que los licitadores pueden, además, aportar para justificar su oferta”.*

Analizada la redacción del Pliego, la cláusula, que ya aprecia en idénticos términos en el anterior Pliego, debe interpretarse en su conjunto y efectivamente, una cosa es la documentación obligatoria y otra, aquella que se considere oportuno incluir y que pueda servir de soporte documental para la valoración, que obviamente, deberá hacerse de acuerdo con los criterios establecidos, por lo que el recurso debe desestimarse por este motivo.

7.- Disconformidad a derecho de la inclusión en el criterio precio de la posibilidad de aumento de hasta un 5% del número de equipos, sin modificación del contrato, pero

sin especificar el tope económico que ello conlleve, ni diferenciar la clase de los mismos que pueden incluirse en ese porcentaje de modificación.

El Hospital considera que la cuestión del inventario de equipos fue objeto de impugnación en el anterior recurso y que en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución 98/2015, se modificó la redacción del Pliego, que ahora contempla un aumento máximo de un 5% en el número de equipos sin modificación del contrato y que dicho posible aumento debe considerarse incluido en el precio ofertado por los licitadores .

El Tribunal, tras analizar las alegaciones realizadas por la recurrente en el anterior recurso y en el actual, estima que se trata de una cuestión que debe considerarse cosa juzgada, puesto que quedó debidamente argumentado en la Resolución 98/2015 que el inventario no puede quedar cerrado respecto de un contrato de mantenimiento que tiene una duración amplia, pero que el órgano de contratación debe incluir al menos un porcentaje máximo de aumento previsible, que el adjudicatario deberá asumir sin modificación del contrato, condición que ha quedado correctamente incluida en los Pliegos.

Es cierto que los aparatos son muy diferentes y el precio de su mantenimiento también, pero le corresponde al licitador hacer el correspondiente estudio para calcular qué cantidad puede suponer ese posible aumento de un 5% general, del número de aparatos, sin que se pueda exigir al órgano de contratación una precisión excesiva en esta cuestión.

En todo caso el riesgo queda atenuado puesto que el apartado 20 de la cláusula 1 del PCAP, establece la posibilidad de modificar el precio del contrato, a solicitud del contratista, en el caso de existencia variaciones netas que superen en un 5% el equipamiento existente al inicio del contrato.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse por este motivo.

8.- Disconformidad a derecho de la cláusula 5.5 mantenimiento correctivo, en cuanto al tiempo de respuesta, “inmediato”, para las averías críticas.

Alega la recurrente que el término “inmediato” no está definido correctamente “y será clave a la hora de evaluar contrato y su ejecución”.

A juicio del Hospital, “*la buena fe y el sentido común deben prevalecer en las relaciones contractuales y así está planteada la respuesta "inmediata" al aviso crítico, que se entiende, a nuestro juicio perfectamente.*

Según la RAE, inmediato es "que sucede enseguida, sin tardanza". Esto es, los avisos críticos se dan cuando afectan a equipos cuyas averías o incidencias pueden poner en riesgo inmediato la vida del paciente. En este caso, la inmediatez se entiende como el tiempo transcurrido desde que se da el aviso de avería al adjudicatario hasta que llega el técnico al lugar donde se ha producido la misma.

En el caso de que el técnico se encuentre dentro de su jornada laboral en el Hospital, el tiempo dependerá de la distancia y del lugar en el que esté trabajando en ese momento el técnico, y eso es muy difícil de cuantificar.

Está claro que el aviso crítico supone, para el técnico que tiene que acudir al mismo, dejar de hacer cualquier cosa que esté haciendo para acudir de inmediato al lugar de la incidencia”.

Es evidente a juicio de este Tribunal que una interpretación lógica del término no ha de plantear dudas a los posibles licitadores, se trata de un concepto indeterminado, como podrían ser los términos “urgente” o “necesario”, que exigen interpretarse en función de las circunstancias concurrentes, pero cuyo alcance es fácilmente deducible a la hora de presentar una oferta, por lo que el recurso debe desestimarse por este motivo.

Sexto.- Este Tribunal considera, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP que procede la imposición de una multa al haber existido temeridad en la interposición del recurso.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. La Sentencia núm. 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.”*

A la vista del contenido del recurso, que no hace sino reproducir unas argumentaciones que ya fueron desechadas expresamente por este Tribunal o incluir motivos nuevos (un único caso) carentes manifiestamente de fundamento, se advierte la existencia de un abuso del derecho al mismo que altera su finalidad como medio para obtener la tutela de un derecho o interés legítimo, con evidente temeridad al conocer la recurrente o deber conocer que ni cabe recurso contra las Resoluciones del Tribunal, ni cabe examinar cuestiones ya resueltas.

En cuanto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, situándose en todo caso entre 1.000 y 15.000 euros.

El órgano de contratación en el informe remitido con ocasión del recurso si bien pone de relieve la posible temeridad en la interposición del recurso y solicita la imposición de multa, no concreta los perjuicios que hayan podido producirse.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de 1.000 euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, no consta que se hayan ocasionado perjuicios al órgano de contratación más allá del pago de la tasa correspondiente.

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 E.M.V., en nombre y representación de Mantenimiento Electromédico, S.A. (Mantelec, S.A.), contra los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas y Anexos, del contrato de Mantenimiento Integral y Conducción de los Equipos e Instalaciones electromédicas del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, expediente PA 23/2014.

Segundo.- Imponer a la empresa Mantelec, S.A., la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, por importe de mil euros (1.000 euros), por temeridad en la interposición del recurso.

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 49 del TRLCSP.