

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

En Madrid, a 18 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa APR 1998, S.L., contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el contrato de servicios de “Mantenimiento integral de equipamiento de radiodiagnóstico para la Unidad Central de Radiodiagnóstico” del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), dividido en 2 lotes, número de expediente A/SER-032373/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 18 de febrero de 2020, se publicó, en el D.O.U.E. y en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (PCPCM), la convocatoria del contrato de servicios de referencia para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, publicándose además en el B.O.C.M. el 25 de febrero de 2020. El valor estimado del contrato es de 2.568.871,66 euros para un plazo de duración de 20 meses, no prorrogable.

Segundo.- El 10 de marzo de 2020, la empresa APR 1998, S.L., (en adelante APR) presenta recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas

administrativas particulares (en adelante PCAP), y el pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante PPTP) del contrato de servicios de referencia.

La recurrente solicita la anulación de los pliegos por no ser conformes a Derecho, impugnando concretamente las cláusulas 1 apartados 6, 7 y 9 del PCAP, y 4 apartados 3, 4, 6, 7, 9 y 10 del PPTP. Asimismo, solicita la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de licitación del contrato impugnado.

Tercero.- Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en 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).

Con fecha 12 de marzo de 2020, se recibió en este Tribunal el expediente administrativo de la empresa pública Unidad Central de Radiodiagnóstico (en adelante UCR). El preceptivo informe se ha recibido el 10 de junio de 2020, con las alegaciones que se recogen en los fundamentos de derecho.

Cuarto.- Con fecha 12 de marzo de 2020, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente, por estimar conveniente decidir sobre el fondo del asunto con anterioridad a que se proceda a la apertura de las ofertas presentadas a la convocatoria recurrida.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, 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.

Sexto.- Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de

recurso especial quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 10 de mayo de 2020, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril. Asimismo, mediante la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, con extensión de la medida a los recursos especiales.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por tratarse de una empresa del sector del mantenimiento de equipos de radiodiagnóstico y electromedicina que tiene interés en acceder a la licitación.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra los pliegos que rigen un contrato de servicios, cuyo valor estimado

es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP. Así la publicación de los Pliegos se realizó el 18 de febrero de 2020, por lo que el recurso presentado el día 10 de marzo de 2020, se presentó en plazo.

Quinto.- Resulta de interés a los efectos de la resolución del presente recurso lo que establecen los apartados, que a continuación se transcriben, de las cláusulas 1 y 4, respectivamente, de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPTP) que rigen la contratación del servicio.

Cláusula 1 del PCAP. Características del contrato

(...)

“6.- Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

Procede: SI

La empresa debe estar reconocida y homologada por el organismo competente en las especialidades objeto del lote a que presenten oferta. (Consejo de Seguridad Nuclear, (...)).

Los licitadores deberán contar con las autorizaciones exigidas en el RD 1085/2009 para las empresas que presten asistencia técnica en los equipos e instalaciones de rayos X de diagnóstico médico.

Esta autorización se incluirá en el sobre/carpeta electrónica de documentación administrativa.

7. - Solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

El empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación, en los contratos de servicios cuyo objeto esté incluido en el Anexo 11 del RGLCAP, o bien acreditando el cumplimiento de los siguientes requisitos específicos de solvencia:

7.1. Acreditación de la solvencia económica y financiera:

- Artículo 87.1. a) de la LCSP

Criterio de selección: Los licitadores, tanto españoles como no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, podrán acreditar su solvencia económica y financiera mediante declaración de un volumen anual de negocios en el ámbito de este contrato, del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato en cómputo anual, fijado en 1.541.323,00 euros, para la totalidad de los lotes. Por tanto, los licitadores deberán acreditar un volumen de negocio para este contrato de al menos 2.311.984,50 euros. Los valores fijados para cada lote son:

Importes por lote:

Lote 1	Arco Radioquirúrgico	71.062,44
Lote 1	Densitómetro	8.574,65
Lote 1	Mamógrafo	145.769,12
Lote 1	Resonancia Magnética	350.979,34
Lote 1	Sala RX	372.553,93
Total lote 1		1 948.939,49
Lote 2	Ecógrafos	54.000,00
Lote 2	Portátil RX	15.330,42
Lote 2	Sala multifunción	34.512,98
Lote 2	Tomografía axial computarizada (TAC)	385.001,16
Lote 2	Telemando	103.538,95
Total lote 2		592.323,01

Medio de acreditación: El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales debidamente legalizadas por el Registro Mercantil.

7.2 Acreditación de la solvencia técnica o profesional: Artículo 90.1 de la LCSP, apartado/s: a), e) y h):

Medio de acreditación:

a). *Relación de los principales servicios o trabajos de similar naturaleza realizados en los tres últimos años, que incluya importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.*

e). *Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados directamente de la misma, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación.*

h). *Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.*

Criterios de selección:

a.- *Presentación de tres certificados de los principales servicios o trabajos realizados en los tres últimos años, que incluya importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, de iguales características del objeto del contrato, siendo necesario que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a: 1.200.000 euros sin IVA.*

e.- *Se presentará curriculum vitae y la titulación académica, listado de cursos, diplomas relacionados en el objeto del contrato titulación del personal que ejecutará el contrato, siendo esta al menos:*

- *Responsable del contrato con una formación mínima a nivel de Ingeniero Técnico y/o Ingeniero de Edificación con una experiencia superior a 5 años en los campos relacionados.*

- *Un Encargado o Jefe de equipo-Maestro Industrial, o equivalente de FP con experiencia demostrable en mantenimiento de instalaciones objeto del contrato superior a 5 años.*
- *El personal técnico: Técnicos con experiencia en instalaciones objeto del contrato superior a 5 años.*

h.- Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

Si por una razón justificada, la antigüedad de la empresa es inferior a cinco años, o en su caso el empresario no está en condiciones de presentar la solvencia anteriormente solicitada, podrá sustituirla por la contemplada en el artículo 90, apartados b), e) y h):

- *b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad.*

- c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.*

- e) Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato así como de los técnicos encargados directamente de la misma, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación.*

- h) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.*

Criterio de selección:

- c- Los licitadores deberán acreditar estar en posesión de los Certificados acreditativos de las siguientes normas: ISO 9001 y 14001 o similares, relacionadas con mantenimientos de edificios.*

e.- Se presentará curriculum vitae y la titulación académica, listado de cursos, diplomas relacionados en el objeto del contrato titulación del personal que ejecutará el contrato, siendo esta al menos:

- Responsable del contrato con una formación mínima a nivel de Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y/o Ingeniero de Edificación con una experiencia superior a 5 años en los campos relacionados de frío, calor e instalaciones eléctricas de BT.*
- Un Encargado o Jefe de equipo-Maestro Industrial, maquinista naval o equivalente de FP con experiencia demostrable en mantenimiento de instalaciones objeto del contrato superior a 5 años.*
- El personal de oficio: Oficiales de primera y experiencia en instalaciones objeto del contrato superior a 5 años.*

h.- Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

Clasificación del contratista.

Grupo/s: P Subgrupo/s: 4 Categoría/s: R.D. 773/2015: 3 Categoría/s R.D. 1098/2001: D

Los licitadores que tengan la clasificación adecuada a la actividad objeto del contrato, aun cuando no resulta exigible, podrán servirse de la misma para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica; exceptuando los certificados de habilitación profesional, garantía de calidad, gestión medioambiental y seguridad y salud en el trabajo que se incluirán en el sobre nº. 1 de Documentación Administrativa.

No obstante, deberá aportarse una declaración firmada por el representante de la empresa, que se incluirá en el sobre nº. 1 'Documentación Administrativa', en el que se haga constancia la vigencia de los datos de la clasificación.

Las empresas extranjeras que contraten en España presentarán la documentación traducida de forma oficial al castellano, art. 23 RGLCAP.

7.3. Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios [personales] y/o [materiales]: SI

Para la realización de las tareas que son objeto de este concurso el/los adjudicatario/s incorporarán personal técnico debidamente cualificado y acreditados profesionalmente para su realización”.

(...)

“9.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato.

CRITERIO	PONDERACION
PRECIO	55%
CUALITATIVOS	45%

9.1. Criterios relacionados con los costes: Precio Ponderación Hasta 55 puntos

Para valorar la oferta económica de cada Lote se utilizará el importe total ofertado para cada Lote (precio sin IVA). Las ofertas que igualen el precio de licitación serán valoradas con cero puntos. La asignación de puntos se asignará proporcionalmente a la oferta económica de los licitadores de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$P= 55x ((A-B)/(A-C))^{1/6}$$

A= Precio de licitación B= Oferta a valorar C= Oferta más baja

Datos sobre los costes que deberán proporcionar los licitadores:

- Si se presentase un único licitador se considerará que incurre en presunción de temeridad si su oferta es inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.
- En el caso de que sean varias las ofertas, se considerara como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición económica que exceda de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las proposiciones presentadas.

La documentación relativa al criterio (9.1. Precio) deberá incluirse inexcusablemente en el sobre nº 3 de Proposición Económica. No se tendrán en cuenta las ofertas que superen el precio de licitación.

9.2. Criterio/s cualitativos:

9.2.1. Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: Hasta 30 puntos

Número	Descripción del criterio	Ponderación
1	Formación Acreditada de los técnicos especialistas	5 puntos

	<i>asignados al contrato</i>	
	<p><i>Se valorará el número de técnicos asignados al contrato con certificado de formación expedido por el fabricante para realizar labores de reparación y mantenimiento de los equipos en la familia marca y/o modelo objeto del contrato:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Al menos: 5 de RM; 7 de TC y 10 de RX/Mamografía..... 5 puntos</i> • <i>Al menos 4 de RM; de 6 de TC y 9 de RX/Mamografía 1 punto</i> • <i>Al menos 3 de RM; s 5 de TC y 8 de RX/Mamografía..... 0 puntos</i> 	
2	<i>Acuerdos de Fabricantes</i>	<i>10 puntos</i>
	<p><i>Se valorará que el licitador sea fabricante o tenga suscritos acuerdos de colaboración con empresas fabricantes del equipo afecto al contrato, en las modalidades especialmente críticas como Resonancia Magnética y/o TC.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Presenta acuerdo de colaboración Integral (Preventivo, Correctivo, Predictivo, & Remoto incluido)..... 10 puntos</i> • <i>Presenta acuerdo de colaboración Preventivo..... 2 puntos</i> 	
3	<i>Gestión de la Seguridad de la Información</i>	<i>10 puntos</i>
	<p><i>Aporta certificación Norma ISO 27001 que garanticen una mayor seguridad en las labores de mantenimiento realizadas</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Si presenta 10 puntos</i> • <i>No presenta..... 0 puntos</i> 	
4	<i>Mejora del Tiempo Útil de Funcionamiento</i>	<i>5 puntos</i>
	• <i>Disponibilidad igual o superior a 96%.5 puntos</i>	

	•Disponibilidad inferior a 96%..... 0 puntos	
--	--	--

9.2.2. Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: Hasta 15 puntos

Número	Descripción del criterio	Ponderación
5	Aplicaciones clínicas remotas (consola del equipo y estación de informado). (Prueba de concepto)	10 puntos
	<p>Se valorará disponer de un sistema de soporte de aplicaciones clínicas en remoto totalmente integrado con consola de adquisición y estación de trabajo que permita la actualización de protocolos en remoto (TC y/o RM), así como la cualificación de los técnicos de aplicaciones en este punto (se aportará certificados de formación)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Excelente 10 puntos • Bien..... 3 puntos • Suficiente..... 0 puntos 	
Número	Descripción del criterio	Ponderación
6	Sistema de Telemonitorización proactiva (Prueba de Concepto).	5 puntos
	<p>Debe proporcionar información de los equipos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • RM incluyendo, entre otros, datos de conectividad del imán, presión y niveles de Helio, temperatura de la enfriadora, estabilidad de los gradientes y calidad de imagen, de forma proactiva en el envío de alertas cuando alguno de estos parámetros esté fuera de rango. • CT incluyendo, entre otros, notificaciones de los límites de temperatura de la refrigeración, fallos en el tubo, generador y comunicación interna. Enviando de forma proactiva alertas en el envío cuando algunos de estos parámetros estén fuera de rango. <ul style="list-style-type: none"> • Excelente..... 5 puntos • Bien..... 1 puntos 	

	• Suficiente..... 0 puntos	
--	----------------------------	--

.....TOTAL 100 puntos

Nota: La documentación aportada deberá ser veraz, de demostrarse modificación o falsificación de algún documento, el licitador quedará excluido

(1) De los criterios cualitativos (objetivos y sujetos a juicio de valor) establecidos anteriormente, se valorarán en una primera fase, los señalados con el/los número/s (1, 2, 3, 4, 5 y 6), siendo necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de (22,5 puntos, estableciendo un umbral mínimo del 50 por 100 de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos), en relación con los criterios que vayan a operar en la fase de valoración.

(2) De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se tomarán en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, el señalado con el numero 9.1 (precio), siendo los límites para apreciar que se dan en aquella dicha circunstancia los establecidos en el artículo 85 del RGLCAP”.

“Cláusula 4 del PPTP. Condiciones técnico-funcionales del servicio de mantenimiento/prestaciones incluidas.

(...).

4.3. Mantenimiento Correctivo.

(...).

Se facilitará una herramienta de software de servicio remoto con la que se pueda acceder al equipo de forma que, además de poder visualizar la información, permita la resolución de incidencias de forma remota. Esta herramienta deberá permitir la transferencia bilateral de datos/información entre el licitador y la Unidad Central de Radiodiagnóstico, y deberá estar de acuerdo con la Ley de Protección de Datos. Se valorará que el licitador presente un certificado, ISO 27001, que acredite lo anteriormente expuesto en materia de seguridad de mantenimiento remoto.

(...).

4.4. Mantenimiento Predictivo.

(...).

Se valorará en aquellos equipos que lo permitan y en cualquier caso siempre en la 'alta tecnología' (Equipos de RM y TAC), que el licitador presente una propuesta de puesta en marcha y utilizar servicios automáticos de monitorización proactiva que recopilen, analicen y evalúen datos de funcionamiento de los equipos de forma remota y regular con el fin de mejorar la predicción de fallos técnicos y la realización de un diagnóstico remoto y automático. Dicho servicio predictivo estará dotado de un sistema de alertas, activo 24 horas al día/7 días a la semana, que de forma inmediata indique al adjudicatario si es necesaria realizar una reparación.

El licitador proporcionara información sobre la herramienta de software aportada, que permita llevar a cabo lo indicado en el punto anterior.

(...).

4.6 Actualizaciones de Software.

Se incluirán las actualizaciones de software necesarios para la prestación de las condiciones iniciales de servicio durante la vida útil del equipo. Mantenimiento del software con cargo al adjudicatario de las actualizaciones necesarias para la prestación de las condiciones iniciales de servicio durante la vida útil del equipo. El licitador adjuntará acuerdo para el suministro de estas prestaciones, así como de las sucesivas actualizaciones de software hasta la última actualización disponible en el mercado en un máximo de 3 meses. El adjudicatario será responsable de las actualizaciones de los equipos en mantenimiento.

(...).

4.7. Plan de formación.

El/los adjudicatario/s impartirá formación clínica en Resonancia Magnética a usuarios de la Unidad Central de Radiodiagnóstico y centros adscritos con el fin de mejorar los resultados clínicos y operativos de los equipos. Se valorará la posibilidad de establecer una comunicación para solicitar un servicio o soporte de aplicación clínica desde la consola del equipo.

Aplicaciones remotas: Se realizará formación a usuarios de RM y CT de forma remota con conexión totalmente integrada con la estación de postproceso y consola de adquisición desarrollados por especialistas de aplicaciones clínicas de los modelos

ofertados. El sistema debe permitir la actualización y homogenización de los protocolos en remoto. Se solicitará prueba de concepto y se valorará su cumplimiento.

(...).

4.9. Medios Personales.

Para la realización de las tareas que son objeto de este concurso el/los adjudicatario/s incorporarán personal técnico debidamente cualificado y acreditado profesionalmente para su realización. Todos los técnicos que se asignen al contrato deberán poseer, además de la titulación en FP II y al menos cuatro años de experiencia en los equipos instalados. Esta experiencia deberá ser específica de la familia, marca y modelo de los equipos incluidos en el contrato. El/los licitador/es presentará copia de los certificados de formación en donde se reflejará nombre del técnico, familia del equipo, indicando marca y modelo.

Independientemente de que cada concursante especifique en su oferta claramente la organización que se compromete a poner a disposición de la Unidad Central de Radiodiagnóstico para el mejor cumplimiento del servicio, se valorará tener en cuenta las singularidades de la Unidad Central de Radiodiagnóstico, expresará la composición y cualificación de la estructura que aportará al centro teniendo en cuenta las siguientes condiciones mínimas:

Se deberá asignar un responsable técnico, que ostente la representación de la empresa, lleve la coordinación, dirección técnica del presente contrato y preste asesoramiento técnico y legal sobre la totalidad de las instalaciones y equipos contratados, que cuente con titulación de ingeniero superior o técnico.

Se asignarán al menos:

O Tres (3) Técnicos con formación mínima FP II especialista en Resonancia Magnética y al menos cuatro años de experiencia en los equipos instalados.

O Cinco (5) Técnicos con formación mínima FP II especialista en equipos de Rayos X y al menos cuatro años de experiencia en los equipos instalados.

O Tres (3) Técnicos con formación mínima FP II especialista en mamografía y al menos cuatro años de experiencia en los equipos instalados.

O Tres (3) Técnicos con formación mínima FP II especialista en CT y al menos cuatro años de experiencia en los equipos instalados.

O Tres (4) Técnicos con formación mínima FP II especialista en US y al menos cuatro años de experiencia en los equipos instalados.

Serán contabilizados únicamente certificados de formación de los técnicos que forman parte de la empresa licitadora por lo que el licitador aportará documentos TC1 y TC2 que lo acredite.

La experiencia se acreditará con certificado expedido por el cliente, indicando marca modelo y duración.

Se valorará mayor número de técnicos y formación del fabricante.

Todos los técnicos contarán con plena movilidad entre los centros, siempre de acuerdo a los requerimientos mínimos de cualificación y certificación exigidos en este punto.

En caso de enfermedad, vacaciones u otras situaciones análogas, el/los adjudicatario/s tomarán las medidas oportunas para mantener siempre el número total de trabajadores asignados, cubriendo totalmente la presencia física con técnicos con el mismo nivel de cualificación.

Cada ofertante deberá indicar las previsiones, medios, experiencia, métodos y cursos de formación con contenidos y duración de los mismos, que aplicará al personal asignado, que garantice la ejecución del presente contrato con criterios de eficiencia y calidad.

(...)

4.10. Medios Materiales y Técnicos

(...)

4.10.1. Materiales Incluidos

(...)

Se garantizará el repuesto de piezas originales. El/los licitador/es presentará un certificado que acredite la tenencia de acuerdos de colaboración para el suministro de repuestos homologados, mantenimiento remoto y actualización del software”.

Sexto.- En cuanto al fondo del recurso, la recurrente en su escrito de interposición plantea numerosos motivos de impugnación referidos tanto al PCAP como al PPTP, que afectan a ambos lotes, alegando que su clausulado vulnera los principios que deben regir la contratación del sector público de fomento de la participación de las PYMES, concurrencia, igualdad de trato, no discriminación, defensa de la libre

competencia, objetividad y adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa; y que a continuación pasamos a analizar de forma individualizada.

6.1.- El primer motivo de impugnación se refiere a la división en lotes del contrato.

APR alega que la división en sólo dos lotes no está justificada en motivos técnicos sino arbitrarios y vulnera los principios de la contratación, establecidos, entre otros, en los artículos 1, 99, y 132 de la LCSP, sin que tenga justificación técnica la división atendiendo exclusivamente a la marca de los equipos, pareciendo orientada a facilitar la presentación de oferta por los fabricantes, medida contraria al principio de igualdad de trato, y que no fomenta la participación de las PYMES, toda vez que van a tener graves dificultades para prestar servicio a lotes tan grandes y heterogéneos (el lote 1 comprende 61 equipos de distinta naturaleza repartidos por varios hospitales públicos de la Comunidad de Madrid y el lote 2 comprende 42 equipos, igualmente distribuidos por la geografía madrileña).

El Anexo I del PPTP determina que *“el contrato está dividido en sólo dos lotes, agrupando cada uno equipos de tecnologías heterogéneas (en el lote 1: densitómetros, mamógrafos, resonancias magnéticas, equipos de radiología convencional y arcos radioquirúrgicos; en el lote 2: ecógrafos, equipos de Rx portátiles, tomografía axial computerizada, telemandos y sala multifunción). La razón de esta agrupación es evidente: el fabricante. En el lote 1 se han incluido todos los equipos cuyo fabricante es General Electric y en el lote 2 todos los equipos cuyo fabricante es SIEMENS. Éste es el único y exclusivo criterio que se ha tenido en cuenta.*

Sin embargo, el criterio de la marca no es lógico ni racional, sino puramente arbitrario. Las empresas del sector de mantenimiento y reparación de equipos médicos de radiodiagnóstico y diagnóstico por imagen son capaces de trabajar con equipos de todas las marcas y fabricantes y no existe ninguna razón técnica que aconseje agruparlos de esta manera. Prueba del carácter arbitrario de esta división es que en el lote 1 están todos los equipos de RM y en el lote 2 están todos los equipos de TC; sin embargo, los equipos de Rx están repartidos entre ambos lotes de manera aleatoria (excluyendo el dato de la marca). Esta cuestión no es baladí, ya que los técnicos en

este sector son habitualmente distintos para cada modalidad o tecnología, siendo infrecuente, y se evita en todo lo posible, que un técnico de Escáner o Resonancia Magnética intervenga en radiología, mamografía o ecografía, por ejemplo. Por tanto, con esta división en dos lotes así configurados, las empresas licitadoras que vayan a los dos lotes tendrán que explicar cómo van a organizar y repartir los medios personales mínimos requeridos por los pliegos (más los técnicos adicionales que, en su caso, decidan adscribir al servicio), tarea bastante complicada en lo relativo a los equipos de Rx por el hecho de estar divididos en los dos lotes. A mayor abundamiento y dada la diferente especialización que deben tener los técnicos (el propio PPT distingue en el apartado 4.9, pág. 12, entre los técnicos de RM, Rayos X, mamografía, CT y US), no tiene sentido desde el punto de vista técnico mezclar en un mismo lote equipos de alta tecnología (RM en el lote 1 y TC en el lote 2, así los califica el PPT siguiendo con ello los criterios del sector) con equipos que no son considerados de alta tecnología (Rx y ecógrafos) y que exigen por tanto una especialización distinta.

Por el contrario, existen otros criterios de agrupación más razonables desde un punto de vista estrictamente técnico que sin duda mejorarían las sinergias, las economías de escala y, en suma, la eficiencia en la prestación del servicio, como, por ejemplo, el tipo de aparatos (pudiéndose distinguir entre RM, TAC, equipos de Rx, mamografía y ecografía, es decir, cinco lotes)”.

Asimismo, indica que las autoridades de competencia (CNMC) mantienen que la conformación de lotes, en el marco de una licitación, debe adaptarse a la realidad del mercado al objeto de asegurar el mantenimiento de una competencia efectiva, resultando necesario justificar de manera precisa el ejercicio de discrecionalidad que supone dividir o no en lotes.

Por su parte el órgano de contratación pone de manifiesto que el pliego cumple con el mandato del artículo 99.3 de la LCSP, dividiendo el objeto del contrato en lotes, conforme a un criterio racional y razonable.

No es cierto, como afirma la recurrente, que se atienda a la marca del equipo: se atiende al fabricante, pues ello supone determina o conlleva unas singularidades tecnológicas y especificidades que diferencian ambos lotes. De hecho, es plenamente

coherente con el criterio de adjudicación cualitativo nº 2, declarado conforme a derecho por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPCM) en su Resolución 53/2019, y también por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en su Resolución 991/2015. Sin embargo, la Resolución 124/2018 del TACPCM, que cita la recurrente se pronuncia sobre un supuesto distinto, el tamaño del lote que no es la razón en este caso.

Asimismo, alega que la argumentación de la recurrente puede resultar imprecisa pues no hay equipos que se repiten en ambos lotes. La recurrente propone una configuración de los lotes determinada que llevaría, en último término, a que cada uno de los equipos sería un lote, lo que es poco operativo y gravemente perjudicial para el funcionamiento de una empresa que cuenta con seis ubicaciones distintas (con equipamientos de todas las modalidades en cada uno de ellos).

Este Tribunal en primer lugar ha de recordar que la LCSP, como plantea en su preámbulo, ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas, y estableciendo su regulación en el artículo 99, transponiendo a estos efectos lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (D. 2014/24/UE).

La citada D. 2014/24/UE afirma en el considerando 78 que debe adaptarse el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME, animando a los poderes adjudicadores, en particular, a dividir grandes contratos en lotes para aumentar la competencia, de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos. Asimismo, plantea que la magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el

poder adjudicador, concretando que *“El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”*.

El artículo 46 de la D. 2014/24/UE regula la división de contratos en lotes determinando en su apartado 1 que *“Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes”*.

De la mencionada regulación se desprende claramente el principio de discrecionalidad con el que cuenta el órgano de contratación a la hora de decidir la división o no del contrato en lotes, así como la determinación de estos, lo que no obsta para que dichas decisiones estén sujetas a control, pudiendo los Tribunales proceder a su revisión, en atención a que no se produzca falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación en su determinación, error material, o restricción de la competencia.

En el presente supuesto se da una división formal del contrato en lotes, impugnándose el número y el criterio técnico empleado para su división, a lo que el órgano de contratación opone que el fabricante de los equipos supone unas determinadas singularidades tecnológicas y conlleva especificidades que diferencian ambos lotes, así como que los equipos no se repiten en los dos lotes.

Este Tribunal, sin perjuicio de entender que a los efectos de promocionar la participación de las PYMES y de buscar una mayor concurrencia y libre competencia sería deseable dividir el contrato en el mayor número posible de lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, considera, no obstante, que es competencia del órgano de contratación el diseño del contrato para el cumplimiento de sus fines, la detección de las necesidades a cubrir, y la forma de hacerlo para satisfacerlas, determinando las exigencias a imponer a los adjudicatarios y demás elementos que conforman la relación contractual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 1 de la LCSP, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración como prevé el artículo 34 de la LCSP al regular la libertad de pactos.

Por otra parte, al tratarse el criterio de división empleado por el órgano de contratación, y el propuesto por la recurrente, de una cuestión eminentemente técnica y no propiamente jurídica, este Tribunal carece de conocimientos materiales para decidir con criterio propio la idónea estructura en lotes del contrato en cuestión, sin que se aprecie un manifiesto error o arbitrariedad en la división en lotes efectuada. Por tanto, concluimos que si bien no se aprecia la imposibilidad de una mayor división en lotes, que sería deseable, tampoco se vulnera lo dispuesto en el artículo 99 de la LCSP, ni se produce impedimento en la concurrencia de PYMES, pudiendo además recurrir a la agrupación de empresas y a la subcontratación, además de aplicar al caso el principio de discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Por lo expuesto, consideramos que no procede estimar este motivo de impugnación.

6.2.- Falta de proporcionalidad en la determinación de los requisitos de solvencia económica y financiera, y técnica o profesional.

Como segundo motivo de impugnación alega APR que son demasiado elevados los requisitos de solvencia en relación con el objeto del servicio, al estar dividido en dos lotes, por lo que restringen injustificadamente la concurrencia de las PYMES.

En este sentido concreta que la cláusula 1.7.1 del PCAP para la solvencia económica y financiera exige un volumen anual de negocios en el mejor de los tres últimos ejercicios superior a una vez y media el valor estimado del contrato en cómputo anual (o sea: 2.311.984,50 euros para concurrir a los dos lotes, 1.423.409,23 euros para concurrir sólo al lote 1 y 888.454,55 euros para concurrir sólo al lote 2).

En cuanto a la solvencia técnica o profesional, exigida en el apartado 7.2 de la citada cláusula también es difícil de conseguir para muchas PYMES, se pide que el importe anual acumulado del año de mayor ejecución sea igual o superior a 1.200.000 euros, sin distinción de lotes, lo que infringe el artículo 99.7 LCSP, pues se entiende que se exige incluso aunque se vaya a presentar oferta a un solo lote. Además, este umbral de solvencia técnica es incompatible y contradictorio con la solvencia económica y financiera, ya que 1.200.000 euros lo supera ampliamente para el lote 2 de 888.454,55 euros. También son erróneos los requisitos de solvencia alternativos para empresas de nueva creación y PYMES, ya que se refieren a mantenimiento de edificios, instalaciones eléctricas de BT, etc., no teniendo nada que ver con el objeto de este contrato. Y tampoco se especifican los criterios de selección para los medios de acreditación del artículo 90.b) y del artículo 90.h).

El órgano de contratación por su parte respecto a la solvencia económica informa que no se está exigiendo 1,5 veces el valor estimado del contrato en cada lote, sino 1,5 veces el valor estimado anual de cada lote por separado. Por tanto, se está exigiendo un importe sustancialmente menor, prácticamente la mitad, de lo que el propio legislador considera proporcional en el artículo 87.1.a) de la LCSP, al aludir al valor estimado del contrato, no a dicho valor limitado a una anualidad.

Y en cuanto a la solvencia técnica el importe señalado en los pliegos se refiere a los dos lotes. Es decir, si se licita a uno solo de los lotes se aplicaría el importe correspondiente a ese lote. Es un requisito absolutamente proporcional, pues se establece un importe inferior a la anualidad media del contrato, artículo 90.1.a) LCSP.

Este Tribunal comprueba que la cláusula 1.7.1 del PCAP exige como medio de acreditar la solvencia económica y financiera la prevista en el artículo 87.1.a) de la LCSP, respetando el máximo previsto por lote al exigir una vez y media el valor estimado anual del contrato.

Respecto a la solvencia técnica exigida en la cláusula 1.7.2 del PCAP se comprueba que al indicar el importe *anual acumulado en el año de mayor ejecución* exigible para la acreditación de los principales servicios realizados se indica una única cuantía sin concretar que se refiere al total del contrato, ni desagregar el importe correspondiente a cada lote. Ello sin duda es un defecto del pliego que, no obstante, podría entenderse solventado vía aclaración según lo alegado por el órgano de contratación al tratarse del importe total, por lo que a aquellos licitadores que no concurren a ambos lotes solo les será exigible el importe proporcional que corresponda al lote al que licitan. Igualmente tiene razón la recurrente al señalar que el pliego incurre en error al recoger los criterios de selección relativos a los requisitos de solvencia del artículo 90.1.e) de la LCSP pues se refieren a edificación, y claramente no tienen relación con el objeto del contrato.

Por tanto, procede desestimar el motivo de impugnación relativo a la solvencia económica y financiera del contrato. Sin embargo, en lo que respecta a la solvencia técnica se consideran acertadas las observaciones formuladas por APR, y los errores detectados deben ser objeto de corrección.

6.3.- Inadecuación del umbral de normalidad.

La recurrente impugna el umbral de anormalidad por determinarse de manera incorrecta y contradictoria, puesto que la cláusula 1.9.1 del PCAP establece que se considerará desproporcionada o temeraria toda baja de las proposiciones económicas que supere el 5% de la media aritmética de las proposiciones presentadas, y a continuación, en la Nota (2) dice que los límites serán los del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que como mínimo son del 10%. APR se inclina por la aplicación del artículo 85 del RGLCAP

porque la limitación del umbral de anormalidad a un 5% es excesivamente restrictiva y perjudica la competitividad de las PYMES y el principio de fomento de la concurrencia de las mismas, dado que por su tamaño y estructura, tienen costes fijos y gastos generales muy inferiores a los de las empresas fabricantes y otras grandes empresas del sector, y tienen más libertad para disponer de su beneficio industrial, lo que les permite hacer bajas económicas competitivas, y si se les obliga a ofertar prácticamente al tipo de licitación, la puntuación por el criterio precio se equiparará y será prácticamente igual para todos los licitadores, con lo que decidirán los otros criterios (oferta técnica), que claramente favorecen a los fabricantes y a las empresas de mantenimiento más grandes.

El órgano de contratación alega que la recurrente parte del error de considerar que el parámetro para apreciar que la oferta puede estar incurso en la tradicionalmente llamada presunción de temeridad determina que no se puede ofertar por debajo de dicho importe, cuando no es causa de exclusión y únicamente se ha de acreditar la viabilidad de la oferta. Además, obvia que el parámetro establecido por debajo del presupuesto de licitación en el pliego es del 25% sí únicamente participa un licitador; y del 5% por debajo de la media de las ofertas, si participan varios licitadores, por lo que la cifra o importe en que se traduzca ese segundo parámetro es algo que no se puede conocer de antemano.

La contradicción entre página 10 y página 12 del PCAP, es un error material. Los parámetros a aplicar son los de la página 10.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar que la LCSP al establecer la regulación de las ofertas anormalmente bajas en su artículo 149 dispone en su apartado 2 que los pliegos deben contemplar los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal, con sujeción a los dos criterios que recoge en sus letras a) y b), el primero referido al supuesto del precio como único criterio de adjudicación, con expresa remisión al desarrollo reglamentario, y el segundo referido a pluralidad de criterios de adjudicación, que es el que aplica al presente contrato, determinando que se estará a los parámetros objetivos establecidos en los pliegos para

identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

Al analizar la redacción de la cláusula 1.9.1 del PCAP, así como lo alegado por las partes, se observan dos cuestiones, en primer lugar que en el caso de que sean varias las ofertas el pliego establece que se considerará desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición económica que exceda de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las presentadas, considerando APR esta limitación del umbral de anomalía excesivamente restrictiva y perjudicial para la competitividad de las PYMES y al principio de fomento de la concurrencia, sin que el órgano de contratación oponga a esta afirmación ningún argumento salvo que no determina la exclusión. Este Tribunal considera, a la vista de la regulación que legal y sobre todo reglamentariamente se ha venido dando a este tema de la desproporción en el precio, que está generalmente admitido considerar anormal una baja que sea inferior en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, sin perjuicio del procedimiento legalmente previsto en el artículo 149 para su justificación, por lo que lógicamente un porcentaje inferior cuando menos debería ser objeto de motivación o justificación por parte del órgano de contratación, cosa que no se observa en el expediente de contratación, máxime cuando como es el caso hay pluralidad de criterios de adjudicación, por lo que el precio no tiene tanta relevancia a la hora de determinar la selección de la mejor oferta presentada (hasta 55 puntos), al ser objeto de ponderación otros criterios de carácter cualitativo (hasta 45 puntos).

A estos efectos, aunque sea con carácter meramente interpretativo se ha de recordar que actualmente el artículo 85 del RGLCAP al regular los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias cuando el único criterio es el precio establece en su apartado 5 que *“Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores”*. Por tanto, la reducción que excepcionalmente permite el reglamento es al 7 % de la baja media de manera motivada, en atención al objeto del contrato y las circunstancias del mercado, lo que

nos lleva a considerar que establecer en el PCAP una baja porcentual del 5 por 100 de la media como valor anormal es exagerado atendiendo a la pluralidad de criterios de adjudicación que se ponderan, a la ausencia de justificación de este porcentaje por el órgano de contratación, tanto en el expediente como en el informe al recurso presentado, y a la posible influencia negativa en la competitividad de las PYMES en relación al precio, alegada por la recurrente.

En cuanto a la segunda circunstancia que se observa por APR en relación a la existencia de contradicción en la determinación del umbral de valor anormal o desproporción, convenimos con lo informado por el órgano de contratación, en que más que contradicción, entre lo dispuesto en la cláusula 1.9.1 del PCAP y la nota (2) que figura final del apartado 1.9.2 del mismo, se ha producido un evidente error material al no haberse eliminado la nota del texto, puesto que no aplica al contrato en cuestión ni la remisión al artículo 85 del RGLCAP ni las referencias al comité de expertos u organismo técnico especializado. Por otra parte, una nota que tiene con carácter general un mero carácter aclaratorio no puede primar sobre la regulación efectuada en el clausulado del pliego.

Por lo expuesto, estimamos excesivo el umbral de anormalidad establecido en el pliego ante la ausencia de justificación por parte del órgano de contratación, y desestimamos que exista contradicción en la cláusula 1.9 si bien se ha de suprimir la nota 2.

6.4.- Otras exigencias discriminatorias para las PYMES.

APR señala como excesivamente gravosas y desproporcionadas para la participación de las PYMES las tres exigencias, que recogemos a continuación, relativas a: medios personales exigidos (cláusula 4.9 del PPTP), criterio de adjudicación cualitativa nº 1 (cláusula 1.9.2.1 del PCAP), y habilitación (cláusula 1.6 del PCAP).

- Se ha aumentado significativamente el número mínimo de técnicos requeridos para la ejecución del contrato sin justificación y para el mismo número de equipos, en

relación con las condiciones exigidas en los pliegos de la anterior convocatoria de 2016, a pesar de que en la presente convocatoria se exige un servicio de telemonitorización que a priori debería reducir las necesidades de desplazamientos y por tanto de personal.

El PPT de 2016, sólo exigía un responsable técnico, un ingeniero técnico y un técnico con formación mínima FP II, mientras que el PPT de 2020, requiere 18 técnicos, 6 veces más de medios personales mínimos necesarios, sin justificación técnica alguna, siendo obvio que este incremento de medios penaliza mucho más a las PYMES que a las grandes empresas y a los fabricantes, que disponen de recursos personales mucho más amplios.

- El criterio cualitativo 1 formación del personal acreditada por el fabricante, exige para obtener puntuación un número mínimo de técnicos acreditados muy alto y, además, sólo se refiere a RM, TC y Rx/mamografía (olvidando los restantes tipos de equipos, en particular los ecógrafos). Para poder conseguir 1 punto sobre un máximo de 5 hay que ofertar, al menos, 4 técnicos especializados en RM, 6 de TC y 9 de RX/Mamografía (y aunque sólo se vaya a un lote), lo que es difícil de cumplir para muchas PYMES.

- En cuanto a la habilitación empresarial o profesional considera excesiva la relativa a contar con la autorización exigida en el R.D.1085/2009 para las empresas que presten asistencia técnica en los equipos e instalaciones de rayos X de diagnóstico médico, para las PYME que sólo se dedican al mantenimiento y asistencia técnica de los equipos de ecografía, ya que estos aparatos no emiten rayos X y por tanto no requieren dicha autorización.

El órgano de contratación en cuanto a las tres citadas previsiones de los pliegos supuestamente desfavorables para las PYME informa:

1. En el PPTP se ha establecido el número mínimo de técnicos que se considera necesario para la adecuada prestación del servicio, derivado precisamente de la

experiencia acumulada durante la vigencia del anterior contrato, indicando que el número de técnicos dedicados es especialmente importante en este caso por disponer de varias ubicaciones (seis centros distintos), todos ellos con equipamientos de todas las modalidades. A estos efectos alude a la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos, citando varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009.

2. Respecto del criterio de adjudicación cualitativo nº 1 alega que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 145.5 de la LCSP, relativos a la vinculado con el objeto del contrato, formulación objetiva con respecto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conceder un ámbito de decisión ilimitado al órgano de contratación, dado que puede ser cumplido por cualquiera que dedique esos medios, y asigna la puntuación en función del mayor número de medios asignados a la ejecución del contrato, y se fija en función de las necesidades de la administración.

3. En cuanto a la habilitación empresarial o profesional la UCR informa que es una exigencia legal, que resulta de la legislación sectorial, por comprender el objeto del contrato el mantenimiento de equipos de Rayos X, de hecho sería obligatorio disponer de esta habilitación aunque no lo establecieran los pliegos.

Este Tribunal considera que el órgano de contratación en su informe al recurso no da contestación a las dos alegaciones efectuadas por la recurrente relativas al número mínimo de técnicos requeridos para la ejecución del contrato en el apartado 4.9 del PPTP, y a la ponderación dada a la formación acreditada de los técnicos recogida en el criterio cualitativo 1 recogido en la cláusula 1.9.2.1 del PCAP. Así sin discutir la indudable discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de determinar los requisitos en los pliegos para dar satisfacción a las necesidades que pretende satisfacer con el contrato, su idoneidad y contenido, así como la elección de los criterios de adjudicación que se consideren más apropiados para seleccionar el servicio de mayor calidad, como prevén los artículos 28 y 145 de la LCSP, también es claro que la actuación de la administración no puede ser arbitraria y que se han de justificar

adecuadamente en el expediente de contratación las condiciones y los criterios de adjudicación del contrato, como expresamente prevé el artículo 116.4 de la LCSP.

La alusión genérica al principio de discrecionalidad técnica que efectúa el órgano de contratación no justifica ni razona el sensible cambio de condiciones en los medios personales mínimos exigibles para la prestación, con un incremento en seis veces más a los exigidos en la anterior convocatoria, como plantea la recurrente, decisión que según alega perjudica la competencia de las PYMES, favoreciendo a las grandes empresas y fabricantes que parten de un mayor número de medios personales. Al no aportar la UCR una motivación bastante para el notable incremento de medios personales, ni justificar su necesidad, y apartarse sin razonamiento suficiente de los requisitos mínimos exigidos con anterioridad para la prestación del servicio, se considera que procede estimar este motivo de impugnación por no quedar acreditada la necesidad de la exigencia pudiendo vulnerar los principios de no discriminación entre licitadores y proporcionalidad recogidos en el artículo 132.1 de la LCSP.

También se considera insuficiente la justificación del criterio de adjudicación cualitativo nº 1 por parte del órgano de contratación, con una mera referencia a que cumple con los requisitos previstos en el artículo 145.5 de la LCSP, si bien en este caso tampoco se considera de calado la alegación de APR, relativa a que la formación no comprende todos los tipos de equipos que contemplan los lotes, y que la ponderación máxima de 5 puntos es difícil de alcanzar para las PYMES. Por ello, desestimamos este motivo de impugnación, considerando además que se trata de un criterio de mejora que reúne las exigencias previstas en el apartado 7 del artículo 145 de la LCSP, al figurar suficientemente especificada en los pliegos, concretar los requisitos, límites, modalidades y características de la misma, estar vinculada al objeto del contrato, y tener una ponderación proporcionada, sin que sea determinante en la adjudicación del contrato.

En cuanto a la exigencia de habilitación recogida en la cláusula 1.6 del PCAP se observa que ambos lotes contienen equipos o sistemas de radiología por lo que, como informa el órgano de contratación, procede la exigencia de la habilitación prevista en el

PCAP, según prevé el citado Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, siendo desestimado este motivo de impugnación.

6.5.- Sobre la solvencia técnica o profesional requerida y el criterio de adjudicación nº 1, referida a títulos académicos y profesionales.

La recurrente alega que el PCAP infringe lo dispuesto en los artículos 90.1.e) y 145 de la LCSP.

- El apartado 7.2 de la cláusula 1 del PCAP elige, entre otros, como criterio de solvencia técnica o profesional los títulos académicos y profesionales, y, luego, en el apartado 9.2.1 de la misma cláusula, establece como criterio de adjudicación cualitativo nº 1 la *“Formación acreditada de los técnicos especialistas asignados al contrato”*, siendo obvio que los certificados de formación expedidos por el fabricante son *“títulos profesionales”*, se están valorando dos veces, como criterio de solvencia técnica y como criterio de adjudicación, lo cual está vedado por el citado artículo 90.1.e) de la LCSP.

- Asimismo, alega sobre este criterio de adjudicación nº 1 que no está fundamentado en la mejor relación calidad-precio por lo que infringe el artículo 145 LCSP.

El mayor número de técnicos con certificados de formación de los fabricantes no redundan necesariamente siempre en un mejor servicio, ya que hay que tener en cuenta también la coordinación, la eficiencia y la evitación de redundancias. En la práctica del sector se ha observado que la ratio más eficiente es un técnico para 8 o 9 equipos, por lo que no es técnicamente eficiente exigir 5 técnicos de Resonancia Magnética para únicamente 7 equipos, y en el caso de Escáner (TAC) se exigen 7 técnicos para 6 equipos, más técnicos que equipos instalados.

Además, indica que APR, actual adjudicatario, viene manteniendo satisfactoriamente los equipos objeto del contrato con muchos menos técnicos de los que ahora se exigen, como resulta del certificado de buena ejecución de la propia UCR. También, advierte la contradicción de que el pliego exija un mayor número de técnicos

que antes, y, al mismo tiempo, proceda a imponer la telemonitorización y a suprimir las guardias localizadas, con el consiguiente descuento que esto genera en número de técnicos necesarios y en términos asistenciales, ya que los equipos especialmente críticos como Resonancia Magnética y TAC siguen trabajando durante sábados, domingos y festivos. Teniendo en cuenta la supresión de las guardias localizadas, y de los sábados en relación a los días laborables, la exigencia del actual pliego de contar con un mayor número de técnicos resulta totalmente injustificada.

Además de infringir el principio de la mejor relación calidad-precio, la exigencia de un número tan elevado de técnicos especializados sólo puede ser cumplida por las empresas fabricantes (que también prestan el servicio de mantenimiento y reparación de sus propios equipos), con lo que también se conculcan los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, y defensa de la libre competencia. A estos efectos cita el artículo 132.2 LCSP que dispone que la contratación no será concebida con la intención de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

Adicionalmente expone que los equipos de RX están en ambos lotes, y no se especifica en este criterio evaluable de forma automática el reparto entre RX y mamografía, ni entre los propios equipos de RX de ambos lotes, con la consiguiente ambigüedad en la definición de los criterios de adjudicación.

Por su parte el órgano de contratación alega que no se está valorando dos veces la solvencia técnica o profesional como requisito de solvencia y como criterio de adjudicación. Como solvencia se exige una concreta titulación (especificada en el apartado 7.2 del PCAP) en el personal mínimo exigido por el PPT. Y como criterio de adjudicación lo que se está valorando es la asignación de un mayor número de técnicos al mínimo que impone el PPTP, exigiendo, para su valoración que los técnicos cuenten con el correspondiente certificado de formación.

Por otra parte, alega que la recurrente nuevamente cuestiona el criterio de adjudicación cualitativo nº 1, invocando la supuesta infracción del artículo 145 por

entender que no está fundado en la mejor relación calidad-precio. Tal infracción decae por sí sola, pues si el servicio consiste en el mantenimiento de un importante parque de equipos de alta tecnología con distintas ubicaciones (concretamente seis), resulta evidente que cuanto mayor sea el número y cualificación de los técnicos que lo presten mejor será el servicio. Como se ha expuesto anteriormente el criterio cumple con los requisitos del artículo 145.5.

Respecto al certificado de buena ejecución refiere que se expide en las condiciones establecidas por los pliegos anteriores, se ha ejecutado correctamente el servicio lo que no significa que se haya podido comprobar durante la ejecución que la prestación del servicio podría ser mejor, y que una de las vías de mejora sea la asignación de un mayor número de técnicos a la ejecución del objeto del contrato.

Este Tribunal considera que no queda acreditada la doble valoración puesto que como informa el órgano de contratación, como criterio se piden las titulaciones académicas del personal mínimo previsto en el PPTP y en el criterio de adjudicación se valora la formación con certificado de expedido por el fabricante como mejora sobre los requisitos mínimos del PPTP, remitiéndonos a lo comentado en el apartado 6.4 de este fundamento de derecho en relación con este criterio.

6.6.- Incorrecta determinación de la clasificación sustitutoria de la solvencia.

La recurrente alega que la clasificación exigida para sustituir a los requisitos de solvencia en la cláusula 1.7.2 del PCAP es actualmente incorrecta, dado que, tras la reforma del Real Decreto 1098/2001 por el Real Decreto 773/2015, no existe ningún subgrupo para los servicios de mantenimiento de equipos de electromedicina y, además, la categoría está mal fijada.

De acuerdo con el artículo 99.7 de la LCSP, cada lote es un contrato diferente y por tanto requiere la fijación de sus requisitos de solvencia y de clasificación propios, debiendo figurar la categoría 5 (RD 773/2015) o D (RD 1098/2001) para la totalidad del contrato; para sólo el lote 1: valor estimado (1.581.565,82), valor medio anual

(948.939,49), categoría 4 o D; y para sólo el lote 2: valor estimado (987.305,84), valor medio anual (592.383,50), categoría 3 o C.

El órgano de contratación respecto a la clasificación sustitutoria de la solvencia recuerda que es un medio opcional y alternativo a la solvencia, y que el PCAP establece que la clasificación exigida lo es en el grupo P, subgrupo 4, como subgrupo específico para mantenimiento de equipos de electromedicina.

Este Tribunal comprueba que la clasificación que se cita en la cláusula 1.7.2 del PCAP, como mantiene la recurrente, no es correcta pues actualmente no existe el subgrupo 4 en el grupo P de clasificación en los contratos de servicios previstos en el artículo 37 del RGLCAP, y sin que figuren tampoco ya en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE) empresarios clasificados en el citado subgrupo. Por otra parte, como indica el órgano de contratación, tampoco tiene mayor trascendencia esta inconsistencia del PCAP pues solo se citaba como opción a la acreditación de la solvencia exigida.

6.7.- Criterio cualitativo de adjudicación del contrato nº 2 relativo a acuerdos de fabricantes.

- APR solicita la nulidad de este criterio en cuanto puede suponer una restricción de la competencia, favoreciendo a las empresas fabricantes frente a los no fabricantes, dejando además en manos de los primeros la posibilidad de que los segundos puedan o no obtener 10 de los puntos con los que se valoran las ofertas, así como los detalles últimos de cómo se va a desarrollar el servicio acordado, lo que vulnera lo dispuesto en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

Así, el criterio otorga una ventaja competitiva a los licitadores que sean fabricantes de los equipos objeto del mantenimiento, al otorgarles 10 puntos (un 10% de la puntuación total) por el sólo hecho de ser fabricantes, teniendo en cuenta una cualidad subjetiva de los licitadores y no una cualidad objetiva y vinculada con el objeto del contrato, como exige el artículo 145.5 de la LCSP. A este respecto recuerda que

estamos ante un contrato de mantenimiento y que los fabricantes que concurren lo hacen como empresas dedicadas al mantenimiento de equipos, con independencia de su condición de fabricantes, sin que esta circunstancia afecte al desarrollo de los trabajos objeto del contrato.

Además, el criterio valora que los licitadores que no sean fabricantes tengan suscritos acuerdos de colaboración con empresas fabricantes de los equipos afectos al contrato, otorgándoles 10 puntos si presentan acuerdo de colaboración integral (mantenimiento preventivo, correctivo, predictivo y remoto) y 2 puntos si el acuerdo se refiere al mantenimiento preventivo. Esta valoración también puede suponer una restricción de la competencia, pues deja en manos de unos licitadores (los fabricantes) la obtención por otros licitadores (no fabricantes) de hasta un 10% de la puntuación total de las ofertas, con la consiguiente infracción del principio de igualdad entre los licitadores. Como prueba de ello, APR expone que resultó excluida de un servicio de mantenimiento similar, por no poder aportar un acuerdo con el fabricante de los equipos que, con abuso de su posición de dominio, se mostró reacio a ofrecer acuerdo en los términos del PCAP, planteando una subcontratación ilegal de la totalidad de las prestaciones objeto del contrato, lo que dio lugar a la resolución 298/2019, de 10 de julio de este TACPCM estimatoria del recurso presentado por APR. En definitiva, la práctica ha demostrado que el criterio de tener acuerdos con el fabricante no siempre es accesible para cualquier licitador, pudiendo los fabricantes obstaculizar e impedir dichos acuerdos con los licitadores no fabricantes que concurren con ellos a la licitación.

- Asimismo solicita la nulidad de este criterio por su interacción con los otros criterios de adjudicación, que se relacionan a continuación, por considerar que puede dar lugar a la doble valoración de algunos aspectos o a la no valoración de otros, planteando muchas dudas, no resueltas en el pliego, sobre la valoración de los acuerdos de colaboración del licitador con los fabricantes. A estos efectos recuerda la exigencia del artículo 145.5 de la LCSP, de que los criterios de adjudicación estén claramente definidos y no sean ambiguos, sin permitir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, debiendo por tanto anularse o, subsidiariamente, redefinirse correctamente todos los criterios de valoración, que se solapan unos con

otros o se privan de efectos mutuamente, sin haberse previsto los problemas de interacción entre ellos.

Interacción con el criterio nº 1 relativo a formación. En el caso de que el licitador suscriba acuerdos con los fabricantes de los equipos ¿se valorarán los técnicos propios del fabricante que en el acuerdo de colaboración se asignen al contrato? ¿Se considerará el número menor de técnicos que, en su caso, aporte la empresa licitadora? ¿Se sumarán los técnicos del licitador y los del fabricante con el que suscriba acuerdos? El pliego no resuelve estas cuestiones, que podrían plantear serios problemas, por su indeterminación y ambigüedad, en el momento de la valoración.

Interacción con el criterio nº 3 referido a gestión de la seguridad de la información, y el último párrafo del PPTP 4.3. ¿Cómo se valorará al licitador que no tenga el certificado ISO 27001, si las labores de mantenimiento las va a realizar el fabricante con el que ha suscrito un acuerdo, que sí que tiene dicho certificado ISO? ¿Se le otorgarán 10 puntos o 0?

Interacción con el criterio nº 5 de juicio de valor relativo a aplicaciones clínicas remotas. Tampoco establece nada el pliego sobre si se valorará únicamente a los técnicos del licitador o si se tendrán en cuenta los técnicos del fabricante, en el caso de que se suscriba un acuerdo de colaboración. Además, será el fabricante el que disponga del sistema de soporte de aplicaciones clínicas en remoto y no el licitador, por lo que se plantea otra vez la cuestión (no resuelta por el pliego) de cómo se valora este criterio en conexión con el criterio nº 2, porque no tendría sentido que no se valoraran las aplicaciones clínicas remotas de un licitador por el hecho de que, al haber suscrito acuerdos con el fabricante, sea este el que disponga de estas aplicaciones.

Interacción con el criterio nº 6 de juicio de valor referido a sistema de telemonitorización proactiva, y el 4.4 del PPTP. ¿Se valorará al licitador que aporte acuerdos con el fabricante el sistema de telemonitorización, aun cuando éste vaya a llevarse a cabo por el fabricante en virtud de dicho acuerdo? ¿O no se otorgará a dicho

licitador puntuación alguna en este criterio, aun cuando disponga del correspondiente sistema de telemonitorización a cargo de la empresa fabricante de los equipos?

El órgano de contratación informa que valorar acuerdos de colaboración con fabricantes ha sido considerado conforme a derecho, citando resoluciones de este Tribunal, del TACRC, y del de Andalucía.

El criterio nº 2 valora los acuerdos de colaboración con el fabricante porque pueden repercutir de manera efectiva en el mantenimiento de los equipos, acortando los tiempos de parada y mejorando los tiempos de respuesta, según Resolución 53/2019 del TACPCM.

La respuesta sobre la puesta a disposición de técnicos por la empresa fabricante con la que se celebre el contrato serán las mismas que si esos técnicos son puestos a disposición por otra empresa y deberán articularse mediante las posibilidades de puesta a disposición de medios que se habilitan en la legislación de contratos.

En cuanto al solapamiento con los otros criterios cualitativos de adjudicación, lo niega por considerar que se valoran cuestiones distintas que nada tienen que ver con el acuerdo con el fabricante.

El criterio nº 1 valora la asignación a la ejecución del contrato de un número de técnicos (con formación acreditada mediante certificado de fabricante), que nada tiene que ver con la existencia de un acuerdo de colaboración con el fabricante.

El criterio nº 3 valora portar certificación de la norma ISO 27001, la alternativa o posibilidad de aprovechar la norma ISO de la que disponga otra empresa, plantea las mismas cuestiones que si dicha empresa es o no fabricante.

El criterio nº 5 aplicaciones clínicas remotas, trata cuestiones distintas al criterio nº 2.

Igual respecto al criterio nº 6, sistema de telemonitorización proactiva.

Respecto de esos dos últimos criterios (5 y6) indica que, la UCR sólo dispone de un equipo “*crítico*” (TAC y RM) en cinco de sus centros, considerándose especialmente “*críticos*” estos equipos por la imposibilidad de prestar el servicio en otra sala, en caso de avería. Por ello, se considera valorable soporte remoto, ya que puede minimizar tiempos de parada y mejorar asistencia a paciente.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar que los requisitos y clases de criterios de adjudicación se regulan en el artículo 145 de la LCSP, recogiendo su apartado 5 los requisitos que deben cumplir “*a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo. b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores*”. Es claro que el criterio de adjudicación nº 2 impugnado está vinculado al contrato, cuestión más discutible es si su formulación respeta plenamente los principios de igualdad, no discriminación, y garantiza la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

Como ha mantenido este Tribunal en anteriores resoluciones, no cabe duda de que ser fabricantes o tener acuerdos de colaboración con ellos puede repercutir de manera efectiva en el mantenimiento de los equipos, acortando los tiempos de parada y mejorando los tiempos de respuesta, pero también es cierto que pueden llegar a suponer una limitación a la participación en la licitación. En todo caso entiende este Tribunal que el mantenimiento de los equipos puede realizarse sin que el adjudicatario sea fabricante o tenga acuerdos con fabricantes, y que lo que es clara es la necesidad

de que los pliegos, como efectivamente hace el PPTP en sus prescripciones 2 y 4, exija que se sigan los niveles de revisión recomendados por el fabricante como el mínimo a cumplir, tanto en el alcance como en la frecuencia, que los mantenimientos preventivos se hagan de acuerdo a los protocolos que el fabricante tenga establecidos, etc., lo que no implica que se pueda ni deba valorar ser fabricante como criterio de adjudicación.

En cuanto al acuerdo de colaboración se podría dar la circunstancia, como alega la recurrente, de que la ponderación quede a la voluntad de un posible competidor, cuando la legislación de competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) establece la obligación de las empresas fabricantes de vender libremente todos los productos, es decir, la garantía de suministro de repuestos originales está protegida por ley y no precisa de otras actuaciones de las empresas que pretendan prestar el servicio ni la autorización o certificación por el fabricante en cuyas manos se dejaría el cumplimiento de tal requisito, como ya manifestó este Tribunal en sus Resoluciones 80/2018, de 22 de marzo, y 44/2020, de 5 de febrero.

Por otra parte, la imposibilidad de otorgar ventajas a los fabricantes, atendiendo a su condición de fabricantes o a su posición en el mercado, se ha puesto de manifiesto en la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid nº 298/2019, de 10 de julio, señalando que *“la contratación pública es un ámbito de indudable importancia económica inspirado, entre otros, en los principios comunitarios de libertad de empresa y de impulso a la libre competencia. Concurrir a una licitación pública no deja de ser una competición entre operadores económicos para conseguir la adjudicación de un contrato. Ésta debe recaer en la oferta económicamente más ventajosa que haya sido presentada en concurrencia e igualdad de condiciones con los demás licitadores, sin que la condición de fabricante o la posición en el mercado pueda otorgarle a un licitador tales ventajas, que le aseguren de una manera u otra la adjudicación de un contrato”*.

Por lo expuesto se considera que el criterio previsto en la cláusula 1.9.2.1.2 del PCAP puede suponer ventaja competitiva para los licitadores que sean fabricantes de los equipos objeto del mantenimiento, o tengan acuerdos de colaboración con ellos, y

que además no es baladí pues supone el 30 por 100 de la ponderación establecida en el pliego para los criterio/s cualitativos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, por lo que se estima este motivo de impugnación.

6.8.- Nulidad de las cláusulas 4.6 y 4.10.1 del PPTP.

La recurrente plantea que el PPTP al incluir la obligación del adjudicatario de aportar un acuerdo para el suministro de las necesarias actualizaciones de software de los equipos, y para el suministro de repuestos homologados, mantenimiento remoto y actualización del software, vuelve a restringir el acceso al contrato de los licitadores que no sean fabricantes, por dejar otra vez en manos de los primeros la posibilidad de suscribir los acuerdos requeridos. A estos efectos debe tenerse en cuenta que los acuerdos exigidos por estas cláusulas del PPT no suelen facilitarse por los fabricantes con carácter genérico, pues los fabricantes están obligados, sin necesidad de acuerdo alguno, a facilitar las actualizaciones de software y a suministrar repuestos, lo cual hacen previa solicitud del cliente y para cada caso concreto, sin firmar acuerdos genéricos.

El órgano de contratación respecto a la exigencia de acuerdo con el fabricante, que se recogen en los apartados 6 y 10.1 de la cláusula 4 del PPTP, manifiesta que lo único que se pretende es asegurar que el licitador está en condiciones de cumplir el contrato, y evitar problemas o dificultades en su cumplimiento en los términos contratados.

Este Tribunal deduce, de las alegaciones formuladas por ambas partes, que no resulta necesario el acuerdo del fabricante previsto en la prescripción 4 del PPTP para el cumplimiento de las condiciones técnico-funcionales del servicio de mantenimiento y prestaciones incluidas, relacionadas con las actualizaciones de Software y el suministro de piezas y materiales, por lo que la exigencia de acuerdo se debe retirar a los efectos de evitar los inconvenientes citados en el apartado 6.7 de este fundamento a los que nos remitimos.

6.9.- Anulación de las cláusulas 1.9.2.2 del PCAP (criterio de adjudicación nº 5), y 4.7 y 9 del PPTP, por no estar vinculado al objeto del contrato y por valorarse aspectos no calificados como criterios de adjudicación en el PCAP.

- La recurrente alega infracción del artículo 145.5 y 6 de la LCSP por no vinculación al objeto del contrato, dado que *“la formación (en remoto) que se requiere al adjudicatario no es de carácter técnico para el mantenimiento de los equipos por parte del usuario (que es lo que tendría relación con el objeto del contrato), sino ‘formación clínica’ (en RM y TAC/TC/CT), o sea, para el manejo y utilización de los mismos en la realización de las pruebas diagnósticas (podría ser incluso durante la realización de las pruebas, para atender las dudas que tenga el operador en tiempo real), cosa que claramente excede del mantenimiento integral de los equipos, es competencia de los médicos y radiólogos, no de los técnicos e ingenieros que integran la plantilla de las empresas de este sector, y supone una gran responsabilidad puesto que incide en la salud de los pacientes (las pólizas de seguro de responsabilidad civil de los licitadores no tienen por qué extenderse a este tipo de actuación). A mayor abundamiento, esta prestación no está cubierta por los requisitos de solvencia y clasificación exigidos en el pliego y no se corresponde con el código CPV asignado a este contrato”*.

- Por otra parte, manifiesta que hay un mandato claro del legislador (artículos 122.2, 145.5, 146.3 y 150.1 de la LCSP) de que sólo se pueden valorar a efectos de adjudicar un contrato los criterios que hayan sido establecidos expresamente como tales en el PCAP, de lo que se infiere que el PPT no puede establecer criterios de adjudicación. Sin embargo, el apartado 4.9 del PPTP establece un criterio de adjudicación (*“se valorará”*) consistente en la adaptación de la organización del servicio a las singularidades de la UCR (cosa que, por otra parte, deberían hacer todas las ofertas de los licitadores, por lo que no tiene sentido que se valore), y que no está previsto en el PCAP, por lo que no puede tenerse en cuenta y debe ser anulado.

El órgano de contratación alega que en el criterio de adjudicación cualitativo nº 5 lo que se valora es la oferta de un sistema o servicio adicional al mínimo exigido en

los pliegos (servicio que habrá de ser prestado por personal cualificado). Asimismo, afirma que está relacionado con el objeto del contrato, según se encuentra definido en el artículo 145.6 de la LCSP.

En cuanto al punto 4.9 del PPTP, la UCR manifiesta que no establece ningún criterio de adjudicación, pues no se le asigna puntuación, tratándose de una orientación que el propio recurrente reconoce redundante y que habría de considerarse aun cuando no se estableciera: que la organización del servicio que se oferte tenga en cuenta y se adapte a las singularidades de la UCR.

El análisis de esta última cuestión lleva a este Tribunal a señalar lo que dispone el artículo 145 de la LCSP, al regular con carácter general los requisitos y clases de criterios de adjudicación a utilizar en los contratos, así en primer lugar se ha de mencionar que la elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa. Dichos criterios no se enumeran con carácter exhaustivo en el apartado 2 del citado artículo, determinando, en su apartado 4, que corresponde a los órganos de contratación velar por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades, así pues deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Ahora bien, los criterios seleccionados, previstos en el PCAP que han de servir de base para la adjudicación, han de cumplir los requisitos que establece el apartado 5 disponiendo en primer lugar en la letra a) que *“En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo”*, disponiendo el artículo 145.6 de la LCSP que *“Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) En el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o servicios, con especial referencia a formas de producción prestación o comercialización medioambiental y*

socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”

Asimismo, el apartado 7, para el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, prevé que son mejoras las prestaciones adicionales a las que figuran definidas en el pliego de prescripciones técnicas, sin que puedan alterar su naturaleza, ni el objeto del contrato.

En este caso la vinculación al objeto del contrato de este criterio de adjudicación impugnado, cláusula 1.9.2.2.5 del PCAP, así como el inciso relativo a la formación clínica dentro del plan de formación previsto en el punto 4.7 del PPTP, no es clara por tratarse de formación clínica, siendo su acepción vulgar la instrucción práctica de la medicina que se relaciona con la observación directa y del chequeo y tratamiento del paciente, sin ninguna vinculación aparente con el objeto del contrato según lo define la cláusula 1.1 del PCAP, en cuanto servicio de mantenimiento del equipamiento de radiodiagnóstico instalado en la UCR, con el fin de mantener en las mejores condiciones operativas el diverso equipamiento presente en las salas de intervención y diagnóstico. Objeto y finalidad del servicio, desarrollado en las prescripciones 1 y 2 del PPTP, consistiendo en el mantenimiento técnico de los equipos que se relacionan en su Anexo I. por ello este motivo de impugnación también debe ser estimado por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 145.5.a) y 7 de la LCSP.

Respecto a la impugnación del punto 4.9 del PPTP, como indica el órgano de contratación se trata de una incorrecta redacción.

Por último, se ha de recordar que los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido, por determinar el contenido de la relación contractual, son por tanto el documento fundamental para evitar problemas en la adjudicación y ejecución del contrato, siendo de suma importancia que no contengan errores ni inconsistencias. Se han de modificar en el sentido recogido en el presente fundamento los apartados 7.2 y 9 de la cláusula 1 del PCAP, y los puntos 6, 7, 9 y 10.1 de la cláusula 4 del PPTP, sin perjuicio de revisar

y corregir todas las deficiencias detectadas en el clausulado de los pliegos según el análisis efectuado, así como comprobar la posibilidad de incrementar el número de lotes al objeto de facilitar la participación de las PYMES, justificando su imposibilidad o inconveniencia, en su caso. Por ello se concluye que procede estimar el recurso interpuesto por APR, anulándose los pliegos, procediendo la retroacción de las actuaciones al momento previo a su aprobación debiendo licitar nuevamente el contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122.1 de la LCSP.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el 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.- Estimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa APR 1998, S.L. contra los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato de servicios de “Mantenimiento integral de equipamiento de radiodiagnóstico para la Unidad Central de Radiodiagnóstico” del Servicio Madrileño de Salud, número de expediente A/SER-032373/2019, en los términos previstos en el fundamento de derecho sexto 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.- Levantar la medida cautelar de suspensión que fue adoptada por este Tribunal por Acuerdo de 12 de marzo de 2020.

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 59 de la LCSP.

VOTO PARTICULAR A LA RESOLUCIÓN 129/2020 DE 18 DE JUNIO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN 73/2020, FORMULADO POR LAUREANO PELAEZ ALBENDEA, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Estando conforme con el carácter estimatorio de la Resolución, discrepo respetuosamente en tres motivos muy concretos de la argumentación de la mayoría.

En primer término, discrepo con la afirmación contenida sobre el punto 6.1 del fundamento de derecho quinto, donde se recomienda antes de la parte dispositiva *“así como comprobar la posibilidad de incrementar el número de lotes al objeto de facilitar la participación de las PYMES, justificando su imposibilidad o inconveniencia, en su caso”*.

Después de afirmar en el punto 6.1 la discrecionalidad del órgano de contratación en la división en lotes y reconocer carecer de conocimientos técnicos sobre la materia, no parece coherente realizar estas recomendaciones.

Por otro lado, lo que exige la norma es motivar la no división en lotes, pero no justificar la división de los mismos (artículo 99.3 de la LCSP), atendiendo a ese principio de favorecer la concurrencia de las pequeñas y medianas empresas:

“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”.

No exige justificar la división realizada, que entra dentro de las facultades que el artículo 28 de la LCSP atribuye a las entidades convocantes.

La división en lotes conforme al fabricante de los productos es un criterio preciso y objetivo y los lotes no tienen un valor estimado tan grande que impida concurrir a pequeñas y medianas empresas, que pueden hacerlo agrupadas en cualquier caso.

Por último parece impropio de un órgano revisor de una actuación administrativa previa realizar “recomendaciones”. No es un órgano consultivo y no se localiza esa facultad entre las competencias que le atribuye la LCSP, al dictar resolución (artículo 57.2). Hay otros órganos consultivos en materia de contratación a esos efectos.

En segundo lugar, discrepamos con la estimación del recurso por el punto 6.3. Inadecuación del umbral de normalidad.

Sencillamente, compete a la entidad convocante fijar ese umbral a tenor del artículo 149.2 de la LCSP:

“a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”.

Legalmente, el RGCAP solo rige y supletoriamente en el caso de que exista un único criterio de adjudicación (precio), no cuando hay varios, sin perjuicio de que también en este supuesto los pliegos puedan remitirse al Reglamento.

Es decir, en un caso el RGCAP rige supletoriamente y *ex lege*. En el segundo, solo *ex contractu*.

Corresponde al órgano de contratación fijar en los pliegos los criterios de ofertas anormalmente bajas.

El criterio del 5 por 100 es atribución del órgano y no limita la concurrencia de las PYMES, la favorece, pues son los grandes licitadores los que por economías de escala pueden bajar más los precios.

La distribución de puntos (55 oferta económica /45 otros criterios) denota que el órgano de contratación no quiere primar el precio, lo que es coherente con la baja regulada.

En cualquier caso, no es atribución del Tribunal desapoderar al órgano de contratación de las facultades que le atribuye la Ley en orden a la fijación del umbral de normalidad.

Por último, discrepamos en el punto 6.4 en cuanto al aumento del número de técnicos. Nuevamente, quien mejor conoce las necesidades a satisfacer y el modo de hacerlo es la propia entidad convocante y es su facultad conforme al señalado artículo 28 de la LCSP. Explica razonablemente el incremento del número de técnicos, resultado de la experiencia y de ser seis los centros a mantener.

Por todo lo expuesto, se entiende que ni la recomendación sobre los lotes, ni el punto del umbral de normalidad ni la impugnación del número de técnicos, debieron ser estimados en la forma en que consta en la Resolución mayoritaria.