

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

En Madrid, a 11 de mayo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don J.C.R., en nombre y representación la agrupación de empresas Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L. - ASIME, S.A. (A3I-ASIME), licitadoras en compromiso de UTE, contra la adjudicación del contrato “Apoyo técnico a la Unidad Técnica de Control encargada de monitorizar la prestación de los servicios no sanitarios en los hospitales gestionados en régimen de concesión y de los gestionados de forma centralizada en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SER-4/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13, 21 y 14 de agosto de 2015, se publicó respectivamente, en el DOUE, BOE y BOCM anuncio de licitación del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios y un valor estimado de 4.822.569,62 euros.

Segundo.- Con fecha 6 de noviembre de 2015, considerando que pudieran existir ciertas inconsistencias en algunos licitadores con respecto a las exigencias del

PCAP, que podrían haber influido de manera notable al resultado del proceso de licitación, la sociedad ANTARES presentó recurso especial en materia de contratación denunciando la posible existencia de conflictos de intereses por parte de algunas licitadoras.

Este Tribunal, mediante Resolución nº 208/2015, de 9 de diciembre de 2015 (Recurso especial nº 187/2015), estimó parcialmente dicho recurso, atendiendo a la petición subsidiaria contenida en el mismo, acordando “*solicitar el órgano de contratación al propuesto como adjudicatario la declaración de inexistencia de conflictos de interés en los términos de los fundamentos de derecho anteriores*”.

Con fecha 19 de enero de 2016, Hill International interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal (Recurso especial nº 11/2016) contra la Resolución de 30 de diciembre de 2015 por la que se adjudicó el contrato licitado a la UTE A3I-ASIME. El 17 de febrero de 2016 mediante Resolución nº 28/2016, se acordó estimar parcialmente el Recurso especial nº 11/2016 interpuesto por Hill International en lo relativo a la acreditación de la solvencia económica y financiera de la UTE: “*retrotraer las actuaciones a fin de que, por el órgano de contratación, se requiera a las empresas licitadoras en compromiso de UTE A3I-ASIME, para que justifiquen documentalmente la solvencia económica que ha sido cuestionada en este recurso en cuanto han de acreditar el importe exigido en el PCAP en el ámbito del objeto del contrato, gestión de concesiones administrativas de infraestructuras principalmente hospitalarias y ASISTENCIA TÉCNICA/CONSULTORÍA EN GESTIÓN DE HOSPITALES*”.

En cumplimiento de la Resolución 28/2016, se solicitó a A3I-ASIME la documentación necesaria para acreditar el nivel de solvencia económico financiera exigido. El día 3 de marzo de 2016 se presentó un escrito al que adjuntó documentación subsanatoria y complementaria de la inicialmente incluida en su oferta.

La Mesa de contratación se reunió el día 7 de marzo de 2016 para el estudio de los nuevos certificados aportados y, “*no estando claro si los mismos podrían tener cabida dentro del apartado del criterio de selección de la solvencia económica*”, acordó solicitar informe al Asesor Técnico de la Dirección General Económico-Financiera y de Infraestructuras Sanitarias, responsable de la Unidad Técnica de Control.

En dicho informe, tras realizar diversas consideraciones generales sobre las funciones de la Unidad Técnica de Control y de la Dirección General de Gestión Económico-Financiera y de Infraestructuras y señalar cuál es la actividad que debe realizar el adjudicatario del contrato licitado, considerando dicha actividad y los requisitos de solvencia económica-financiera del PCAP, se analizan los certificados presentados y finalmente se afirma que el contrato licitado estaría clasificado en el número 11 del Anexo II del TRLCSP (“*servicios de consultores de dirección y servicios conexos*”) mientras que el título de los contratos a los que aluden los certificados presentados vendrían referidos a servicios objeto de la categoría 1 del mismo (“*servicios de mantenimiento y reparación*”), concluye que “*los certificados que presenta no acreditan la solvencia económica ni en el ámbito objeto del contrato ni en materia de concesiones o infraestructuras ni en materia de CONTRATOS DE CONSULTORÍA/ASISTENCIA que son las tres posibilidades que, disyuntivamente admite el Tribunal de Contratación*” y que, dado que “*en ninguna de las tres posibilidades encajan los tres certificados presentados, que refieren a “mantenimiento de aparatos de electromedicina en gestión de hospitales”, (...) “no se puede considerar que los certificados presentados por la UTE A3I-ASIME relativos al servicio de mantenimiento de equipos e instalaciones de electromedicina, acrediten el cumplimiento de que los mismos se encuentren enmarcados en el ámbito del objeto del contrato”*”.

A la vista de la documentación aportada por la UTE y del informe del Asesor Técnico, la Mesa de contratación, en la reunión mantenida el día 9 de marzo de 2016 y tras afirmar que “*los tres certificados presentados son, a pesar de*

presentarse más extensa y detalladamente, los mismos que la Resolución 28/2016 del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, consideró no válidos" acordó:

- No tener por subsanados los certificados aportados por A3I-ASIME para acreditar la solvencia económica en el ámbito del objeto del contrato, gestión de concesiones administrativas de infraestructuras principalmente hospitalarias y ASISTENCIA TÉCNICA/CONSULTORÍA EN GESTIÓN DE HOSPITALES.
- Elevar al órgano de contratación, propuesta de adjudicación a favor de la siguiente empresa mejor valorada, Hill International.

El Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, en cuanto órgano de contratación del SERMAS, aceptando la propuesta de adjudicación elevada por la Mesa de contratación, dictó, con fecha 5 de abril de 2016, la resolución de adjudicación tras la exclusión de la oferta presentada por la UTE recurrente que fue notificada el 6 de abril.

Tercero.- Previo anuncio al órgano de contratación, el 22 de abril la agrupación de empresas A3I-ASIME, formuló recurso especial en materia de contratación contra la anterior resolución en el que se solicita que se dicte resolución:

“Anulando la resolución de 5 de abril de 2016 objeto del presente recurso por ser contraria a Derecho como consecuencia de haberse excluido indebidamente a mi mandante y, por ende, ordenando la admisión de la oferta formulada por el mismo teniendo por acreditada su solvencia económica y financiera a todos los efectos y la adjudicación a su favor del contrato licitado.

- Subsidiariamente y de confirmarse el criterio empleado por el Asesor Técnico de la Mesa de contratación, anulando la resolución como consecuencia de haber violentado el Órgano de Contratación los principios de igualdad concurrencial y de no discriminación con ocasión de la ejecución de la Resolución nº 28/2016 de este Tribunal, ordenando de nuevo la retroacción de las actuaciones del procedimiento hasta el momento previo a la acreditación de la solvencia económica

y financiera a efectos de que todos los licitadores puedan acreditar la misma a la luz del criterio sentado por el Asesor Técnico de la Mesa de contratación.

- Subsidiariamente respecto de la solicitud anterior y de no anularse íntegramente la resolución y ordenarse la retroacción de las actuaciones del procedimiento de licitación hasta el momento previo a la acreditación de la solvencia económica y financiera, anulando la resolución recurrida en lo que a la adjudicación del contrato licitado a favor de Hill International se refiere como consecuencia de incurrir dicha mercantil en un claro supuesto de incompatibilidad/conflicto de interés.”

El órgano de contratación remitió el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- Con fecha 27 de abril el Tribunal acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones en nombre y representación de Hill International Spain en el que se solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- El acto de adjudicación del contrato licitado a Hill International y la exclusión de la licitación de la oferta formulada por A3I-ASIME es susceptible de recurso especial al tratarse de un contrato de servicios de la categoría 11, sujeto a regulación armonizada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 6 de abril de 2016 e interpuesto el recurso el 22 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- La legitimación activa se reconoce en el artículo 42 del TRLCSP, a toda persona física o jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”, debiéndose reconocer a la recurrente en cuanto pretende mantenerse en el procedimiento y el carácter de adjudicatario del mismo. Respecto de la legitimación para solicitar una nueva valoración de la solvencia técnica y la exclusión de Hill International, esta será objeto de análisis en el fundamento de derecho dedicado a analizar esta petición subsidiaria.

Queda acreditada la representación del firmante del recurso como apoderado de A3I. Aunque en el escrito de compromiso de constitución en UTE se nombra como representante ante la Administración para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de la tramitación de la licitación a don J.C.R.

El artículo 48 del TRLCSP regula en los siguientes términos las uniones temporales de empresarios que se constituyen temporalmente al efecto de contratar con el sector público:

“1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

2. Los empresarios que concurran agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.”

Es decir, don J.C.R. está apoderado por A3I y el nombramiento genérico del compromiso de constitución en UTE le faculta para ejercitar derechos y obligaciones derivados de la tramitación de la licitación sin que conste expresamente la facultad de interponer recursos en nombre de ambas empresas.

Este Tribunal viene considerando que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los recurrentes el hecho de que presenten el recurso por sí solos. Aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas, la obligación de nombrar un representante único para el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados del contrato se refiere a la fase contractual de ejecución del contrato, donde una vez adjudicado el mismo se constituye la UTE. Sin embargo, ello no implica que con anterioridad las empresas que concurren en compromiso de UTE deban ejercer las acciones en vía de recurso conjuntamente. El sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer recurso.

El artículo 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que “en el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus

derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”

Por tanto, no hay motivo alguno para negar legitimación a quienes interponen el recurso puesto que en el caso de una resolución favorable a sus intereses aprovecharía a la totalidad de los componentes de la UTE. Mientras que una resolución adversa no produciría perjuicio alguno para los no recurrentes.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, en primer lugar, se trata de determinar si la exclusión de la UTE recurrente por no acreditar el suficiente nivel de solvencia económico financiera se ajusta a derecho.

El día 3 de marzo de 2016 presentó un escrito al que adjuntó la siguiente documentación subsanatoria y complementaria de la inicialmente incluida en su oferta en cumplimiento de la Resolución 28/2016 de este Tribunal:

- Certificado emitido con fecha 25 de febrero de 2016 por el Director de Gestión del Hospital Universitario Severo Ochoa, aclaratorio y complementario del emitido previamente por parte de la dicho Hospital e incluido por A3I-ASIME en la documentación de la oferta formulada en su día en el marco de la licitación de referencia.
- Certificado emitido con fecha 29 de febrero de 2016 por el Director de Gestión Económica del Hospital Clínico San Carlos, aclaratorio y complementario del emitido previamente por parte de dicho Hospital e incluido por A3I-ASIME en la documentación de la oferta formulada en su día en el marco de la licitación de referencia.
- Certificado emitido con fecha 1 de marzo de 2016 por el Jefe de Mantenimiento del Hospital Universitario Santa Cristina, aclaratorio y complementario del emitido previamente por parte de dicho Hospital e incluido por A3I-ASIME en la documentación de la oferta formulada en su día en el marco de la licitación de referencia.

La recurrente hace referencia al certificado emitido por el Hospital Clínico San Carlos (los otros dos certificados responden a un esquema similar), destacando las funciones y actividades desarrolladas por ASIME, entre otras, las siguientes:

- Realización de todas las acciones técnicas y legales en los plazos adecuados para que la actividad asistencial del Hospital pueda desarrollarse en las mejores condiciones de eficacia, disponibilidad, fiabilidad y seguridad del equipamiento e instalaciones.
- Asesoramiento y consultoría al Hospital en la definición de oportunidades de mejora y en la resolución de consultas operativas relacionadas con la prestación de los servicios.
- Gestión de la disponibilidad y evaluación mensual de los tiempos de respuesta y corrección vinculados al cumplimiento de las tareas objeto del contrato.
- Control e inspección periódicos sobre los trabajos y tareas efectuados, informando acerca de cualquier incidencia.
- Elaboración de informes mensuales sobre los aspectos técnicos y legales relacionados con eventuales anomalías y deficiencias detectadas que puedan afectar al cumplimiento del contrato.
- Gestión informatizada del contrato de asistencia técnica, compatible e integrada con los sistemas de información existentes en el Hospital (control de inventario, aviso de intervenciones, seguimiento acciones, elaboración de informes...).

Considera la recurrente que todas las anteriores actividades, desarrolladas en el ámbito hospitalario y normalmente para la dirección, son indudablemente actividades de “*consultoría/asistencia técnica en gestión de hospitales*”. Explica que mientras que los certificados inicialmente incluidos en su oferta para acreditar el correspondiente volumen de ingresos y, por ende, la solvencia económica y financiera venían referidos solo al “*mantenimiento y revisión de equipos e instalaciones para uso electromédico*” (el primero y el tercero) o a la “*asistencia técnica de mantenimiento y revisión de equipos e instalaciones para uso electromédico*” (el segundo) -por ser los títulos de los contratos fuente del

correspondiente volumen de negocio-, los certificados aportados con carácter complementario desarrollaron las anteriores menciones explicitando determinadas actividades objeto de los respectivos contratos, de conformidad con los pliegos rectores de los mismos, con la finalidad de poner de manifiesto que dichas actividades eran de “consultoría/asistencia técnica en gestión de hospitales”, tal y como había valorado el Órgano/Mesa de contratación al analizar inicialmente la solvencia y al elaborar los informes en el marco de los dos recursos especiales interpuestos en relación con la licitación de referencia.

Alega la recurrente que en la valoración de la documentación presentada se han introducido criterios novedosos elaborados *ad hoc* (en el informe del Asesor Técnico), en absoluto transparentes y aplicados en exclusiva a A3I-ASIME (no se han aplicado a ningún otro licitador). Pone de manifiesto que la Mesa de contratación, al analizar los certificados aportados siempre entendió que la UTE, al igual que el resto de los licitadores, contaba con la solvencia económico-financiera exigida y así lo hizo constar, además tras la valoración inicial de la solvencia de todos ellos, en los dos informes emitidos en el marco de los dos recursos especiales interpuestos en el marco de la licitación y a que se ha hecho anterior referencia. La solvencia económica y financiera nunca fue puesta en entredicho hasta la Resolución de 30 de diciembre de 2015 porque, sencillamente, la Mesa y el Órgano de Contratación nunca albergaron duda alguna acerca de que concurría en todos y cada uno de los licitadores. El carácter novedoso de los criterios empleados por el Órgano de Contratación para evaluar la solvencia económica y financiera de mi mandante resulta claramente de lo manifestado por ese Tribunal Administrativo en su Resolución nº 28/2016, concretamente al afirmar que el Órgano de Contratación, anteriormente, “*no explicó el criterio seguido para la calificación de la solvencia de los licitadores*”.

Tal como ya expresó este Tribunal en la Resolución 28/2016, la finalidad de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional de las empresas es verificar la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato. No

es objeto del presente recurso especial discutir la legalidad del establecimiento de los requisitos mínimos de solvencia económico-financiera en el pliego rector de la licitación de referencia, sino únicamente la aplicación de dichos requisitos por parte del Órgano y de la Mesa de contratación tras haber ordenado la retroacción de las actuaciones para volver a valorar dicha solvencia a la luz de la documentación presentada por la UTE recurrente para subsanar la inicialmente presentada que fue considerada insuficiente.

La Resolución 150/2013, de 18 de abril, del Tribunal Central de Recursos Contractuales, expresa que “*en fin, el examen de la solvencia ha de realizarse por la mesa de contratación de acuerdo con aquellos criterios, de modo que es a ella a la que corresponde resolver sobre la suficiencia o insuficiencia de la documentación aportada para acreditar la solvencia técnica*”. Es cierto que la anterior Resolución analiza la exigencia de solvencia técnica, pero cierto es también que resulta de plena aplicación al caso analizado, toda vez que el medio establecido en el PCAP para que los licitadores acrediten su solvencia económica y financiera es el volumen de negocio obtenido en ámbitos relacionados con el objeto del contrato licitado, - gestión de concesiones de infraestructuras principalmente hospitalarias y consultoría/asistencia técnica en gestión de hospitales-, imponiéndose la aludida comparación con el objeto del contrato, “*toda vez que se trata de acreditar la solvencia técnica de la empresa, ha de atenderse a una valoración de las condiciones técnicas exigidas a aquellos trabajos comparándolos con las exigidas en el contrato objeto de licitación, atendiendo para ello a los pliegos de prescripciones técnicas toda vez que a ellos está reservado especificar las características técnicas que haya de reunir la realización de las prestaciones del contrato (...)*”. El examen ha de dirigirse a determinar si entre las prestaciones ya realizadas y las que son objeto de licitación existe el grado de semejanza necesario para concluir que la empresa que llevó a cabo aquellos trabajos tiene capacidad suficiente para ejecutar las prestaciones del contrato licitado.

Alega la recurrente que:

- Los tres certificados aportados al Órgano de Contratación el día 3 de febrero de 2016 por parte de A3I-ASIME para acreditar su solvencia económica y financiera complementan los aportados inicialmente junto con su oferta (y, por lo tanto, ni son los mismos que los originalmente presentados, ni el certificado resultante de la aclaración/complemento es el mismo que “rechazó” el Tribunal) con objeto de demostrar que las actividades a que aquellos certificados se refieren o comprendidas en el seno de los contratos identificados en los mismos (actividades de “asistencia técnica en gestión de hospitales”) son idénticas o, cuando menos, guardan una intensa semejanza con una de las tres actividades contempladas en los criterios de solvencia económica y financiera previstos en el apartado 5º de la cláusula 1ª del PCAP, particularmente con la *“consultoría/asistencia técnica en gestión de hospitales”*.

- Los criterios de solvencia económica y financiera establecidos en el PCAP están presididos por una cierta oscuridad, y su interpretación en modo alguno puede favorecer a la Administración autora del PCAP por prohibirlo el art. 1288 del Código Civil y la Jurisprudencia y doctrina administrativa que lo interpreta. El anterior requisito de solvencia está formulado en términos muy amplios toda vez que, primero, permite que la misma tenga su fuente u origen, alternativamente, tanto en actividades objeto del contrato, como en la gestión de concesiones de infraestructuras particularmente hospitalarias o en contratos de *“consultoría/asistencia técnica en gestión de hospitales”*. Además dichas fuentes u orígenes en sí mismos están formulados en términos igualmente amplios (aunque todos los casos parecen remitirse a ciertas actividades necesariamente desarrolladas en ámbitos hospitalarios).

- La aplicación por parte del Órgano y de la Mesa de contratación de los criterios de solvencia económica y financiera establecidos en el PCAP se ha fundamentado en una interpretación literalista y rigorista de los mismos, interpretación contraria al principio de proporcionalidad y que en modo alguno se aviene con el principio de libertad de acceso a las licitaciones e igualdad concurrencial siendo, en cuanto tal, contraria a Derecho. Afirma que la Resolución de ese Tribunal yerra al afirmar que los contratos a que se refieren los certificados inicialmente presentados “ningún vínculo tienen con alguno de los ámbitos

admitidos”, si bien dicha afirmación es perfectamente entendible si se considera que los certificados originalmente aportados por mi mandante en su oferta no explicitaban las concretas y muy variadas actividades que en el seno de los mismos tienen vínculo con alguno de los “ámbitos admitidos”, concretamente con el de la **“ASISTENCIA TÉCNICA/CONSULTORÍA EN GESTIÓN DE HOSPITALES”**, razón por la cual cobra todo el sentido que se conceda la posibilidad de subsanar un posible defecto que la Mesa y el Órgano de contratación en su día no apreciaron (razón por la cual no concedieron a mi mandante trámite para subsanar el posible defecto, haciendo nacer en el mismo la confianza legítima en la plena validez de los certificados aportados).

- La aplicación por parte del Órgano y de la Mesa de contratación de los criterios de solvencia económica y financiera establecidos en el PCAP se ha realizado de manera discriminatoria y nada transparente y, en cuanto tal, es contraria a Derecho.

La recurrente trata de redefinir los términos de proporcionalidad aplicables y carga contra los pliegos contractuales tachándolos de oscuros y criticando la interpretación de los mismos, omitiendo que los criterios de solvencia ya figuraban en el PCAP, y fueron analizados por éste Tribunal en su Resolución número 28/2016, que los encontró claros y procedió a su concreción al caso concreto de los certificados aportados por la UTE recurrente, la cual, recordemos, es firme en vía administrativa. Se trata por tanto de un uso impropio del recurso que no puede tener acogida por parte del Tribunal, que ya tuvo la oportunidad de posicionarse sobre la aplicación de los requisitos de solvencia exigidos por los pliegos interpretándolos a la luz del ordenamiento jurídico vigente. No se trata de criterios novedosos ni elaborados en el informe técnico aplicables en exclusiva a la recurrente, pues desde su aprobación figuraban en el PCAP.

La actuación de la Mesa de contratación en la ejecución de la Resolución 28/2016 se ajustó en todo momento a la misma, siendo manifiestamente insuficiente la documentación aportada por A3I-ASIME para justificar su solvencia económico-

financiera solicitada en el PCAP. En concreto, hemos de señalar que los tres certificados son, efectivamente, de los mismos contratos que fueron presentados en su día bien que provistos de cierta literatura a fin de tratar de justificar la adecuación de los mismos a los requisitos exigidos en la mencionada resolución. No dejan de ser por ello contratos para el mantenimiento de un concreto elemento técnico de una de las muchas necesidades de abastecimiento técnico que todo hospital posee, en este caso el mantenimiento de las instalaciones de electromedicina, que no puede ocultar que se trata de contratos referentes a máquinas determinadas, mientras que el licitado se refiere a la gestión hospitalaria en su conjunto.

Así, por ejemplo, cuando en dichos certificados se hace referencia a la “*gestión de disponibilidad y evaluación mensual de los tiempos de respuesta ...*”, lo que se intenta acreditar es el cumplimiento con uno de los requisitos del PPT, concretamente con lo establecido en la cláusula 3 del mismo, “*Seguimiento de las incidencias y los fallos de servicio, fallos de calidad, fallos en el tiempo de respuesta y en el de corrección*”, lo cual debe entenderse en el ámbito de la gestión hospitalaria general y no en el ámbito dentro del cual se ha ejecutado el contrato referido en los certificados, los cuales están referidos, no a las incidencias y los fallos del servicio del hospital sino a un seguimiento estadístico de incidencias y averías de cada aparato, que se refiere a cuestiones de seguimiento y disponibilidad técnica del equipamiento, a que está circunscrito dicho contrato, nada que ver con los requisitos del contrato licitado. Es tanto como pretender que quien tiene contratado el mantenimiento de equipamiento de cocina tiene un cierto volumen de negocios en el sector de la hostelería. Escapa de toda lógica el poder plantear que el mero mantenimiento de una serie de aparatos electrónicos pueda ser equiparable a gestionar un Hospital. Se trata, precisamente, de esta condición la que la recurrente incumple, ya que lo que se exige es que la actividad sea “*en gestión de hospitales*”, no “*en hospitales*”, diferencia básica por cuanto el contrato al que se concurre no está determinado por tratarse de un contrato que meramente se va a desarrollar “*en un hospital*”, sino por tratarse, efectivamente, de un contrato que va a conllevar la monitorización de la “*gestión*” de los hospitales.

Respecto del contenido del informe evacuado por el responsable de la Unidad Técnica de Control este Tribunal solo puede aceptar su validez y compartir sus argumentos.

En relación a la vulneración del principio de igualdad en la valoración de la solvencia de los otros licitadores que según afirma se ha hecho con otros parámetros de proporcionalidad a los exigidos a la UTE recurrente, respecto de los que se ha aplicado en exclusiva, cabe recordar, como anteriormente se ha dicho que no se trata de nuevos criterios ni nuevos parámetros, sino simplemente de contrastar lo aportado con lo exigido en el PCAP que es la ley del contrato, debiendo, efectivamente aplicarse a todos los licitadores. La posibilidad de subsanación se ha dado en exclusiva a la recurrente como resultado de la constatación por este Tribunal de una inadecuada aplicación por la Mesa de contratación a la hora de su valoración, con ocasión de un recurso, pero ni se pone de manifiesto que el supuesto de desigualdad se dé en los demás licitadores, respecto de los que no se hace mención de dónde está desigualdad o que la documentación aportada sea igual, ni procede una nueva valoración de algo que salvo recuso o apreciación de error tiene el carácter de acto administrativo firme y no recurrido. La recurrente se limita a realizar esas asseveraciones de contenido genérico y vago.

En consecuencia procede desestimar el motivo de recurso y la pretensión de admisión de la oferta de la UTE A3I-ASIME. Asimismo procede desestimar la petición subsidiaria de ordenar la retroacción de las actuaciones al momento previo a la acreditación de la solvencia económica y financiera de todos los licitadores.

Sexto.- Como segundo motivo de recurso, y en paralelo a la pretensión subsidiaria de anulación de la adjudicación a favor de Hill International, como consecuencia de incurrir en un supuesto de incompatibilidad/conflicto de intereses, se alega que la adjudicataria incurre en diversos supuestos de incompatibilidad/conflicto de interés que deberían haber dado lugar a su exclusión de la presente licitación y que, de haberse acordado temporáneamente, habrían impedido la adjudicación de la presente licitación a su favor y la interposición misma del recurso que ha dado lugar

a la Resolución nº 28/2016. Señala que el actual adjudicatario carecía de la capacidad necesaria para poder ser admitido a la licitación como consecuencia de existir incompatibilidades para contratar como consecuencia de la previa participación de Hill International y del despacho de abogados incluido en su oferta (Cuatrecasas) en el asesoramiento a diversas sociedades concesionarias de hospitales incluidos dentro del ámbito del objeto del contrato licitado. En este caso, resultaría que la oferta formulada por Hill International debería haber sido excluida de la licitación de referencia, pudiendo discutirse incluso que hubiera concurrido en dicha mercantil la legitimación para, en su momento, recurrir la adjudicación a favor de la UTE A3I-ASIME.

En su escrito de alegaciones Hill International defiende la inexistencia de incompatibilidad o conflicto de interés alguno en dicha empresa puesto que las funciones de dicha empresa en el Hospital de Torrejón se limitaron a la monitorización y seguimiento de las obras del mismo en el ámbito de lo estipulado en el *Contrato de Construcción y Equipamiento* firmado entre Torrejón Salud, S.A. y FCC Construcción S.A.-BECSA UTE. Dichas funciones aparecen nítidamente recogidas en dicho contrato, siendo las siguientes:

- a) Coordinación de reuniones entre las diferentes partes intervenientes en la Concesión.
- b) Gestión de la documentación concerniente al Contrato de Concesión, tanto en la faceta de registro y archivo de documentos, como el de la distribución y circulación de los mismos.
- c) Auditoría técnica, monitorización y seguimiento de la construcción, y de todos aquellos aspectos técnicos, económicos y de normativa que afecten al desarrollo del proyecto.

Afirma el citado escrito de alegaciones que las funciones de Hill International provienen del Acuerdo de accionistas por el que se daba a la UTE constituida por FCC y BECSA la responsabilidad del diseño y construcción y a Hill International las de monitorización, lo cual no supone, por tanto, la atribución de ningún tipo de poder de toma de decisiones ni diseño. Dicho acuerdo fue firmado, entre otros, por don

F.P., socio de A3I, lo cual agrava más si cabe la actuación de la recurrente y pone de manifiesto su mala fe por ser ésta, como vemos, plenamente conocedora de que Hill International no tuvo ninguna responsabilidad ni capacidad en el diseño ni en la toma de decisiones sobre el mismo. Así, en el posterior *Contrato de Diseño y Construcción* se trasladan a FCC todas las obligaciones de diseño y construcción, mediante un contrato “back to back”, el cual fue firmado, entre otros, por el mencionado socio de A3I. Quienes, por el contrario, sí tomaban decisiones en el seno de la Sociedad Concesionaria, eran, además de los miembros de su Consejo de Administración, los miembros de la Comisión Ejecutiva, de periodicidad mensual, y en la que, como representante de una de las socias de la Concesionaria, Concessia, participaba, precisamente, don F.P., socio de A3I. A mayor abundamiento, debe señalarse que la imposibilidad de influencia de Hill International en la toma de decisiones en el diseño y construcción del hospital resulta indubitable del hecho palpable de que el diseño de éste fue determinado mucho antes de que fuera contratado como “Project Monitor” de las obras. Hill International monitorizó la obra, no los servicios, por lo que ésta ni participó, ni estuvo siquiera informada sobre las decisiones de la contratación de los servicios, ya que este extremo correspondía plenamente a la concesionaria y su comité. Cuando Hill International comenzó sus servicios el Proyecto completo y detallado del hospital ya estaba entregado, como vimos, por la Sociedad Concesionaria y aprobado por la Administración, por lo que no es cierto que tomase decisión alguna sobre el diseño y construcción del hospital, independientemente de que ésta no tenía capacidad para tomar decisiones.

En cuanto al alegado conflicto de interés derivado de la presencia de Cuatrecasas como subcontratista por una actuación de este bufete como asesor externo de la financiación del Hospital, alega Hill International que esta actuación no puede generar conflicto de interés alguno por varias razones. En primer lugar se trata de una actuación realizada en 2005, pues la financiación es una tarea que se ha de desarrollar inmediatamente después de la adjudicación, siendo éste el primero de los hospitales adjudicados, resultando desproporcionado y manifiestamente ilegal pretender aplicar la cláusula de conflicto de interés con una dimensión temporal tan disparatada. En segundo lugar, la propia actuación, asesor externo de una

financiación, es de todo punto inidónea para generar conflicto de interés alguno, pues la labor propia de los asesores externos en una financiación es dar soluciones, financieras y jurídicas, a las cuestiones planteadas y acuerdos alcanzados por las partes (en este caso, el concesionario y los bancos finanziadores) en sus negociaciones, propiciando con ello la consecución de la financiación para el proyecto. Se trata, pues, más de una actuación en interés de la concesión que de ninguna parte en concreto. Concluye el escrito de alegaciones que esa actuación, por su propia naturaleza no es susceptible de generar conflicto de interés alguno, pues no se refiere a la prestación del servicio, de modo que pudiera producirse situaciones en las que habiendo informado en interés del concesionario sobre cómo llevar a cabo alguna prestación o el alcance de algún derecho u obligación contractual, posteriormente, el mismo abogado se viera, sin la necesaria libertad para informar en interés de la Administración, al estar comprometido por sus propias opiniones anteriores. Nada de esto puede ocurrir cuando lo que se ha asesorado es en la financiación, esto es, sobre un contrato entre concesionario y entidades financieras del que no es parte la Administración y que nada puede influir sobre la prestación de los servicios. Una tercera derivada es que un despacho de las dimensiones de Cuatrecasas, con más de mil abogados, está estructurado departamentalmente, de modo que los abogados del Departamento de Financiero son distintos de los del Departamento de Administrativo, y que ni siquiera puede darse ninguna relación personal de coincidencia entre quienes asesoraron la financiación y quienes ahora han de asesorar a la UTC.

En primer lugar el Tribunal debe analizar la legitimación activa de la recurrente para plantear la exclusión de la adjudicataria una vez ella misma ha sido excluida del procedimiento de adjudicación y confirmada dicha exclusión por este Tribunal.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el concepto legitimación en la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de*

derecho o *interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular*. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el *interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados)*, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un *interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético)*. Se trata de la *titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejerce la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta*. O, lo que es lo mismo, el *interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida* (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252J, F.3]; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173J, F.3]; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73J, F.4]). En consecuencia, para que exista *interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso* (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45J, F.4])".

Con carácter general, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada en Sentencias como la de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejerce la pretensión y que se materializa, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética. En cuanto a la necesidad de que la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo, exige que el interés invocado sea real y actual. Por ello, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha manifestado en diversas resoluciones tales como la 237/2011 y la 22/2012 que "de manera reiterada en nuestra doctrina a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido, con fundamento en el mandato contenido en el hoy artículo 42 del TRLCSP, hemos declarado que el interés invocado ha de ser un interés cualificado

por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública”.

Los tribunales administrativos en materia de contratación pública han sentado una doctrina específica sobre qué debe considerarse como interés legítimo a efectos del recurso especial, poniéndolo en conexión con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre interés legítimo en el ámbito administrativo. La legitimación de los licitadores que han sido excluidos de un procedimiento de licitación ha sido una cuestión que ha dado lugar a un intenso debate doctrinal.

Con carácter general se ha sostenido que los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación mediante acto firme carecen de legitimación para impugnar las actuaciones del procedimiento ulteriores a su exclusión, incluida la propia adjudicación del contrato, pues ningún beneficio podría reportarles ni evitarles ningún perjuicio. Según la doctrina contenida entre otras en la STJUE de 19 de junio de 2003, asunto C-249/01, Hackermüller, no tiene legitimación para recurrir la adjudicación el licitador que fue debidamente excluido.

A veces, no obstante, se ha reconocido también la legitimación activa de un licitador excluido cuando el recurso tiene por finalidad denunciar que las consideraciones que dieron lugar a su exclusión son igualmente aplicables a la proposición de otro licitador que se postula como adjudicatario. Ello es así porque, de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de igualdad de trato y de no discriminación de los licitadores pues, por idénticos motivos, un licitador es excluido y otro resulta adjudicatario, negando al primero la posibilidad de articular una defensa real y efectiva frente a dicha desigualdad.

La doctrina ampliatoria del contenido de la legitimación se ve confirmada en la

Sentencia TJUE de 4 de julio de 2013, As. C-100/12, Fastweb SpA y Azienda Sanitaria Locale di Alessandria. Según esta última: “*el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica. En efecto, en dicha situación, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada*”.

En esta Sentencia se trata de la comprobación de la adecuación al pliego de condiciones de las ofertas presentadas por las dos únicas licitadoras que llevó a la conclusión de que ninguna de ellas se ajustaba a todas las especificaciones impuestas por dicho pliego. La comprobación debería llevar a la estimación de los dos recursos y en consecuencia, a anular el procedimiento de contratación controvertido en el litigio principal, dado que ningún licitador presentó oferta que pudiera desembocar en esa adjudicación. Dicha solución presenta interés para la demandante del caso dado que la reapertura del procedimiento de adjudicación le daría una nueva oportunidad de hacerse con el contrato. La exclusión definitiva de una de las partes en el procedimiento de adjudicación supondría que dicha parte se encontraría en una situación que le imposibilitaría impugnar el resultado de ese procedimiento.

Procede señalar que del artículo 1 de la Directiva 89/665 se desprende que ésta tiene por objetivo permitir la interposición de recursos eficaces contra las decisiones de las entidades adjudicadoras incompatibles con el Derecho de la Unión. Según el apartado 3 del citado artículo, los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

Cabe añadir que la posibilidad de que con la estimación del recurso, el procedimiento quede desierto y se lleve a cabo una nueva licitación cuando se trata de una hipótesis real o bastante probable es un motivo adicional para reconocer legitimación activa.

En definitiva, la negación de legitimación en tales supuestos se justifica en el hecho de que, aunque se estimasen las pretensiones del recurrente, su oferta nunca resultaría adjudicataria del contrato, por lo que no puede apreciarse que en el mismo concorra el interés legítimo que se exige para reconocer legitimación activa.

En dicho sentido, se pronuncia la Resolución del TACRC 239/2012, de 31 de octubre: *“La exclusión del recurrente no se ha producido aquí en virtud de una decisión inicial del Órgano de contratación, sino que es consecuencia necesaria de la Resolución de este Tribunal, de modo que el recurrente ha pasado de ser adjudicatario a ser excluido en el procedimiento de adjudicación. Es precisamente en los fundamentos de la Resolución de este Tribunal en los que el recurrente motiva su recurso, por entender que las consideraciones que llevaron a su exclusión son igualmente aplicables a la proposición del otro licitador hoy adjudicatario, por lo que se habría producido una lesión al principio de igualdad. Hipotética lesión que, a la vista de las peculiares circunstancias, hace de interés general su examen por este Tribunal”.*

En la Resolución 28/2016, este Tribunal reconoció legitimación activa a Hill International (2º en el orden de clasificación) para recurrir la adjudicación a la UTE A3I-ASIME y no estimó la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por ésta consistente en la falta de dicha legitimación. Aceptar que la adjudicataria pueda obligar al examen de si existe motivo de exclusión del segundo clasificado antes de entrar a conocer del recurso respecto del adjudicatario supondría que, de estimarse el motivo de inadmisibilidad debería declararse que la segunda queda excluida y no se examinaría el cumplimiento de las condiciones técnicas o de solvencia (lo que se discute y constituya el fondo del recurso) de la adjudicataria, que se mantendría en su condición por no haberse admitido el recurso. Por otra parte se trata de una

especie de reconvención no admitida en el recurso administrativo especial. Tal como aceptó el Tribunal en su Resolución 77/2016, de 4 de mayo, según el criterio de la Sentencia TJUE de 4 de julio de 2013, As. C-100/12, Fastweb SpA y Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, cuando solo existen dos licitadores es evidente el interés de la segunda en el orden de clasificación en eliminar a la primera, y el interés de la primera en eliminar a la segunda si en ese caso obtuviera el beneficio de poder participar en una nueva licitación adecuando su oferta (no cuando el incumplimiento le impide presentarla aunque se reinicie el procedimiento).

En el caso que nos ocupa no es eso lo que ocurre, al procedimiento de licitación fueron admitidas cinco licitadoras resultando en el orden de clasificación.

- 1º UTE A3I-ASIME.
- 2º Hill International.
- 3º Investigación y Control de Calidad (INCOSA).
- 4º UTE Antares consultin, S.A. - Manifest Design, S.L.
- 5º Técnica y Proyectos, S.A.

Habiendo sido interpuesto recurso por la segunda clasificada contra la adjudicación a la UTE A3I-ASIME, (Recurso especial 11/2016) de aceptar la causa de inadmisión del actual recurso hecha valer por la UTE consistente en falta de legitimación de Hill internacional porque debió haber sido excluida previamente, no procedería entrar al fondo del asunto y se quedaría sin analizar la falta de solvencia achacada a la UTE adjudicataria, a lo que cabe añadir que la tercera clasificada tampoco habría podido interponer recurso contra el adjudicatario, pues para estar legitimado debería recurrir simultáneamente contra el primero y segundo (y haber causa para ello).

Otra opción obligaría al análisis de ambos recursos (el interpuesto y la reconvención) como hemos hecho cuando solo había dos licitadores.

Sin embargo, en este caso, no se da el mismo supuesto de hecho, puesto que al haber otros licitadores no se obtendría el beneficio de poder participar en una

nueva licitación en el caso de producirse, sino quedando excluidas la primera y la segunda oferta, el beneficiado con la adjudicación derivada de la estimación del recurso, sería la tercera licitadora que no lo ha formulado.

De estas conclusiones no se deriva perjuicio alguno para el derecho de defensa, ni déficit de legalidad en la actividad contractual objeto de impugnación, ya que si se reconoce legitimación a la segunda clasificada, se pueden corregir las infracciones de la oferta de la primera y la corrección de la adjudicación a la segunda puede ser controlada por la tercera sin que ninguna escape a la posibilidad de denunciar una adjudicación ilegal. Ello da lugar a la posibilidad de recursos en cascada contra los sucesivos adjudicatarios y todos ellos podrán ser analizados, solución más coherente que inadmitir un recurso cuando el que lo interpone puede ser incumplidor, por lo tanto su oferta es rechazable, pero tal rechazo impide conocer del fondo sobre el adjudicatario, que también puede resultar incumplidor.

Además, la recurrente pretende reproducir el motivo de oposición que ya fue desestimado en la Resolución 28/2016 manifestando su disconformidad con el criterio mantenido en la misma, pues afirma que si el recurso no hubiera sido admitido no hubiera conducido a la actual situación que es su exclusión. Tal motivo no puede ser admitido pues como se ha dicho la Resolución de este Tribunal es firme en vía administrativa. Por tanto, en este momento la UTE A3I-ASIME carece de legitimación para pretender que se analice y se excluya a Hill International pues el beneficio de una posible estimación no recaería en su favor sino en el tercero en el orden de clasificación. Este que no ha interpuesto recurso sí obtendría el beneficio de poder ser adjudicatario en el supuesto de estimarse el recurso, pero no el licitador excluido. En consecuencia, el Tribunal considera que no procede reconocer legitimación y debe inadmitir el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector

Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don J.C.R., en nombre y representación la agrupación de empresas Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L. - ASIME, S.A., contra la adjudicación del contrato “Apoyo técnico a la Unidad Técnica de Control encargada de monitorizar la prestación de los servicios no sanitarios en los hospitales gestionados en régimen de concesión y de los gestionados de forma centralizada en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SER-4/2015, e inadmitirlo en cuanto pretende la exclusión de Hill International por falta de legitimación activa.

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

Tercero.- Levantar la suspensión automática cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 27 de abril de 2016.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.