

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

En Madrid, a 26 de junio de 2015.

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

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección-Gerencia del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, se convocó procedimiento abierto para la adjudicación, mediante pluralidad de criterios, del contrato de servicios mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de 19 de mayo de 2015. El envío al DOUE tuvo lugar en la misma fecha. El valor estimado asciende a 1.964.023,04 euros.

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

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

Al objeto del presente recurso, interesa destacar que el apartado 9 de la cláusula primera del PCAP establece del siguiente modo los criterios de valoración de las ofertas:

“Criterios objetivos de adjudicación del contrato.

1 Oferta económica 55%

2 Calidad técnica 45%

1- Criterio Oferta económica:

Para valorar la oferta económica de cada Lote se utilizara el importe total ofertado para cada Lote (precio sin IVA). Las ofertas que igualen el precio de licitación serán valoradas con 0 puntos.

La asignación de puntos se efectuará proporcionalmente a la oferta económica de los licitadores de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$PI = 55 \times BI/Bm$$

Donde, PI = Puntuación otorgada al licitador.

BI = Baja del licitador

Bm = Mayor baja de todas las presentadas

Siendo: Baja = Precio de licitación - oferta económica del licitador

2- Criterio Calidad técnica (hasta 45 puntos):

a. Calidad técnica de la Solución propuesta Hasta 18 puntos

- Programa y gamas mantenimiento preventivo a aplicar

en el Hospital..... Hasta 7,5 puntos

- Protocolos de funcionamiento operativo, actuación y

de emergencia a desarrollar en el Hospital Hasta 4,5 puntos

- Programa completo de trabajo (metodología y

sistemática a seguir), Hasta 4,5 puntos

- Memoria organizativa y presentación oferta Hasta 1,5 puntos

b. Medios personales y valoración del equipo de trabajo Hasta 10,5 puntos

Medios personales y valoración del equipo de trabajo: se valorará la cualificación académica y profesional de los componentes del equipo humano propuesto, su experiencia, cobertura de turnos sobre los mínimos establecidos, número de componentes, etc.,

- Destino profesional actual, y desempeño en los últimos

años indicando periodos y fechas, curriculum vitae: Hasta 6 puntos

- Equipo de profesionales que ubicará en el Hospital: Número,

Categoría, Titulación, turnos, horarios, etc..... Hasta 4,5 puntos

c. Subcontrataciones..... Hasta 4,5 puntos

Presentación de los acuerdos en el sobre de documentación técnica. Se valorarán los acuerdos que la empresa tenga con empresas cuyo equipamiento esté afecto al contrato, que garanticen en todo momento una correcta solución de las incidencias. Se excluyen de esta puntuación, los equipos que el Hospital obliga a contratar con casas oficiales, tal como se indica en el Pliego de Prescripciones Técnicas en el punto 4 “Funciones y obligaciones del adjudicatario” y en el punto 13: “Oferta Técnica, apartado de Subcontrataciones”, por cada acuerdo con casas comerciales (sólo valdrán con casas comerciales cuyos equipos estén incluidos en inventario del Hospital), tendrá una puntuación de 0,50 puntos, con el máximo indicado.

d. Equipos en sustitución en caso avería Hasta 6 puntos

e. Acreditaciones oficiales Hasta 1,5 puntos

Acreditaciones oficiales o de fabricante para realizar labores de mantenimiento de equipos recogidos en el concurso. Por cada acreditación (sólo se consideran las referentes a equipos incluidos en inventario del Hospital), tendrá una puntuación de 0,30 puntos, hasta el máximo indicado.

f. Medios técnicos Hasta 3 puntos

Medios técnicos y equipamiento para desarrollar las tareas objeto del contrato, a disposición a tiempo completo en el Hospital. Todos los equipos de medición, deberán poseer certificaciones de calibraciones con empresas acreditadas.

*g. Programa formación continuada Hasta 1,5 puntos
Programa formación continuada para personal de la empresa adjudicataria y personal del Hospital, por cada curso de formación a impartir, 0,30 puntos, hasta la puntuación máxima indicada”.*

Segundo.- El 5 de junio de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Mantelec, S.A., contra los Anuncios, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y Anexos I y II del primero, que han de regir la adjudicación del contrato, en el que solicita la anulación de determinadas cláusulas y por ende de la convocatoria y pliegos impugnados.

El recurso alega diversos incumplimientos de la legislación de contratos que se analizarán pormenorizadamente con posterioridad.

El 11 de junio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado en el BOCM de 19 de mayo de 2015, habiendo sido puestos los pliegos a disposición de los interesados desde su publicación en el perfil de contratante, que tuvo lugar el mismo día e interpuesto el recurso, ante este Tribunal, el 5 de junio de 2015, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

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

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso y antes de entrar al análisis de los concretos motivos del mismo, conviene hacer referencia a dos alegaciones previas, una de la recurrente y otra del órgano de contratación.

Alega la recurrente como cuestión previa que el procedimiento no ha sido anunciado en el BOE y siendo un contrato sometido a regulación armonizada su publicación era obligatoria, según establece el artículo 142 del TRLCSP, lo que motivaría la nulidad de todo el procedimiento.

Sobre esta cuestión manifiesta el órgano de contratación que el Hospital Universitario Fundación Alcorcón tiene la consideración de poder adjudicador por lo que se aplica el artículo 190.1.b) del TRLCSP que le exime de la publicación en el BOE.

Efectivamente, es esa la situación, el Hospital Universitario Fundación Alcorcón es un ente adscrito a la Consejería de Sanidad, dependiente del Servicio Madrileño de Salud. Tiene por tanto la naturaleza de poder adjudicador que carece de la consideración de Administración Pública que en virtud de lo establecido por el artículo 190.b) del TRLCSP solo está obligado a efectuar la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, por lo que la alegación debe rechazarse.

Por su parte el órgano de contratación, como cuestión previa, manifiesta que la recurrente es una empresa habitual licitadora de este tipo de contratos y que ha sido adjudicataria en varios casos con Pliegos semejantes a los ahora impugnados, por lo que, en aplicación de la doctrina de los actos propios, quedaría vinculada por su actuación anterior.

No podemos compartir el criterio del órgano de contratación ya que la doctrina de los actos propios no es aplicable en este supuesto y en todo caso tiene una aplicación muy restringida en materia de contratación pública, respecto de los particulares. La amplia legitimación que reconoce la legislación, artículo 42 del TRLCSP, para recurrir implica que no solo los licitadores sino incluso los potenciales licitadores, gozan de un interés legítimo en concurrir en mejores condiciones que en procedimientos anteriores que pudieran haber existido, por lo que el haber sido adjudicatario en otros procedimientos semejantes no limita en absoluto su legitimación.

Sexto.- Motivos del recurso. En aras de una mayor claridad se analizarán de forma diferenciada y por el mismo orden que ha establecido la recurrente en su escrito de recurso los motivos de impugnación del PCAP, en este Fundamento de Derecho y del PPT en el siguiente.

Impugnación del PCAP.

1. Los certificados de calidad exigidos para acreditar la solvencia técnica aparecen en el Pliego sin la indicación exigida por el artículo 80 del TRLCSP, de que se aceptarán otros equivalentes.

El órgano de contratación en su informe reconoce que no se ha incluido la referencia expresa pero que llegado el caso se admitirán otros equivalentes.

Se trata de un defecto menor de los Pliegos, ya que la cláusula debe interpretarse de acuerdo con lo previsto en la Ley, si bien debería incluirse expresamente en los Pliegos como ya dijimos en nuestra Resolución 54/2015 de 26 de marzo.

2. Disconformidad a derecho del “criterio calidad técnica” incluido en el PCAP.

Considera la recurrente que todos los criterios de valoración del Pliego han sido previstos como criterios a valorar mediante la aplicación de fórmulas automáticas sin haber previsto fórmula alguna y sin haber detallado la misma respecto de los subcriterios a aplicar. Se basa en la redacción del apartado 9 de la cláusula 1: “*criterios objetivos de adjudicación del contrato*”.

El Hospital en su informe alega lo siguiente: “*no hay fórmulas, puesto que lo que se pretende valorar con estos criterios técnicos (45 puntos) son las soluciones propias de cada empresa, en su libertad de organizar los medios que va a poner a disposición del contrato. Lo que se pide a los licitadores es la puesta a disposición del contrato de unos medios o recursos mínimos, que pueden ampliar y modular y, con ellos, ofertar diferentes soluciones organizativas del servicio*”.

De la redacción del Pliego se deduce claramente que lo que existe es un error terminológico. Lo que debería decir el apartado 9 es criterios de valoración de las ofertas, que es la terminología del TRLCSP. Dentro de esos criterios, hay criterios evaluables de forma automática, mediante fórmulas, en este caso la oferta económica y criterios que dependen de un juicio de valor, en este caso, según el PCAP, la calidad técnica y los subcriterios que incluye.

En definitiva cabe señalar que para los criterios que dependen de un juicio de valor no se precisa, evidentemente, una fórmula y por eso no se ha incluido en este caso. Por tanto, procede desestimar el recurso por este motivo.

No obstante, se aprecia una mezcla en los criterios del apartado 9.2. Calidad técnica, los subcriterios c, d, e y g son criterios de valoración automática y deben aparecer de forma separada y en distinto sobre a los valorables mediante juicio de valor a fin de garantizar la confidencialidad de la oferta y su valoración objetiva sin que el conocimiento de los criterios objetivos puedan tener influencia en los otros.

3. El criterio relativo a Medios Personales y valoración del equipo de trabajo presenta, a juicio de la recurrente, *“una grave indeterminación ya que no se ha concretado qué elementos van a valorarse y qué formula se va a aplicar”*.

El Hospital en su informe manifiesta que *“en este caso debe discutirse todavía más la falta de concreción alegada por el recurrente, puesto que se describe perfectamente lo que se quiere valorar. La utilización de “etcétera”, que según la RAE (diccionario Panhispánico de Dudas, 2005) se utiliza en español para cerrar enumeraciones incompletas, es perfectamente adecuada, puesto que lo que se pretende es simplemente dar una “guía de trabajo abierta” al licitador, de tal manera que pueda plantear su oferta con libertad. Este es un contrato de servicios en el que se persigue un resultado concreto (correcto mantenimiento de los equipos electromédicos del Hospital) y en el que se pretende que el licitador presente la organización de medios que considere más adecuada”*.

Del examen del PCAP y del PPT se desprende lo siguiente:

El subcriterio 2.b del PCAP valora dos apartados: medios personales y valoración del equipo de trabajo, cualificación académica y profesional, su experiencia, cobertura de turnos sobre los mínimos establecidos, número de componentes, descripción general del subcriterio y los apartados concretos, destino profesional actual y de los últimos tres años, curriculum vitae; equipo de profesional que se ubicará en el hospital.

Vemos que la relación de personal mínimo, que parece se exige y se va a valorar, aparece en el PPT, en dos apartados distintos: 8. Recursos técnicos y

operativos, en el que se dice que el adjudicatario aportará como mínimo 5 técnicos para garantizar en todo momento la prestación del servicio sin especificar cualificación requerida y el apartado 10. Recurso humanos, en el que se vuelve a decir que el personal necesarios son 5 técnicos y se especifica el nivel de formación requerido, los curriculum a presentar, la experiencia mínima exigida y otras especificaciones. Sería conveniente aclarar el personal mínimo, a efectos de su valoración, en el PCAP o hacer una referencia concreta al apartado correspondiente del PPT.

El artículo 150 del TRLCSP establece en su apartado 2 que *“los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”*. Además deberán ser criterios relacionados con el objeto del contrato.

Por su parte, el artículo 115.2 del TRLCSP, relativo al contenido de los PCAP determina: *“En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. (...)”*.

Los aspectos que deben contener los PPT se detallan en el artículo 68.1 del RGLCAP, en vigor en cuanto no se oponga a lo dispuesto en el texto legal, y en el apartado 3 dispone que *“en ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

Es decir, junto a la delimitación positiva del contenido de los PPT, el citado apartado 3 impone un contenido negativo de las materias que no pueden integrarse en el mismo. Serán los técnicos especializados en la materia objeto del contrato quienes han de concretar en los correspondientes PPT las actividades que han de cumplir los adjudicatarios de los servicios y la forma de llevarlas a cabo.

La ley claramente establece la necesidad de la existencia en el procedimiento de contratación de dos documentos diferentes y con contenidos específicos: el PCAP y el PPT. No obstante ambos pliegos tienen carácter contractual, como se desprende, entre otros, del artículo 116 del TRLCSP, al disponer que los pliegos y los documentos que contienen las prescripciones técnicas particulares, aprobados por el órgano de contratación, han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades.

Por tanto hemos de concluir que por imperativo legal el PCAP ha de detallar los criterios de adjudicación. En el caso que nos ocupa el PCAP describe los criterios de adjudicación pero nada prevé en relación con el personal mínimo requerido y con el grado de formación y experiencia que se requiere. Esa información se contiene en el PPT.

Además, como indica la recurrente, incluye cláusulas que contradicen el PCAP como *“el equipo de mantenimiento que se pondrá a disposición del hospital tendrá que superar el visto bueno de la subdirección de Infraestructuras y SSGG y el Servicio de Mantenimiento, pudiendo esta desestimar candidatos atendiendo a las necesidades del hospital (falta de experiencia, curriculum, capacidad formativa, etc.)”* apartado 10.1 del PPT.

Considera este Tribunal que si el equipo humano ha sido objeto de valoración, precisamente sobre esos aspectos que se citan en el apartado 10.1, no cabe someterlos posteriormente al visto bueno de determinados técnicos del hospital, debiendo ser el informe técnico de valoración el que decida sobre la idoneidad de los mismos, según los criterios establecidos en el PCAP.

Esa cláusula sería válida respecto de la fase de ejecución del contrato respecto de las sustituciones o nuevas incorporaciones en el equipo de la empresa contratista, pero no en el momento de la licitación.

Igualmente entendemos que si el órgano de contratación considera conveniente “valorar” el mantenimiento “en el equipo de miembros de la plantilla actual” (apartado 10.1) por su experiencia en el mantenimiento, como indica el órgano de contratación en su informe, debe indicarlo en el PCAP. No procede de ningún modo, incluir la frase “se valorará positivamente” puesto que esa valoración ni está determinada, ni contemplada en el PCAP.

Podría configurarse esa exigencia como un criterio de adjudicación o como una condición de ejecución pero en ambos caso debe tenerse en cuenta que no se puede favorecer al actual adjudicatario ni valorar dos veces el mismo aspecto.

Respecto de los subcriterios contemplados, aquellos que sean objetivables deberían incluirse en los valorables mediante fórmula (equipo de profesionales que se ubicará en el Hospital).

También debe recordarse que no puede valorarse ningún elemento que sea obligatorio (cualificación de Supervisor de Instalaciones Radioactivas, por ejemplo).

En base a todo lo anterior, procede estimar el recurso por este motivo, debiendo anularse las cláusulas citadas y en consecuencia los Pliegos y el procedimiento, que deberá iniciarse de nuevo, si se estima oportuno, redactando nuevos Pliegos.

Esta anulación de los Pliegos y el procedimiento implicaría la no procedencia de entrar a analizar los restantes motivos del recurso pero dado que se deben elaborar nuevos Pliegos, parece necesario pronunciarse sobre el resto de motivos a fin de evitar que posibles defectos puedan ser motivo de ulteriores recursos.

4. Valoración de las acreditaciones oficiales o de fabricantes para realizar labores de mantenimiento de equipos objeto del contrato.

Considera la recurrente que “i) Analizando este criterio advertimos que la valoración de acreditaciones del fabricante en este sentido, contraviene el artículo 150 del TRLCSP porque no guarda vinculación alguna con el objeto del contrato, no son exigibles de conformidad con la normativa vigente pudiendo acometerse por la licitadora, como MANTELEC, S.A. con sus habilitaciones y clasificación, la buena ejecución de la prestación. Pero es que, ADEMÁS: ii) NO SE INDICA EL CONTENIDO QUE DEBEN REUNIR, PARA SER VALORADAS: basta una acreditación por dos meses, y solo en determinadas funciones, etc...

++iii) Y lo que es aún peor: desde el momento que se introducen como criterio de valoración de ofertas estas acreditaciones del fabricante, se está propiciando o concediendo una ventaja al fabricante porque la expedición de dichas certificaciones está sometida únicamente a su voluntad unilateral y se negará en la mayoría de los casos a su concesión, por existir intereses contrapuestos”.

El órgano de contratación mantiene que “el Hospital, en su libertad de establecer los criterios de valoración es libre de ponderar como opción preferente la existencia de acreditaciones oficiales de los fabricantes, no entrando en los conflictos de intereses que puedan existir entre empresas”.

Hay que tener en cuenta que en esta caso, no se están imponiendo estas acreditaciones oficiales o del fabricante como requisito necesario, lo cuál sería limitador de la concurrencia, sino únicamente se está valorando su posesión, sin que quepa argumentar que no tiene relación con el objeto del contrato, puesto que en definitiva, es un plus que el órgano de contratación puede considerar conveniente valorar dentro de la calidad técnica. Por lo tanto, el recurso debe desestimarse por este motivo.

5. Medios técnicos y equipamiento para desarrollar las tareas. Aduce la recurrente falta de especificación de estos medios y la aplicación de la puntuación. Aquí cabe reiterar lo dicho anteriormente al analizar los criterios sometidos a juicio de valor, sobre la necesidad de objetivizar en la medida de lo posible los criterios o subcriterios de valoración.

6. Importe máximo de los gastos de publicidad. Sostiene la recurrente que el PCAP se refiere al coste aproximado y la ley, artículo 67.2 g del RGLCAP, exige que conste el importe máximo.

La cláusula 1. Apartado 25 del PCAP establece: *“El coste aproximado del anuncio de licitación es de 850,00 euros, que deberán ser abonados al Hospital, por el adjudicatario previa remisión de factura por el mismo con anterioridad a la firma del contrato”*.

El Hospital considera que se ha cumplido la obligación de dar a conocer el importe y el que sea aproximado o máximo no tiene relevancia económica.

En este caso, como en el de los certificados de calidad antes mencionados, prima lo establecido en la Ley sobre los Pliegos y debe entenderse que el importe es máximo, y así debe constar en el PCAP.

7. Información sobre el contrato cuyo carácter confidencial debe respetar el contratista.

Considera la recurrente que la cláusula 1.26 del PCAP en su párrafo cuarto que recoge: *“Quedan expresamente prohibidas las intervenciones de cualquier componente de la empresa adjudicataria en medios de comunicación, visuales, hablados o escritos, exponiendo o comentando cualquier tipo de información obtenida o relacionada con su actividad salvo autorización expresa de la Dirección del Hospital. El incumplimiento de estos requisitos, será causa de rescisión del contrato”* así como la prohibición que conlleva, con las graves consecuencias que conlleva -la rescisión del contrato- es absolutamente abusiva y desproporcionada, y no guarda vinculación alguna con el objeto del contrato.

El Hospital sostiene que la interpretación de que este párrafo de la cláusula que se recurre, se refiere a cualquier tipo de intervención en medios de

comunicación de cualquier persona de la adjudicataria relacionada con su actividad, sea o no referida a su actividad realizada en el Hospital por este contrato, es absurda y está fuera de contexto. Sostiene que *“Cualquiera puede entender que dicha prohibición se refiere a la actividad realizada con ocasión de la ejecución de este contrato”*.

Considera el Tribunal que debe interpretarse el apartado en su conjunto y se deduce claramente que se refiere, en todo caso, a las actividades relacionadas con la ejecución del contrato, por lo que el recurso debe desestimarse por este motivo.

Séptimo.- Impugnación del PPT.

1. Impugnación del inventario de equipos e instalaciones electromédicas incluido en el PCAP, alega la recurrente que al ser orientativo, no permite conocer el número total de aparatos a mantener e indica el pliego que éste puede ampliarse. Por otro lado, considera que la posibilidad de modificación del contrato por esta causa se basa en la diferencia del valor de adquisición de los aparatos y no a la inclusión de equipos nuevos. Esto supone, según la recurrente, una vulneración del artículo 87 del TRLCSP que exige un precio cierto y en consecuencia rompe el equilibrio económico del contrato.

También manifiesta que el anexo 1.7, que aparece junto al modelo de proposición económica en el PCAP, *“incorpora una tabla en la que el licitador deberá indicar, para cada grupo de equipos, qué porcentaje o valor de incremento de inventario admite sin variación del precio indicado en el Cuadro -precio total del primer año de contrato- Sorpresivamente, indica también el Anexo, que se deberá expresar la fórmula a aplicar al incremento de equipamiento que supere la franquicia para cada año y grupo de clasificación de equipos”*.

Según el informe del órgano de contratación, *“el inventario del Hospital, y más aquél vinculado a bienes muebles (equipamiento médico, mobiliario, instrumental,...) es DINÁMICO, por naturaleza, ya que ni las bajas (averías, pérdida, robo,*

obsolescencia tecnológica,...) ni las altas (condicionadas por las disponibilidades presupuestarias, las propias bajas a reponer -de manera programada o urgente- y por los plazos de entrega de los proveedores) pueden planificarse razonablemente, para dar lugar a un inventario CERRADO. Por ello, es del todo consecuente con la naturaleza misma del inventario que el mismo sea ORIENTATIVO, ya que nunca se cierra. Obviamente, el inventario que acompaña a los Pliegos es el 'cerrado' a la fecha de publicación del expediente. Hay en el Pliego una previsión de compensación al adjudicatario en caso de que el inventario se incremente más de un 15% sobre el inicial (cláusula 20 del PCAP), hecho que puede reclamar el propio adjudicatario, que CONOCE o DEBE CONOCER perfectamente el inventario que tiene a su cargo y las altas y bajas que se producen en el mismo”.

A juicio del Tribunal, si bien es cierto que realizar un inventario cerrado respecto de un contrato de mantenimiento que tiene una duración amplia, puede resultar difícil o imposible, no lo es menos que el órgano de contratación debe incluir en los Pliegos el número máximo de aparatos que deberán ser objeto del contrato y si no puede determinarse, el porcentaje de aumento previsible y que el adjudicatario deberá asumir sin modificación del contrato y que determinará el precio del mismo, todo ello en cumplimiento de lo establecido en el artículo 87 del TRLCSP.

En el caso de modificación deberá indicarse claramente a partir de qué porcentaje de aumento en el número de aparatos procede esa modificación y llevarla cabo respetando los principios de los artículos 105 y 106 del TRLCSP.

El Anexo 1.7 no es procedente en el Pliego, puesto que las modificaciones que pudiera aceptar el licitador no son valorables, al no haber sido incluidas en los criterios del Pliego, por lo que esa declaración no puede tener consecuencia alguna y es confusa en sus términos.

En todo caso, el contenido de este Anexo podría incluirse un criterio de valoración, siempre que tuviese relación directa con el objeto del contrato, es decir

que se refiera al número y tipología de los aparatos a mantener pero no al valor de los mismos.

En consecuencia, el recurso debe estimarse por este motivo.

2. Obligación de carga de las actualizaciones del software. Argumenta la recurrente que *“Dada la redacción del clausulado del PPT, queda muy claro que el adjudicatario tendrá que asumir esto sin modificación alguna del precio de su oferta, lo que obviamente pone en riesgo la buena consecución del contrato hacia sus fines e implica la quiebra del equilibrio económico de las partes en detrimento del licitador. Por tanto, nos situamos en una posición de plena dependencia del propio fabricante de equipo, quien puede estimar continuas actualizaciones de software y hardware a sus equipos, provocando un volumen de coste del todo IMPREVISIBLE e inasumible para el licitador”*.

El Hospital manifiesta que *“tal y como dice en el apartado 3.5 será por cuenta del adjudicatario la carga de las actualizaciones del software, no su adquisición. Si el hospital adquiere dicho software, será la empresa adjudicataria la que lo instale según se indica en el párrafo 4 y la cláusula 4.1 del pliego de prescripciones técnicas, párrafo ocho. Es decir no obliga al adjudicatario a su adquisición sino a su carga en los equipos, dentro de las labores normales de ejecución del contrato. Por ello, no es admisible la afirmación del recurrente, cuando señala que se “impone al contratista la obligación de asumir el coste de las actualizaciones de software de los equipos sin prever modificación o incremento económico alguno”*.

El apartado 3 del PPT contempla entre los equipos incluidos en el objeto del contrato de mantenimiento, el software y hardware con aplicaciones médicas necesarias para el funcionamiento de los equipos y respecto de las actualizaciones del software, se dice expresamente que serán de cuenta del adjudicatario *“la carga de las actualizaciones cuando estas correspondan al hospital”*.

Por lo tanto, debemos considerar que esa actividad entra dentro del objeto contrato y no supone sobrecoste para la empresa adjudicataria, debiendo desestimarse el recurso por este motivo.

3. Disconformidad a derecho de la imposición a la adjudicataria de que las piezas/recambios siempre tengan que ser originales o autorizadas por el fabricante.

Considera la recurrente que esta exigencia implica que el licitador está condicionado por un tercero, el fabricante, no siendo suficiente que justifique el uso de una pieza no original, lo que supone una vulneración de las previsiones del artículo 117.3.a) y 4. del TRLCSP que impone que las prescripciones técnicas no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos y no permite rechazar soluciones que se pruebe cumplen forma equivalente los requisitos definidos en las prescripciones.

El órgano de contratación sostiene que *“el Hospital puede exigir (dentro de la libertad que tiene para la fijación de condiciones contractuales) que los equipos electrónicos se preparen con piezas originales o recomendadas por el fabricante con el único fin de asegurar la seguridad del paciente y el correcto funcionamiento de los equipos. La Circular 3/2012 de la Agencia del Medicamento y de Productos Sanitarios (Anexo nº 3) sobre recomendaciones aplicables en asistencia técnica de productos sanitarios en los centros sanitarios, señala que “las piezas de repuesto y otros componentes sometidos a desgaste imprescindibles para el buen funcionamiento del equipo deben proporcionar idénticas prestaciones que las piezas o componentes sustituidos. Cuando la pieza de repuesto o componente sea determinante para la seguridad y el cumplimiento de las prestaciones ofrecidas por el producto, se utilizarán piezas o componentes originales cuya validez ha quedado demostrada en la evaluación de la conformidad realizada en el proceso de certificación para el mercado CE”.*

En relación con esta cuestión, si bien en este caso se trata de la distinción entre piezas originales o genéricas, coincide el criterio del Tribunal con lo mantenido

por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 225/2011 de 15 de septiembre, el cual ha considerado que *“entra dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa elegir si el producto a suministrar debe ser nuevo, remanufacturado e incluso usado, sin que por ello quepa inferir, como pretende la recurrente, que exista discriminación y se afecte a la concurrencia, pues no pueden identificarse los principios citados con la circunstancia de que algunas empresas no puedan licitar por no disponer de los productos solicitados”*.

En este caso basándonos en el informe del órgano de contratación, se considera motivada la exigencia de piezas originales que por otro lado no distorsiona la libre competencia al aplicarse a todos los licitadores y a todas las marcas.

En consecuencia, debemos desestimar el recurso por este motivo.

4. Impugnación de la exigencia de creación de una oficina técnica y de disponer de oficinas y talleres en la Comunidad de Madrid.

Argumenta la recurrente que, de acuerdo con el criterio de los Tribunales y las Juntas de Contratación, debe aparecer debidamente justificada esta exigencia y ser proporcionada en relación con la prestación. En este caso considera que no se dan esos requisitos por lo que la cláusula debe anularse.

El órgano de contratación explica que *“la existencia de una Oficina Técnica en el Hospital (oficina, almacén, despacho) es totalmente necesaria. Por ello, el Hospital pone a disposición del adjudicatario dichos locales. No se pretende la creación, como señala el recurrente de una Oficina Técnica en Madrid, puesto que queda claro de la lectura de los pliegos, que dicha Oficina Técnica está situada en el propio Hospital y los locales serán cedidos al adjudicatario por el Hospital.*

El Hospital considera imprescindible el apoyo al equipo técnico de presencia que el Adjudicatario tenga en el centro, cuando por razones de carga de trabajo o de tipo de equipo, el mismo no pueda repararse en la Oficina Técnica del Hospital. El hecho de que el adjudicatario disponga de oficinas y taller propio en la Comunidad

de Madrid facilita y garantiza el soporte y cumplimiento en los tiempos de respuesta que el Hospital considera necesarios”.

La necesidad de tal oficina ubicada en el Hospital viene determinada según se explica por el órgano de contratación, por la necesidad de facilitar los tiempos máximos de respuesta y permitir la organización del servicio de atención permanente 24 horas previsto en el PPT, por lo tanto su exigencia parece motivada.

No aparece esa motivación, a juicio del Tribunal, en la exigencia de contar con oficinas y taller propio en la Comunidad de Madrid, puesto que si se cumplen las exigencias del PPT en cuanto a actividades, organización y tiempos de respuesta, no parece adecuado exigir esas oficinas y talleres en Madrid, sobre todo teniendo en cuenta que va a existir una oficina técnica en el Hospital y que la exigencia puede ser restrictiva de la concurrencia.

Esta cuestión aparece relacionada con el tiempo de respuesta exigido para los avisos, que encontramos justificado que sea inmediato en el caso de los avisos calificados como críticos en jornada laboral.

5. Obligación de costear las reparaciones de trabajos erróneos, incompletos o ejecutados sin cumplir la normativa vigente. Considera la recurrente que esta cláusula deja en completa indefensión al licitador y es abusiva por su falta de determinación.

El Hospital considera que *“es evidente que la empresa adjudicataria si repara algo incorrectamente tendrá que hacerse cargo de todos los gastos hasta que los equipos queden en perfecto estado de funcionamiento, ya que el contrato es de mantenimiento integral y por lo tanto todos los gastos de reparación corresponden a la empresa adjudicataria”.*

En definitiva lo que se recoge en el PPT en este punto es la responsabilidad del adjudicatario respecto de su propio trabajo de mantenimiento por lo que no

puede considerarse la cláusula ni indeterminada ni abusiva, el contrato debe ejecutarse a riesgo y ventura y el adjudicatario es responsable de los desperfectos y daños, sin perjuicio del procedimiento que deba realizarse, para exigir esa responsabilidad.

Por todo lo anterior, debe desestimarse el presente motivo.

6. Impugnación de la necesidad de que las intervenciones sobre los equipos que se consideran vitales, sean ejecutadas por un técnico cualificado con acreditación del fabricante o servicio técnico oficial.

Sostiene la recurrente que *“Atendiendo a esta imposición, es preciso recordar que las acreditaciones del fabricante, como tal, no se exigen de conformidad con la normativa legal vigente, se trate de equipos ‘vitales’ o cualquier otro independientemente de la nominación que se le atribuya.*

La consideración como vital de determinados equipos, es un concepto creado por el Órgano de contratación ya que no existe en la normativa vigente ningún mandato legal que te obligue a estar acreditado por el fabricante para las intervenciones en relación a unos equipos de un tipo determinado, como serian en este caso los llamados ‘vitales’ ”.

El Hospital mantiene que *“siguiendo la normativa aplicable (RD 1591/2009), citada en el recurso, los productos deberán ser mantenidos adecuadamente de forma que se garantice que durante su periodo de utilización, conservan la seguridad y prestaciones previstas por el fabricante. Si bien del ‘tenor literal’ de esta norma, no se deduce -según el recurrente- que el fabricante deba acreditar oficialmente la capacidad o formación suficiente, tampoco se deduce que el órgano de contratación no pueda exigirla, haciendo uso de la libertad que tiene para ordenar la prestación del servicio en las condiciones que, a su juicio, mejor garanticen la seguridad de los pacientes tratados en el Hospital. Y, en este caso, la exige únicamente para determinados equipos ‘vitales’ que, sorprendentemente, el recurrente parece no conocer y que fácilmente se pueden concretar, puesto que están descritos en varios*

apartados de los Pliegos:

- Equipos de anestesia y ventilación*
- Máquinas de diálisis.*

Obviamente, el órgano de contratación no crea ningún ‘concepto’ ni se inventa nada, cuando señala en los Pliegos que un equipo tiene la consideración de ‘vital’.

Los equipos electromédicos se pueden clasificar de muchos modos, y a modo de ejemplo, se facilita la clasificación que consta en la página 36 de la Guía de Buenas Prácticas (Gestión y mantenimiento de equipamiento electromédico), elaborada por el Colegio de Ingenieros Industriales de Madrid y la Asociación Española de Ingeniería Hospitalaria”.

Entiende el Tribunal que esta necesaria intervención de determinado personal técnico tiene relación con la obligación de subcontratación de las operaciones de mantenimiento de ciertos equipos que impone el PCAP en su apartado 9.2.c.

En este sentido debe recordarse que el artículo 227 del TRLCSP establece en su apartado 7 lo siguiente:

“Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f)”

En este caso debido a la especialidad de los equipos, entendemos que está debidamente motivada la exigencia de subcontratación, al amparo de lo establecido

en el citado artículo.

7. Impugnación de la exigencia de que el personal técnico tenga una experiencia de, al menos ocho años, en mantenimiento electromédico hospitalario.

Afirma la recurrente que “los Hospitales son uno de los posibles centros, servicios y establecimientos sanitarios autorizados y que por ende, todos ellos pueden contar con un parque de equipos electromédicos como los que constituyen objeto de la presente licitación. Esto permite determinar la falta de vinculación de esta exigencia con la ejecución de la prestación, de tal forma que lo que habrá de valorarse es la experiencia en la prestación de servicios de mantenimiento de equipos electromédicos en el ámbito sanitario, integrado por los centros y establecimientos anteriores, resultando totalmente improcedente exigir que la experiencia venga determinada en relación con los equipos de un centro hospitalario. Esto carece de relevancia y vinculación con el objeto de la prestación. Por otra parte, esta exigencia crea un obstáculo injustificado toda vez que es independiente que la experiencia en el servicio de mantenimiento de equipos electromédicos se haya llevado a cabo en un Centro Primario, por ejemplo, o en un Hospital, ya que la prestación objeto del presente contrato versa sobre los equipos electromédicos por todo lo cual, es independiente que la experiencia en su mantenimiento se haya desarrollado en un Hospital o cualquier otro centro que disponga de estos equipos”.

Cita en apoyo de sus tesis la Resolución 109/2014 del Tribunal Central de Recursos Contractuales.

El órgano de contratación aduce que “lo que discute el recurrente es que la experiencia exigida de ocho años lo es en mantenimiento ‘electromédico hospitalario’ y no en ‘equipamiento del ámbito sanitario’, y ello hace que esta exigencia no tenga relación con el objeto del contrato, según su interpretación. La prestación objeto del contrato es precisamente dentro del ámbito hospitalario y es fácilmente comprensible que equipamiento adscrito al mismo nada tiene que ver ni

en su complejidad ni en su criticidad con el equipamiento adscrito a otros tipo de centros sanitarios sin internamiento (centros de atención primaria, clínicas dentales, centros de salud mental,...).

La Resolución que se aporta por el recurrente sirve para justificar lo que está exigiendo el Hospital, pues la experiencia requerida (equipamiento hospitalario) se refiere precisamente al objeto del contrato (mantenimiento integral de los equipos e instalaciones electromédicas del Hospital...)”.

La experiencia solicitada debe referirse a los aparatos que son objeto de mantenimiento y que son los que aparecen en el Anexo I no siendo determinante si se ha adquirido en el ámbito hospitalario o sanitario, por lo que debe indicarse experiencia en mantenimiento electromédico de aparatos incluidos en el objeto del contrato, en el ámbito sanitario.

8. Exigencia en el PPT de que la empresa se encuentre registrada como reparadora de instrumentos de pesaje clases II, III y IV.

La cláusula 13. Oferta Técnica, del PPT incluye el siguiente apartado: *“Empresa registrada como reparadora de instrumentos de pesaje, clases (II), (III) y (IV) en base al RD 889/2006 del 21/07/2006, de acuerdo a la Orden del RD BOE 110 del 08/05/1999”*.

Alega la recurrente que *“de nuevo confunde el PPT lo que a todas luces tiene que ser objeto de regulación en el PCAP por tratarse de un requisito relativo a la aptitud empresarial para acceder a la presente licitación, que se encuentra proyectado en el ámbito de la capacidad y solvencia del empresario”*.

El Hospital en su informe, motiva la exigencia de ese requisito exponiendo que *“dentro del equipamiento incluido en el pliego se encuentran distintos instrumentos de pesaje de las clases ii, iii y iv debidamente homologados y certificados el momento de su adquisición, que según normativa hay que mantener. Dado que la duración del contrato es superior al periodo de validez de dicho*

certificado se requiere que la empresa que realiza el mantenimiento electromédico mantenga debidamente dichos instrumentos para renovar la homologación de los mismos y poder pasar cada 2 años la inspección obligatoria de la Comunidad de Madrid por laboratorio homologado; por ello, se requiere que la empresa adjudicataria esté registrada como reparadora de instrumentos de pesaje Clase II, III y IV o subcontrate dicho mantenimiento con empresa homologada”.

El artículo 54.2 del TRLCSP establece que los empresarios deberán contar asimismo con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

Por ello debemos concluir que, como sostiene la recurrente, podría tratarse de un requisito de habilitación profesional, que no debe recogerse en el PPT sino en el PCAP en su apartado correspondiente. Lo que ocurre en este caso, es que es un requisito que no tiene relación con el objeto del contrato y además se exige clasificación, por lo que no cabría su exigencia.

En cuanto a la afirmación del órgano de contratación de que se requiere que la empresa esté acreditada o que subcontrate el mantenimiento de estos aparatos, debe señalarse que esta opción no aparece en la redacción del PPT. Se indica que la empresa debe estar registrada y en otros apartados del PPT, se exige al mismo tiempo que el mantenimiento preventivo anual de las calibraciones de balanzas, se contrate de forma obligatoria con los fabricantes o con servicios técnicos oficiales, apartado 4.1 Planes de Mantenimiento y apartado 10.19 Recursos Humanos.

Si se incluye como requisito que la empresa esté registrada como reparadora de instrumentos de pesaje, la necesidad de subcontratación del mantenimiento preventivo anual de esos instrumentos carece de motivación por lo que debe incluirse como alternativa.

9. Disconformidad a derecho de la inclusión indeterminada de mejoras en el PPT.

La cláusula 13 del PPT incluye como último apartado: “mejoras al Pliego”.

Sostiene la recurrente que la indeterminación de las mejoras supone una vulneración de lo previsto en el artículo 147 apartados 1 y 2 del TRLCSP que impone que las mejoras estén previstas en el PCAP y que precisen sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

Según el órgano de contratación, *“el licitador puede proponer cuantas mejoras adicionales al pliego tenga por convenientes, en uso de su libertad de oferta, que son obligatorias para él en cuanto que figuran en la oferta, pero que el hospital no valorará para la adjudicación, por no estar incluido en los criterios de valoración, pero que aportan más valor real al servicio ofertado”*.

Como ya ha mantenido este Tribunal en numerosas Resoluciones, entre ellas cabe citar las Resoluciones 128/2012 de 10 de octubre, 57/2013 de 17 de abril y la 32/2014 de 17 de febrero, las mejoras si se admiten, han de estar concretadas y ponderadas en el PCAP. En este sentido, la Resolución 57/2013 concluye *“Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cuál es la económicamente más ventajosa”*.

En este caso el procedimiento está anulado por otras causas anteriormente expuestas pero debe tenerse en cuenta esta circunstancia a la hora de elaborar los nuevos Pliegos.

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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por doña M.M.V., en nombre y representación de Mantenimiento Electromédico, S.A. (MANTELEC, S.A.), contra los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas y Anexos I y II, del contrato de Mantenimiento Integral y Conducción de los Equipos e Instalaciones electromédicas del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, expediente PA 23/2014, anulando el procedimiento de contratación convocado y los pliegos que lo rigen que deberán modificarse en los términos expuestos en los fundamentos de esta 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 47.5 del TRLCSP.

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

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