

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

En Madrid, a 15 de enero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa IBÉRICA DE MANTENIMIENTO, S.A. (en adelante IBERMANSA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato Servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos de monitorización respiración, anestesia y columnas de quirófano de las marcas "Drager", "Maquet", "Hamilton" y "Nellcor" instalados en el Hospital General Universitario, Gregorio Marañón, expediente A/SER-021461/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 31 de octubre y 4 de noviembre de 2019, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOCM., el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en 4 lotes .El valor estimado del contrato es de 1.663.471 euros y un plazo de duración de 24 meses.

Segundo.- Interesa conocer para la resolución del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en su cláusula 1 apartado 9, establece los siguientes criterios de adjudicación:

9.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato.

*9.1.-Oferta Económica:..... hasta 55 puntos. (SOBRE 3)
(...)*

9.2. Criterio/s cualitativos:hasta 45 puntos.

*9.2.1 Criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas:
..... hasta 30 puntos.*

9.2.1.1 Recursos Humanos: 20 puntos. Los técnicos asignados en todo momento al mantenimiento de los equipos objeto del presente pliego, deberán poseer la formación necesaria que acredite la idoneidad de los mismos para su mantenimiento. Esta formación deberá haber sido realizada en los últimos 5 años, previo al inicio del contrato y estará avalada por el fabricante de los equipos. El indicador se refiere al número de técnicos que tienen formación en los equipos (respiradores y máquinas de anestesia) objeto del presente pliego... 20 puntos.

(..)

9.2.1.2. Mantenimiento Remoto: 10 puntos.

Disponibilidad de una herramienta de software de servicio remoto con la que se pueda acceder a los equipos de forma que además de poder visualizar la información de mantenimiento, o incluso permita la resolución de incidencias de forma remota. (...)

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

I. MEMORIA TECNICA 5 puntos

1.1 Planes de mantenimiento preventivo (gamas y periodicidades). 1

1.2 Metodología mantenimiento correctivo. 1

1.3 Organización del servicio de guardia H24 fuera del periodo marcado 3 como obligatorio en el PTT.

(...)

3. PLAN DE FORMACION 5 puntos

*4. 1 Plan de formación dirigido al personal adscrito de modo permanente al 4
Contrato.*

4.2 Plan de formación dirigido al Servicio de Ingeniería y Mantenimiento 1 punto del HGUGM”.

Tercero.- El 20 de diciembre de 2019, la empresa Ibermansa presenta recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) por los siguientes motivos:

1.- El requisito de que los técnicos adscritos a la ejecución del contrato cuenten con una formación avalada por el fabricante de los equipos vulnera los principios de libre concurrencia e igualdad entre los licitadores.

2.- La exigencia de disponibilidad de una herramienta de software de servicio remoto con la que se pueda acceder a los equipos es igualmente restrictiva puesto que alegan que se trata de un software que solo puede facilitar el fabricante

3.-Existe una desproporción entre los puntos asignados a los criterios sometidos a juicio de valor en los apartados memoria técnica y plan de formación y además no se encuentran debidamente definidos.

4.- El presupuesto incumple los requisitos del artículo 100 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) puesto que solo contempla valores globales

Cuarto.- Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 20 de diciembre.

Quinto.- El expediente se encuentra suspendido por Acuerdo el Tribunal de 28 de noviembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

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

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los Pliegos de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la publicación de los Pliegos se realizó el 31 de octubre de 2019, por lo que el recurso presentado el día 20 de noviembre de 2019, se interpuso en plazo.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso en los cuatro motivos expuestos en los hechos:

Respecto al primer motivo de impugnación el recurrente alega que el requisito de que los técnicos adscritos a la ejecución del contrato cuenten con una formación avalada por el fabricante de los equipos implica *"LIMITACIONES DE LA CONCURRENCIA CON LAS QUE SE VULNERA DE PLANO LA CONDICIÓN DE IGUALDAD DE LOS LICITADORES consagrada en el citado artículo 132 LCSP: En primer lugar, la decisión de qué compañías optan, no ya a conseguir el contrato, sino simplemente a participar en la licitación, queda en manos exclusivamente de los fabricantes de los equipos.*

La expresión "estará avalada por el fabricante", del citado apartado 9.2.1.1. de la cláusula 1.ª del PCAP, cierra la puerta a la presentación de ofertas con técnicos que posean "la formación necesaria que acredite la idoneidad de los mismos para su mantenimiento. Esta formación deberá haber sido realizada en los últimos 5 años, previo al inicio del contrato...", pero que NO esté avalada por los fabricantes. Es decir, técnicos con capacidad sobrada para cumplir el objeto del contrato, certificada por otras entidades de formación, pero sin el sello posterior de "Drager", "Maquet", "Hamilton" o "Nellcor".

¿No estaríamos entonces ante una elección discrecional de los fabricantes para decidir qué formación y de qué compañía avala y cuál no? La respuesta es SI. Se trata de una quiebra total del apartado segundo del artículo 132 LCSP, al concebir la contratación con la clara intención de "restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios".

Expone pormenorizadamente la doctrina de los Tribunales de Contratación restrictiva de este tipo de criterios, citando diversas resoluciones.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta lo siguiente: *"Ante lo manifestado por la recurrente, respecto de la vulneración del artículo 132 de la LCSP, este órgano de contratación no comparte tales afirmaciones, pues los criterios de valoración establecidos, objeto de recurso, no contravienen lo establecido en el artículo 132 de la Ley 8/2017 de 9 de noviembre de Ley de Contratos del Sector Público.*

No obstante lo anterior, la Dirección General de Infraestructuras del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) está elaborando instrucciones comunes para la confección de los Pliegos y de los criterios de adjudicación para este tipo de expediente, por lo que el criterio aquí recurrido se suprimirá en los nuevos pliegos que se publiquen tras la Resolución de ese Tribunal”.

El análisis de la cuestión controvertida nos obliga a recordar que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 145.5 del LCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora y deben ser formulados de manera objetiva, con respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad.

Sobre los acuerdos con los fabricantes o la formación avalada por los fabricantes se ha pronunciado en diversas ocasiones este Tribunal siendo determinante para la admisión de este tipo de criterios que no se trate de criterios de admisión y sea accesible su cumplimiento a todos los licitadores en condiciones de igualdad.

Este Tribunal en la Resolución 224/2016 de 26 de octubre, refiriéndose a un criterio análogo señaló que *“la cualificación profesional se puede obtener de diferentes maneras, debiendo admitirse cualquiera de ellas, no siendo imprescindible la acreditación del fabricante. En la medida en que la prescripción técnica no valora positivamente sino que impone a los licitadores la aportación del certificado acreditativo de la formación adecuada para cada línea tecnológica y/o equipamiento y/o modelo avalado por el fabricante sería inadmisibile. No es lo que ocurre en el caso analizado que también admite que lo sea por entidad acreditada, es decir que los licitadores acrediten la formación y experiencia por otros medios que no necesariamente sea la acreditación del fabricante”.*

Consecuentemente en este caso, en el que los fabricantes son potenciales licitadores, otorgarles la ventaja de poseer los puntos del criterio, que son 20, ya de partida y además poder dar o no el aval exigido a sus competidores, se considera excesivo y claramente limitativo del principio de concurrencia e igualdad por lo que el motivo de recurso debe estimarse anulándose el criterio de adjudicación.

El propio órgano de contratación admite la alegación de la recurrente cuando expone en su informe que van a modificarse los Pliegos para suprimir ese criterio en su actual formulación.

En cuanto al segundo motivo de impugnación se refiere a la exigencia de una herramienta de software remoto. La recurrente alega que *“para que exista la posibilidad de que un licitador distinto al fabricante pueda tener dicha herramienta, será necesario que el propio fabricante la haya puesto en el mercado, para que pueda ser adquirido por terceros. Lo cual deviene prácticamente en imposible, ya que este tipo de herramientas son el “know how” del fabricante, y supondría una transferencia de tecnología inasumible para cualquier compañía, al tratarse de información confidencial, teorías relacionadas con la fabricación de los equipos e incluso datos privados.*

Y es que no estaríamos ante un simple sistema de gestión del mantenimiento, empleado únicamente para registrar la documentación relativa al mantenimiento, sino que el software requerido debe llevar a cabo la resolución de incidencias de forma remota, y eso, tan solo sería posible a través de la conexión del equipo a la red de datos.

Por otro lado, la expresión “a los equipos que dispongan de estas capacidades” también conlleva un claro privilegio para el fabricante de los equipos con respecto del resto de licitadores, ya que siempre puede fabricar ad hoc módulos (actualizaciones) que puedan adaptar cables de red y crear nuevas funcionalidades, puesto que son sus equipos. En contrapartida, el mantenedor nunca podrá fabricarlos o modificar el equipo, ya que perdería el mercado CE. En definitiva, estaríamos ante una barrera de entrada ilícita a otros competidores.

La regulación de este criterio en el PPT la encontramos en el apartado “Metodología de puesta en marcha y desarrollo del contrato”, dentro del subapartado “Mantenimiento on line”, donde se indica que “El adjudicatario deberá disponer de una herramienta on line, que deberá aportar mediante demostración, junto con la licencia correspondiente, en la fase de concurso. Esta herramienta debe permitir visualizar las incidencias de los equipos objeto de este pliego, con la excepción de aquellos en los que técnicamente no sea posible y cuya disponibilidad no esté disponible en el mercado” (...).Lo que constata, por un lado, que la herramienta remota es imprescindible para poder llevar a cabo el mantenimiento remoto, y, por otro lado, que únicamente estará disponible en el mercado si previamente el fabricante la pone a disposición del resto de licitadores. De no ser así, volvería a ser el fabricante el único en participar y poder puntuar en este criterio”.

El órgano de contratación en su informe indica que “este criterio recurrido, también está afectado por lo indicado en el punto primero de estas alegaciones, aplicándose el mismo criterio que lo señalado en dicho punto”.

Por tanto debemos concluir que asume las argumentaciones de la recurrente respecto a la exigencia del software lo que implica que debe estimarse el motivo de recurso anulando el criterio mencionado.

El tercer motivo se refiere a los criterios sujetos a juicio de valor. Argumenta la recurrente que “de la lectura del cuadro correspondiente a los “Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”, en el apartado 9.2.2 del PCAP, llama poderosamente la atención la desproporción de la puntuación de dos de los criterios sobre el resto. Se trata de los siguientes: el recogido en el apartado 1.3. “Organización del servicio de guardia H24 fuera del periodo marcado como obligatorio en el PTT”, valorado con 3 puntos y el del apartado 4.2. “Plan de formación dirigido al personal adscrito de modo permanente al contrato”, valorado con 4 puntos. Los puntos que reparten entre ambos criterios (que suponen 7 de los 15 puntos en juego en todo el apartado) y la diferencia de puntuación con el resto de los criterios de sus subcategorías, valorados únicamente con 1 punto, merecerían que al menos tuvieran

un contenido detallado, como ocurre con el subcriterio 3.2 en el que se hace alusión a su contenido. Se echan en falta detalles específicos del contenido de dichos criterios tales como si se van a valorar mayor número de horas o el tipo de equipos sobre los que incide la formación, si se va a valorar la especialización de quién imparta dicha formación, o si se valorará el lugar donde se imparta la formación, etc. Detalles que sí encontramos, como decimos, en otro de los criterios con mayor puntuación dentro del criterio de oferta técnica como es el recogido en el punto 3.2. “Descripción del método de trabajo con el GMAO del Hospital (MANSIS)” donde se indican puntos que ha de tener esa descripción tales como la compatibilidad o la introducción de preventivos”

El órgano de contratación por su parte expone que “corresponde al órgano de contratación la determinación y ponderación de los criterios de adjudicación de un contrato en cuanto que guarden relación con el objeto de este y garanticen los principios recogidos en la LCSP. Así ha establecido la ponderación de los distintos apartados en que se subdivide la oferta técnica, tres en este caso, con la misma puntuación, y asignando a los distintos criterios una puntuación en función de la importancia de dicho criterio.

Cada criterio se describe por sí mismo, no habiéndose valorado la necesidad de concretar un contenido mínimo para cada criterio, pues se ha considerado que corresponde a cada licitador desarrollar el mismo en su propuesta”.

El Tribunal considera, a la vista de la redacción del pliego, que si bien corresponde al órgano de contratación establecer la ponderación que considere adecuada para la valoración de los distintos apartados de un criterio, también es cierto que cuando nos encontramos ante criterios sometidos a juicio de valor, debe indicarse qué elementos se van a tener en cuenta para otorgar la puntuación. Eso permite a los licitadores conocer los aspectos que van a primar en la valoración para elaborar sus ofertas y al mismo tiempo evita que una posterior ponderación no contemplada en el pliego, pueda significar la anulación del procedimiento.

Por ello debe estimarse el motivo de recurso debiendo especificarse en el Pliego los aspectos que se han de valorar, tanto en la organización del servicio de guardia como en el plan de formación del personal adscrito.

Finamente como último motivo de recurso, Ibermansa expone que *“en el expediente de contratación objeto de este recurso, el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato es una mera tabla de importes por lote y anualidad, sin especificar el desglose de cada una de esas cantidades y, por supuesto, sin haber tenido en cuenta los gastos generales de estructura ni el beneficio industrial ni costes que necesariamente deben asumir las empresas prestadoras del servicio, según se desprende de la documentación contractual; todo ello provoca una incorrecta determinación del presupuesto de licitación y valor estimado”*.

El órgano de contratación en su informe manifiesta que *“efectivamente, entre la documentación del expediente no hay un estudio económico que recoja e indique de forma desagregada los distintos costes que se han tenido en cuenta a la hora de establecer el presupuesto base de licitación. El presupuesto aparece globalizado por lotes y anualidades, estimando este órgano de contratación que dicha vulneración puede ser objeto de subsanación, mediante rectificación de errores.”*

El artículo 100.2 de la LCSP exige que el presupuesto base de licitación se desglose *“indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.

Se trata de un requisito indispensable del Pliego y su ausencia no puede subsanarse posteriormente mediante corrección de errores por lo que debe estimarse igualmente este motivo de recurso.

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

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso interpuesto por la representación de la empresa IBERMANSA, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato Servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos de monitorización respiración, anestesia y columnas de quirófano de las marcas "Drager", "Maquet", "Hamilton" y "Nellcor" instalados en el Hospital General Universitario, Gregorio Marañón, expediente A/SER-021461/2019, anulando los Pliegos y la licitación que deberá reiniciarse elaborando nuevos pliegos en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Quinto.

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

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

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