

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

En Madrid, a 11 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.M.V., en nombre y representación de Mantenimiento Electromédico, S.A. (MANTELEC), contra la resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Infanta Leonor de fecha 1 de junio de 2018, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento integral de equipos de electromedicina del Hospital Universitario Infanta Leonor y centros adscritos”, número de expediente: 2018.0.001, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Infanta Leonor, de 11 de febrero 2018, se convocó procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de referencia. La publicación de la licitación tuvo lugar en el Perfil de contratante el 15 de febrero, en el BOE el 17 de febrero y en el BOCM de 21 de febrero. El valor estimado del contrato asciende a 1.356.300 euros

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

El 3 de abril de 2018 se reunió la Mesa de contratación para, en acto público, proceder a la apertura del sobre 2A, que contenía criterios de adjudicación valorables mediante criterios que requerían un juicio de valor. En el acta consta la admisión de todos los licitadores.

El 19 de abril de 2018, MANTELEC presentó recurso especial en materia de contratación, contra dicho Acuerdo, en el que solicita: *“La Nulidad o subsidiariamente, la anulabilidad del acta 6/2018 de apertura de ofertas que recoge la actuación de la Mesa de contratación, en la que se procede a la apertura del sobre 2 A, de criterios de adjudicación que requieren de un juicio de valor, y que ha sido confirmada por el informe del órgano de contratación de fecha 16 de abril de 2018, por ser contraria a los pliegos y a la normativa aplicable por no excluir la oferta de la UTE Ferrovial-Althea, así como, cualquier acto posterior, en base a que esta licitadora NO ha presentado su oferta conforme a los pliegos, y en consecuencia, se resuelva por el Tribunal la exclusión de Ferrovial Servicios, S.A y Althea Healthcare España, S.L., con las consecuencias que sean conformes a derecho.”*

El recurso fue resuelto por este Tribunal en fecha 25 de abril y con el número 131/2018, inadmitiéndolo en base a la siguiente fundamentación: *“En el caso que nos ocupa se han admitido a la licitación tres empresas licitadoras y todavía cabe la posibilidad de que la recurrente resulte adjudicataria con lo que no obtendría ningún beneficio con la exclusión de la competidora y sí dilataría la tramitación del procedimiento. Cabe también la posibilidad de que las otras empresas sean excluidas o que la propia recurrente sea la excluida o resulte la última en el orden de clasificación, circunstancias que permitirán analizar su interés concretado en la obtención de un beneficio derivado de la interposición y estimación de un recurso que pudiera derivar en resultar adjudicataria. Mientras tanto se trata de un acto de trámite cuyos posible efectos se pueden poner de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el*

acto de adjudicación (artículo 44.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP)).”

Con fecha 6 de mayo de 2018 y mediante resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Infanta Leonor, se procede al levantamiento de la suspensión del procedimiento de licitación del contrato recurrido.

Con fecha 9 de mayo se celebra sesión de la Mesa de contratación del Hospital Infanta Leonor donde se da a conocer el informe técnico elaborado a fin de asignar a cada oferta la puntuación obtenida sobre los criterios que requieren un juicio de valor. Seguidamente se procede a la apertura del sobre 2-B y sobre 3

Con fecha 28 de mayo de 2018 se celebra sesión de la mesa de contratación donde a la vista de los informe técnicos emitidos se acuerda por unanimidad la clasificación de ofertas y previa aportación de la documentación que acredite la capacidad y solvencia de la primera clasificada, proponer al órgano de contratación la adjudicación a favor de la UTE Ferrovial Servicios S.A. y Althea Healthcare España (en adelante UTE FS-AHE).

Con fecha 1 de junio de 2018 el Director Gerente del Hospital Infanta Leonor, resuelve la adjudicación a favor de UTE FS-AHE.

Tercero.- El 20 de junio de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de MANTELEC en el que solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria al procedimiento de licitación por quiebra del principio de secreto de las ofertas, al incluir en el sobre dos, la parte denominada 2B que contenía los datos de la oferta que respondían a criterios objetivos valorables mediante aplicación de fórmulas y la información privilegiada que ha obtenido la adjudicataria por las aclaraciones solicitadas y efectuadas sobre el concreto número de equipos que se incluyen en el objeto del

contrato, no habiendo sido esta matización publicada para general conocimiento de los licitadores, quebrando de esta forma el principio de igualdad de trato entre licitadores.

Solicita a este Tribunal el mantenimiento de la suspensión de la formalización del contrato.

El 22 de junio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- Con fecha 25 de junio de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Con fecha 2 de julio de 2018 el representante de Ferrovial Servicios, previa solicitud, toma vista del expediente, formulando alegaciones con fecha 4 de julio de 2018. Dichas alegaciones vienen a refrendar los fundamentos expuestos en el informe del órgano de contratación a este recurso, incluyendo un estudio sobre la proporcionalidad de los equipos que no engloban el objeto del contrato en relación con la totalidad de este.

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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, clasificada en segundo lugar, *“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.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 1 de junio de 2018, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el día 20 de junio de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del contrato, en el marco de un contrato de servicio con valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación del contrato, basando la recurrente su pretensión en dos motivos:

1.- La inadmisión de la oferta presentada por la UTE adjudicataria en el sobre 2, al no proceder a separar en sobres independientes las ofertas que respondían a la nomenclatura 2A y 2B y que correspondían a las ofertas sobre criterios que precisan de un juicio de valor para ser puntuados y el 2B sobre oferta sobre criterios valorables mediante la aplicación de fórmula.

Añadiendo en su escrito de recurso que en la sesión celebrada por la Mesa de contratación, la oferta de la hoy adjudicataria relativa a los criterios objetivos valorables mediante aplicación de fórmula, aun presentada en carpeta opaca, *“fueron ojeadas y vistas por los miembros de la mesa”*, por lo que conocieron su contenido. Aun así procedieron a solicitar de la sala la aceptación de la oferta

presentada y siendo la carpeta que contenía dichos criterios denominada 2B introducida en un sobre, que se cerró en el mismo acto por los miembros de la Mesa.

Basa y fundamenta su solicitud de nulidad del acuerdo de adjudicación en numerosa jurisprudencia y doctrina, unánime en esta materia, sobre la contaminación de la voluntad del órgano al conocer los criterios evaluables mediante formula o la oferta económica.

2.- Modificación unilateral de los pliegos de prescripciones técnicas (PPT) en relación con el inventario de equipos cuyo mantenimiento es objeto del contrato.

Alega la recurrente que el inventario que figura como anexo I de los PPT incluye determinados equipos médicos de endoscopia en denominación general, que no forman parte del parque de aparataje a mantener. Así mismo alega que tales aclaraciones fueron facilitadas a la hoy adjudicataria y no se publicitaron en el perfil de contratante para conocimiento del resto de potenciales licitadores, lo que deriva en la posibilidad de presentar una oferta económica más ventajosa por parte de la licitadora que si ha sido informada.

Basa y fundamenta su pretensión en la quiebra del principio de igualdad de trato a los licitadores.

El órgano de contratación en su informe de contestación al recurso planteado, remite al informe elaborado el 19 de abril de 2018, de alegaciones sobre lo acontecido en la sesión de la Mesa de contratación de fecha 3 de abril de 2018.

En cuanto al segundo de los motivos de recurso, niega la modificación de los PPT a través de las aclaraciones efectuadas a uno de los licitadores. Basándose en que en referencia al inventario el propio PPT en su punto 3.2.1. indica: “(...) *a título orientativo, no exhaustivo y sujeto a comprobación por parte del adjudicatario durante la fase de puesta en marcha del servicio (...)*”. Alegando así mismo que el

motivo de inclusión de esta cláusula en los pliegos obedece precisamente a la necesaria actualización del inventario.

Añade dos referencias de importancia, primero que el parque de aparatología a mantener se compone de tres mil quinientos equipos, siendo los propios de endoscopias, once y segundo que la recurrente pertenece al mismo grupo empresarial que la adjudicataria del contrato todavía en vigor de mantenimiento.

Por su parte la adjudicataria en su escrito de alegaciones expresa el total cumplimiento de los preceptos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas por su oferta, toda vez que en ellos se indica que la oferta se presentara en tres sobres cerrados, uno contendrá la documentación administrativa, el segundo la oferta técnica y el tercero la oferta económica. No añadiendo más requisitos formales a la presentación de la documentación del sobre dos.

No obstante, añade, que la actuación de los miembros de la Mesa de contratación, fue diligente y en consonancia con la antiformalidad que debe presidir las actuaciones en materia de licitación, tal y como ha consagrado la jurisprudencia y doctrina.

Por lo que respecta al segundo motivo de recurso, indica que el porcentaje de los equipos de endoscopia en relación con el total es de 0,29% añadiendo que traducido al importe de la oferta, supone 2.175,35 euros. Recuerda así mismo que la diferencia entre la oferta por ella presentada y la segunda, es decir, la de la recurrente asciende a 64.692,11 euros.

El análisis del objeto del debate de fondo pasa en primer lugar por el examen de la cuestión fáctica impugnada, esto es los hechos acaecidos en la sesión de la Mesa de Contratación del día 3 de abril de 2018. Siendo el acta la expresión documental de la voluntad del órgano colegiado que es la mesa de contratación y visto su contenido, se aprecia que la oferta de la adjudicataria en lo que se refiere a los criterios objetivos valorables mediante fórmula, no fueron conocidos por ninguno

de los miembros de la mesa ni del resto de asistentes. La opción planteada y ejecutada de introducir la oferta 2B de la adjudicataria en un sobre nuevo y cerrarlo en presencia de todos los asistentes que además rubrican el sobre, es correcta y no vulnera el secreto de las ofertas.

Es cierto que en el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables. Entiende este Tribunal que la posibilidad de subsanación no se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, esto es, por ejemplo no puede afirmarse con carácter general que todos los requisitos de solvencia sean subsanables, ni tampoco que no lo sean aquéllos que se refieren a las ofertas. Antes bien la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2015 considera no aplicables los principios formalistas que restrinjan la libre concurrencia: *“una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos”*.

En el caso que nos ocupa, ha quedado suficientemente acreditado que la rapidez de acción así como la aceptación explícita de los asistentes a la sesión de la Mesa de contratación de la solución planteada, no ha contaminado la objetividad de

la valoración de la oferta, por lo que se desestima el recurso por este motivo y en consecuencia se desestima la pretendida exclusión de la oferta de la UTE FS-AHE.

En cuanto al segundo motivo del recurso, la pretendida modificación unilateral del objeto del contrato, mediante la información facilitada a uno de los licitadores y no publicitada, se ha de advertir que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En éste sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso que nos ocupa el inventario de los equipos a mantener. No obstante el órgano de contratación consciente del volumen de equipos inventariados y la posibilidad de que dicha relación no se encuentre actualizada o padezca de errores en su configuración, ya establece en ellos el carácter de orientativo de este anexo.

El hecho cierto y probado que a través de las preguntas formuladas la adjudicataria haya obtenido la información precisa para no incluir en su oferta los equipos de endoscopias, visto su volumen y la repercusión económica en la oferta no puede entenderse como modificación unilateral de los pliegos aprobados.

En este caso además, incide el hecho de que el contrato de mantenimiento aun en vigor este suscrito por una mercantil del mismo grupo empresarial que la recurrente, lo que lleva a considerar que esta posee la información más completa y

veraz que ningún otro licitador. Si bien esta circunstancia no exime al órgano de contratación de cumplir con el deber de publicitar las preguntas formuladas por un licitador cuya respuesta pueda rebasar el límite del trato igualitario a todos los licitadores, si inhabilita a la recurrente a formular esta alegación concurriendo además la ínfima importancia de estos equipos en relación al contrato total que se cifra en un 0,20% según datos aportados por la adjudicataria.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.M.V., en nombre y representación de Mantenimiento Electromédico, S.A., frente a la resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Infanta Leonor de fecha 1 de junio de 2018, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de mantenimiento integral de equipos de electromedicina del Hospital Universitario Infanta Leonor y centros adscritos”, número de expediente: 2018.0.001

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.