

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

En Madrid, a 14 de noviembre de 2016.

**VISTO** el recurso interpuesto por doña M.C.A., en nombre y representación de Asime, S.A. contra la Resolución 471/2016, de 24 de agosto, del Viceconsejero de Sanidad, de desistimiento del contrato “Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina e instalaciones complementarias en el Hospital Clínico San Carlos y Centros de Especialidades de Avenida de Portugal y Modesto Lafuente de Madrid”, número de expediente: P.A. 2015-4-003, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 22 de diciembre, 22 de enero y 8 de febrero de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE, BOCM y BOE la convocatoria para la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 9.680.741,36 euros con un plazo de ejecución de veinticuatro meses prorrogables.

De acuerdo con la cláusula 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) *“El objeto del contrato al que se refiere el presente pliego es la ejecución de los trabajos/servicios descritos en el apartado 1 del Anexo I al mismo y*

*definido en el pliego de prescripciones técnicas particulares, en el que se especifican las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta”.*

En cuanto al régimen de pagos, el punto 13 del anexo I, características del contrato, señala que *“Se realizarán pagos mensuales previa conformidad del servicio”.*

De acuerdo con la cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, PPT *“A efectos de adjudicación se considerarán incluidos para la prestación del servicio de mantenimiento los equipos de electromedicina e instalaciones complementarias que a título enunciativo y no limitativo se reflejan en el Anexo A del presente Pliego de los cuales damos aquí una relación genérica: 3.1. Equipos incluidos (...)”.*

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron dos empresas, la recurrente y Higea, S.P.A.

El día 29 de marzo de 2016 la Mesa procede a la apertura de la documentación económica constando que Asime oferta un importe sin IVA de 4.114.314,05 euros e Higea de 2.323.377,93 euros. Consta en el Acta, número 8 correspondiente al acto, que la vocal representante de la Intervención General de la Comunidad de Madrid manifiesta que el PPT no define con precisión el objeto del contrato, pudiendo con ello limitarse la concurrencia.

Con fecha 12 de mayo de 2016 se reúne la Mesa de Contratación a fin de examinar el informe realizado por los Servicios Técnicos del Hospital, correspondiente a la valoración de la justificación efectuada por Higea, sobre la viabilidad de su oferta incurso en presunción de temeridad. Tras su evaluación surgen diversas dudas, por lo que se acuerda de nuevo requerir a la empresa licitadora para que acredite fehacientemente aspectos que no quedan suficientemente justificados, concediendo un nuevo trámite a Higea para aclaraciones con fecha 24 de mayo. La vocal representante de la Intervención

General de la Comunidad de Madrid formula voto particular, reiterando sus anteriores observaciones. A la vista de los informes presentados, la Mesa de contratación estima que la oferta de Higea por importe de 2.323.377,93 euros no puede ser cumplida, como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, por lo que se propone su exclusión, proponiendo elevar al Órgano de contratación la adjudicación a favor de Asime, S.A. por importe de 4.114.314,05 euros.

En reunión de la Mesa de contratación celebrada el 21 de junio de 2016 se evidencia un desajuste en el Inventario aportado en el Anexo A del Pliego de Prescripciones Técnicas, por lo que se informa que se procederá a revisar el mismo. En consecuencia, se suspende la propuesta de adjudicación.

Con fecha 26 de julio de 2016 se reúne de nuevo la Mesa de contratación produciéndose una modificación en el miembro Vocal que ocupa la Presidencia de la misma. En la reunión del órgano colegiado se deja constancia que no deberán tramitarse propuestas de adjudicación que cuenten con el voto contrario de la vocal representante de la Intervención General de la Comunidad de Madrid. En este sentido el Presidente solicita a los presentes que reconsideren su posición respecto a las propuestas de adjudicación en trámite.

Con fecha 18 de agosto de 2016, la Mesa de Contratación acordó elevar a la Viceconsejería de Sanidad, propuesta de desistimiento del expediente de licitación, que se verificó mediante Resolución del Viceconsejero de Sanidad, de 24 de agosto de 2016. Con fecha 1 de octubre de 2016, se publicó en el DOUE *“el procedimiento de licitación no ha sido continuado”*, trasladándose la Resolución de desistimiento a la recurrente previa petición, el día 6 de octubre siguiente. Por último con fecha 13 de octubre se ha publicado en el BOCM el desistimiento del procedimiento.

La justificación del desistimiento hecha valer en el antecedente sexto de la Resolución, tiene el siguiente tenor literal: *“en reunión de la Mesa de contratación celebrada el 21 de junio de 2016 se evidencia un desajuste en el Inventario aportado*

*en el Anexo A del Pliego de Prescripciones Técnicas, por lo que se informe que se procederá a revisar el mismo.*

*El 12 de julio de 2016, se reúne la Mesa de contratación para valorar el informe de los servicios técnicos sobre el inventario que se recoge en el Anexo A del Pliego de Prescripciones Técnicas, que pone de manifiesto un desajuste con el inventario de los equipos que realmente se tienen que mantener. Así los servicios técnicos manifiestan que el desajuste consiste en que se han publicado en la licitación un total de 3.094 equipos, cuando el inventario real de los equipos asciende a 6.379 equipos”.*

Asimismo debe hacerse constar que la recurrente había solicitado acceso a la oferta de Higea, S.A.P., que le fue denegado con fecha 21 de octubre habida cuenta de la declaración de confidencialidad efectuada por aquella el día 19 de octubre anterior.

**Tercero.-** Debe ponerse de relieve que hasta el momento presente, Asime, S.A. se encuentra prestando el servicio de mantenimiento, asociado al expediente anterior -P.A. 2007-4-041-, a través de prórrogas y facturando por ello la cuantía pactada por ambas partes. Consta que durante la ejecución de las prórrogas el Director Gerente del Hospital Clínico San Carlos, remitió escrito, de fecha 16 de septiembre de 2016, en el que manifiesta su voluntad de que Asime, S.A. siga prestando el servicio, aunque reduciendo el importe del contrato tomándose como referencia el importe de la oferta en el expediente 2015-4-003, siendo aceptada la propuesta por escrito de 30 de septiembre de 2016.

**Cuarto.-** Con fecha 24 de octubre se presenta recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de desistimiento en el que se solicita del Tribunal que acuerde:

- La procedencia del rechazo y/o exclusión de la oferta de Higea al no haber acreditado adecuadamente su solvencia y por no justificar debidamente la viabilidad de su oferta incurso en presunción de temeridad.

- La nulidad o subsidiariamente, la anulabilidad de la Resolución de desistimiento del procedimiento de licitación del contrato y *“que ya, bien subsidiariamente a todo lo anterior, o de manera complementaria, se estipulen de oficio por el Órgano, las medidas que como resolución a este recurso entienda también apropiadas, otorgando a ello, las consecuencias que comprenda ajustadas a derecho”*.

- Que se suspenda la iniciación y convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

- La vista del expediente administrativo completo o de los documentos que el Tribunal estime no confidenciales, con el objeto de completar el recurso conforme a lo estipulado en el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Ese mismo día se da traslado del recurso al órgano de contratación para que, de acuerdo con lo establecido en 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, (TRLCSP), remitiera el expediente administrativo junto con su informe, lo que realizó con fecha 28 de octubre de 2016.

Aduce en el indicado informe que *“En el caso que nos ocupa, la Unidad de Inventarios adscrita a la Subdirección de Gestión Económica del Hospital elaboró el inventario que fue publicado con un número comprensivo de los equipos a mantener por un total de 3.094 elementos, advirtiéndose posteriormente un desajuste en los mismos, incrementándose los equipos a mantener en 6.379 elementos.*

*Esta diferencia significativa en el número de equipos sujetos a mantenimiento supone para el adjudicatario un mayor desembolso económico y, por consiguiente, una inadecuación entre el importe ofertado y el coste a cubrir para la correcta*

*ejecución del contrato, pudiendo incluso con ello verse comprometido el equilibrio económico financiero del mismo. Lo que supondría un enriquecimiento injusto para el órgano de contratación, en detrimento del contratista, sometido al principio de riesgo y ventura dispuesto en el artículo 215 del TRLCSP”.*

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a Higea, S.A.P., en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya presentado escrito alguno.

## **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 licitadora en el procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 25 de agosto de 2016, practicada la notificación el 9 de septiembre, según reconoce en su escrito de interposición la recurrente, e interpuesto el recurso el 20 de septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el desistimiento de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El contrato es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El acto recurrido es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del mismo artículo, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación. En todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, C-15/04 o la de 18 de junio de 2002, C-92/2000).

Así lo argumentó este Tribunal respecto de la renuncia a la celebración de un contrato en la Resolución 17/2011, de 8 de junio, o la 107/2014 de 20 de noviembre, sobre el desistimiento.

**Quinto.-** Son varias las cuestiones invocadas por la recurrente, de un lado se solicita la declaración de procedencia de la exclusión de la oferta de Higea al no haber acreditado adecuadamente su solvencia y por no justificar debidamente la viabilidad de su oferta, y consecuentemente solicita el acceso al expediente administrativo, que aduce le fue denegado con el objeto de ampliar su recurso en relación con esta cuestión. De otro lado solicita que anule la Resolución de desistimiento recurrida.

En relación con el primero de los motivos de recurso expuesto, la solicitud de la recurrente encuentra su fundamento en el artículo 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPER), cuando establece que *“Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus*



*oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”.*

En todo caso es preciso examinar si en este caso concurre el derecho invocado. A esta cuestión resultan de aplicación los principios inspiradores la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG), en cuyos artículos se establece la obligación de transparencia de los poderes públicos y el suministro de información sobre sus actividades, con las limitaciones determinadas en la misma.

El derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten viene recogido por la doctrina emanada de los Tribunales de la Unión Europea, en concreto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 20 de septiembre de 2011, que resuelve el asunto T-461/08 *Evropaïki Dynamikiy*; y en la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos cuyo considerando 6 señala que se debe dar a los licitadores el tiempo suficiente para examinar la decisión de adjudicación y evaluar si es preciso iniciar procedimiento de recurso. Cuando se notifique la decisión de adjudicación se debe proporcionar información que sea esencial a favor de un recurso eficaz. En este mismo sentido cabe citar la Resolución 47/2014, de 19 de marzo, de este Tribunal. Este Tribunal considera oportuno recordar que el principio de transparencia contemplado en el artículo 139 del TRLCSP se traduce en la necesidad de permitir a los licitadores el acceso a los documentos que forman parte del expediente de contratación, con las limitaciones que impone el deber de confidencialidad que resultan explicitadas en los artículos 140 y 153 TRLCSP.



La competencia del Tribunal en este aspecto viene delimitada por la necesidad de garantizar un recurso efectivo frente a las decisiones del órgano de contratación (recurso especial en materia de contratación), y tal competencia no se puede extender con carácter general a toda solicitud de ejercicio del derecho de acceso al expediente, cuyo régimen está constituido por la regulación contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la LTAIPBG. Por tanto, el Tribunal solo será competente, en el ámbito de la revisión contractual, cuando lo sea para resolver el recurso cuyo ejercicio se está impidiendo con la denegación del acceso a la información que, en su caso, permitiría fundarlo, esto es se trata de una competencia de carácter instrumental.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe recordar que, como se ha indicado en el relato fáctico de la presente resolución, en el Acta de 18 de agosto de 2016 de la Mesa de contratación, se deja constancia de las dudas existentes en relación con la suficiencia de la oferta de Higea, presentando el subdirector de gestión y SSGG sendos informes con el objeto de verificar que la oferta de la Higea era comprensiva de todo el equipamiento objeto del contrato, apreciándose que la oferta presentada está por debajo del coste real de prestación del servicio y que el contenido de su oferta se refiere al volumen de equipos que se detalla y se corresponde con el anexo publicado.

De esta forma se produce una disyuntiva de forma necesaria que determina el contenido de esta resolución: o bien se desiste de la licitación del contrato de concurrir causa para ello o se excluye la oferta de Higea por insuficientemente justificada. De hecho no es descabellado pensar que el contenido incorrecto del anexo del PPT sea determinante de la diferencia en más de 2 millones de euros entre ambas ofertas, si se considera que la recurrente como actual prestataria del servicio sí conocía de antemano el coste de la prestación del servicio.

A todo ello cabe añadir que, como es obvio, no se ha producido un acto de adjudicación o de declaración de desierto del contrato que constituyera el objeto de

fondo sobre el que proyectar la pretensión de la recurrente, por lo que no cabe su admisión por falta de acto recurrible.

De acuerdo con ello cabe considerar que en el caso de encontrar causas que sustentaran la decisión de desistimiento, ninguna virtualidad tendría sobre el procedimiento de licitación terminado de tal forma, la exclusión de Higea pretendida por la recurrente, mientras que en el caso de que se estime por este Tribunal que no procede desistir del procedimiento habría que esperar a que se dictara el acto correspondiente de adjudicación del contrato. Por lo que debe inadmitirse el recurso por lo que se refiere a la primera de las pretensiones hechas valer.

La misma suerte debe correr la solicitud de acceso a la oferta de Higea con el objeto de completar el recurso, puesto que si tal acceso tiene carácter instrumental respecto del derecho de defensa a través del recurso especial en materia de contratación, la inadmisión del recurso por los motivos más arriba indicados determina asimismo la improcedencia del examen del expediente administrativo de licitación.

**Sexto.-** En cuanto a la segunda de las pretensiones planteadas por la recurrente, consistente en la anulación de la Resolución de desistimiento, conviene recordar previamente que el artículo 155.4 del TRLCSP regula el supuestos de desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración en los siguientes términos *“El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”*.

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010 señala, en relación al desistimiento del contrato, que *“El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la*

*Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público”.*

Así, la decisión de desistimiento de un contrato debe ser, en primer lugar, motivada lo que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

En segundo lugar, como afirma este Tribunal en su Resolución 1/2016, de 13 de enero, *“el desistimiento no es una prerrogativa de la Administración pues el artículo 210 (actual 155 TRLCSP) solo recoge las de interpretación, modificación y resolución de los contratos, se trata de una potestad reglada y ha de estar basado en razones objetivas. A diferencia de la renuncia, en el desistimiento no se produce una desaparición sobrevenida de la necesidad de contratar, sino tan sólo la necesidad de reiniciar el procedimiento.*

*El desistimiento es una forma de finalización unilateral del procedimiento, previo a la adjudicación que solo cabe cuando se da el supuesto fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y es diferente al desistimiento como causa de resolución contractual. Eso impone que el ejercicio de esa potestad administrativa se conecte con la consecución de un interés público, es decir, no es una opción de libre utilización por parte de la Administración sino una solución que únicamente procede cuando supone una infracción de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación”.*

Recapitulando, los requisitos para acordar conforme a derecho un desistimiento son:

- 1.- En cuanto al momento procedimental, que se produzca antes de la adjudicación.
- 2.- Deberá estar fundado en una infracción no subsanable:
  - de las normas de preparación del contrato, o
  - de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.
- 3.- Justificación en el expediente de la concurrencia de la causa.
- 4.- Notificación a los licitadores.

En el expediente remitido consta que se han cumplido algunos de los requisitos mencionados, como la circunstancia de que el desistimiento sea anterior a la adjudicación del contrato y su notificación motivada a los interesados, restando únicamente el análisis del cumplimiento del requisito de la existencia de una causa que lo fundamente, por infracción insubsanable bien de las normas de preparación del contrato, o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y de la exigencia de justificación en el expediente.

En cuanto al requisito de estar fundado en infracción no subsanable, en este caso se trataría de una infracción de las normas de preparación del contrato, en concreto del artículo 22 del TRLCSP cuando señala que *“(...) la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*.

La primera cuestión a delimitar es el propio concepto de *“infracción no subsanable”*. Al efecto se ha pronunciado el Informe 15/2009, de 3 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, “sobre diversas cuestiones relativas a actuaciones de las Mesas de contratación. Desistimiento:

infracción no subsanable”, en el cual se concluye que *“Las infracciones no subsanables a que se refiere el artículo 139.4 de la LCSP a efectos de desistimiento del procedimiento no se deben justificar en la previa existencia de una causa de nulidad, que en todo caso exigiría la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio para su declaración, sino en la concurrencia de hechos que, contrarios a las normas establecidas para la preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de adjudicación, impiden la continuidad del procedimiento por conculcar disposiciones cuya subsanación no es posible, y a tal efecto será el órgano de contratación el que deberá motivar su decisión justificando la concurrencia de la causa”*.

El Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, argumenta que *“Lo determinante es, por tanto, que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables, lo que supone, en la lógica de la dogmática de la invalidez, que exista un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que solo son insubsanables los vicios de nulidad, en tanto vicios de orden público.*

*No basta, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad para poder acordar el desistimiento”*.

Como infracciones susceptibles de determinar el desistimiento se han considerado, el error en la calificación del objeto del contrato, la discordancia entre lo que pretendía contratar la administración convocante y el objeto del contrato según los pliegos, la fórmula consignada en los pliegos que haga imposible la valoración de las ofertas o su omisión, el conocimiento del contenido de la oferta con anterioridad a la apertura de las proposiciones si hubiera un solo licitador; el modo erróneo de exigir la acreditación de la solvencia, etc. En principio de acuerdo con lo anterior la Resolución recurrida se funda en la segunda de las infracciones señaladas, debiendo por último examinar si realmente se produce la indicada discordancia en el objeto del contrato.

Cabe también señalar que el desistimiento como apreciación de una vulneración insubsanable de las normas del procedimiento o de los actos preparatorios, supone una decisión extrema de finalizar el procedimiento sin llegar al trámite que ordinariamente pone fin al mismo que es la adjudicación, por ello debe hacerse una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos habilitantes. La gravedad de la infracción debe ser proporcional a la consecuencia que comporta la declaración de desistimiento, siendo preciso tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes a fin de ponderar la importancia de los vicios o defectos cometidos determinantes de la insubsanabilidad. La finalización del procedimiento mediante desistimiento cuando se descubre una causa que impide continuar con el mismo, supone rehacer de nuevo los documentos en que se cometió la infracción o un nuevo procedimiento, adecuando los trámites omitidos o nulos. Si el momento temporal de apreciación de la nulidad es el inicial, cuando todavía no se han conocido las ofertas de los licitadores sería admisible una interpretación más “amplia” de lo que ha de entenderse incluido dentro del concepto “infracción insubsanable”, sin embargo cuando el procedimiento ha avanzado llegando incluso a la clasificación de las ofertas, habiendo sido advertidas las presuntas infracciones en un momento inicial del procedimiento, en el que debió valorarse la decisión de desistimiento procediendo a suspender el mismo sin la apertura de ofertas, la interpretación de la existencia de la infracción ha de ser más restrictiva. Advertir de la existencia de ilegalidades y continuar el procedimiento, como ocurre en este caso, es contradictorio con la posterior decisión de apreciar como motivo para finalizar el procedimiento lo antes no valorado como suficiente, para tomar tal decisión.

En el caso analizado, el defecto sustento de la decisión de desistimiento fue puesto de manifiesto por el representante de la Intervención en las sucesivas Mesas de contratación, como se ha recogido en los antecedentes de hecho, en concreto en el momento en que se procede a dar lectura del informe de valoración de las ofertas técnicas y apertura de las ofertas económicas, detectándose el pretendido error tal y como se desprende del Acta 8, de fecha 29 de marzo de 2016.

Alega la recurrente, en primer lugar, que no existe indefinición del objeto del contrato puesto que el punto 3.1 del PPT recoge todo el equipamiento incluido, conclusión que no puede compartir este Tribunal en tanto en cuanto el punto más arriba reproducido, contiene *“una relación genérica”*, de los equipos incluidos. Así mismo cabe destacar que señala la recurrente que el órgano de contratación sigue publicando convocatorias para otros hospitales sin inventario anexo y no desiste por ello. Cabe señalar al respecto que amén de que no cabe sustentar la legalidad de una actuación en la existencia de otros supuestos iguales que no reciben la sanción de nulidad, este Tribunal mediante Resolución 224/2016 de 25 de octubre, ha anulado los pliegos del mismo tipo de contrato de servicios por falta de definición de su objeto, respecto del Hospital Doce de Octubre.

A ello cabe añadir que la correcta definición del objeto del contrato es determinante para la realización de una oferta cabal, con conocimiento de las prestaciones objeto del mismo y su extensión. A nadie se le escapa que el coste de mantener unos 3.000 equipos debe necesariamente ser sensiblemente inferior al mantenimiento de 6.000. De manera que la incorrecta indefinición de dicho objeto o bien origina una oferta por debajo del coste necesario para ejecutar el contrato en sus propios términos o resulta ineficiente en un intento por parte de los licitadores de salir indemnes de la ejecución del contrato. Ahora bien, los costes reales del cumplimiento de las prestaciones cuando el objeto del contrato está mal definido, solo los conoce el actual adjudicatario del mismo, lo que potencialmente es generador de desigualdad entre los licitadores. Aunque en este caso como veremos, no se cuantifica el montante del desfase, consta en la ampliación de la justificación realizada por Higea que *“en la justificación de la oferta presentada los costes estimado para el recurso a terceros proveedores, para el desarrollo de mantenimientos o prestaciones especializadas a solicitud o en el ámbito de contratos de asistencia específicos, fueron evaluados en base a la composición del parque de equipos objeto de los servicios (...)”*.



De todo lo anterior resulta que a juicio de este Tribunal, sí concurriría una causa objetiva de desistimiento contractual. Ahora bien debe analizarse si la misma está debidamente justificada en el expediente administrativo.

Como más arriba se ha indicado, aunque consta el reparo de la representante de la Intervención en diversas actas de la Mesa de contratación (desde el 29 de marzo de 2016), no es hasta la sesión celebrada el 26 de julio de 2016 ( Acta 21) en que se acepta esta circunstancia por el resto de miembros de la misma, especialmente por los miembros que forman parte de las Unidades Técnicas del Hospital, indicando *“don P.I. pone a disposición del resto de miembros de la Mesa el nuevo informe de costes fijos y el inventario real que ha elaborado el Subdirector de Gestión y SSGG, don J.G.R. junto a los servicios técnicos para que se dé traslado del mismo y sea incorporado en el orden del día de la siguiente mesa de contratación”*. Dicho informe, que no se ha incorporado al expediente remitido por el órgano de contratación, sin embargo parece insuficiente a algunos de los miembros de la mesa de manera que se solicita otro para mediados del mes de julio. Este segundo informe, de haberse emitido, tampoco ha sido trasladado a este Tribunal. Consta un documento insertado en el expediente remitido sin solución de continuidad respecto del informe ampliatorio del emitido el 28 de mayo, sin fecha y sin firma, en el que únicamente consta manuscrito en la esquina superior derecha (2ª, 18.8.16) con el título “Costes fijos”. De ser este el informe a que hace referencia el órgano de contratación, amén de la falta de firma y de fecha, es que concluye que los costes fijos del contrato son lo que ya se habían fijado en el PCAP. Así señala que como resultado final del coste a considerar para determinar el importe anual de licitación 2.420.947,18 euros, lo que teniendo el contrato 24 meses no supone diferencia con el presupuesto de 4.840.370,68 euros fijado en el anuncio de licitación publicado en el BOCM. De ello parece desprenderse que aunque el inventario publicado se modifique el coste del mantenimiento a efectos de calcular el importe de licitación permanecería inalterado.

Por otro lado no aparece debidamente acreditado en el expediente si la diferencia de precios entre ambas ofertas presentadas se debe a los defectos del

inventario, que podría considerarse desde el punto de vista de la eficiencia de la contratación, puesto que en los informes para justificar la oferta no se relaciona en ningún momento la cantidad de equipamiento a mantener con el precio ofertado, señalándose únicamente que *“el precio medio establecido por Higea se encuentra fuera del rango considerado por el HCSC”*, o que la frecuencia de las paradas propuesta no es la adecuada para cada concepto examinado. Sin perjuicio de que el informe aparece sin firmar, debemos considerar que el mismo es asumido por el órgano de contratación al invocarlo como fundamento de su decisión. Por lo tanto tampoco con este informe resultan acreditada la diferencia de inventario con la que se pretende justificar la decisión de desistimiento.

Ante la falta de acreditación en el expediente o mediante informe *ad hoc*, de la divergencia de datos entre el anexo del PPT que contiene los equipos a mantener, debe considerarse que no se ha acreditado suficientemente la concurrencia de causa de desistimiento, esto es el tercero de los requisitos más arriba indicados, por lo que debe estimarse el recurso interpuesto, con el objeto de retrotraer el procedimiento para justificar adecuadamente, en su caso, la existencia real de la divergencia del inventario señalada como causa de desistimiento y su alcance.

**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.C.A., en nombre y representación de Asime, S.A. contra la Resolución 471/2016, de 24 de agosto, del Viceconsejero de Sanidad, de desistimiento del contrato “Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina e instalaciones complementarias en el Hospital

Clínico San Carlos y Centros de Especialidades de Avenida de Portugal y Modesto Lafuente de Madrid”, número de expediente: P.A. 2015-4-003, anulando la Resolución acordando el desistimiento, en los términos más arriba descritos.

**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.