

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

En Madrid, a 29 de agosto 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.L.A., actuando en nombre de la mercantil ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA S.L. contra los Pliegos de condiciones que rigen la licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento integral de equipos de diagnóstico por Imagen del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Universitario de Getafe y Centros Adscritos”, expediente número (MAX) PAPC 2019-8-2 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 2 de julio de 2019 se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, el “DOUE”), el anuncio de licitación del Hospital Universitario de Getafe de Madrid (en adelante, el “Hospital de Getafe”), por el que se anuncia el expediente de contratación con referencia (MAX) PAPC 2019-8-2 para el “Servicio de mantenimiento integral de equipos de diagnóstico por Imagen del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Universitario de Getafe y Centros Adscritos” (en adelante, el “Concurso”), incluyendo el enlace en el que se encuentran los Pliegos que regirán dicha contratación.

El valor estimado de los seis lotes objeto del contrato es de 4.158.378,32 euros.

Esos seis lotes son:

LOTE 1 EQUIPOS RADIODIAGNÓSTICO MARCA GENERAL ELECTRIC

LOTE 2 EQUIPOS RADIODIAGNÓSTICO MARCA PHILIPS

LOTE 3 EQUIPOS RADIODIAGNÓSTICO MARCA SIEMENS

LOTE 4 EQUIPOS RADIODIAGNÓSTICO MARCA TOSHIBA/CANON

LOTE 5 EQUIPOS RADIODIAGNÓSTICO MARCA RADIOLOGÍA, SA

LOTE 6 EQUIPOS RADIODIAGNÓSTICO MARCA SAMSUNG

Segundo.- A lo que aquí interesa el recurrente impugna las siguientes cláusulas:

1. Punto 9.2.B) 1 de la cláusula primera del PCSP (criterio de valoración):

*“9.2.B)1. Certificado de asistencia y posibilidad de resolución de averías en remoto..... 5 puntos
· Certificado por parte del fabricante indicando la posibilidad de diagnóstico y resolución de averías en servicio remoto,0 ó 5 Puntos”.*

2. Punto 9.2.B) 2 de la cláusula primera (criterios de valoración):

“9.2.B)2 Certificado de formación de personal en los equipos emitidos por fabricante de los mismos:.....Hasta 10 Puntos”.

3. Punto 7 de la cláusula primera (compromiso de adscripción de medios):

“Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios [personales] y/o [materiales]: Sí

-1 responsable técnico del contrato en el Hospital, que deberá poseer la titulación mínima de Ingeniero Técnico o Graduado en Ingeniería, con una experiencia mínima de seis años en puesto de similares características acreditada mediante currículum vitae, y certificados de Hospitales de similares características al HUG.

- El resto de personal a asignar al contrato deberá contar con la titulación mínima de

Técnico Especialista (FP-II) o de Ingeniero Técnico, y formación específica de al menos 40 horas sobre cada uno de los equipos acreditada por el propio fabricante de los mismos, así como experiencia demostrables en los equipos de diagnóstico por imagen objeto de la oferta. La experiencia mínima requerida es de seis años acreditada mediante currículum vitae, y certificado de Hospitales de similares características al HUG”.

Tercero.- Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56.2 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) que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 25 de julio 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 un potencial licitador en el procedimiento, conforme al 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 44.2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se presenta el día 22 de julio de 2019 en el plazo de quince días hábiles desde la publicación de los Pliegos, que fue el 2 de julio del mismo año, conforme al artículo 50.1. b) de la LCSP.

Respecto de las dos primeras cláusulas consignadas en el antecedente segundo el recurso se fundamenta esencialmente en la limitación de la concurrencia que supone valorar exclusivamente los certificados emitidos por el propio fabricante, tanto en cuanto a la formación como a la posibilidad de realizar la reparación en remoto.

A este respecto, señala el recurrente, no se cumplen los requisitos del artículo 145.5 de la LCSP en cuanto a que los criterios de adjudicación:

a) En primer lugar, deben estar, en todo caso, vinculados al objeto del contrato.

b) En segundo lugar, tienen que ser formulados de forma objetiva, con respeto absoluto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, estando vedado que el órgano de contratación disponga de una libertad de decisión ilimitada.

c) En tercer lugar, deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

En primer término afirma que esa vinculación al fabricante, se encuentra embebida en la solvencia técnica que comprende como criterios de selección:

“1.- Relación de los **principales servicios prestados en los tres últimos años**, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.

2.- Presentación de **al menos dos certificados de buena ejecución del servicio**, de naturaleza análoga al objeto del contrato.”

Se afirma que si es el propio licitador el que puede acreditar el mantenimiento remoto caso del 9.2.B) 1 de la cláusula primera) no puede valorarse además un certificado del fabricante que acredite esta circunstancia.

No obstante, este razonamiento no es consistente porque la posibilidad de mantenimiento en remoto constituye un “plus” sobre los criterios de solvencia contemplados en los Pliegos, que no exige certificados de ejecución de mantenimiento remoto. Como se recoge más adelante, no se contempla la asistencia remota como un requisito técnico.

Procede pues desestimar el recurso en base a este motivo.

En segundo lugar, alega que la exigencia de certificación por el fabricante atenta contra la libre concurrencia y es discriminatoria, habida cuenta favorece al mismo fabricante, que se puede certificar a sí mismo, o a quien él considere oportuno dar el certificado.

Este Tribunal Administrativo de Contratación Pública ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto similar en la Resolución 346/2018 (Recurso 342/2018) de 30 de octubre de 2018, ante un recurso de la misma recurrente, donde se afirmó que: *“La valoración con 10 puntos de la presentación de un certificado del fabricante sobre el cumplimiento de una prescripción técnica resulta excesiva, no aporta calidad a la oferta y es ciertamente discriminatoria, puesto que la empresa fabricante va a contar con esos 10 puntos de partida y puede acarrear dificultades para el resto de licitadoras el obtener ese certificado que en definitiva queda a la decisión de un posible competidor. A mayor abundamiento en el Pliego se prevé, al menos para el mantenimiento predictivo, la realización de una prueba de cumplimiento de la prescripción.*

Por todo ello debe estimarse el motivo de recurso y suprimirse el criterio de adjudicación analizado”.

Sin embargo, esta Resolución corresponde a un procedimiento en el cual el propio Pliego de Prescripciones Técnicas contemplaba como una exigencia el “mantenimiento remoto” afirmando que *“se facilitará una herramienta de software de servicio remoto con la que se pueda acceder al equipo de forma que además de poder visualizar la información, permita la resolución de Incidencias de forma*

remota”, razón por la cual primar en los criterios de valoración el cumplimiento de un requisito técnico se considera excesivo y discriminatorio.

Examinado por este Tribunal el PPT que rige esta contratación no se encuentra nada similar, por lo que se entiende, que, a priori al menos, el mantenimiento remoto constituye una mejora sobre el objeto primario del contrato, a la que son de aplicación las mismas consideraciones que el Tribunal hizo sobre la formación acreditada por el fabricante en la misma Resolución, que constituyen el segundo motivo de impugnación.

Procede la desestimación del recurso en base a este motivo.

Afirma el recurrente que el criterio de adjudicación consistente en la formación acreditada por el fabricante ((punto 9.2.B) 2 de la cláusula primera) le son de aplicación las interdicciones legales citadas en cuanto al punto de la asistencia remota, siendo igualmente discriminatorio.

Alega el órgano de contratación que el software de cada equipo solo es asequible a su fabricante, no existiendo formación reglada alguna sobre el funcionamiento de los equipos y, por ello, a día de hoy la única forma de asegurar que un técnico tenga suficiente formación para el correcto mantenimiento de un equipo es mediante la acreditación del propio fabricante del mismo. Al respecto, este Tribunal en la resolución antes citada dejó sentada la legalidad de ese criterio de valoración: *“Como señaló el Tribunal en su Resolución 224/2016 de 26 de octubre, de acuerdo con “la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la Jurisprudencia, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es necesario distinguir entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta. Así este tribunal en Resolución 30/2012 sostiene que “Debe partirse en este punto de la doctrina sentada en la clásica Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 Asunto C 31/87 – “Beentjes”, de que en los procedimientos de adjudicación de*

contratos hay que considerar fases distintas, con requisitos también distintos, la de selección de los contratistas y la de adjudicación del contrato, sin que los criterios de selección con carácter general, puedan ser utilizado como criterio de adjudicación.

A ello debe unirse lo señalado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 (Dimos Alexandroupolis), que distingue entre los criterios que pueden utilizarse como “criterios de adjudicación” y “criterios de selección cualitativa” destinados los primeros a la adjudicación del contrato y a la selección de los operadores los segundos. Asimismo establece esta Sentencia normas para la elección de criterios de adjudicación. Así, señala que si bien es cierto que, “los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1 de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa” (...). Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa sino que están vinculados, en esencia a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”.

Por tanto, si bien en principio los títulos y acreditaciones profesionales de los técnicos pueden ser un criterio de solvencia, con las cautelas expuestas anteriormente, el órgano de contratación puede, atendiendo a la complejidad del trabajo a realizar o la especialización requerida, establecer como criterio de adjudicación contar con certificados de formación del fabricante que pueden resultar aconsejables para evaluar la oferta. En ese caso, deberá escogerse otro criterio de acreditación de la solvencia.

Sobre la prohibición de imponer las acreditaciones del fabricante o entidad acreditada cabe citar la Resolución 98/2015, de 26 de junio, de este Tribunal: *“Hay que tener en cuenta que en este caso, no se están imponiendo estas acreditaciones*

oficiales o del fabricante como requisito necesario, lo cual 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”.

Dicho pronunciamiento es coherente con lo sostenido por el órgano de contratación, respecto de que la Directiva 2014/24/UE admite como criterio de adjudicación la cualificación y experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución, sin embargo el apartado 7.9 del PPT no se establece como un criterio discriminatorio para elegir la mejor oferta sino como una condición de ejecución del contrato.

En consecuencia en este caso, los certificados de formación del fabricante son admisibles como criterios de adjudicación con los requisitos que el órgano de contratación considere adecuados, pero no puede establecerse su exigencia como solvencia ni como condición de ejecución por las razones expuestas, por ello debe estimarse el motivo de recurso.

Transcrito lo que antecede, y en aplicación de la doctrina de este Tribunal, procede desestimar la impugnación del punto 9.2.B) 2 de la cláusula 1 sobre la consideración de la formación acreditada por el fabricante como criterio de valoración.

Impugna también el recurrente, nuevamente la acreditación del fabricante de formación necesaria en sus equipos dentro del compromiso de adscripción de medios formulada en los siguientes términos: *“formación específica de al menos 40 horas sobre cada uno de los equipos acreditada por el propio fabricante de los mismos”*. Formación exigible a todos los técnicos salvo para el responsable del equipo.

En la medida en que ya se valora esa acreditación de formación por el fabricante como criterio de adjudicación, se considera excesivo exigirla además como requisito para la ejecución del contrato a través del compromiso de adscripción de medios, además de redundante. O es un requisito de ejecución o es una mejora valorable, pero no las dos cosas a la vez. Amén de cerrar el acceso a la contratación a quien no sea fabricante o cuente con el beneplácito del mismo. Además, ya se exige en el mismo párrafo *“experiencia demostrables en los equipos de diagnóstico por imagen objeto de la oferta”*, experiencia que podrá demostrar bien a través de otros contratos similares sobre los mismos equipos bien mediante la acreditación del fabricante.

Procede, pues, la anulación de la cláusula en la línea que dice *“formación específica de al menos 40 horas sobre cada uno de los equipos acreditada por el propio fabricante de los mismos”*, frase que debe tenerse por no puesta.

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.L.A., actuando en nombre de la mercantil ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA S.L. contra los Pliegos de condiciones que rigen la licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento integral de equipos de diagnóstico por Imagen del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital Universitario de Getafe y Centros Adscritos”, expediente número (MAX) PAPC 2019-8-2, anulando el Punto 7 de la cláusula primera, la frase *“formación específica de al*

menos 40 horas sobre cada uno de los equipos acreditada por el propio fabricante de los mismos”.

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.