

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

En Madrid, a 22 de septiembre de 2016.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don E.A.B., en nombre y representación de General Electric Healthcare España, S.A.U. (GE) y de don F.P.O., en nombre y representación de Siemens Healthcare, S.L.U. (Siemens), contra la Resolución de la Directora Gerente de la Unidad Central de Radiodiagnóstico, de fecha 3 de agosto de 2016, por la que se adjudica el contrato “Servicios de mantenimiento integral de equipamiento y radiodiagnóstico”, lotes 1 y 2, número de expediente: GCASE 1600001, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 16 de febrero de 2016, la Dirección Gerencia de la Empresa Pública Unidad Central de Radiodiagnóstico de la Comunidad de Madrid, convocó la licitación del contrato de servicio de “Mantenimiento Integral de Equipamiento de Radiodiagnóstico”, dividido en dos lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y un único criterio, el precio. El anuncio fue publicado en el BOCM de 4 de marzo de 2016 y una corrección de errores día 13 de abril de 2016.

El valor estimado del contrato es de 4.723.743,36 euros.

Segundo.- A la licitación convocada concurren tres empresas, A.P.R. 1998, S.L. (APR) y las ahora recurrentes. Tras los trámites oportunos la Mesa de contratación en su reunión de fecha 18 de mayo de 2016, acordó la exclusión de APR, al considerar, en base al informe técnico emitido, que la oferta no cumple determinados requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). La representación de la empresa APR, presentó ante el Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra su exclusión.

Tercero.- El recurso fue estimado por mediante Resolución 117/2016, de 23 de junio que acordó *“retrotraer las actuaciones al momento de admisión de las ofertas, debiendo ser admitida la recurrente y proceder a la apertura de su proposición económica”*.

Cuarto.- Tras los trámites oportunos, con fecha 3 de agosto de 2016, se dicta Resolución de la Directora Gerente de la Unidad Central de Radiodiagnóstico por la que se adjudican los lotes 1 y 2 del contrato a APR, al haber presentado la proposición más económica. La resolución fue notificada con esa misma fecha a los demás licitadores.

Quinto.- Con fecha 22 de agosto de 2016, tienen entrada en el Tribunal sendos escritos de recurso interpuestos por la representación de GE y de Siemens contra la adjudicación de lote 1, GE, y del Lote 2, Siemens, por entender que la oferta de APR no cumple los requisitos establecidos en el PPT, por las razones que se analizan al resolver el fondo del recurso.

Sexto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal, el 26 de agosto de 2016, una copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el

que indica que *“La valoración de la oferta técnica del licitador cuya adjudicación es objeto de recurso, quedó reflejada en informe técnico y en el escrito de alegaciones que se adjuntan. No se entra a valorar los fundamentos de los recursos presentados, entendiéndose eso sí, que debe ser objeto de valoración por parte del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad”*.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se dio trámite de alegaciones al adjudicatario habiendo presentado escrito en el que rebate los argumentos de las recurrentes en los términos que se detallaran posteriormente.

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 artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación semejantes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de ambos recursos.

Tercero- Se acredita en el expediente la legitimación de GE y Siemens, para

interponer el recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de personas jurídicas *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), pues han quedado clasificadas en segundo lugar en los lotes 1 y 2 respectivamente, por lo que la estimación de sus recursos les colocaría en situación de ser adjudicatarias.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Cuarto.- Ambos recursos se interponen contra la adjudicación de un contrato de servicios, sometido a regulación armonizada. Por lo que el acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Los recursos se plantearon en tiempo y forma, pues notificada la Resolución de adjudicación el 3 de agosto de 2016 e interpuestos el 22 del mismo mes, se encuentran dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la oferta de APR, cumple las prescripciones técnicas exigidas.

Como es sabido, 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 este 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 del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contienen 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 definen sus requisitos, concretamente en el caso de los contratos de servicios, las condiciones exigidas por el órgano de contratación para la realización de la prestación objeto del contrato, y que por lo tanto implican los mínimos de calidad que deben ofertarse.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido, al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que los requisitos correspondientes a las prestaciones objeto del contrato corresponde determinarlos al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del TRLCSP, y no cabe relativizarlos, ni obviarlos durante el proceso de licitación.

Sentado lo anterior, debe considerarse si la oferta de la adjudicataria, cumple los requisitos exigidos en el PPT, respecto de las cuestiones alegadas por las recurrentes. Una vez más y como ya indicó este Tribunal en su Resolución 117/2016, de 23 de junio, debe recordarse que nos encontramos ante un procedimiento con un solo criterio, el precio, por lo tanto las condiciones exigidas no son criterios subjetivos sino prescripciones técnicas, por lo que el alcance e interpretación de las mismas debe hacerse a la luz de lo establecido en el propio PPT.

1.- El primer motivo de recurso se refiere a los medios personales y al ámbito de la propia oferta, puesto que consideran las recurrentes que *“no se ha ofertado un responsable técnico dedicado para la realización de las tareas que son objeto del concurso. La oferta de APR incumple frontalmente este requerimiento al no asignar en su oferta ningún responsable técnico para la UCR y las tareas objeto de este*

procedimiento, por lo que su oferta debería haber sido excluida del procedimiento”.

En cuanto al ámbito al que se refiere la propia oferta, señalan las recurrentes que en el organigrama funcional propuesto por APR se recoge “APR adscribirá y pondrá a disposición del Hospital Universitario de Getafe la siguiente estructura (...)”. Por lo que alegan que “presenta un organigrama para dar servicio al Hospital de Getafe, centro que no pertenece a la UCR, ni se asemeja en absoluto a la dimensión y complejidad de la misma, por lo que no responde de forma alguna a lo requerido en este concurso. Por lo tanto, queda manifiesto que la oferta de APR incumple claramente el requisito mínimo esencial de especificar claramente un organigrama para el mejor cumplimiento del servicio de la UCR, teniendo en cuenta las singularidades de la misma. La oferta de APR no presenta organigrama aplicable a este contrato por lo que debería haber sido excluido del procedimiento”.

La adjudicataria en fase de alegaciones, argumenta que, efectivamente, se ha cometido un error en el enunciado del organigrama funcional pero que no desvirtúa para nada el resto de la oferta técnica que se refiere en todo momento a la Unidad Central de Radiodiagnóstico de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al responsable técnico manifiesta que *“debe indicarse que la cuestión relativa a la existencia en la oferta de APR de un responsable técnico ya fue resuelta expresamente con carácter definitivo y fuerza de cosa juzgada administrativa por ese Tribunal en la Resolución nº 117/2016, a la cual nos remitimos, que concluyó que “la oferta de la recurrente tal y como ha sido presentada cumple los requisitos del PPT en este apartado (se refiere al 4.9 del PPT)”. Sin perjuicio de lo anterior, debe insistirse en que la oferta de APR sí que incluye un responsable técnico: A.B., al que se hace referencia como tal responsable en el organigrama funcional contenido en el apartado 1.1.1 de la Memoria Técnica (recogiendo el apartado 1.1.2 su escala de responsabilidades), así como en el apartado 3.1 relativo al equipo técnico y en el apartado monográfico 3.1.2 del Responsable frente a la UCR (en el que se adjunta su currículum vitae y su*

titulación)”.

El Tribunal en primer lugar comprueba que en la oferta técnica de APR consta como encabezamiento “Unidad Central de Radiodiagnóstico de la Comunidad de Madrid” y así se indica en todas las páginas de misma.

Es cierto que en el organigrama funcional se hace la referencia al Hospital de Getafe pero se deduce claramente que se trata de un error, como indica la propia empresa, que no puede desvirtuar el resto de contenido de la oferta y que por otra parte, no se tuvo en cuenta por el órgano de contratación en el informe técnico.

En cuanto al responsable técnico, es cierto que esta cuestión fue abordada y resuelta por el Tribunal en su Resolución 117/2016, de 23 de junio, considerando que el responsable con los requisitos exigidos en el PPT, se había incluido en la oferta, sin que se hayan hecho valer argumentaciones que permitan cambiar el criterio expuesto en la mencionada Resolución.

En consecuencia el recurso debe desestimarse por este motivo.

2.- El siguiente motivo de recurso se refiere a la subcontratación de personal, aduciéndose que *“en el organigrama funcional presentado por APR en el apartado 1.1.1 de su oferta técnica al Lote 1 del expediente de referencia, figura el nombre de un empleado (D. D.M.) que pertenece a una tercera empresa a la que APR subcontrata en la actualidad para realizar el mantenimiento de la resonancia magnética de 1.5 teslas de la Clínica Nuestra Señora del Rosario - estando en el presente expediente, como hemos señalado con anterioridad, la subcontratación totalmente prohibida -, por lo que no es cierto, como afirma APR en su oferta y como exige el PCAP, que APR vaya a realizar directamente (sin subcontratación de servicios) el mantenimiento de la totalidad de los equipos que abarca el objeto del Lote 1 del expediente de referencia. Por tal motivo, APR estaría incumpliendo de manera totalmente frontal la prohibición de subcontratación prevista en el PCAP y su*

oferta al Lote 1 debería ser excluida”.

APR por su parte manifiesta que “no incumple en modo alguno la obligación de subcontratar contenida en el PCAP, puesto que la persona a la que hace referencia la recurrente (D.M.) pertenece actualmente a su empresa y va a intervenir en la ejecución del contrato como trabajador de APR. Como prueba de lo anterior, se adjunta al presente escrito como documento nº 1 el Reconocimiento de Alta en el Régimen General de la Seguridad Social de D.M. por parte de APR 1998 S.L., que se produjo el 19 de julio de 2016. En este punto debe señalarse que en el momento de presentación de la oferta por APR ya existía un acuerdo entre este trabajador y APR para su futura contratación, razón por la cual se le incluyó en el organigrama del contrato junto con su curriculum vitae, su título académico y dos diplomas de los cursos específicos relativos al equipamiento objeto de este contrato, pues ya se había comprometido su incorporación a la empresa y se contaba con su participación para la ejecución de aquél, habiéndose firmado finalmente el contrato entre D.M. y APR el 19 de julio de 2016”.

El Tribunal comprueba el documento de alta aportado por la adjudicataria y considera que debe admitirse la inclusión en la oferta de un técnico especialista, con el que puede haberse acordado la contratación futura, puesto que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) no exige que se tenga ya en plantilla el personal sino que los adjudicatarios incorporarán personal técnico.

En consecuencia debe desestimarse este motivo del recurso.

3.- El último motivo de recurso se refiere al incumplimiento de los requisitos de formación específica del personal propuesto por la adjudicataria

El Apartado 4 del PPT determina:

“Plan de Formación.

El/los adjudicatarios deberán aportar un calendario de formación clínica,

impartido por personal cualificado y acreditado, en los diferentes equipos para actualizar el manejo de los mismos a la última versión de software instalado por el fabricante”.

Por su parte el apartado 4.9 relativo a los medios personales, indica:

“Para la realización de las tareas que son objeto de este concurso el/los adjudicatarios incorporarán personal técnico debidamente cualificado y acreditado profesionalmente para su realización”.

Se argumenta en el escrito de recurso que *“necesariamente, sólo técnicos acreditados por SIEMENS como tales para una determinada técnica de equipamiento pueden mantener el equipamiento de marca Siemens de dicha técnica de acuerdo a lo requerido en el pliego técnico, al ser, en su calidad de fabricante, el único con los conocimientos precisos para otorgar la formación necesaria para que determinado personal se pueda considerar cualificado y acreditado según las exigencias del PPT. La formación para el mantenimiento de una técnica determinada (por ejemplo radiología o resonancia magnética) no es válida para otra técnica diagnóstica diferente como ecografía. Asimismo únicamente los técnicos que dispongan de la formación acreditada por SIEMENS pueden facilitar a su vez la formación requerida en el PPT en las funcionalidades de la última versión de software del equipamiento. Pues bien, mi representada, en tanto que perteneciente al grupo fabricante de esos equipos, guarda un registro de aquellas personas que han recibido formación de SIEMENS de esos equipos, estando por tanto cualificadas y en condición de acreditar su capacidad para realizar estas tareas, y ninguna de las personas que presenta APR dentro de su oferta lo está”.*

Respecto a esta cuestión alega APR que *“la recurrente Siemens, no ha tenido acceso a la documentación de la oferta de mi mandante de la que resulta la adecuación de la formación del personal a las exigencias del PPT, realizando afirmaciones carentes de fundamento. Sin embargo, considera que “la formación debidamente cualificada y acreditada únicamente puede obtenerse de la mano de*

SIEMENS”, sin que esa empresa tenga constancia en sus registros formativos de que las personas incluidas en la oferta de APR hayan recibido formación por parte de SIEMENS”.

Sostiene más adelante, que Siemens no puede otorgarse la exclusividad en materia de formación de personal cualificado y que resulta inadmisibles la interpretación del PPT realizada por la recurrente, puesto que no establece en ningún momento que únicamente deba considerarse cualificado al personal formado por Siemens.

En este punto debe señalarse que la redacción del apartado del PPT adolece de una evidente indeterminación, puesto que la expresión “*cualificado y acreditado*” no se refiere a la acreditación por el fabricante o por otra entidad.

El Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las acreditaciones de los fabricantes para realizar las tareas de mantenimiento, entre otras, cabe citar a Resolución 98/2015, de 26 de junio, entendiéndose que no pueden ser obligatorias, tales acreditaciones salvo que lo imponga una determinada normativa, puesto que admitir que solo el fabricante, que es al mismo tiempo licitador, puede acreditar o no a sus competidores en la prestación del servicio, significaría una clara vulneración de los principios de libre concurrencia y de igualdad de las empresas, esenciales en la contratación.

Por otro lado, las acreditaciones presentadas por APR, no se han considerado insuficientes por el informe técnico que, como consta en el cuadro explicativo respecto al Plan de Formación, consideró cumplido el requisito.

En consecuencia, debemos concluir que la oferta de la recurrente cumple los requisitos del PPT en este apartado y debe desestimarse el motivo del recurso.

Séptimo.- La adjudicataria en su escrito de alegaciones solicita la imposición de

multa a las recurrentes por temeridad y mala fe en la interposición de sus recursos.

El artículo 47.5 del TRLCSP establece que *“en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores”*.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*. O, cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, RJ 1990\3637. La Sentencia 29/2007, de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

En el presente caso, si bien es cierto que los motivos esgrimidos carecían de base probatoria y podían haberse considerado parcialmente semejantes a los ya analizados por el Tribunal, la actuación debe encuadrarse dentro del derecho de defensa y no puede apreciarse temeridad en la interposición de los recursos. Tampoco resulta acreditada la mala fe aducida por la adjudicataria.

Por todo ello, este Tribunal considera que no se dan los elementos y requisitos para la interposición de la multa establecida en el 47.5 del TRLCSP.

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.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don E.A.B., en nombre y representación de General Electric Healthcare España, S.A.U. y de don F.P.O., en nombre y representación de Siemens Healthcare, S.L.U., contra la Resolución de la Directora Gerente de la Unidad Central de Radiodiagnóstico, de fecha 3 de agosto de 2016, por la que se adjudica el contrato “Servicios de mantenimiento integral de equipamiento y radiodiagnóstico”, lotes 1 y 2.

Segundo.- Desestimar ambos recursos.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 8 de septiembre de 2016.

Quinto.- 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.