

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

En Madrid, a 17 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don J.S., en nombre y representación de la empresa Hill International Spain, S.A.U. (Hill International), contra la adjudicación del contrato “Apoyo técnico a la Unidad Técnica de Control encargada de monitorizar la prestación de los servicios no sanitarios en los hospitales gestionados en régimen de concesión y de los gestionados de forma centralizada en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SER- 4/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13, 21 y 14 de agosto de 2015, se publicó respectivamente, en el DOUE, BOE y BOCM anuncio de licitación del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios y un valor estimado de 4.822.569,62 euros.

Segundo.- El presente recurso viene precedido por otro (187/2016) interpuesto por la UTE Antares Consulting, S.A.-Manifest Design, S.L. (clasificada en 4º lugar) frente a la propuesta de clasificación de las ofertas formulada por la Mesa de contratación,

recurso en el que, por una parte, invocó posibles defectos en la acreditación de la solvencia por parte INCOSA y, por otra, solicitó la aplicación de la previsiones del apartado 29 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante (PCAP) respecto de la ofertas formuladas en lo relativo a la posible existencia de incompatibilidades y/o conflictos de interés en la empresas licitadoras y/o en el despacho de abogados que todos los licitadores han aportado. En concreto respecto de la UTE actual adjudicataria se alegaba la existencia de conflictos de intereses entre el representante de una de las empresas componentes y la sociedad concesionaria del Hospital de Torrejón, una de las empresas a monitorizar durante la ejecución del contrato. Asimismo respecto de Hill International Spain (clasificada en segundo lugar) solicitaba su exclusión por la existencia de conflictos de intereses entre dicha empresa y el Hospital de Torrejón, del cual había monitorizado las obras de construcción durante 2011, lo que podría afectar de manera notable a la licitación.

De dicho recurso se dio traslado a la ahora recurrente la cual no presentó alegaciones defendiendo el cumplimiento de los requisitos necesarios para su permanencia en el procedimiento, ni tampoco se adhirió al recurso para invocar o sostener la existencia de los motivos del recurso que ahora reproduce.

Este Tribunal mediante la Resolución 208/2015, de 9 de diciembre, estimó parcialmente dicho recurso atendiendo a la petición subsidiaria contenida en el mismo, definiendo las líneas básicas de lo que debería entenderse por conflictos de intereses con base en su naturaleza y fines dentro del PCAP del contrato estudiado, acordando que deberá *“solicitar el órgano de contratación al propuesto como adjudicatario la declaración de inexistencia de conflictos de intereses en los términos de los fundamentos de derecho anteriores”*.

En cumplimiento de lo establecido en la Resolución el Servicio Madrileño de Salud requirió a la UTE Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras- ASIME (A3I-ASIME) dicha declaración.

El requerimiento fue atendido el 18 de diciembre y considerado suficiente, por lo que se procedió a la adjudicación del contrato a la UTE A3I- ASIME.

Tercero.- Con fecha 19 de enero de 2016 Hill International Spain, previo anuncio al órgano de contratación el 18, presentó recurso especial en materia de contratación en el que solicita:

“(ii) Declare nula la resolución de fecha 30 de diciembre de 2015 y consecuentemente, (i) anule la adjudicación por los motivos alegados en el cuerpo del presente escrito; (ii), ordene la exclusión de la oferta de la UTE Asesoría Integral de Infraestructuras, S.L. - ASIME, S.A.; y ordene al órgano de contratación que proceda a realizar una adjudicación conforme a Derecho.

(iii) En defecto de lo anterior, que estimando parcialmente el recurso, anule la Resolución impugnada y ordene retrotraer las actuaciones al momento anterior a la adjudicación, a fin de que por el órgano de contratación se requiera a la UTE ASESORÍA INTEGRAL DE INFRAESTRUCTURAS, S.L. - ASIME, S.A. para que justifique documentalmente la experiencia alegada y que ha sido cuestionada en este recurso en relación con: (i) los 6 perfiles propuestos como Enfermeros /ATS/ DUE y el Técnico con título universitario en Ingeniería/Arquitectura; (ii) la justificación de que los servicios alegados por ASIMESA en los 22 Hospitales relacionados en el apartado 4.2.1 del Sobre 1 de su oferta se refieren a servicios en el ámbito del objeto del contrato, gestión de concesiones administrativas de infraestructuras principalmente hospitalarias y asistencia técnica/consultoría en gestión de hospitales; y (iii) la justificación de la experiencia de don P.S.O. en materia de asesoramiento jurídico en el marco de proyectos de colaboración público privada que hayan conllevado la implementación de infraestructuras sanitarias licitadas o puestas en funcionamiento en los últimos cinco años.”

El 27 de enero el órgano de contratación remitió 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). El

informe al recurso del órgano de contratación se limita a relacionar los hechos, reproducir los fundamentos de derecho de la anterior Resolución 208/2015 en relación al conflicto de intereses e indicar que la solvencia fue analizada por la Mesa de contratación y considerada suficiente, sin explicar el criterio seguido para la calificación de la solvencia de los licitadores ni analizar cada uno de los motivos de recurso para determinar si era adecuado a lo exigido en el PCAP explicando motivadamente la decisión adoptada.

Cuarto.- Con fecha 3 de enero el Tribunal acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

El 3 de febrero se ha recibido escrito de alegaciones en nombre y representación de la UTE A3I-ASIME en el que se solicita la desestimación del recurso en su integridad con imposición de la correspondiente multa por concurrir los supuestos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 acto de adjudicación es susceptible de recurso especial al tratarse de un contrato de servicios de la categoría 11, sujeto a regulación armonizada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2. c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 30 de diciembre de 2015 e interpuesto el recurso el 19 de enero de 2016, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- La legitimación activa se reconoce en el artículo 42 del TRLCSP, a toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Se expone en el escrito de alegaciones de A3I-ASIME que Hill International no tendría capacidad para resultar adjudicataria de la licitación de referencia o, al menos, para formalizar el contrato que, llegado el caso, se le pudiera adjudicar. Y ello, por carecer de la capacidad necesaria para, de ser propuesta como adjudicataria, formular la declaración de inexistencia de conflictos de interés con arreglo a lo exigido en el apartado 29 de la cláusula 1 del PCAP tal y como ha sido interpretada por este Tribunal, pues Hill International, hasta la fecha, no se ha limitado a prestar al Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid los servicios ahora licitados sino que, adicionalmente, ha prestado en el pasado a Torrejón Salud, S.A. -sociedad titular de uno de los contratos de concesión de obra pública a monitorizar- servicios de asistencia técnica y de seguimiento de la obra de construcción del Hospital de Torrejón por un importe total de 1.386.683,98 euros (IVA incluido), servicios estos últimos que podrían condicionar muy notablemente y a futuro la imparcialidad y la objetividad necesarias y exigibles para poder prestar, en beneficio de la Comunidad de Madrid, los ahora licitados. Alega como prueba de lo expuesto que dicha compañía interpuso el 2 de octubre de 2015 un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, formulando la demanda el 8 de enero de 2016, cuyo objeto es el párrafo tercero del apartado 29 de la cláusula 1 del PCAP, modificado mediante corrección de errores, que aclaró que el régimen de incompatibilidad regulado en los párrafos precedentes resultaba igualmente aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión y a los contratos de gestión centralizada es decir, a, entre otros, el contrato de concesión del Hospital de Torrejón. Argumenta que al no

haberse suspendido cautelarmente la resolución que aprobó los pliegos que rigen la licitación, la incompatibilidad que dicha mercantil reconoce que el PCAP establece debió llevar a la misma a no formular oferta alguna y le impide, habiéndola formulado, resultar adjudicataria del contrato licitado o, al menos y llegado el caso de que el mismo le fuera adjudicado, formalizarlo, al carecer de la capacidad precisa para suscribir verazmente la declaración de ausencia de incompatibilidad/conflictos de intereses que le resultaría exigible.

Como se ha expuesto, el recurso se dirige contra la adjudicación de un contrato de servicios y quien ha participado en la licitación y no ha sido excluido está legitimado si de la estimación del recurso puede obtener el beneficio de poder resultar adjudicatario. Ello implica un reconocimiento inicial de legitimación activa a quien se encuentra clasificado en segundo lugar. Es cierto, como alega A3I-ASIME que ningún beneficio podría obtener quien está incurso en un supuesto de exclusión como pudiera ser la situación de conflicto de intereses entre el licitador y una de las concesiones a monitorizar. Sin embargo, tal circunstancia no está acreditada dado que el recurso contencioso-administrativo interpuesto está pendiente de resolución y si bien la mera interposición podría suponer que el daño que quiere evitar con su formulación es la inaplicación de la cláusula impugnada porque se encuentra en tal supuesto, la comprobación de tal circunstancia, en este momento, no le es posible al Tribunal, dado que el recurso no se dirige contra Hill International y el examen de tal situación, supone entrar al fondo de un asunto que por el momento no se puede plantear. Una interpretación amplia del concepto de legitimación activa y conforme al principio *pro actione* nos conduce a reconocerla respecto de la recurrente.

Queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Quinto.- Como primer motivo de recurso se plantea la nulidad de la adjudicación derivada del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 150.2 del TRLCSP.

Argumenta la recurrente que la valoración simultanea de criterios que exigen un juicio de valor junto a otros basados en fórmulas matemáticas implica una infracción del principio de transparencia que anula de pleno derecho la adjudicación.

El art. 150.2 TRLCSP establece que *“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada”*.

Aduce que el PCAP califica la documentación a incluir en el Sobre 2B como correspondiente a criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas y por eso, según consta en el Acta 2/2015 se habría abierto y valorado conjuntamente con la oferta económica.

Según la recurrente esta calificación es errónea, puesto que en dicho sobre se incluyen elementos valorativos y, por tanto, se debería haber abierto y valorado con carácter previo a la apertura y valoración de la oferta económica. Pone como ejemplo que se otorgan 15 puntos al licitador que *“acredite la disponibilidad de un soporte por parte de un despacho jurídico especializado en temas de derecho laboral, administrativo, financiero, así como en materia de concesiones y proyectos de financiación privada”*. Considera que la valoración de la especialización o la clasificación de un asunto como especializado en una determinada materia son juicios de valor, en la medida en que no se contiene ninguna definición o tabla de asuntos que permita una valoración automática de estos conceptos. Lo mismo ocurre con los 15 puntos atribuidos por el criterio de la valoración de los técnicos que adicionalmente ostenten una *“titulación superior o de posgrado en materia económica”* o *“en materia jurídica”*. No existe una definición exacta de qué es un posgrado en materia jurídica o económica.

Como ha señalado en otras ocasiones este Tribunal, tanto los actos de convocatoria del procedimiento de contratación como los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la licitación son susceptibles de ser recurridos autónomamente (artículo 40.2 del TRLCSP). Si los interesados no impugnan los referidos actos preparatorios, sin que en ningún momento se cuestionara ninguna de las condiciones del pliego, aceptando su contenido mediante la presentación de sus ofertas, no pueden posteriormente recurrir un acto del procedimiento de contratación basando el recurso en la ilegalidad del acto de convocatoria o del contenido de los pliegos, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulta favorecida por las adjudicaciones que pretendía (en este sentido la STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2015).

Es cierto que en ocasiones este Tribunal ha procedido a la anulación de los pliegos no impugnados cuando de la aplicación de los mismos se deriva la vulneración de los principios que rigen la contratación pública, que no pudo ser advertida de la lectura diligente de los mismos, sino hasta su efectiva aplicación. En caso contrario, se impone inexorablemente el recurso contra el PCAP para declarar su nulidad, en virtud de la vinculación que producen los pliegos para los licitadores. Esta solución es la aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13 “eVigilo Idt”, cuando señala *“En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”*.

No se dan en el presente caso las circunstancias precisas para aplicar esta doctrina, puesto que la causa que la recurrente considera que justifica la nulidad de la licitación era apreciable con independencia del resultado de aplicación de los pliegos, debiendo desestimarse la pretensión de nulidad de la licitación por este motivo.

Sexto.- Se alega que la declaración presentada por la adjudicataria relativa a la no existencia de conflicto de intereses no se corresponde con lo ordenado por este Tribunal en la Resolución 208/2015.

En dicha Resolución se ordenó al órgano de contratación que solicitara al propuesto como adjudicatario (A3I-ASIME) la *“declaración de inexistencia de conflictos de intereses en los términos de los fundamentos de derecho anteriores”*.

En el Fundamento de derecho sexto de la Resolución se decía que *“Según lo solicitado y según el contenido de la Guía para la detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales, deberá solicitarse declaración explícita en la que consten los términos definitorios del conflicto, el contrato al que se refiere la declaración y el conocimiento de las consecuencias administrativas, o penales de la falsedad de dicha declaración, debiendo además solicitarlo respecto de los despachos de abogados propuestos y comprobar su veracidad de conformidad con la documentación que han aportado a la licitación.”*

La Mesa de contratación validó la declaración presentada y, sin considerar necesario requerir subsanación alguna, procedió a adjudicar el contrato.

Considera la recurrente que el documento presentado como declaración de ausencia de conflicto de intereses, no puede ser considerado como tal debido a la carencia de los requisitos mínimos exigidos por la guía mencionada en la Resolución del Tribunal. Al ser los requisitos exigidos por la “guía” unos condicionantes necesarios para que dicha declaración fuera considerada conforme, la carencia de

estos equivale a la ausencia de declaración. En concreto considera que la declaración no contiene la definición de conflictos de intereses establecida en el Reglamento Financiero, ni los requisitos de cualquier código de conducta o ética aplicable al proceso y relacionado con el conflicto de intereses, ni los datos del firmante, ni se adjunta nota explicativa informando de determinadas circunstancias, ni facilita ejemplos de situaciones de conflictos de intereses.

En los *“fundamentos de derecho anteriores”* a que alude la Resolución 208/2015, tras reconocerse que ni el TRLCSP ni el PCAP definen en qué consiste el *“conflicto de intereses”*, se invocan diversas normas (entre ellas la Directiva 2014/24/UE, aun no transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, el art. 56.2 TRLCSP, relativa a contratos cuyo objeto sea la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones o el art. 52 TRLCSP, relativo al responsable del contrato, cuyas tareas son en puridad las que se externalizan en la licitación de referencia) y guías publicadas en la materia (OCDE, OLAF, etc.), todo ello como criterio interpretativo. La mencionada guía fue elaborada por un grupo de expertos de los Estados miembros coordinado por la Oficina Europea de la Lucha Contra el Fraude (OLAF). Es en el anterior marco y en base a la petición subsidiaria del recurso, en el que este Tribunal considera necesaria la presentación de dicha declaración.

Es decir, no se considera de aplicación al supuesto, sino que se puede tener como referencia para la resolución del supuesto. En consecuencia, la aplicación de la misma y de los modelos anexos debe entenderse con las necesarias adaptaciones a la contratación pública y al caso concreto analizado.

La declaración presentada cumple con los requisitos esenciales enunciados en la Guía, sin que las omisiones a elementos secundarios que resalta el recurso puedan conducir a que la declaración sea insuficiente o ponga de manifiesto la existencia de conflictos de intereses. Por tanto, el motivo de recurso debe ser desestimado.

Séptimo.- El recurso insiste en el potencial conflicto de intereses en la situación en la que se encuentra don F.P.D., en su calidad de persona física representante de Concessia, Cartera y Gestión de Infraestructuras, S.A. (en adelante, Concessia) en el Consejo de Administración de Torrejón Salud, S.A., sociedad concesionaria del Hospital de Torrejón, según consta acreditado en la certificación del Registro Mercantil de fecha 2 de noviembre de 2015 que adjunta al recurso.

Según afirma, dicha situación era plenamente efectiva a la fecha de concurrir al contrato y de ella, al proyectarse sobre el futuro, se deriva una trascendental situación que pone en serio riesgo el correcto desempeño de la labor de control que la adjudicataria debe desempeñar. Señala que don F.P.D. era representante como persona física de la Sociedad Concessia, la cual formaba parte del Consejo de Administración de la concesionaria del Hospital de Torrejón, eligiendo para ello al Sr. P. el 3 de noviembre de 2009, el cual ha estado desempeñando el cargo de Consejero hasta, al menos, después de presentar la oferta de A3I-ASIME al presente contrato, del cual ha resultado adjudicatario. Recuerda que la certificación de baja presentada en el seno del recurso especial sustanciado ya ante este Tribunal a instancia de Antares, es un asiento registral de cese del Sr. P. como representante de Torrejón Salud, y no como persona representante de Concessia en el Consejo de Administración de Torrejón Salud, S.A., extremo que, salvo certificación registral en contra, fechada con posterioridad al 2 de octubre de 2015, sigue siendo plenamente vigente a día de hoy. Independientemente de que esta situación haya cesado el día posterior a la certificación (de fecha 2 de octubre de 2015, límite del plazo establecido para presentar las ofertas de los licitadores), la situación en nada cambiaría, puesto que la especial naturaleza del contrato determina que la situación de conflicto de interés permanece en su condición de socio mayoritario y Administrador mancomunado de la empresa que deberá supervisar toda la gestión del Hospital, gestionado por el Sr. P. hasta, al menos, el momento de la licitación. En lógica consecuencia, cualquier actividad de supervisión que realice la adjudicataria durante la vigencia del contrato en relación a cualquier aspecto organizativo, decisión implementada, servicio, actuación, etc. que haya sido acordado durante los últimos 6 años incurrirá en conflicto de intereses ya que en la

práctica se trata lisa y llanamente de la supervisión de actos propios. En este sentido es un supuesto plenamente plausible que cualquier deficiencia de funcionamiento que la UTC pudiera encontrar en el Hospital provenga de decisiones pasadas cuyos efectos se continúan en el tiempo, adoptadas con el voto del Sr. P. y cuya puesta de manifiesto pueda perjudicarle.

A lo expuesto en el recurso opone la UTE adjudicataria el efecto de cosa juzgada administrativa al tratarse de una cuestión que ya fue resuelta en la Resolución 208/2015, de 9 de diciembre. Añade que el recurso formulado por Hill International está trufado de afirmaciones imprecisas cuando no directamente falsas, afirmaciones que no hacen sino poner de manifiesto la mala fe que preside el recurso interpuesto por dicha mercantil. Reconoce que don F.P.D. ostenta una participación del 46,5% del capital social de la mercantil Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L. (A3I), una de las dos integrantes de la agrupación de empresas adjudicataria y no el 66,5% que indica la recurrente.

El Tribunal aprecia que de la certificación registral aportada por la recurrente resulta que Concessia fue nombrada miembro del consejo de administración de Torrejón Salud, S.A. el 3 de agosto de 2009 *“por un plazo de seis años”*, plazo que venció, precisamente, el 3 de agosto de 2015, previamente, pues, a la convocatoria de la licitación de referencia, y la persona física designada por Cocesia fue sustituida el 3 de noviembre de 2009, por don F.P.D. Es decir, su mandato duraba hasta el 3 de agosto de 2015 y no podía ser representante de una mercantil cuyo mandato como consejero de Torrejón Salud, S.A. había expirado en dicha fecha.

En todo caso, no puede obviarse que la cuestión relativa al posible conflicto de interés que podría nacer de la relación entre uno de los miembros de la UTE adjudicataria (A3I, S.L.) con Concessia y la minoritaria presencia de esta mercantil en el capital social de Torrejón Salud, S.A., ya fue alegada y analizada en la Resolución 208/2015, que resolvía el recurso interpuesto por Antares Consulting, S.A. y Manifest Design, S.L., que no apreció la existencia de tal conflicto de intereses. No obstante, la mentada resolución, para mayor garantía, ordenó al

órgano de contratación solicitar a la empresa propuesta como adjudicataria (y al despacho de abogados) una declaración expresa acerca de la inexistencia de conflictos de intereses, declaración que hemos analizado en la alegación anterior.

Los términos de la Resolución nº 208/2015 son suficientemente ilustrativos acerca del alcance del pretendido conflicto:

“(...) cabe concluir que entre Asesoría Integral de Inversiones de Infraestructuras, S.L. y la concesionaria del Hospital de Torrejón no existe ninguna vinculación societaria en los términos del artículo 42. (...) Sí existe una aparente relación entre la citada empresa y Concessia que se concreta en que la primer tiene encomendada la gestión de la segunda, el Administrador de la primera es apoderado de la segunda y en cuanto comparten domicilio social. Si bien Asesoría Integral no participa del accionariado de Concessia sí parece existir cierta vinculación entre ambas”. Por ello analiza si existe conflicto de interese entre la sociedad concesionaria (Torrejón Salud) y la vinculada (Concessia) a la que podría ser su supervisora y señala que “El mero hecho de ser accionista de una sociedad no supone la condición de prohibición para ser contratista ni que la supervisión en qué consiste la presentación objeto del servicio no se hará en condiciones de imparcialidad, siendo necesario objetivar a partir de qué cuantía o porcentaje se obtiene el grado de relevancia suficiente para poder considerar que existe tal interés, que puede suponer un conflicto entre lo público y lo privado. (...) No existiendo otro elemento interpretativo de qué nivel de participación en el accionariado de una sociedad puede implicar relación de vinculación a efectos de entender comprometidos los intereses públicos, resulta trasladable lo dispuesto en el citado artículo [artículo 6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembro del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado] (10%), resultando que la participación de Concessia en Torrejón Salud no lo excede. Hay que tener en cuenta, además, que el contrato afecta a la supervisión de la gestión de 16 hospitales, y esta participación solo se da en relación a uno de ellos, lo cual diluye en cierta manera el nivel de incompatibilidad. Hay que valorar también que Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras no licita en solitario, sino en compromiso de UTE con ASIME. (...) No queda probada la

vinculación contractual o asesoramiento directo entre Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras y la concesionaria del Hospital Torrejón, negada expresamente mediante certificado por el Gerente de dicha empresa. La participación a título personal o como miembro de otra compañía de alguno de los miembros de plantilla de la empresa, no supone ni que dicha persona se adscriba a la ejecución de los trabajos, ni que el interés sea trasladable a la persona jurídica.”

Se añade ahora, en el recurso, la circunstancia de que don F.P.D. fue nombrado como representante de Concessia en el consejo de administración de Torrejón Salud el 3 de noviembre de 2009 cuyo mandato se ha extendido hasta agosto de 2015. Por ello el análisis de la alegación debe limitarse a esta última cuestión al no ser posible revisar las Resoluciones del Tribunal de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 del TRLCSP.

El objeto del contrato consiste en la prestación de servicios de apoyo técnico a la Unidad Técnica de Control que tiene entre otras, la responsabilidad de monitorizar, controlar y evaluar los servicios externalizados de concesión de obra, aplicando las deducciones y penalizaciones a que hubiere lugar, por incumplimiento de los indicadores exigidos en los contratos correspondientes.

La Resolución 208/2015 consideró que no quedaba probado que la entidad ahora adjudicataria haya participado en el asesoramiento jurídico a las sociedades concesionarias de las obras públicas a monitorizar. La cuestión nueva que se plantea en este recurso es la doble condición de don F.P.D. como administrador mancomunado de A3I, una de las empresas adjudicatarias en compromiso de UTE con ASIME, y a la vez como miembro del consejo de administración de Torrejón Salud hasta agosto de 2015, en representación de Concessia.

La circunstancia de que un accionista y administrador del proveedor de servicios para la administración tenga a su vez un interés personal en el comportamiento o decisiones adoptadas en el consejo de administración de la empresa que se ha de controlar, a juicio del Tribunal le coloca en una situación que

pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia a la hora de ejecutar la prestación del servicio objeto de la contratación, si este tuviera como único sujeto a controlar al Hospital de Torrejón.

No obstante, dicha apariencia debe ser matizada en cuanto al proveedor de servicios y en cuanto al procedimiento de contratación. En cuanto al proveedor de servicios, como se afirmó en la anterior Resolución, el Sr. P. es el administrador no de la empresa adjudicataria, sino de una de las dos componentes de la UTE. En cuanto al contrato con cuya ejecución se debe apreciar el conflicto de intereses, éste tiene una pluralidad de hospitales como objeto de control o monitorización, siendo el de Torrejón uno de los 16. Si fuera que A3I tuviera que controlar la actividad del Hospital de Torrejón, sin ninguna duda se apreciaría la existencia del conflicto de intereses puesta de manifiesto. Si fuera la UTE la que tuviera que controlar únicamente la actividad del citado Hospital, el interés del adjudicatario quedaría dividido por concurrir en solo una de las dos empresas que han de prestar el servicio, aunque tal vez sería de apreciar. Pero es que en el supuesto que estamos analizando, además de que los intereses del controlador están repartidos entre las dos empresas que licitan en UTE, afectando el conflicto solamente a una de ellas, el interés solo se puede apreciar respecto de 1/16 parte del objeto del contrato a controlar, lo cual como ya se mantuvo en la anterior Resolución diluye la apreciación del conflicto de intereses personales que pudiera existir. A lo que cabe añadir que don F.P.D. no forma parte del equipo que desarrollará los trabajos.

Una interpretación estricta del concepto de conflicto de intereses supondría que debería excluirse a empresas capacitadas para la ejecución de un contrato por el hecho de que alguno de sus accionistas o administradores haya tenido algún tipo de relación con alguna de las empresas a monitorizar, que son todos los hospitales de la Comunidad de Madrid gestionados, en cuanto a servicios no sanitarios, de forma indirecta por empresas externas. Dado que se trata de un sector muy reducido, siempre alguna de las empresas, por el grado de especialización requerido, o parte de su plantilla, puede haber tenido alguna relación con alguna de las empresas concesionarias.

En consecuencia, el Tribunal no aprecia que en este supuesto se de un conflicto de intereses de la suficiente entidad como para excluir a la adjudicataria del procedimiento.

Octavo.- En relación a la solvencia económica y financiera el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP establece.

“Artículo 75 del TRLCSP, apartado 1.c)

Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

Criterios de selección:

A estos efectos la empresa deberá acreditar una cifra de negocios anual mínima de 1.000.000 de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, en el ámbito del objeto del contrato, gestión de concesiones administrativas de infraestructuras, principalmente hospitalarias y asistencia técnica/consultoría en gestión de hospitales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 75.2 del TRLCSP, si por una razón justificada el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, podrá acreditar su solvencia económica y financiera mediante la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales. El importe mínimo de los riesgos cubiertos será de un millón de euros.”

Según la recurrente el uso de la conjunción “y”, no puede llevarnos sino a la conclusión de que deberá ser demostrada la solvencia económica en todas las actividades indicados, no bastando, en consecuencia, una o dos de las señaladas, sino que, por el contrato, dicha solvencia únicamente quedará acreditada cuando, en el ámbito de estas tres materias, se acredite una cifra de negocio anual mínima de 1.000.000 de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios.

El examen de la oferta presentada por la adjudicataria nos muestra que A3I-ASIME:

- Por un lado presenta una declaración responsable sobre la cifra global de negocio de A3I, que, al haber sido constituida en mayo de 2013, únicamente abarca referencias de los años 2013 (312.500 euros) y 2014 (608. 794,06 euros).

Según la recurrente dicha solvencia económica que no alcanza ni el periodo de tiempo ni la cuantía mínima exigida, no es acreditada por medio de ningún certificado dentro del apartado 4.1.1 del sobre 1 de la oferta presentada. De hecho, ni siquiera acudiendo a los certificados presentados para acreditar la solvencia técnica podría sostenerse que se ha acreditado desde un punto de vista material (obviando la carencia de la cifra de negocios), que esta cifra de negocio se haya alcanzado a través de la prestación de servicios en los 3 ámbitos exigidos acumulativamente en los pliegos.

- Por otro lado, ASIME, S.A., declara una cifra global de negocio de 13.118.449 euros en 2012; 13.881.892,62 euros en 2013 y, finalmente, 11.550.172,51 euros en 2014.

Argumenta la recurrente que no presenta ninguna acreditación de que dicha cifra haya sido obtenida ni siquiera en uno de los 3 ámbitos recogidos en los pliegos. De hecho, y tal y como ocurre en el caso de A3I, ni siquiera acudiendo a la información aportada por ASIMESA en el apartado 4.2.1 del sobre 1 relativo a la acreditación de la solvencia técnica y profesional puede deducirse que esta cifra de negocio responde a las exigencias del pliego. Es decir, a la vista de dicha declaración vaga y ambigua, la Mesa no ha podido conocer si los “servicios realizados” a los que hace alusión la misma, se refieren realmente a servicios de gestión de dichos hospitales o si por el contrario, eran servicios, por ejemplo, de jardinería o limpieza de las instalaciones. Dicha declaración dista mucho de lo que debería entenderse por una “acreditación de una cifra de negocios” referida al “ámbito del objeto del contrato, gestión de concesiones administrativas de

infraestructuras, principalmente hospitalarias, y asistencia técnica/consultoría en gestión de hospitales” ya que, únicamente se relacionan una serie de centros con una cuantía económica, pero sin expresar los trabajos realizados, su objeto o el contrato en el ámbito en el cual los realizó, con lo que no puede cumplir función alguna de acreditación de solvencia que debe realizarse de una forma concreta de tal modo que el órgano de contratación pueda contrastar su veracidad y suficiencia.

A la vista del PCAP, podemos concluir que lo que exige para acreditar este tipo de solvencia es:

- (i) - acreditar una cifra de negocios anual
- (ii) - por importe de un millón de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios,
- (iii) - y la actividad a que se refiera puede ser en alguno de los siguientes ámbitos sin que sea necesariamente en los tres de forma acumulativa como sostiene la recurrente.
 - en el ámbito del objeto del contrato,
 - gestión de concesiones administrativas de infraestructuras, principalmente hospitalarias y
 - asistencia técnica/consultoría en gestión de hospitales.

En cuanto al requisito (i) mantiene la recurrente que se debería acreditar de forma verificable no siendo suficiente una mera declaración.

Ciertamente, con término “acreditar” utilizado parece que se está pretendiendo un documento concreto susceptible de ser comprobado, lo cual no se produce en el presente caso.

El órgano de contratación al exigir una determinada solvencia económica y financiera debe intentar garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada y en este caso parece que así lo requiere y la Mesa de contratación debió comprobar la veracidad de lo declarado.

La finalidad última perseguida por la Administración al exigir a los licitadores que acrediten su solvencia económico-financiera es tener la garantía de que el adjudicatario durante todo el tiempo de duración del contrato tendrá una situación económico-financiera que no le impida hacer frente al fiel y exacto cumplimiento de las obligaciones contractuales o responder de los daños que pueda irrogar a aquélla con ocasión del cumplimiento defectuoso de las mismas.

Para acreditar la solvencia técnica se incorporan certificados de buena ejecución de un volumen de facturación insuficiente, si bien es cierto que, como aduce la recurrente, queda por comprobar si se cumplen las otras dos condiciones que exige el criterio de solvencia, esto es la vinculación al objeto de contrato y en cada uno de los subámbitos, que analizaremos seguidamente.

En cuanto al requisito (iii) -el (ii) no se plantea como problemático-, debe interpretarse que la solvencia debe provenir del “ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato”, lo que incluye la gestión de concesiones administrativas de infraestructuras, principalmente, hospitalarias y la asistencia técnica/consultoría en gestión de hospitales.

De la lectura del PCAP no puede extraerse que el “ámbito de actividades objeto del contrato” en el que deba obtenerse el volumen de negocios anual mínimo de un millón de euros deba a su vez dividirse en tres subámbitos diferentes y, menos aún, que pueda exigirse la obtención en cada uno de ellos de dicho volumen de negocios (lo que, *de facto*, supondría multiplicar el volumen de negocios por tantos subámbitos como se identifiquen, en este caso por tres).

Entender que el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP establece como exigencia en materia de solvencia económica la necesidad de que, simultáneamente, se acredite un volumen de negocios de un millón de euros en los tres últimos ejercicios y en tres ámbitos distintos es una interpretación claramente desproporcionada.

Finalmente cabe analizar si con las declaraciones presentadas y puesto que el PCAP ni exigía una forma de acreditación especial o específica puede considerarse acreditado que se alcanza el volumen del millón de euros en cada uno de los tres ejercicios.

El artículo 24 del RGLCAP relativo a las uniones temporales de empresarios establece que:

“1. En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”. Precisamente uno de los motivos principales para que las empresas se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales.

En consecuencia y de acuerdo con el criterio expuesto, aunque alguna de las empresas individualmente consideradas pueda no alcanzar las exigencias mínimas en materia solvencia exigidas por el PCAP, al concurrir con el compromiso de constituir una UTE debe procederse a la acumulación de la acreditada por cada una de ellas, de forma que si su sumatorio o acumulación alcanza los niveles requeridos en el PCAP debe entenderse que la UTE alcanza la solvencia exigida en los PCAP.

Los certificados que fueron aportados no tienen como finalidad acreditar la solvencia económica sino la técnica, sin que por la Mesa de contratación se haya requerido subsanación/aclaración a la cifra declarada. Aceptando la validez de dichos certificados para acreditar ambos tipos de solvencia, cabe rechazar aquellos que certifican la buena ejecución de contratos cuyo objeto es el mantenimiento de equipos de electromedicina, pues ningún vínculo tienen con alguno de los ámbitos admitidos para acreditar la solvencia económica y financiera. Los certificados para surtir el efecto de acreditar la solvencia económica y financiera solo se pueden referir a facturación en el ámbito objeto del contrato que es la monitorización de los

contratos objeto de concesión o centralización, la gestión de concesiones administrativas de infraestructuras y asistencias técnicas/consultorías en gestión de hospitales.

Siendo que el volumen de negocios acreditado mediante certificados por ambas empresas de forma acumulada, no alcanza el umbral exigido en el PCAP para cada uno de los 3 últimos ejercicios en los ámbitos admitidos, debe estimarse este motivo de recurso, debiendo solicitar el órgano de contratación que por las empresas licitadoras en compromiso de UTE se justifique adecuadamente el volumen de negocios requerido en los ámbitos recogidos en el criterio de solvencia económico financiera.

Noveno.- Acerca de la acreditación de la Solvencia Técnica o Profesional.

Para la resolución de este motivo de recurso y común a cada uno de los criterios de solvencia establecidos, debe partirse de que la definición del criterio de solvencia técnica o profesional admite diversas interpretaciones, por lo que a efectos de analizar los motivos alegados por la recurrente debemos admitir que la interpretación de los mismos, en cierta medida, puede incardinarse dentro del ámbito de la razonable discrecionalidad de la Administración, dado que ni se ponen de manifiesto errores materiales o de hecho en la actuación de la Mesa de contratación, ni la misma ha incurrido en arbitrariedad o discriminación alguna.

Se discute cómo debe apreciarse el requisito de solvencia exigido y es indudablemente el órgano de contratación el más capacitado para una interpretación acorde con la finalidad que se tuvo en cuenta a la hora de su elección como criterio cuantitativo para seleccionar los licitadores que pueden optar a la adjudicación del contrato con el límite de la existencia de error o arbitrariedad. Una interpretación más restrictiva que utilizara el Tribunal pudiera ser contraria a la prevista en el pliego y más limitativa de la concurrencia.

A. En relación a la empresa.

El apartado 5 de la cláusula primera del PCAP ha seleccionado, como requisito mínimo de solvencia técnica:

“Artículo 78 del TRLCSP, apartados a), b) y e) de forma acumulativa.

Apartado a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Criterio de selección Apartado a):

A estos efectos la empresa debe presentar tres certificados de haber realizado, en los últimos cinco años, una prestación del servicio de forma satisfactoria en la ejecución de contratos de servicios (consultoría y asistencia técnica) y/o en gestión de concesiones administrativas de infraestructuras. Los certificados serán emitidos por los órganos competentes”.

La UTE adjudicataria presentó para acreditar lo solicitado una relación de algunos servicios realizados por ASIME en los tres últimos años; un certificado de buena ejecución del contrato de consultoría y servicios de apoyo a la gestión expedido por Nuevo Parque de Bomberos de Mallorca a favor de A3I; un certificado del Hospital Santa Cristina a favor de ASIME, de haber realizado el contrato de mantenimiento y revisión de equipos e instalaciones para uso electromédico; un certificado del Hospital Severo Ochoa a favor de ASIME relativo al mantenimiento y revisión de equipos e instalaciones para uso electromédico; un certificado del Hospital Clínico San Carlos a favor de ASIME relativo al mantenimiento y revisión de equipos e instalaciones para uso electromédico y un certificado de Grupo E. San José a favor de A3I indicando su participación en el servicio de consultoría de servicios de gestión y supervisión para el desarrollo de sus contratos de colaboración público privada de los proyectos de los Hospitales de Maipu y La

Florida en Santiago de Chile, en las Autopistas rutas del Loa (Chile), en parque eólicos de Aigúa en Uruguay y en la autovía de circunvalación en Jaipur (India).

Alega la recurrente que la UTE adjudicataria sólo presentó 5 certificados cuyo contenido, no cumple con la función requerida ya que:

- Se presenta una relación genérica de “servicios prestados” a diferentes hospitales, sin precisar en qué consisten tales servicios y sin resultar un medio probatorio válido al ser un certificado de elaboración propia y sin el grado de detalle mínimo para poder ser verificado.

- Se presentan dos certificados de buen cumplimiento de contratos de consultoría.

- Se presentan tres certificados de buen cumplimiento en “asistencia técnica de mantenimiento y revisión de equipos e instalaciones para uso electromédico”.

Considera la recurrente que en los mencionados certificados no se encuentra ningún servicio de asistencia técnica en el sentido que los pliegos le dan a la misma, sino la realización de meras tareas de mantenimiento de equipos. La asistencia técnica a la que se refiere el contrato no es el mantenimiento de máquinas de electromedicina, sino el asesoramiento, monitorización y formación relacionada con la supervisión de índole técnica-administrativa, económica-financiera y legal de todas las actividades que deben prestar las sociedades concesionarias de los once hospitales concesionados y las empresas prestatarias de los servicios centralizados, en cuanto al correcto y continuo funcionamiento de los servicios de su responsabilidad conforme a sus correspondientes contratos, así como en lo relativo al cumplimiento de los indicadores de desempeño y calidad de los mismos.

Respecto de este motivo de recurso señala la UTE adjudicataria, en su escrito de alegaciones, que los tres certificados de “asistencia técnica” en cuestión han sido expedidos a favor de uno de los dos miembros de la agrupación licitadora y adjudicataria, ASIME, S.A., en relación con la ejecución de contratos de “mantenimiento y de revisión de equipos e instalaciones para uso electromédico” celebrados con hospitales madrileños (Clínico San Carlos, Universitario Severo

Ochoa y Universitario Santa Cristina). Consiguientemente, tienen directa relación con la gestión hospitalaria y acreditan un profundo conocimiento de las instalaciones y servicios existentes en un hospital. La recurrente trata de confundir al Tribunal indicando que ASIME, S.A. es una “empresa de equipamiento sanitario”, cuando no es ni fabricante ni distribuidora ni proveedora de dicho equipamiento. Entre las actividades que figuran en su objeto social destacan las de “consultoría, y asesoramiento científico, tecnológico, técnico, y económico, estrategias globales y de organización, auditorías y evaluación sobre recursos, gestión, explotación y resultados, gestión, administración y coordinación, implantación de sistemas de gestión de calidad y medio ambiente, protocolos y metodología sobre Organizaciones e instituciones sanitarias, tanto públicas como privadas, Hospitales, clínicas, y centros sanitarios, etc.”.

Añade el escrito de alegaciones que el objeto de los contratos en cuyo seno se han expedido los certificados no se limita al *“mantenimiento y revisión de equipos electromédicos”*, sino que tiene que ver con los servicios que deben controlarse y monitorizarse en virtud del contrato ahora licitado. Así, entre las finalidades del contrato celebrado con el Hospital Universitario Santa Cristina figura la *“realización de todas las acciones técnicas y legales en los plazos adecuados para que, de esta forma, la actividad asistencial se pueda dar en las mejores condiciones de eficacia, eficiencia, disponibilidad, fiabilidad y seguridad del equipamiento e instalaciones”*, asumiendo el adjudicatario del mismo, entre otras obligaciones la de *“realizar una labor permanente de asesoramiento y consultoría para mantener informado al hospital de las oportunidades de mejora”*. Por su parte, entre los equipos a revisar y mantener por ASIME en el contrato celebrado con el Hospital Clínico San Carlos se encuentran, entre otros, los *“sistemas de aire, en salas críticas”*, la *“sala de esterilización”* o los *“sistemas de espera”* debiendo *“elaborar informes mensuales”* e *“implantar una aplicación informática de gestión totalmente compatible e integrada con los sistemas de información existentes en el Hospital”*.

Observa el Tribunal que según el PCAP, se exige como requisito de solvencia:

- 3 certificados.
- de haber realizado, en los últimos cinco años, una prestación del servicio de forma satisfactoria.
- en la ejecución de contratos de servicios (consultoría y asistencia técnica) y/o en gestión de concesiones administrativas de infraestructuras.

La redacción del criterio de solvencia técnica no deja de ser deficiente. Solo se precisan tres certificaciones sin que se deban incluir importes mínimos de los servicios prestados, o que estos tengan una vinculación con el objeto del contrato, lo cual impide a la Mesa de contratación que ha de valorarlos ejercer una función crítica sobre ellos. El TRLCSP obliga no solo a la elección de los medios de entre los señalados en los artículos 75 a 79, sino que deben determinarse los umbrales mínimos que deben alcanzar en cada medio seleccionado y el instrumento concreto para la acreditación. Por otra parte se admiten certificados relativos a contratos de servicios y/o concesiones administrativas siendo improcedente la referencia a contratos de consultoría y asistencia técnica, tipología hoy no existente en el derecho de contratación pública vigente.

La función del órgano de contratación, no se limita a elegir el modo de acreditar la solvencia, sino que además debe indicar de forma expresa el importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de esos medios, a partir del cual se entenderá acreditada la solvencia. Al respecto señala el artículo 79 bis del TRLCSP:

“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos reglamentariamente para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.”

En relación a los requisitos que deben cumplir los criterios de solvencia, el artículo 62 del TRLCSP establece:

“1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”

Por tanto procede interpretar, tal como afirma la recurrente, que los certificados exigidos deben cumplir los requisitos del citado artículo en cuanto deben estar vinculados a su objeto. Nada aporta para acreditar la capacidad de los licitadores, para cumplir el objeto del contrato, la realización de contratos con objetos dispares a lo que va a tener que prestar y por ello no pueden ser admitidos como acreditación de su solvencia. Las condiciones subjetivas que reúnen los licitadores deben ser tenidas en cuenta para acreditar la capacidad y solvencia económica y técnica de los mismos para poder dar cumplimiento al contrato, por ello deben ser consideradas en la fase de admisión a la licitación en relación al objeto de la prestación a realizar.

La Sentencia del Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas de 25 de febrero de 2003, en el asunto T-4/01 Renco SpA contra Consejo de la Unión Europea, relativa a un contrato de obras y en relación con los criterios de selección y adjudicación dice en la apreciación del Tribunal (apartado 68) *“la experiencia y la capacidad técnica de un licitador y su equipo, la frecuencia en la realización de proyectos del mismo tipo que el del contrato en cuestión y la calidad de los subcontratistas propuestos son todos elementos cualitativos que en caso de no alcanzar el nivel requerido en el contrato pueden provocar retrasos en la*

ejecución de las obras o que sean necesarias obras complementarias”.

Como se ha analizado anteriormente se trata de unos criterios que figuran en el PCAP, que no fueron objeto de impugnación y aún con las carencias puestas de manifiesto, por tal motivo, han de ser aplicados tal cual figuran y sirvieron para la presentación de oferta y admisión de licitadores.

Por la adjudicataria se han presentado una relación ciertamente genérica de servicios prestados en la que figuran importes, fechas y destinatarios, sin precisar los servicios prestados, y un total de cinco certificados. El objeto de tres de los certificados se refiere al mantenimiento de equipos electromédicos y no se ve la relación que pueda tener con el objeto del contrato, consistente en monitorizar el cumplimiento de los contratos de concesiones de obra o de servicios de gestión centralizada del SERMAS. Los cinco certificados cumplen el requisito de número (al menos 3), de referirse a los cinco últimos años, haberse realizado de forma satisfactoria y tener la naturaleza de contratos de servicios y/o en gestión de concesiones administrativas de infraestructuras. En cuanto a la capacidad de la empresa de realizar trabajos similares a los del objeto del contrato no se ha considerado por el órgano de contratación a la hora de definirlos, establecer un importe mínimo y el número de certificados excluidos los relativos a mantenimientos de equipos de electromedicina es de dos. Procedería por tanto que la Mesa de contratación primero, o ahora el Tribunal hubiera considerado necesario otorgar plazo de subsanación para la portación de un tercer certificado. Sin embargo debe tenerse en cuenta que el certificado relativo a buena ejecución de servicios prestados efectuada por Grupo E. San Jose incluye cuatro actuaciones distintas susceptibles de certificación por separado, por tanto, procede admitir que el mismo cumple la función de pluralidad de certificaciones en el mismo documento.

B. En relación al equipo.

El PCAP exige como criterio de solvencia de los apartados b) y e) del artículo 78 del TRLCSP, que se deberá contar para la ejecución del contrato con el personal

que se detalla a continuación, debiendo reunir los siguientes requisitos en cuanto a número, título, experiencia y grado de dedicación.

“Un técnico. Título universitario en ingeniería o arquitectura. Experiencia de tres años en proyectos vinculados al mantenimiento de infraestructuras hospitalarias e instalaciones. Grado de dedicación 100%.”

Según la recurrente el candidato propuesto don F.V.A. no ha demostrado en modo alguno que cumpla con dicho requisito de 3 años ya que en su curriculum adjuntado se falta a la verdad al incluir sus años de trabajo en Concessia como acreditativas de la experiencia requerida. *“Ello es fácilmente constatable por parte de mi representada puesto que durante todo el periodo referido como trabajo en Concessia, don F.V.A. lo fue realmente de Hill International, puesto que Concessia no contaba en aquél entonces con estructura propia y era Hill quien durante esos años tuvo el contrato de gestión de Concessia, por lo que todos los empleados que participaron en dicha gestión se encontraban directamente gestionados y en nómina de HILL”*. En consecuencia, afirma que en dicho periodo de tiempo (2008-2012), don F.V.A. no realizó jamás ninguna labor de mantenimiento de infraestructuras sanitarias e instalaciones ya que según expone seguidamente los datos del currículum aportado no se corresponden con la realidad y concretamente que las infraestructuras que son citadas lo son de manera engañosa. Propone como medio de prueba que el Tribunal se solicite informe a los Directores Gerentes del Servicio de Salud de las Islas Baleares, de la Gerencia regional de Salud de Castilla y León y del Servicio Gallego de Salud sobre la puesta en funcionamiento de determinados hospitales.

La UTE adjudicataria, en su escrito de alegaciones pone de manifiesto la mala fe que preside la actuación de la recurrente que aprovecha el hecho de haber tenido en nómina a don F.V.A. pese a no conocer realmente el alcance de su trabajo y responsabilidades ni poder valorar con justicia sus conocimientos y experiencia. Afirma que don F.V.A. estuvo durante todo ese periodo bajo las órdenes directas de don F.P.D., desconociendo el resto de la estructura las funciones de F.V.A., más aún

cuando ningún miembro del Comité de Dirección de Hill International continúa en la actualidad trabajando en la compañía.

A efectos de acreditar los anteriores extremos se aporta como documento nº 6 certificado expedido por el entonces Director de División de Gerens Hill International (ahora Hill International) don F.P.O., en el que consta que dicho técnico trabajada en la supervisión de la evolución de los proyectos en los que participaba accionarialmente, Concessia, tanto desde el punto de vista de la infraestructura como de las instalaciones, participando en la definición, organización y contratación por parte de las distintas sociedades concesionarias de todo lo relativo a la ejecución de las obras y a la prestación de los servicios, entre ellos el servicio de mantenimiento, a través de diferentes comités de seguimiento. Y en línea con su formación de ingeniero industrial acumuló una gran experiencia en la gestión y seguimiento de proyectos de carácter hospitalario y sanitario.

Mantiene el escrito de alegaciones que don F.V.A. ha adquirido la experiencia en materia de “mantenimiento de infraestructuras hospitalarias” a la que alude en su *curriculum vitae*, pues dicha mercantil ha participado en la organización y la contratación de todos los aspectos relacionados con la prestación de los servicios, entre ellos el de mantenimiento, a través de diferentes Comités de Explotación donde participan representantes tanto de la propia sociedad concesionaria como de sus accionistas, siendo esta labor una de las ocupaciones que se atribuyó a don F.V.A. en el marco de la gerencia de Concessia atribuida a Hill International. Consiguientemente don F.V.A. ha estado involucrado en los proyectos de los Hospitales de Burgos, Vigo e Ibiza en sus fases de diseño, construcción y puesta en marcha, en los cuales el peso de las instalaciones sobre el resto de la inversión del hospital pueden llegar a representar en torno a un 40% y de cuyo diseño y correcta ejecución dependen en muy buena medida la forma en la que se prestan los servicios relativos a la explotación del hospital y en concreto el servicio de mantenimiento.

El Tribunal, en primer lugar, considera innecesario el trámite de prueba propuesto por la recurrente en relación a la expedición de certificados por los Servicios de Salud autonómicos en relación a los hospitales de Vigo, Burgos e Ibiza. No se discute y se acepta por la otra parte que ambos hospitales se han construido en las fechas que indica y la experiencia controvertida no consistió en trabajos de mantenimiento en dichos hospitales.

Sin embargo cabe desestimar el motivo de recurso, dado que el PCAP solicita experiencia de tres años en proyectos vinculados al mantenimiento de infraestructuras hospitalarias y no más restrictivamente en gestión del mantenimiento. Por una parte queda certificado que don F.V.A. supervisó los proyectos en que participaba accionarialmente Concessia incluyendo lo relativo a la prestación de los servicios de mantenimiento. Se trata pues de una experiencia previa a la construcción de las infraestructuras y relativa al servicio de mantenimiento. Asimismo se reconoce que participó en las fases de diseño, construcción y puesta en marcha de los hospitales de Burgos, Vigo e Ibiza, lo que puede tener su encaje, y así se admitió por la Mesa de contratación encargada de la valoración, como experiencia en proyectos vinculados al mantenimiento.

C. En relación a los enfermeros/as.

El apartado 5º de la cláusula 1ª del PCAP exige que los licitadores acrediten disponer de un determinado “*personal técnico/operativo*” y, particularmente, de:

“6 Enfermeros / ATS / DUE.

- Título Universitario en Enfermería/ATS.

- Experiencia de 3 años en gestión hospitalaria.

- Grado de dedicación 100%”.

Afirma la recurrente que ninguno de los 6 enfermeros indicados por la UTE adjudicataria cumplen con este perfil ya que ninguno de ellos dispone de 3 años de experiencia en gestión hospitalaria, de hecho, ninguno de ellos tiene experiencia alguna en gestión hospitalaria.

Argumenta la recurrente que en el artículo 10.2 *“Gestión clínica en las organizaciones Sanitarias”*, de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, se establece que: *“a los efectos de esta ley tienen la consideración de funciones de gestión clínica las relativas a la jefatura o coordinación de unidades y los sanitarios y asistenciales, las de tutoría y organización de formación especializada, continuada y de investigación y las de participación en comités internos o proyectos institucionales de los centros sanitarios dirigidos, entre otros, a asegurar la calidad, seguridad, eficacia, eficiencia y ética asistencial, la continuidad y coordinación entre niveles o el acogimiento, cuidados y bienestar de los pacientes”*.

Sostiene la recurrente que los 6 perfiles que se presentan son de “Enfermera básica o asistencial”, es decir, se cumple únicamente la primera premisa *“Título universitario en enfermería/ATS”*. Sin embargo, como es obvio, el título de enfermería no lleva aparejada la acreditación de experiencia en gestión, sino que ésta debe ser acreditada mediante una experiencia laboral posterior. Respecto de esta experiencia, no puede obviarse que el mero desempeño de una labor de “Enfermero base” en un centro hospitalario (que es la experiencia acreditada por los 6 candidatos) no lleva implícita ninguna labor de gestión hospitalaria. Una de las maneras de realizar gestión hospitalaria relacionada con el profesional de enfermería es por medio de la supervisión de enfermería y ninguno de los 6 CV demuestra que tenga experiencia como supervisores de enfermería ni con ningún otro tipo admisible de gestión hospitalaria.

Por tanto, según aduce, ninguno de los 6 perfiles tiene experiencia en gestión, pero es que además, uno de ellos, doña C.M.M., no cumple con ninguna de las dos premisas, ya que ni tiene experiencia en gestión, ni tiene experiencia hospitalaria. Esta persona no ha trabajado nunca en un hospital, toda su trayectoria profesional se ha desarrollado en servicios de emergencias (SAMUR, SUMMA 112, SAMER y Centros de salud).

En su escrito de alegaciones la UTE A3I-ASIME indica que el recurso imputa que el personal incluido en la oferta de la adjudicataria no cumple con los tres años de experiencia en “gestión hospitalaria”, al no acreditar experiencia en materia de “*supervisión de enfermería*” y ello pese a que las cinco enfermeras que Hill International tiene adscritas en la actualidad a la prestación de los servicios no disponen de tres años de experiencia como supervisoras de enfermería; solo una de ellas ejerció dichas funciones durante seis meses; las otras cuatro no han ejercido nunca como supervisoras de enfermería; y es que el pliego que rigió el anterior concurso únicamente requirió cinco enfermeras con tres años de experiencia en “*gestión hospitalaria*”.

A la vista del objeto del contrato y de las funciones a realizar por la empresa adjudicataria, según resulta de las cláusulas del PPT, el personal a emplear en la ejecución del contrato no tiene que realizar ninguna función relacionada con la “*actividad asistencial de enfermería*”, por lo que no es requisito poseer experiencia en gestión clínica ni en la planificación, organización y gestión general de la actividad asistencial de enfermería, no exigiendo los pliegos poseer experiencia de tres años como “*Jefe del Servicio de Atención al Paciente*” o como “*Supervisores de Área Funcional*” o de “*Unidad*”. Si el órgano de contratación hubiera precisado para la ejecución del contrato de profesionales con tres años de experiencia en “*supervisión de enfermería*” así lo hubiera indicado en los Pliegos.

Y es que como señala la cláusula 1 PPT el contrato tiene como objeto “*la prestación de servicios de apoyo técnico a la Unidad Técnica de Control (U.T.C.) que tiene entre otras, la responsabilidad de monitorizar, controlar y evaluar los servicios externalizados de explotación de obra, aplicando las deducciones y penalizaciones a que hubiere lugar, por incumplimiento de los indicadores exigidos en los contratos de los hospitales gestionados en régimen de concesión y de los servicios gestionados de forma centralizada en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud.*” Dichos “*servicios externalizados de explotación de obra*”, no son servicios médicos ni asistenciales, y, por tanto, no se traducen en “*gestión clínica*” alguna. Los mismos consisten, en esencia, en realizar el control de los servicios generales a los

que alude la cláusula 2 PPT entre los que se pueden citar la limpieza, la seguridad, restauración, residuos, mantenimiento, lavandería, almacenes, desinsectación y desratización, etc.

Parece admisible entender que para realizar la monitorización, el control y la evaluación de los expresados servicios no es necesario personal con experiencia en “*gestión clínica*”, ni en la planificación, organización y gestión general de la “*actividad asistencial de enfermería*”, tal como se ha interpretado este requisito de solvencia por la Mesa de contratación en este caso y en la contratación anterior de la que resultó adjudicataria la recurrente, sin que ahora pueda pretender una interpretación más restrictiva de la misma.

Todos los profesionales propuestos cumplen el requisito de titulación y experiencia superior a tres años.

Sobre el curriculum de doña C.M.M., cumpliendo los requisitos anteriores, se discute que la experiencia no ha sido adquirida en un hospital sino en el SUMMA 112. Sus funciones se desarrollan parte en los hospitales, dentro del área destinada al SUMMA, parte fuera del hospital, acudiendo a los avisos que se reciban y atendiendo emergencias fuera del hospital. La interpretación flexible admitida anteriormente respecto de los enfermeros que tienen experiencia en un hospital, considerando que por el mero hecho de trabajar en uno tienen experiencia en gestión hospitalaria nos lleva a concluir que el trabajo en los servicios de emergencias en cuanto conllevan ejercer parte de sus funciones en el área de urgencias hospitalarias supone cumplir el requisito exigido. Cabe añadir que aún admitiendo que ninguna relación tiene con la gestión hospitalaria ello no supondría la declaración de exclusión del licitador, puesto que tratándose de un requisito de solvencia, si así se hubiera apreciado por la Mesa de contratación, habría procedido concederle plazo de subsanación admitiendo incluso el cambio por otra persona que se adecuara a los criterios que se hubieran indicado en el requerimiento.

D. Para el Servicio de apoyo asistencia Técnico-legal.

En el apartado 5 de la cláusula primera del PCAP se indican los requisitos con los que deberá contar el servicio de apoyo asistencia técnico legal: *“La asistencia técnico-legal propuesta por el licitador deberá aportar un profesional con conocimientos y experiencia para cumplir con las obligaciones en materia de asistencia legal que se establecen en los documentos contractuales del presente expediente de contratación. Dichos aspectos deberán ser acreditados mediante currículos y título, indicando claramente en el currículo la experiencia profesional. Deberá poseer titulación superior en Derecho.*

Deberá acreditar la prestación de servicios de asesoramiento jurídico en el marco de proyectos de colaboración público privada que hayan conllevado la implementación de infraestructuras sanitarias. En particular, la experiencia deberá referirse a infraestructuras que hayan sido licitadas, adjudicadas o puestas en funcionamiento en los últimos cinco (5) años”.

Don P.S.O., el abogado propuesto, a la hora de referir su experiencia profesional en infraestructuras sanitarias señala lo siguiente:

“INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS. Asesoramiento a Administraciones Públicas (p.ej. CAM, DG de Atención Primaria del SERMAS) en relación con la construcción y/o explotación de infraestructuras sanitarias mediante fórmulas de colaboración público-privada, incluida la redacción de pliegos de cláusulas administrativas particulares. Asesoramiento a particulares en relación con la ejecución de contratos de concesión para la construcción y explotación de centros hospitalarios y/o las relaciones entre los accionistas de las sociedades concesionarias (p.ej. Hospital de Burgos, Hospital de Ibiza).”

Según la recurrente, realiza sólo alusiones genéricas, difícilmente constatables por la Mesa de contratación, sobre “explotación de infraestructuras sanitarias”. Únicamente concreta el caso de los Hospitales de Burgos e Ibiza refiriéndose a asesoramientos que más bien parecen circunscritos al ámbito estrictamente societario de las sociedades concesionarias que a la implementación de infraestructuras sanitarias. Además, la alternativa entre las conjunciones o/y,

permitiría que ese documento fuese compatible y veraz aun cuando la experiencia se hubiera producido íntegramente en materia de relaciones entre accionistas, lo que abarcaría cuestiones tales como pactos de accionistas y otras cuestiones que nada tendrían que ver con el objeto del contrato. Lo que pone de manifiesto es su inidoneidad para justificar la experiencia requerida.

El profesional propuesto es socio del despacho profesional Ramón y Cajal Abogados, encargado del departamento de derecho administrativo y sectores regulados, con experiencia en asesoramiento jurídico en proyectos de colaboración público privada de infraestructuras sanitarias. Además ha trabajado para la Administración contratante en relación con la construcción y la explotación de infraestructuras sanitarias mediante fórmulas de colaboración público-privada, incluida la redacción de pliegos de cláusulas administrativas particulares de los correspondientes contratos, lo que por sí solo pone de manifiesto el conocimiento de esta tipología de contratos. En todo caso, la experiencia del letrado, se ajusta a las exigencias del PCAP, dado que se refiere a *“servicios de asesoramiento jurídico en el marco de proyectos de colaboración público privada que hayan conllevado la implementación de infraestructuras sanitarias (...) licitadas, adjudicadas o puestas en funcionamiento en los últimos cinco (5) años”*.

Décimo.- De la temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

Argumenta la UTE A3I-ASIME en su escrito de alegaciones al recurso que el interpuesto por Hill International no es sino demostrativo de la evidente mala fe de la recurrente que, a sabiendas de incurrir en un supuesto de incompatibilidad que impediría la adjudicación del contrato a su favor o, al menos, su formalización, ha presentado una oferta económica económicamente menos ventajosa (ha obtenido una peor valoración tanto económica como técnica) y se ha empeñado en torpedear la licitación para poder así perpetuar su condición de prestadora de los servicios licitados por el Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid. Lo anterior le ha llevado a realizar declaraciones imprecisas, cuando no inciertas, y a sostener interpretaciones sesgadas y torticeras de la legislación aplicable y de la

documentación rectora de la licitación. Fundar el recurso en el contenido de un pliego que no fue recurrido en su momento, en cuestiones que ya fueron resueltas en la Resolución 208/2015, el conocimiento que de ellas tiene la recurrente, revelan mala fe en la interposición del recurso que probablemente busca dilatar lo máximo posible su condición de actual prestador de los servicios.

Según el escrito de alegaciones la Comunidad de Madrid está incurriendo en unos costes adicionales derivados de la intencionada dilación por parte de la recurrente (como consecuencia de la suspensión automática debe pagar a Hill International por la prestación de los servicios 76.700 euros/mes, IVA incluido, cantidad sensiblemente superior que la que le correspondería satisfacer a mi mandante con arreglo a su oferta: 52.278 euros/mes IVA incluido), lo que se traduce en un claro perjuicio económico. Adicionalmente, cabe mencionar que la propuesta de Hill International (licitación 2015) es 72.819,01 euros superior a la de la UTE A3I-ASIME, con un equipo técnicamente inferior, según la valoración de las distintas ofertas que realizó la Mesa de Contratación (22,50 puntos de Hill International sobre 30 puntos de la UTE A3I-ASIME). Por todo lo anterior, entiende que procede la imposición de la sanción a que alude el artículo 47.5 del TRLCSP.

Mala fe es un concepto jurídico opuesto a la buena fe, que implica la conciencia de haber obtenido algo de manera ilícita. Se dice del conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión. La mala fe de las partes y sus apoderados en las actuaciones procesales causan graves consecuencias pues con ellas se perjudica a cualquier persona parte del proceso. Se puede apreciar cuando se observe de manera obvia la carencia de fundamentos legales en el recurso interpuesto, se aleguen calidades inexistentes, se utilice cualquier actuación procesal tal como un incidente o un recurso con fines dolosos, ilegales o fraudulentos.

Cuando las partes actúen de mala fe o con temeridad respecto a los actos procesales y dichas actuaciones afecten a la otra parte o a terceros intervinientes,

responderán patrimonialmente y será posible la imposición de la multa a que se refiere el artículo 47.5 del TRLCSP.

En el supuesto que nos ocupa, es cierto como razona el escrito de alegaciones, que la recurrente ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra el contenido de los pliegos basado precisamente en la posible existencia de conflictos de intereses de dicha empresa tal como se ha publicado el PCAP y que con él pretende evitar que en caso de resultar adjudicatario se le aplique de manera que quedara incapacitado para ejecutar el contrato. Entiende el Tribunal que eso no le impide la presentación de recurso contra el acto de adjudicación puesto que, como se analizó al tratar la legitimación activa, eso le permitiría obtener la adjudicación y si no estuviera en condiciones de presentar la declaración de inexistencia de conflicto de intereses la sentencia que se dicte en el recurso contencioso-administrativo presentado tal vez declarase la nulidad y le permitiría la obtención de la condición de adjudicatario.

Por otra parte la presentación de un recurso contra la adjudicación por quien ha participado en la licitación es un derecho reconocido por el artículo 42, no siendo imputable al recurrente el retraso en la resolución del recurso, puesto que el plazo suspensivo entre la adjudicación y la formalización viene impuesto por el TRLCSP y no determinado por la interposición o no de recurso especial en materia de contratación. El restante tiempo depende de los trámites precisos para la resolución del recurso y del tiempo que el Tribunal precise para redactar y aprobar la resolución y no es imputable al recurrente.

La desestimación de las pretensiones del recurso tampoco evidencia, por sí misma, mala fe, sino diferente apreciación del derecho aplicable entre lo invocado y lo estimado por el Tribunal.

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 parcialmente el recurso especial, interpuesto por don J.S., en nombre y representación de la empresa Hill International Spain, S.A.U., contra la adjudicación del contrato “Apoyo técnico a la Unidad Técnica de Control encargada de monitorizar la prestación de los servicios no sanitarios en los hospitales gestionados en régimen de concesión y de los gestionados de forma centralizada en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SER-4/20150, debiendo anular la Resolución de adjudicación y retrotraer las actuaciones a fin de que, por el órgano de contratación, se requiera a las empresas licitadoras en compromiso de UTE A3I- ASIME, para que justifiquen documentalmente la solvencia económica que ha sido cuestionada en este recurso en cuanto han de acreditar el importe exigido en el PCAP en el ámbito del objeto del contrato, gestión de concesiones administrativas de infraestructuras principalmente hospitalarias y asistencia técnica/consultoría en gestión de hospitales.

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.