

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

En Madrid, a 12 de julio de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por doña M.C.S., en nombre y representación de Asime, S.A. contra la Resolución 192/2017, de 24 de abril, del Viceconsejero de Sanidad, de desistimiento de la celebración del contrato “Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina e instalaciones complementarias en el Hospital Clínico San Carlos y Centros de Especialidades de Avenida de Portugal y Modesto Lafuente de Madrid”, número de expediente: P.A. 2015-4-003, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 22 de diciembre de 2015, 22 de enero y 8 de febrero de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE, BOCM y BOE la convocatoria para la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 9.680.741,36 euros con un plazo de ejecución de veinticuatro meses prorrogables.

Mediante Resolución del Viceconsejero de Sanidad, de 24 de agosto de 2016 se acordó desistir del indicado contrato a cuya licitación solo habían concurrido dos

empresas, Asime, S.A. e Higea, S.P.A. Habiéndose interpuesto recurso por Asime contra la resolución de desistimiento, con fecha 14 de noviembre de 2016 este Tribunal dictó la Resolución 243/2016, por la que anulaba el desistimiento *“Ante la falta de acreditación en el expediente o mediante informe ad hoc, de la divergencia de datos entre el anexo del PPT que contiene los equipos a mantener, debe considerarse que no se ha acreditado suficientemente la concurrencia de causa de desistimiento”*.

En ejecución de esta Resolución se retrotraen las actuaciones y se emite informe con fecha 10 de marzo de 2017 por la Subdirección de Gestión y Servicios Generales del Hospital Clínico San Carlos, en el que se deja patente la divergencia en el inventario de aparatos a mantener por lo que, a la vista del mismo la Mesa de contratación propuso el desistimiento del expediente al órgano de contratación con fecha 14 de marzo de 2017 que se adoptó el 24 de abril siguiente, notificándose la misma a la recurrente el 17 de mayo de 2017, previa su publicación en el BOCM el 16 de mayo y en el perfil de contratante el 23 de mayo.

El 18 de mayo la recurrente solicita el acceso al expediente administrativo, resolviéndose con fecha 25 de mayo, el acceso al expediente respecto de aquellas partes a las que no había tenido acceso en las anteriores ocasiones en que lo había solicitado (21 de octubre de 2016 y 14 de febrero de 2017), en concreto a los efectos de revisar el informe de 10 de marzo de 2017, que fundamenta el desistimiento.

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

**Tercero.-** Con fecha 5 de junio de 2017 se presenta recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de desistimiento solicitando su nulidad o subsidiariamente anulabilidad, acordando continuar el expediente adoptando subsidiariamente o de forma complementaria, de oficio, por el Tribunal las medidas que entienda apropiadas.

Ese mismo día se da traslado del recurso al órgano de contratación para que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, (TRLCSP), remitiera el expediente administrativo junto con su informe, lo que realizó con fecha 20 de junio de 2016.

En el informe remitido se concluye que *“la falta de precisión del objeto del contrato y el desajuste en el inventario publicado, pues se incrementa de manera significativa el número de equipos a mantener sobre el publicado en los pliegos determina la existencia de vicios formales en el procedimiento, que además de poder vulnerar los principios que rigen la contratación pública (libertad de acceso, publicidad, concurrencia, transparencia, e igualdad de trato entre los licitadores) haría nulo un eventual acuerdo de adjudicación.”*

**Cuarto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a Higea, S.A.P., el 4 de julio de 2017, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiéndose presentado escrito de alegaciones el día 11 de julio de 2017, en las que solicita la desestimación del recurso en los términos que se expondrán más adelante.

## **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 recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una licitadora en el procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 24 de abril de 2017, practicada la notificación el 17 de mayo de 2017, según reconoce en su escrito de interposición la recurrente, e interpuesto el recurso el 5 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

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

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

Así lo argumentó este Tribunal en la Resolución 243/2016, de 14 de noviembre, que precede a la actual.

**Quinto.-** El objeto del recurso planteado por la recurrente, consistente en la anulación de la Resolución de desistimiento, que se pretende fundamentar en que el órgano de contratación no ha dado estricto cumplimiento a la Resolución indicada al no justificar de forma suficiente la concurrencia de la existencia real de la divergencia de inventario, que debía incluir, según aduce, la justificación de que la diferencia de precios entre las ofertas de Higea y Asime se deben a los defectos del inventario. Añade que lo que no puede ser alegado por el órgano de contratación en este momento es la existencia de un inventario desactualizado que pudiese dar lugar a una defectuosa preparación de las ofertas ya que el importe de licitación es más que suficiente haciendo atractiva la licitación, por lo que el principio de libre concurrencia no resulta vulnerado, a lo que cabe añadir que ninguna de las licitadoras ha aducido dicha circunstancia para desistir.

En primer lugar cabe señalar que, si bien es cierto que uno de los motivos esgrimidos en la Resolución 243/2016, era el de la eventual vulneración de los principios de igualdad y concurrencia, no lo es menos que también y principalmente está vinculada con el principio de eficiencia en la contratación y la garantía de ejecución de los contratos, que a la postre es su finalidad última. Así se indicaba en la Resolución que *“(...) la incorrecta indefinición de dicho objeto o bien origina una oferta por debajo del coste necesario para ejecutar el contrato en sus propios términos o resulta ineficiente en un intento por parte de los licitadores de salir indemnes de la ejecución del contrato”,* efecto al que añadíamos el de ser *“potencialmente generador de desigualdad entre los licitadores”*. Es más, la diferencia de precios entre ambas ofertas no se manejó en la Resolución como un indicador de una posible falta de igualdad, sino que específicamente se señalaba en la misma que en el caso de que la diferencia de precios entre ambas ofertas presentadas se deba a los defectos del inventario, ello debería *“considerarse desde el punto de vista de la eficiencia de la contratación”*. En la misma línea cabe aclarar frente a lo aducido por ASIME que este Tribunal en ningún momento “pidió” en su Resolución que se acreditase debidamente, en su caso, que la diferencia de precios entre ambas ofertas se debía a los defectos del inventario, si bien es cierto que la misma se consideraba como indicativa de la existencia de tal divergencia,

afirmandose *“no es descabellado pensar que el contenido incorrecto del anexo del PPT sea determinante de la diferencia en más de 2 millones de euros entre ambas ofertas”*, sino que lo que se pretendía explicar es que tampoco desde el estudio de la diferencia de precio entre ofertas podía tenerse por cierta la divergencia en los equipos a mantener del inventario puesto que *“en los informes para justificar la oferta no se relaciona en ningún momento la cantidad de equipamiento a mantener con el precio ofertado”*.

De manera que frente a lo aducido por la recurrente, no se trata solo de que los intereses de las dos licitadoras resulten indemnes como consecuencia del desistimiento, sino también y principalmente, de que resulte indemne el interés general, si concurriendo causa de desistimiento y aun no vulnerándose el principio de igualdad, resultara dañado dicho interés al no estar debidamente estimado el coste del contrato y el alcance de las obligaciones del contratista. En este sentido Higea alega que a pesar de ser legítima adjudicataria del contrato atendiendo a las puntuaciones obtenidas, su postura es *“total y no parcialmente objetiva, pues parte de una premisa legítima y que ASIME olvida: que el acto de adjudicación debe ser también desde el plano formal y de garantías procesales, intachable, por lo que se resulta proceden el reinicio ab initio del procedimiento encaminado a la adjudicación”*.

Sentado lo anterior, y expuestos los requisitos y consideraciones jurídicas de la procedencia del desistimiento en la Resolución 243/2016, debemos recordar como ya señalábamos en aquella, que en el expediente de referencia se cumplían los requisitos formales del desistimiento, esto es que el mismo sea anterior a la adjudicación del contrato y que su notificación a los interesados fuera motivada, restando únicamente el análisis del cumplimiento del requisito de la existencia de una causa que lo fundamente, por infracción insubsanable bien de las normas de preparación del contrato, o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación y de la exigencia de justificación en el expediente, que como decíamos también en la indicada Resolución, no resultaba suficientemente acreditada en el caso que nos ocupa.

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

La primera cuestión a delimitar es el propio concepto de *“infracción no subsanable”*. Al efecto se ha pronunciado el Informe 15/2009, de 3 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, *“sobre diversas cuestiones relativas a actuaciones de las Mesas de contratación. Desistimiento: infracción no subsanable”*, en el cual se concluye que *“Las infracciones no subsanables a que se refiere el artículo 139.4 de la LCSP a efectos de desistimiento del procedimiento no se deben justificar en la previa existencia de una causa de nulidad, que en todo caso exigiría la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio para su declaración, sino en la concurrencia de hechos que, contrarios a las normas establecidas para la preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de adjudicación, impiden la continuidad del procedimiento por conculcar disposiciones cuya subsanación no es posible, y a tal efecto será el órgano de contratación el que deberá motivar su decisión justificando la concurrencia de la causa”*.

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

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

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

Cabe también recordar que el desistimiento como apreciación de una vulneración insubsanable de las normas del procedimiento o de los actos preparatorios, supone una decisión extrema de finalizar el procedimiento sin llegar al trámite que ordinariamente pone fin al mismo que es la adjudicación, por ello debe hacerse una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos habilitantes.

En el caso analizado, ya resultaba acreditado en el anterior procedimiento de recurso, que el defecto sustento de la decisión inicial de desistimiento fue puesto de manifiesto por el representante de la Intervención en las sucesivas Mesas de contratación, detectándose el pretendido error tal y como se desprende del Acta 8, de fecha 29 de marzo de 2016.

En todo caso debemos partir de la propia afirmación contenida en nuestra Resolución 243/2016, en la que se señala la concurrencia de causa objetiva de desistimiento sin perjuicio de su falta de justificación adecuada en el expediente administrativo, *“De todo lo anterior resulta que a juicio de este Tribunal, sí concurriría una causa objetiva de desistimiento contractual. Ahora bien debe analizarse si la*



*misma está debidamente justificada en el expediente administrativo*". Ello excluye la necesidad de considerar en este momento si al menos teóricamente se dan las causas o requisitos que permiten desistir de la licitación, debiendo centrarnos en la justificación efectuada al caso concreto de los mismos.

Es por tanto el informe elaborado con fecha 10 de marzo de 2017 el que debe examinarse para determinar si queda debidamente justificado el desfase en los equipos a mantener justificativo del desistimiento de la licitación. En dicho informe se corrobora que el inventario del Hospital contenía 6.379 equipos de electromedicina a mantener por la empresa adjudicataria, de los que el anexo A publicado solo contemplaba 3.094 equipos, dando cuenta del desfase de equipos por familias. (Así por ejemplo constan en el anexo A, 6 unidades de diálisis cuando el total del equipamiento según el informe asciende a 52 equipos. Más llamativa es la diferencia en el caso de los equipos de diagnóstico y monitorización que pasa de los 286 contemplados a los 1.117 existentes).

Señala Higea al respecto que el desistimiento resulta procedente desde una perspectiva material y que la Resolución no se limita a reproducir la voluntad de desistimiento, como aduce la recurrente, sino que a diferencia de la ocasión anterior cita y explica el desajuste del inventario siendo evidente que ello llevaría consigo consecuencias negativas para la ejecución del contrato.

Por otro lado aduce la recurrente que el valor estimado del contrato fijado originariamente por la Administración era correcto, como cuantía que permite su ejecución con la máxima viabilidad teniendo en cuenta que dicha cifra se había calculado teniendo presente todo el inventario existente a la fecha de dicha convocatoria y que del informe de 10 de marzo de 2017 se deduce que *"ya fueran con las 3094 unidades del Anexo A " enunciativas y no limitativas" como con las 6.379 unidades reales detectadas a posteriori, el coste asociado a su mantenimiento no sufre alteración alguna, es decir no cabe la posibilidad de cuantificar el montante del desfase (...)"*.

No es indiferente esta desviación en cuanto a los costes del servicio, que ascendería a 462.404,54 euros, puesto que como señala el informe los costes variables previstos constituyen junto con los costes fijos (personal y medios técnicos) la base para el cálculo del importe de licitación, pudiendo determinar una situación *“injusta por insuficiente respuesta para los intereses del Hospital, o para los intereses de los licitantes, al distorsionar económicamente la valoración del mantenimiento realmente solicitado por el Hospital.”* Ahora bien, tal y como indica el informe de 10 de marzo, el importe total de los costes variables utilizado para el cálculo del valor del contrato permanece inalterado desde su origen en la cantidad de 891.283,06 euros/año, de manera que como afirma la recurrente la cifra de 462.404,54 euros, ya estaba cuantificada dentro de los 891.283,06 euros, de manera que comprendía también los equipos no recogidos en el anexo de inventario.

A la vista del contenido del indicado informe y teniendo en cuenta que en este recurso no se trata de dilucidar si procede o no el desistimiento, - que fue objeto de examen en la Resolución de 14 de noviembre 2016,- sino si queda suficientemente acreditada la concurrencia de causa que lo justifique, este Tribunal considera que efectivamente resulta acreditada una divergencia de más del doble de los equipos a mantener, y si bien el informe remitido no anuda ninguna consecuencia de tipo económico a esta divergencia, es más afirma que el importe de licitación no variaría, esta afirmación no es sostenible desde el punto de vista de la eficiencia en la actuación pública y la indemnidad de la Hacienda Pública. Efectivamente una vez documentada en el informe de 10 de marzo, la divergencia en el inventario de equipos a mantener, no es de recibo sostener, como parece pretender la recurrente, que es indiferente el número de equipos a mantener, tanto desde el punto de vista de la realización de ofertas, como de la ejecución contractual. Efectivamente como ya apuntábamos en nuestra anterior resolución, y es perfectamente entendible, sin necesidad de sesudas argumentaciones jurídicas, que sea indiferente el número de equipos solo puede tener dos explicaciones, o bien que el importe de licitación y la oferta estarían muy por encima de mercado permitiendo un margen de actuación suficiente como para mantener todos los equipos existentes en realidad y aun así obtener un beneficio o bien que la ejecución del contrato se limitaría a la mitad de los

equipos o se realizaría en peores condiciones, con el objeto de evitar pérdidas seguras a la adjudicataria que hubiera realizado una oferta ajustada al presupuesto.

En este caso si bien parece que el error pudo no estar en los costes establecidos sino solo en el número de aparatos, lo cierto es que de ello no puede resultar más que la imposibilidad de realizar una oferta cabal por parte de otras empresas distintas de la actual adjudicataria y hoy recurrente, que conoce la realidad del equipamiento objeto del contrato. Corroboran esta conclusión los propios recursos interpuestos por ASIME que da a entender que la oferta de Higea podría ser temeraria, lo que no resultaría extraño de considerar que pudo haber tenido en cuenta el coste de mantener la mitad de los equipos de electromedicina.

Por lo anterior queda justificada a juicio de este Tribunal la causa que motiva el desistimiento propuesto en los términos indicados en la Resolución 243/2017.

**Sexto.-** Higea realiza una serie de alegaciones en relación con determinadas consideraciones efectuadas por la recurrente ad cautelam, sobre la admisibilidad de su oferta, por una presunta falta de acreditación de su solvencia y por incurrir supuestamente en temeridad.

Como ya señalábamos en nuestra Resolución 243/2016, *“en el caso de encontrar causas que sustentaran la decisión de desistimiento, ninguna virtualidad tendría sobre el procedimiento de licitación terminado de tal forma, la exclusión de Higea pretendida por la recurrente, mientras que en el caso de que se estime por este Tribunal que no procede desistir del procedimiento habría que esperar a que se dictara el acto correspondiente de adjudicación del contrato”*. Conclusión que puede mantenerse en este recurso, de manera que habiendo sido desestimado y procediendo el desistimiento de la licitación, las afirmaciones de la recurrente respecto de una eventual inviabilidad de la oferta de Higea carecen de eficacia.

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

**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.