

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

En Madrid, a 13 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don S.G.A., en nombre y representación de Fulton Servicios Integrales, S.A. (en adelante Fulton), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Contrato mixto de suministros y de obras para la gestión eficiente de las energías primarias utilizadas en el Hospital Universitario de Móstoles, Centro de Especialidades “Coronel de Palma” y Centros de Salud Mental adscritos”, número de expediente: A/SUM-005265/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 29 de junio y 7 de julio de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOE y el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, el procedimiento de licitación del contrato citado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 36.194.344,20 euros.

Posteriormente, mediante Resolución de 25 de agosto de 2017 del Director Gerente del Hospital, publicada en el Perfil de Contratante el 29 de agosto, se

realizó una corrección de errores de los Pliegos, ampliándose el plazo de presentación de ofertas hasta el 19 de septiembre de 2017.

Segundo.- Con fecha 20 de julio de 2017, tuvo entrada en el Tribunal el escrito presentado por la representación de Fulton, de interposición de recurso especial en materia de contratación, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) de la licitación mencionada. El recurso había sido anunciado al órgano de contratación ese mismo día.

En el recurso alega en primer lugar la errónea calificación del contrato puesto que teniendo en cuenta su prestaciones, incluye además un contrato de servicios cuyo régimen no se ha contemplado y en segundo lugar la oscuridad de los Pliegos pues existe indefinición en el precio de las prestaciones 2 y 3 correspondientes al mantenimiento y tampoco se indica una valoración orientativa del precio de los repuestos, materiales y componentes a sustituir.

En consecuencia solicita la anulación de los Pliegos y de la convocatoria.

Tercero.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación con esa misma fecha, la remisión del expediente de contratación completo junto con el informe preceptivo que fue atendido con fecha 26 de julio.

Cuarto.- Con fecha 26 de julio de 2017 el Tribunal acuerda denegar la suspensión de la tramitación del referido expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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) 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de Fulton, para interponer recurso especial contra los Pliegos, al tratarse de una empresa potencial licitadora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Igualmente se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato mixto de suministro y obra sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2. a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron remitidos al recurrente el 4 de julio y puestos a disposición del resto de interesados el 7 de julio de 2017 mediante su publicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, como consta en los anuncios, corregidos posteriormente y publicada la corrección el 29 de agosto, interpuesto el recurso el día 20 de julio de 2017, por tanto está dentro del plazo de quince días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Son dos los motivos de impugnación alegados por la recurrente.

En primer lugar impugna la calificación del contrato, como mixto de suministro y obras alegando que *“Los Pliegos califican el contrato como un contrato mixto de suministros y obra. Sin embargo, conforme se ha detallado en el hecho segundo anterior, las prestaciones P2 y P3 del contrato se refieren claramente a la prestación de servicios, concretamente a la prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones. Y no solo de las instalaciones que se van a construir por la adjudicataria y cuyo funcionamiento deberá garantizar, sino de la práctica totalidad de las instalaciones de climatización, electricidad, fontanería, telecomunicación, control, etc. de los edificios adscritos al Hospital Universitario de*

Móstoles”. Y añade que “En contra de lo previsto en el citado precepto, en los Pliegos no existe referencia alguna al régimen jurídico aplicable al contrato de servicios que se incluye, ni a sus efectos, cumplimiento y extinción. Consecuentemente los Pliegos vulneran lo dispuesto en el citado artículo y provocan una evidente desigualdad entre las partes que formarán el contrato, al no haberse definido correctamente las obligaciones de la adjudicataria, lo que unido a las prerrogativas de la Administración a la hora de interpretar los contratos administrativos, desemboca en que las licitadoras no conozcan el alcance completo de cuanto se les podrá exigir y puedan en consecuencia fijar el precio de su oferta.”

El órgano de contratación en su informe argumenta que *“La consideración de suministro y obra se ha hecho atendiendo a las dos principales prestaciones en cuanto a impacto económico del contrato, si bien, en ningún momento se ha pretendido ocultar u oscurecer el servicio, quedando éste perfectamente definido a lo largo del Pliego de Prescripciones Técnicas así como del Pliego de Cláusulas Administrativas. Como argumentación jurídica la recurrente hace alusión a un recurso: Resolución número 133/2014 que pensamos no es válido por tratarse de un expediente de contratación bastante diferente al promovido por este Hospital.*

La extensión duración y extinción del servicio también quedan recogidos perfectamente en ambos pliegos. Pero el propio recurrente afirma (pág. 5), “como bien aparece en los Pliegos, que la principal prestación a realizar es el suministro de energía junto a su gestión, que aparece en el bloque Prestación 1, que acapara casi el 45% del precio del contrato, por lo que es innegable que el expediente debe tramitarse básicamente como de suministros.”

De acuerdo con lo establecido en el PCAP, el contrato incluye las siguientes prestaciones:

Prestación P1- Suministro de Energía necesaria para el funcionamiento correcto de las instalaciones objeto del contrato; gestión del suministro de energía térmica, frigorífica y eléctrica, control de calidad, cantidad y uso, y garantías de aprovisionamiento. El adjudicatario estará obligado a prestar los servicios de frío,

calor y electricidad de forma continuada durante las 24 horas del día, todos los días de año.

Prestación P2- Conducción: el servicio engloba los trabajos de gestión, control, ajuste de funcionamiento, mantenimiento preventivo, correctivo y legal del equipamiento e instalaciones de los edificios definidos en el anexo I y II y IV del PPT.

Estos trabajos deberán seguir los protocolos de mantenimiento establecidos por los fabricantes y/o instaladores, por la Reglamentación vigente y por los planes de mantenimiento aprobados por la Dirección del HUM, con el fin de lograr la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes al valor inicial, según se define en el anexo IV del PPT.

Prestación P3- Garantía Total: mano de obra y materiales necesarios para la reparación y/o sustitución de todos los equipos deteriorados de las instalaciones de producción térmica hasta las bombas del circuito primario (incluidas estas), y en general las obras e instalaciones relacionadas en el Anexo II: Anteproyecto de Construcción y Gestión de acuerdo con lo especificado en el anexo V del PPT.

Prestación P4- Obras y mejoras en la eficiencia energética y reforma de instalaciones existentes: realización de las obras necesarias y la mejora y renovación de las instalaciones que se especifican en el Anexo II del PPT.

En base a esa pluralidad de prestaciones el contrato ha sido calificado como mixto de suministro y obras y así consta en la publicación en el BOCM. No obstante en el anuncio publicado en el Portal de Contratación se califica como “obras” y en el anuncio remitido al DOUE tipo de contrato se indica “suministros”.

Sin embargo, al incluir las prestaciones 2 y 3 actividades de mantenimiento, es decir, propias de un contrato de servicios, podría haberse calificado realmente como mixto de suministro, obras y servicios.

No obstante, esta denominación no supone diferencia respecto del régimen jurídico aplicable puesto que, en todo caso, la prestación de mayor importe económico es la de suministro, por muy importante que sea el servicio de mantenimiento y en aplicación de lo establecido en el artículo 12 del TRLCSP, ha de atenderse a esa prestación de mayor importancia desde el punto de vista económico para determinar las normas que deban observarse en la adjudicación.

Por lo tanto en este caso el procedimiento debe tramitarse como un contrato de suministro y así lo hace el PCAP por lo que el motivo de recurso debe ser desestimado.

En segundo lugar se alega oscuridad de los Pliegos señalando que *“Como se ha indicado en el hecho segundo anterior, las prestaciones P2 y P3 incluyen la prestación de un servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de la mayoría de las instalaciones de los edificios que forman parte del complejo Hospital Universitario de Móstoles, así como sus centros adscritos, y dicho servicio incluye expresamente la aportación a su cargo de los materiales necesarios para el mantenimiento, reparación y conservación de edificios, instalaciones y equipamiento, debiendo mantener un stock que permita un desarrollo sin perturbaciones de la actividad, en el caso de la P2 y en el caso de la P3, se prevé expresamente que los gastos que se deriven de dicha prestación en concepto de reparación y reposición, incluida la mano de obra, el desmontaje y montaje, el transporte y por supuesto el costo de material de reposición y reparación, serán por cuenta del Adjudicatario (páginas 8 y 9 del PPT) (...).*

En definitiva, (proporcionar) algún tipo de dato que permita a las licitadoras evaluar el coste que le puede suponer la prestación de un servicio de mantenimiento y garantía total durante la duración del contrato. Y la referida falta de información, no puede entenderse suplida por la visita prevista en un día en la que se supone que los representantes de las licitadoras deben tomar en consideración los datos necesarios para valorar la amalgama de prestaciones que recoge el contrato y que, difícilmente resulta suficiente para conocer el verdadero estado de las instalaciones

y el coste que supondrá su completo mantenimiento durante los 15 años posteriores”.

En concreto las prestaciones correspondientes a los dos apartados citados del acuerdo con el PCAP, como ya se ha indicado anteriormente, consisten en las siguientes actividades:

P2: trabajos de gestión, control, ajuste de funcionamiento, mantenimiento preventivo, correctivo y legal del equipamiento, instalaciones de los edificios definidos en el anexo I y II y IV del PPT.

P3: mano de obra y materiales necesarios para la reparación y sustitución de los equipos deteriorados de las instalaciones de producción térmica hasta las bombas del circuito primario (incluidas estas), y en general las obras e instalaciones relacionadas en el Anexo II: Anteproyecto de Construcción y Gestión de acuerdo con lo especificado en el anexo V del PPT.

El PPT por su parte, respecto de esas dos prestaciones, introduce cambios respecto de las instalaciones incluidas, no coincidiendo ambos documentos.

Respecto de la P2 *“Conducción”*, página 7, indica que se realizará *“sobre el conjunto de las instalaciones Técnicas definidas en el ANEXO I y ANEXO II”*. Se observa que ha desaparecido el Anexo IV, mencionado en el PCAP.

El Anexo I incluye una relación de los edificios, instalaciones y equipos objetos del contrato y el Anexo II es el Anteproyecto de remodelación de la Central Térmica e Instalaciones para la gestión eficiente de la energía, las prescripciones técnicas relativas a la prestación de conducción.

El Anexo IV contiene las prescripciones técnicas relativas a la prestación incluyendo también un listado de instalaciones.

Respecto de la P3, Garantía Total, el PPT indica que comprende los trabajos de reparación, sustitución y renovación “(...) de las instalaciones definidas en el Anexo V”.

El Anexo V contempla tres apartados, Central Térmica, Central Frigorífica y además “Todas aquellas instalaciones o equipos indicados en el apartado ‘1.4 Mediciones y Presupuesto’ incluido en el Anexo II “Anteproyecto de remodelación de central térmica e instalaciones para la gestión eficiente de energía”.

La recurrente alega que “En definitiva en ambas prestaciones se obliga al adjudicatario al mantenimiento preventivo y correctivo, haciéndose cargo además del coste de los materiales de reposición, de las instalaciones definidas en los anexos I, II, IV y V, que son, tanto las que se van a ejecutar como las preexistentes”. Añade además que “Como se ha indicado en el hechos segundo anterior, las prestaciones P2 y P3 incluyen la prestación de un servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de la mayoría de las instalaciones de los edificios que forman parte del complejo Hospital Universitario de Móstoles, así como sus centros adscritos, y dicho servicio incluye expresamente la aportación a su cargo de los materiales necesarios para el mantenimiento, reparación y conservación de edificios, instalaciones y equipamiento, debiendo mantener un stock que permita un desarrollo sin perturbaciones de la actividad, en el caso de la P2 y en el caso de la P3, se prevé expresamente que los gastos de se deriven de dicha prestación en concepto de reparación y reposición, incluida la mano de obra, el desmontaje y montaje, el transporte y por supuesto el costo de material de reposición y reparación, serán por cuenta del Adjudicatario (páginas 8 y 9 del PPT). Pues bien, pese a recoger tales obligaciones no existe dato alguno en los Pliegos ni en su documentación anexa, que permita a las licitadoras realizar una estimación del coste que le puede suponer la prestación de estos servicios durante 15 años, en dicho sentido, no existe el necesario detalle de todas las instalaciones a mantener, con referencias a su antigüedad, horas de uso, estado de conservación, libros de mantenimiento, incidencias y/o averías destacables, coste del mantenimiento durante los años anteriores, etc. (...)”.

El órgano de contratación en su informe indica lo siguiente: *“Según se deduce de la motivación del recurso, el principal argumento para la solicitud de nulidad de los Pliegos es que no hay datos suficientes para establecer el presupuesto de la Prestación P2: Conducción. Creemos entender que la recurrente no ha entendido bien el capítulo de reparaciones de las instalaciones y que esta confusión es el principal sustrato de su recurso. Esta particularidad le podría haber sido explicada en la fase de contestación a las preguntas de las empresas y se le podía acompañar de la documentación que precisasen. No obstante, aquí se hace necesario aclarar, tal y como queda recogido en la página 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas que:*

“En las prestaciones descritas anteriormente a cargo del adjudicatario, no se incluyen:

- *Las reparaciones o sustituciones de piezas o elementos deteriorados accidentalmente, por negligencia o mal uso de personal ajeno al Adjudicatario (salvo materiales y equipos en Garantía Total), quedando el Adjudicatario obligado a su reparación siendo ésta abonable por parte del Hospital.*
- *Los trabajos de modernización, ampliación o de adecuación de las instalaciones no incluidos en el programa de mejora de las instalaciones de la oferta del Adjudicatario, ni aquellas cuya realización venga impuesta por la entrada en vigor de una nueva normativa”.*

No le corresponde por tanto a la empresa mantenedora afrontar económicamente la renovación de las instalaciones más allá del punto en el que se encuentran en la actualidad, pero sí técnicamente, y sólo en el caso de que éstas instalaciones hubieran sido bien actualizadas o bien impuestas por el propio contrato serán a cargo del adjudicatario la sustitución integral de las mismas.

Se puede comprobar que la garantía total viene referida exclusivamente al equipamiento e instalaciones del Anexo V del citado pliego. En su página 119 relaciona únicamente aquellos equipos en los que él hospital solicita a la empresa adjudicataria una renovación total para iniciar el contrato.

En cuanto a la relación de instalaciones existentes en el hospital, el Anexo I de los pliegos de prescripciones técnicas recoge una relación de las instalaciones existentes”.

Es evidente que en las dos prestaciones analizadas se obliga al mantenimiento, al menos al correctivo, de las mismas instalaciones con la aportación en ambos casos de la mano de obra y de los materiales, por lo que se aprecia que existe indefinición en el objeto de las prestaciones del contrato, al menos en la P2 y P3, así como en el coste que puede suponer la realización de las actividades, los materiales y las piezas de sustitución, lo que provoca que las licitadoras no puedan realmente conocer a qué se comprometen licitando en cada una de ellas y que actividades les corresponden realizar.

Esta indefinición tiene reflejo necesariamente en el precio del contrato puesto que si los materiales y mano de obra de las reparaciones de una instalación determinada se contemplan en dos prestaciones diferentes, que tienen cada una asignado un presupuesto, hay que concluir que el mismo trabajo puede estar doblemente presupuestado.

Por otro lado no debemos olvidar que el artículo 87 del TRLCSP obliga a los órganos de contratación a cuidar que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, por lo que ese precio debe figurar necesariamente en el PCAP, tanto el total como el referido a cada una de las prestaciones que figuran en la proposición económica. Esto implica en este caso que deba incluirse como argumenta la recurrente una previsión de la cantidad estimada para los materiales de reposición correspondientes al mantenimiento de las instalaciones de cada prestación.

Teniendo en cuenta el número y variedad de las instalaciones a mantener y el plazo del contrato, 15 años, esta cantidad puede ser de gran importancia, por lo que en aras del principio de transparencia en la licitación, de igualdad y libre concurrencia, las licitadoras deben conocer aunque sea aproximadamente cuál es su importe para poder presentar una proposición debidamente fundada y adecuada al objeto del contrato.

De igual modo cabe advertir que las aclaraciones a los Pliegos o la información complementaria que se facilite, deben realizarse, en aras de la transparencia y de igualdad, por escrito, publicándose el contenido de las mismas, sin que sean suficientes las respuestas verbales que se realicen con ocasión de la visita a las instalaciones, salvo que se deje constancia de las mismas y se publiquen las respuestas.

En consecuencia, debe estimarse el motivo de recurso, anulando los Pliegos y la licitación que deberá iniciarse de nuevo si persisten las necesidades, elaborando nuevos Pliegos que establezcan claramente las prestaciones P2 y P3 del contrato y las obligaciones del contratista respecto de cada una de ellas así como el precio, en los términos expuestos en los fundamentos de la presente Resolución.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don S.G.A., en nombre y representación de Fulton Servicios Integrales, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del “Contrato mixto de suministros y de obras para la gestión eficiente de las energías primarias utilizadas en el Hospital Universitario de Móstoles, Centro de Especialidades “Coronel de Palma” y Centros de Salud Mental adscritos”, número de expediente: A/SUM-005265/2016, anulando los pliegos y el procedimiento de contratación convocado y los pliegos que lo rigen, que deberán modificarse en los términos expuestos en los fundamentos de esta Resolución.

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.