

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

En Madrid, a 24 de febrero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de APR 1988 S.L., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato “Mantenimiento integral de equipamiento de radiodiagnóstico para la unidad central de radiodiagnóstico de la Consejería de Sanidad”, número de expediente A/SER-019554/2021 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 21 de enero, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 7.827.679,34 euros y su plazo de duración será de 12 meses.

El plazo de licitación termina el 1 de marzo de 2021.

Segundo.- El 10 de febrero de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de APR 1988 S.L., en el que solicita la nulidad de los pliegos de condiciones en base a la vulneración del principio de fomento de acceso de las PYMES a la contratación pública, basándolo en distintos apartados de los pliegos de condiciones.

Tercero.- El 16 de febrero de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- Solicitada la adopción de medida cautelar de suspensión del plazo de licitación y recibida la contestación del órgano de contratación el día 16 de febrero, este Tribunal no se pronuncia sobre dicha solicitud de suspensión al abordar directamente la resolución del recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos*

individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones impugnados fueron puestos a disposición de los licitadores el 21 de enero de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 10 de febrero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en la vulneración del principio de fomentar la participación de las PYMES en la contratación pública.

Concreta este motivo en distintos requisitos exigidos en los pliegos, que se trataran de forma individualizada para su mayor claridad expositiva

5.1 Inclusión en el lote 2 de distintos equipos que serán reemplazados por su obsolescencia y mediante las aportaciones europeas de fondos *next generations*, antes de finalizar el año 2023.

Sobre este extremo no se pronuncia el órgano de contratación, pero este Tribunal recuerda al recurrente que el plazo de vigencia del contrato es de 12 meses, por lo que es muy probable que venza el contrato antes de que los nuevos equipos estén en funcionamiento.

Este motivo de recurso no tiene fundamentación ni jurídica ni técnica alguna, por lo que debe ser desestimado.

5.2 Solvencia económica y técnica desproporcionada y limitadora de la participación de PYMES.

Este motivo de recurso fue visto en sus mismos términos en el recurso 73/2020 que se desestimó en la Resolución de este Tribunal 129/2020 de 18 de junio. Por lo que a ella nos remitimos en todos sus términos, desestimándola en consecuencia.

5.3 Establecimiento de criterios de valoración que vulneran el principio de fomento de la participación de las PYMES.

Considera la recurrente que el establecimiento de diversos criterios de valoración relacionados con la experiencia profesional de los técnicos adscritos al contrato, así como la valoración mediante juicio de valor de la estructura organizativa y cualificación profesional del equipo adscrito como criterio sujeto a juicio de valor de impiden la participación de las PYMES en la licitación.

Por lo que se refiere a la formación previa adicional a la que corresponden 5 puntos considera que este merito solo lo podrá aportar el fabricante de los equipos, toda vez que se exige que la formación este impartida por el fabricante o certificada por este. A mayor abundamiento considera que siendo equipos tan obsoletos no se habrán impartido cursos de formación para su mantenimiento desde hace más de cinco años, pues es práctica habitual que los cursos de formación se impartan cuando un nuevo producto entra en el mercado, no cuando está en vías de desaparición.

Asimismo considera que la calificación con diez puntos de la experiencia profesional adicional beneficia claramente a las grandes empresas fabricantes y perjudica a las PYMES pues son aquellas, quienes tienen más personal y por lo tanto quienes pueden acreditar una mayor experiencia adicional de sus técnicos.

En este mismo contexto y en tercer lugar considera que el criterio evaluable con cinco puntos y sujeto a juicio de valor: *“Se valorará la memoria explicativa que*

incluya un estudio de la organización de los recursos humanos adscritos al presente contrato

- *Estructura organizativa del personal adscrito al servicio: 3 puntos*
- *Estructura organizativa y cualificación profesional del equipo adscrito al servicio: 2 puntos”*

Carece de la necesaria claridad expositiva de que es lo que se valorara, pareciendo que ambos subconceptos son los mismos Por lo que solicita su anulación.

Por último, y en relación al umbral mínimo de puntuación que se establece en el PCAP del 50% de la puntuación total de los criterios técnicos cualitativos, considera que solo las grandes empresas podrán obtenerlos.

El órgano de contratación considera que:

4.1. Criterio 9.2.1 “Formación previa adicional”

(...) Lo que pretende el órgano de contratación es que los técnicos asignados al mantenimiento de los equipos tengan la formación necesaria para cumplir su función. La formación exigida es para los distintos tipos de equipos que integran cada lote por lo que no es cierto que solamente los fabricantes puedan disponer de técnicos con la formación específica requerida.

4.2 Criterio 9.2.2 “Experiencia profesional adicional”.

(...) La recurrente hace unas afirmaciones difíciles de rebatir por lo inexplicables de las mismas. Alega que será imposible e inaccesible para las PYMES el obtener certificados con la experiencia de sus técnicos.

Esos técnicos habrán estado asignados a determinados contratos para mantener determinados equipos por lo que no parece demasiado complicado el obtener y aportar esa información, básica para el correcto desarrollo del contrato.

4.3 Criterio 9.3.2 “Planificación de los recursos humanos”

En este apartado, la recurrente indica que la valoración de este criterio no está definida en los Pliegos. La valoración de este criterio como el resto de los incluidos en la cláusula 9.3. del PCAP “Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (todos los lotes)” es la siguiente:

Estos criterios se evaluarán atendiendo a niveles escalonados de valoración comparativos entre todas las ofertas, dando el 100% del valor del criterio a la mejor y 0% a la peor, con los siguientes umbrales:

Excelente: 100 % puntuación criterio (La oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio y sobresale del resto de las ofertas).

- Notable: 75 % puntuación criterio (La oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio mejorando la calidad media del resto de las ofertas).

- Bueno: 50 % puntuación criterio (La oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio y se encuentra en la media de las ofertas presentadas).

- Insuficiente: 25% puntuación criterio (La oferta cumple las características técnicas de prestación del servicio, pero presenta deficiencias en aspectos objeto de valoración).

- No presenta: 0% puntuación criterio (La oferta presenta carencias de las características técnicas de prestación del servicio que suponen un incumplimiento del pliego técnico o bien no presenta información suficiente para su valoración). Por tanto, no se entiende lo que pretende la demandante, ya que en el mismo criterio se indica que: “se valorará la memoria explicativa que incluya un estudio de la organización de los recursos humanos adscritos al presente contrato”.

- o Estructura organizativa del personal adscrito al servicio: 3 puntos.*
- o Estructura organizativa y cualificación profesional del equipo adscrito al servicio: 2 puntos.*

Creemos que queda perfectamente definido tanto lo que se valorará como la forma de valorarlo”.

El artículo 145.5 de la LCSP establece:

“5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.

Analizados los distintos criterios de valoración establecidos en el PCAP, este Tribunal considera que todos ellos cumplen con las condiciones que establece el art. 145 en sus apartados 5 y 6, así como que ninguno de ellos favorece a una empresa o grupo de empresas o tipología de empresas frente a otras.

Los criterios de adjudicación han sido establecidos por el órgano de contratación quien en base a lo establecido en el art. 28 de la LCSP debe definir sus necesidades y como conseguir la mejor oferta en relación calidad precio. Cuestión distinta es que el recurrente pretenda que los criterios de valoración se diseñen a la medida de los méritos que pueda aportar a la licitación.

Por todo ello se desestima los motivos de recurso analizados.

5.4 Exigencias relacionadas con la adscripción de medios personales que vulneran el fomento de la participación de las PYMES.

APR1988, considera que la adscripción de cinco técnicos a cada uno de los lotes es excesiva tanto en su número como en la cualificación exigida.

Específicamente desarrolla el coste de los medios materiales que sitúa en torno al 65% del coste del contrato cuando a su parecer no podrían superar el 40% del total.

En relación a la titulación exigida a los técnicos que se adscriban al servicio, el PCAP requiere o certificado de profesionalidad nivel 3 o FP II ciclo formativo en las especialidades de electromedicina, electrónica, electricidad, informática o equivalente.

El recurrente considera que se exige un nivel de formación, el certificado de profesionalidad de nivel 3, que se refiere a equipos de electromedicina que no son objeto del contrato.

El órgano de contratación a este respecto invoca los artículos 28.1 y 34 de la LCSP, para defender que es él mismo el que mejor conoce el servicio a prestar el cómo prestarlo y por quien prestarlo, siendo proporcional en número y en requisitos de formación.

Este Tribunal considera que si bien a priori la diferencia entre el coste y volumen del lote dos en relación al lote uno, pudiera justificar las alegaciones del recurrente, la falta de conocimientos técnicos sobre este tipo de servicio, debe dar lugar a la aceptación de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de formular sus necesidades y plasmarlas en el PCAP. No ofreciendo el recurrente más pruebas que su opinión, se debe desestimar este motivo de recurso.

5.5 Exigencias relacionadas con la adscripción de medios materiales que vulneran el fomento de la participación de las PYMES

Manifiesta el recurrente que el PCAP exige que todos los repuestos de los distintos equipos deben ser originales, homologados y/o autorizados por los fabricantes mediante el correspondiente certificado de compatibilidad.

Recuerda a este respecto la obsolescencia de gran parte de los equipos que conforman el objeto de este contrato y en consecuencia la dificultad para obtener recambios o repuestos originales. Incluso aporta documentación donde dos fabricantes como General Electric y Siemens no se comprometen ya a suministrar repuestos de estos equipos, por lo que parece absurdo que deban certificar repuestos que ellos ya no fabrican y/o suministran.

El órgano de contratación informa al Tribunal que la recurrente, actual prestadora del servicio, ha realizado el mantenimiento con cambio de piezas por otras originales en 17 intervenciones a lo largo del año 2021, por lo que no puede aceptar la falta de fabricación por parte de dos marcas de los repuestos al ofrecerse alternativas como la certificación de la pieza por parte del fabricante.

Este Tribunal considera que la utilización de piezas originales convive con la utilización de otras que aun no siendo originales hayan sido certificadas por el fabricante, por lo que existen dos alternativas en el mercado. Llegado el momento procesal de ejecución y a la vista de la avería que se produzca en un equipo será el momento de plantear si la pieza a reemplazar es original o bien es certificada, pero consideramos que a priori, la cláusula es correcta y válida, por lo que se desestima el recurso en base a este motivo.

5.6 Vulneración del fomento de participación de las PYMES en la regulación de los malos usos.

El recurrente invoca la cláusula 6 del PPTP, denominada “malos usos”, y la califica de excesiva para poder admitirla una PYME y de confusa en su redacción.

El órgano de contratación en este punto alega que tanto el actual servicio prestado por el recurrente como en el resto de contrataciones que distintos hospitales han promovido, esta cláusula en sus mismo o muy similares términos está presente, habiendo concurrido no solo el recurrente sino otras muchas empresas a dichos procedimientos de contratación sin haber sido nunca objeto de impugnación.

Reitera que la impugnación de este requerimiento del PPTP, al igual que el resto de los motivos solo tienen un afán dilatorio de la nueva adjudicación que podría desbancar a APR 1988 del servicio que hasta el día de hoy este prestando, cuando el contrato que obtuvo finalizo en el año 2020.

Este Tribunal no va a valorar el tiempo transcurrido entre la finalización del contrato anterior y el momento futuro y aproximado de la adjudicación y formalización del nuevo que ahora se encuentra en fase de licitación.

En este momento es necesario destacar la redacción de dicha cláusula:

“6. MALOS USOS

Se consideran malos usos a aquellas averías provocadas por un uso incorrecto, inapropiado o doloso del equipamiento. Para afrontar estas averías, se establecerá una bolsa económica a cargo del adjudicatario, por un valor máximo del 5% del importe de adjudicación. El procedimiento se llevará a cabo de la siguiente manera:

- Todas las reparaciones que se realicen por averías provocadas por un uso incorrecto, inapropiado o doloso del equipamiento por el personal del Centro, será cubierto por el adjudicatario mediante la bolsa creada para dicho fin, en un 50% del coste de reparación. Este coste de reparación se entenderá como el importe total de la reparación en caso de que la reparación se realice externamente o del importe del material (excluida mano de obra) si la reparación la realiza el adjudicatario.

- El procedimiento que se deberá llevar, en todo caso, para que el coste de dichas averías sea asumido en dicho porcentaje, por la bolsa dispuesta a tal efecto, deberá contemplar el valor de la reparación.
- El adjudicatario deberá presentar presupuesto detallado, debiendo el centro aprobar previamente dicho presupuesto, una vez comprobada la idoneidad del importe presentado.
- En todo caso, no se admitirá el uso de la bolsa para la reparación de otras averías distintas a las previamente definidas como mal uso, y que no se hayan previamente aprobado por el centro de manera individualizada.
- En el caso en el que el presupuesto establecido para la Bolsa se haya agotado antes de la finalización del contrato, el coste de la reparación de averías ocasionadas por un uso incorrecto, inapropiado o doloso del equipamiento, será asumido en su totalidad por el Centro, siguiendo el mismo proceso de aprobación previa”.

A la vista de la cláusula 6 del PPTP, este Tribunal considera que su redacción es suficientemente clara como para entender en cada momento los gastos que asumirá el Centro, los que asumirá el contratista y la definición de mal uso.

Por lo que se refiere a su coste, se encuentra integrado en el presupuesto base de licitación y se la ha tenido en cuenta para su determinación.

Por todo ello se desestima el recurso por este y resto de motivos ya analizados.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de APR 1988 S.L., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato “Mantenimiento integral de equipamiento de radiodiagnóstico para la unidad central de radiodiagnóstico de la Consejería de Sanidad”, número de expediente A/SER-019554/2021.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.