

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

Resolución nº 89/2016

Madrid, 11 de mayo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.M.V., en nombre y representación de Mantenimiento Electromédico, S.A. (Mantelec, S.A.), contra los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos, del contrato de “Mantenimiento Integral de los Equipos de electromedicina del Hospital Universitario de Getafe, Centro de Especialidades Ntra. Sra. de los Ángeles de Getafe, Hospital de Día Psiquiátrico de Getafe y especialidades del Centro de Salud de Pinto” número de expediente: PACP 2016-8-7, este Tribunal ha adoptado la siguiente

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Resolución de 1 de abril de 2016, del Director Gerente del Hospital Universitario de Getafe, se convocó procedimiento abierto para la adjudicación, mediante un único criterio el precio, del contrato de servicios mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 8 de abril de 2016, el 13 de abril en el BOE y el 21 del mismo mes en el BOCM y el perfil de contratante del Hospital. El valor estimado del contrato asciende a 2.246.057,26 euros.

SEGUNDO.- El 21 de abril de 2016 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Mantelec, S.A., contra los Anuncios, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y sus Anexos, que han de regir la adjudicación del contrato, en el que solicita se acuerde la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad de los anuncios y pliegos impugnados. El recurso había sido anunciado al órgano de contratación ese mismo día.

El recurso alega diversos incumplimientos de la legislación de contratos que se analizarán pormenorizadamente con posterioridad.

El 22 de abril la recurrente presentó escrito en el que solicita acceso al expediente administrativo, que la ha sido denegado por el órgano de contratación tras haberlo solicitado el día 15 de abril, habiendo tenido conocimiento de la negativa el día 21 de abril, con posterioridad a la presentación del recurso.

TERCERO.- El 25 de abril el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente 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).

CUARTO.- El 27 de abril de 2016, el Tribunal acordó conceder a la representación de Mantelec, S.A., un plazo de cinco días hábiles, para que dentro del mismo procediera al examen del expediente administrativo en los términos en él indicados, en la sede del Tribunal y para que, en su caso, procedan a completar su recurso.

Una vez tuvo acceso al expediente de contratación, el 4 de mayo se recibió escrito de Mantelec, S.A., ratificándose en los términos del recurso presentado.

II. 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 recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, potencial licitador, “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 42 del TRLCSP).

TERCERO.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado en el DOUE de 8 de abril de 2016, habiendo sido enviados los pliegos por vía electrónica a la recurrente el 18 de abril e interpuesto el recurso, ante este Tribunal, el 21 de abril de 2016, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

CUARTO.- El recurso se interpuso contra el anuncio y los pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

QUINTO.- Por cuanto respecta al fondo del recurso se analizarán de forma diferenciada y por el mismo orden que ha establecido la recurrente en su escrito de recurso, los motivos de impugnación del PCAP, en este Fundamento de Derecho y del PPT en el siguiente.

Impugnación del PCAP:

1. Improcedencia de la clasificación prevista en el apartado 5 de la cláusula 1-“características del contrato”- del PCAP, como medio alternativo para acreditar la solvencia.

Alega la recurrente que dado el objeto del contrato, mantenimiento integral de equipos de electromedicina y el código CPV asignado: 50. 42. 00. 00 “Servicios de reparación y mantenimiento de aparatos médicos y quirúrgicos”, el grupo y subgrupo de clasificación exigido, P-1, es improcedente y que atendiendo al Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, “comprobamos que nada tiene que ver el objeto y alcance del contrato, así como su código CPV, con lo referenciado en el ANEXO II. Correspondencia entre subgrupos de clasificación y códigos CPV de los contratos de servicios, donde el denominador común son servicios de reparación y mantenimiento de equipamiento e instalaciones industriales, eléctricas, de baja tensión y alta tensión reguladas por los reglamentos de Seguridad Industrial correspondientes”. Consideran que se produce un agravio comparativo “ya que por otra parte, si no se cuenta con dicha clasificación, se obliga, atendiendo a la legislación, y así queda reflejado en el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a medios de solvencia alternativos”.

El órgano de contratación en su informe argumenta que “según el R.D. 773/2015 por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en particular en su art. 6 se modifica el art. 37 del Reglamento de forma que: Se relacionan los nuevos grupos de clasificación en sustitución de los recogidos en el Reglamento indicado. Dentro de estos nuevos grupos no figura el correspondiente al mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones de electromedicina que consideramos queda integrado en el subgrupo 1 (Mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones eléctricas y electrónicas), que sería el que se ajustase más al objeto de contrato, rechazando por nuestra parte los otros subgrupos que recogen mantenimientos de fontanería, calefacción, seguridad contra incendios y aparatos elevadores.

En el anexo II del mismo R.D., de 28 de agosto de 2015, se recoge la correspondencia entre subgrupos de clasificación y códigos CPV, al subgrupo P-1 le correspondería 50233200 (Servicio de mantenimiento de instalaciones de alumbrado público y semáforos). No hay ningún CPV que contemple la reparación de equipos médicos y de precisión, códigos que empiezan por 5040.

En el anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TEXTO CONSOLIDADO) de 2 de Octubre de 2015, se recoge en su primera línea que a la categoría 1, denominada Servicios de Mantenimiento y Reparación, le corresponde CPV con numeración comprendida entre 50100000 a 50884000, por lo que la 50420000 Servicios de reparación y mantenimiento de aparatos médicos y quirúrgicos (usada en el expediente de contratación) estaría incluida en esta categoría. El órgano de contratación engloba una clasificación de Mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones eléctricas y electrónicas y una CPV de Reparación y mantenimiento de aparatos médicos y quirúrgicos, para mejor ajuste al objeto del contrato”.

El Real Decreto 773/2015 de 28 de agosto citado, modifica el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), concretamente el artículo 37, que se refiere a los grupos y subgrupos de clasificación en los contratos de servicios. Como indica correctamente el órgano de contratación, el subgrupo 4, que era el que se correspondía exactamente con el objeto del contrato, ha desaparecido y dentro de los restantes, el que por amplitud puede englobar los servicios que se contratan es el subgrupo 1, mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones eléctricas y electrónicas. Por otro lado, la CPV del contrato no tiene correspondencia con el subgrupo P-1, de acuerdo con el listado que se incluye en el Anexo II.

Debe incluirse en el PCAP la clasificación que se exige, como medio alternativo a la acreditación de la solvencia, solo en el caso de que por su objeto se corresponda con algún grupo de clasificación, tal como establece el artículo 11.2 RGLCAP, por lo que de ser posible debe encuadrarse el contrato, dentro de los subgrupos existentes.

Las actividades de mantenimiento de equipos de electromedicina estaban incluidas en el subgrupo 4 del grupo P. Dicho subgrupo ha desaparecido en la relación de grupos y subgrupos en que se dividen los contratos de servicios en el anexo II del Decreto 1098/2001.

A la vista de los subgrupos del Grupo P, no hay subgrupo equivalente y tampoco parece adecuado establecer el que podría parecer más próximo, pues su objeto, equipos e instalaciones eléctricas y electrónicas, no coincide con el ámbito del contrato.

Por tanto, el subgrupo equivalente a la solvencia para los contratos de mantenimiento de equipos de electromedicina debería ser P4 de mantenerse vigente la clasificación otorgada en dicho subgrupo. No obstante, la DT 3º del Real Decreto 773/2015 dispone que las clasificaciones que hayan sido suprimidas solo mantendrán su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015.

En consecuencia, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 773/2015 de 28 de agosto, no estando en vigor desde el 1 de enero de 2016 las clasificaciones anteriormente existentes, correspondientes a subgrupos extinguidos, no resulta posible establecer en el PCAP un subgrupo de clasificación que corresponda al objeto del contrato como medio alternativo a la acreditación de la solvencia.

Por todo ello, debe estimarse el recurso por este motivo, debiendo suprimirse la clasificación.

2. El certificado de prestación satisfactoria de los servicios prestados no se integra dentro del listado “numerus clausus” del art. 78 del TRLCSP.

Alega la recurrente que el apartado 5.2.2.1 de la cláusula 1-“Características del contrato”- del PCAP recoge, como criterios de selección los siguientes:

Declaración de servicios prestados en cada uno de los últimos cinco años. expedidas por la dirección o responsable del servicio en que se certifique que la empresa licitadora ha prestado satisfactoriamente servicios de la misma naturaleza que los que son objeto de este expediente.

Sostiene el recurso que, la declaración, en dichos términos “no se encuentra dentro del listado “numerus clausus” de medios del art.78 del TRLCSP, referido a solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, de los que deberá valerse el órgano de contratación. Si el legislador hubiese querido tener en cuenta estos certificados de satisfacción como medio de acreditación de la solvencia de los licitadores, así lo hubiese dispuesto, tal y como, ha hecho en relación al contrato de obras en el arto 76.1.a) del TRLCSP, el cual, dispone lo siguiente: “Relación de las obras ejecutadas en el curso de los diez últimos años, avalada por certificados de buena ejecución para las obras más importantes”.

El órgano de contratación argumenta que “las certificaciones exigidas en el PCAP de este procedimiento como requisito de la solvencia técnica y profesional, son acordes con lo que en el art. 47 del RGLCAP se exige para la obtención de la clasificación mediante la exigencia que los certificados sean de buena ejecución. Por ello, y de conformidad con al art. 11 del RGLCAP, que habilita al órgano de contratación el fijar en el PCAP los requisitos mínimos de solvencia, económica y financiera y la solvencia técnica o profesional exigidos en cada caso y los medios de acreditación para acreditar el cumplimiento de los mismos, se solicitan estas certificaciones y no otras referencias distintas a las legalmente establecidas”.

Debe señalarse que el propio artículo 11.4.b) del mencionado Reglamento establece que el criterio para la acreditación de la solvencia técnica o profesional será el de la experiencia en realización de trabajos similares, que se acreditará mediante la relación de trabajos correspondiente, y dice textualmente “avalados

por certificados de buena ejecución”. Esta previsión aparece también recogida en el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativo a los criterios de selección, el cual determina que “Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado”.

Las referencias adecuadas o los certificados de buena ejecución, constituyen un medio idóneo para acreditar la experiencia que cabe deducir igualmente de la redacción del artículo 78.1.a) puesto que si se trata de acreditar la solvencia, solo cabe imaginar un certificado positivo. Por lo tanto, el recurso debe desestimarse igualmente por este motivo.

3. Impugnación del apartado 6 de la cláusula 1-“Características del contrato”, del PCAP relativa a las habilitaciones legales, en el que consta que “no proceden”.

La recurrente argumenta que “del análisis del inventario de los equipos a mantener y de las prescripciones del PPT se deduce que en cumplimiento del RD 1085/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalación y utilización de aparatos de rayos X con fines de diagnóstico médico se precisa la Autorización para Asistencia Técnica de equipos e instalaciones de rayos X con fines de diagnóstico médico otorgada por Industria y por el Consejo de Seguridad Nuclear por los siguientes motivos: Primer motivo: a) Porque el PPT incluye la primera intervención sobre equipos e instalaciones de Rayos X. Dicho mantenimiento de primera intervención ha de realizarse, entre otros, sobre los equipos del Servicio de radiodiagnóstico relacionados en el Anexo II y puede incluir desde una visita al equipo tras el aviso, hasta la intervención inmediata sobre el mismo que incluya un reajuste de piezas, debiendo todas estas actuaciones encontrarse bajo el amparo de un técnico y empresa que cuente con una habilitación específica para trabajar ante un aviso sobre el mismo (incluso en esta primera intervención), siendo esto un requisito indispensable para acceder a la Sala RX e intervenir en primera intervención, ningún otro técnico puede acceder a ese trabajo en sala de RX, según Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalación y utilización de aparatos de rayos X con fines de diagnóstico médico.... Segundo motivo b) Porque el inventario de equipos incluidos sobre los que ha de prestarse un servicio de mantenimiento (Anexo III), incluye un equipo de RX: el mamógrafo GE modelo D4193M y para prestar el servicio objeto del presente contrato sobre este equipo se precisa igualmente la Autorización para Asistencia Técnica de equipos e instalaciones de rayos X con fines de diagnóstico médico”.

El órgano de contratación informa que “la inclusión de este concepto, primera intervención sobre el equipamiento e instalaciones indicados como excluidos de la misma, no supone el trabajo con los equipos sino posibilitar la disminución de las paradas de los equipos como consecuencia de averías diagnosticadas ajenas a los equipos y que implican paradas de estos. Se trata básicamente de la coordinación con la

empresa adjudicataria del mantenimiento y registro de incidencias para poder identificar el origen de la avería y si está en el propio equipo o en un agente externo.

La pretensión no es la actuación en los equipos sino simplemente la identificación de las posibles averías”.

Respecto de esta cuestión debemos referirnos a lo dispuesto por el Reglamento sobre Instalación y Utilización de Aparatos de Rayos X con fines de diagnóstico médico, aprobado por el Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, cuyo artículo 2 establece las definiciones, a efectos del mismo.

El apartado g) de ese artículo 2, considera como Asistencia Técnica:

“Cualquier actividad de instalación, montaje y mantenimiento preventivo o correctivo, de equipos de rayos X de diagnóstico médico, así como el desmantelamiento y destrucción de equipos”.

Admitiendo la explicación realizada por el órgano de contratación sobre el término primera intervención y las actividades que comprende, no parece que pueda encuadrarse en lo que el Reglamento denomina asistencia técnica y que requeriría la correspondiente habilitación.

Este es también el criterio adoptado por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 991/2015 de 23 de octubre.

Por ello el recurso debe desestimarse por este motivo.

Respecto del segundo motivo expuesto, el órgano de contratación ha reconocido que la inclusión del mamógrafo en el Anexo III ha sido un error por lo que debe corregirse e incluirse únicamente en el Anexo II.

4. Impugnación del criterio precio: Apartado 7 de la Cláusula 1-“Características del contrato”- del PCAP. “Por disconformidad a derecho de su utilización como único criterio en este tipo de contratos y por existir otros susceptibles de evaluación, sin observancia de los requisitos legales exigidos”.

Alega la recurrente que el artículo 150.3 del TRLCSP impone la valoración de más de un criterio, en los siguientes supuestos: “g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación”.

A su juicio, en este caso, no se encuentran las prestaciones perfectamente definidas técnicamente puesto que el apartado 7 del PPT señala:

“7.- Documentación TÉCNICA A PRESENTAR: POR LOS LICITADORES: (Deberá Incluirse en sobre 1 de Documentación Administrativa.)

- Ejemplos de programas de acción de mantenimiento conductivo, preventivo, correctivo y técnico-legal informatizados,

- Proyecto completo del sistema informático, especialmente su relación o conectividad con las aplicaciones existentes en el Hospital SAP, GECLIF y HP-HIS,

Recursos técnicos y materiales: compromiso de obtención de repuestos originales,

- Declaración de compromiso de formación del personal a asignar al contrato durante toda la vigencia del mismo”.

Observamos, dice el recurso, cómo este apartado exige a los licitadores presentar documentación técnica de cómo van a llevar a cabo el servicio aquí licitado. Ello supone que, partiendo de las premisas de ejecución que pueda recoger el PPT, la definición final de la prestación queda sometida al “know how” de cada empresa respecto a los programas de mantenimiento o el proyecto informático y eso es, precisamente, lo que va a ser objeto de evaluación junto con el precio, tal y como se desarrollará más adelante. Por tanto, las prestaciones no están perfectamente definidas técnicamente ya que han de ser desarrolladas por los operadores económicos concurrentes a la licitación.

Añade además, como refuerzo de su impugnación que también se permiten variar los plazos de entrega, ya que está prevista la prórroga del contrato y también se podrían introducir modificaciones, ya que también están previstas en el apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP, modificaciones del contrato.

El Hospital en su informe se opone a este motivo señalando que “En el PPT, se define con absoluta claridad el objeto del contrato y las necesidades que se pretenden cubrir, sin querer variar plazos o condiciones de realización del contrato, no permitiendo interpretaciones del mismo, y estableciendo un mecanismo de penalizaciones exhaustivo en el apartado 15 de la cláusula 1 del Capítulo I del PCAP, ante el incumplimiento de lo recogido en el PPT. En cuanto al argumento que utiliza el recurrente indicando que las prestaciones no están definidas por la inclusión en la documentación técnica a presentar por los licitadores de ejemplos de programa de acción, debemos indicar que son “ejemplos” y no tienen en modo alguno rango contractual pues no tiene ningún tipo de valoración técnica ni de modificación encubierta del objeto del contrato. Su inclusión tiene nada más que comprobar, no valorar, la preparación técnica y la capacidad de trabajo en la elaboración de la documentación de los licitadores. Por ello, dicha documentación debe ser aportada en el sobre 1 Documentación Administrativa a presentar los licitadores y que, en modo alguno, volvemos a repetir tiene ningún tipo de valoración”.

En primer lugar, el Tribunal debe destacar que es obvio, también lo debe ser para la recurrente, que la variación de los plazos de entrega de los productos a suministrar contemplada en el artículo 150.3 del TRLCSP, nada tiene que ver con la prórroga del contrato, relativa al plazo de ejecución del mismo, por lo que la circunstancia de que el contrato sea o no susceptible de prórroga no influye en absoluto sobre la posibilidad de establecer uno o más criterios de valoración.

De igual modo, la posibilidad de introducir modificaciones en la oferta es una cuestión diametralmente distinta a las posibles modificaciones del contrato, por lo que las dos argumentaciones señaladas deben rechazarse.

Cuestión distinta es la necesaria inclusión en el sobre de documentación administrativa de unos “ejemplos” de programas de mantenimiento, de un proyecto completo del sistema informático y de un compromiso de formación del personal durante la vigencia del contrato.

Es evidente que la inclusión de estos proyectos o programas e incluso del compromiso de formación, respecto de los que nada se ha indicado en cuanto a su contenido, requisitos mínimos o condiciones, implica la posibilidad de diferencias sustanciales entre las proposiciones de unos licitadores y de otros, tanto en cuanto a su alcance como a su contenido, resultando por ello, que no puede afirmarse que las prestaciones están perfectamente definidas técnicamente, que es lo que exige el artículo 150.3.g) para que pueda adjudicarse por el criterio precio.

Este Tribunal en varias de sus Resoluciones, entre las que podemos citar la Resolución 82/2015, de 10 de junio, se ha referido a las condiciones que deben cumplirse para que sea admisible la inclusión como único criterio el precio, señalándose que “La regulación legal refleja la idea de circunscribir el uso de la valoración de las proposiciones sólo mediante el criterio precio en los casos en que el objeto del contrato tenga un nivel de definición técnica y funcional prácticamente normalizado en el mercado, de manera que no queda margen significativo de valoración adicional tal como concretamente señala el informe del órgano de contratación ocurre en este supuesto. Cuando el apartado f) del artículo 150.3 hace referencia a la imposibilidad de “introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato” se está refiriendo a la imposibilidad de ofrecer alternativas o mejoras respecto de los requisitos técnicos o funcionales establecidos en el PPT. Se trata en definitiva de comparar ofertas prácticamente idénticas en las que tan solo el precio y no la cantidad o calidad de las prestaciones, marque la diferencia entre ellas. Esto supone que el órgano de contratación al redactar el PPT debe ser extremadamente cuidadoso y describir exhaustivamente las prestaciones, el equipo técnico y humano, las calidades y cuantos extremos deban formar parte de la oferta pues solo en ese caso, la adjudicación a la proposición de inferior precio será la oferta económicamente más ventajosa que impone el art 150 del TRLCSP. En el PPT se contiene una suficiente y detallada descripción de las características técnicas del material fungible objeto del suministro, para tenerlo por perfectamente definido, sin embargo se

incluyen dentro de las prescripciones la realización de prestaciones accesorias que, como indica la recurrente, no pueden considerarse actividades normalizadas, como son el mantenimiento, preventivo y correctivo y la formación del personal sanitario”.

Esto es precisamente lo que ocurre en el caso que analizamos, la necesaria inclusión en la oferta de las licitadoras de programas de los mantenimientos, aunque se diga que a título de ejemplo, de un proyecto completo del sistema informático y de un compromiso de formación, constituyen propuestas de realización de las prestaciones o prestaciones accesorias.

Ello hace que las ofertas no puedan ser comparables utilizando únicamente el criterio precio, pues se han incluido factores variables en las mismas, es evidente que no es igual un tipo de programa de mantenimiento que otro o un plan de formación que otro, etc. Como ya ha mantenido este Tribunal en otras ocasiones, estas actividades accesorias influyen necesariamente en el precio del contrato y por lo tanto deben valorarse adecuadamente mediante la utilización de criterios distintos al precio que permitan considerar las ofertas en su conjunto y de forma análoga.

El argumento que utiliza el órgano de contratación no puede asumirse, puesto que si no se van a valorar esas propuestas y se trata solo de comprobar la preparación técnica y la capacidad de trabajo, nos encontraríamos con que constituyen requisitos de solvencia que deberían haberse incluido en el apartado correspondiente y subsumida su acreditación en los modos que prevé la Ley. Si por el contrario se pretendía comprobar el cumplimiento de unos requisitos mínimos relativos a esos apartados debían haberse establecido previamente y su falta de cumplimiento implicaría la exclusión.

En consecuencia, procede estimar el recurso por este motivo lo que implica necesariamente la anulación de los Pliegos y del procedimiento. Dicha anulación supondría la no procedencia de entrar a analizar los restantes motivos del recurso pero dado que se deben elaborar nuevos Pliegos, parece necesario pronunciarse sobre el resto de motivos a fin de evitar que posibles defectos puedan ser motivo de ulteriores recursos.

5. Impugnación del criterio precio previsto en el apartado 7 de la cláusula 1-“Características del contrato”- del PCAP por omisión de la fórmula matemática necesaria para su valoración. Sostiene la recurrente que dado que no se ha previsto fórmula alguna, resulta imposible valorar el criterio precio.

Nos encontramos ante un procedimiento con un único criterio de adjudicación por lo que en virtud de lo establecido en el artículo 150.1 del TRLCSP, el criterio ha de ser necesariamente el del precio más bajo. De ahí que no se precisa fórmula alguna para su determinación.

No obstante, si el órgano de contratación en los nuevos Pliegos optase por introducir pluralidad de criterios, si sería necesario el establecimiento de la fórmula correspondiente.

6. Impugnación del apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP, relativa a la modificación contractual.

El PCAP en su cláusula 1 apartado 16, prevé la posibilidad de modificar el contrato por causas previstas, estableciéndose lo siguiente:

“Condiciones en que podrá efectuarse: variaciones de los supuestos básicos que enmarcan el expediente de contratación, como el nivel de actividad asistencial, la dotación de plantilla orgánica, cambios en normativa aplicable, cambios en necesidades asistenciales, obsolescencia de algunos equipos incluidos en él, finalización del período de garantía de algún equipo no incluido en el expediente... Alcance de las modificaciones: Podrá realizarse incremento o disminución en el importe del contrato, en el caso de producirse alguna de las siguientes situaciones: aumento o disminución de los equipos incluidos en el contrato como consecuencia de finalización de contratos de garantía o por obsolescencia de equipos incluidos en el mismo, variación de efectivos en la plantilla orgánica del Hospital, incremento o disminución en la actividad asistencial del Hospital que conlleve el consiguiente incremento o disminución en los equipos electromédicos funcionantes, etc...”.

Considera la recurrente que esta cláusula no cumple con la normativa legal aplicable contenida en el Art. 106 del TRLCSP “porque no se han detallado “de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma” ni su alcance, ya que quedan completamente abiertos por la inclusión de puntos suspensivos y de la mención “etc”. o, inclusive, meros puntos suspensivos. Esta cláusula genérica e imprecisa permite amparar supuestos ilimitados de modificación contractual, que la doctrina de nuestros Tribunales Administrativos ha proscrito en numerosas ocasiones”. Cita en apoyo de sus tesis dos Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales, Resolución 26/2015 de 14 de enero y 71/2015, de 23 de enero.

El Hospital, por su parte, sostiene que el apartado 16 cumple con lo que la normativa legal dice textualmente.

No puede el Tribunal compartir esa afirmación puesto que la introducción de puntos suspensivos en el párrafo de las condiciones en que podrá efectuarse la modificación y de “etc” en el del alcance de las modificaciones, supone una ampliación indeterminada y genérica de los supuestos, en clara vulneración de lo que establece la norma, que exige que se detallen de forma clara, precisa e inequívoca.

El criterio de Tribunal Central de Recurso Contractuales, en la Resolución 267/2015 de 14 de enero, citada por la recurrente, coincide con esta interpretación, señalando que “Si bien la específica dificultad y trazado de

la ruta cumple los requisitos de previsión clara, precisa e inequívoca, no se puede llegar a la misma conclusión en el caso de la referencia a las necesidades específicas del servicio de transporte. La referencia a unas necesidades específicas del servicio de transporte, durante la ejecución del contrato, admite todo tipo de circunstancias sin que se ofrezca un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta. Por lo que procede estimar el recurso en este punto debiendo corregirse el PCAP en cuanto a la modificación del contrato en el sentido de determinar de la forma exigida en el artículo 106 del TRLCSP las necesidades específicas del servicio de transporte que permiten la modificación de éste.”

En base a lo anterior debe estimarse el recurso por este motivo anulando el apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP, que deberá redactarse de nuevo incluyendo los supuestos de forma clara, precisa e inequívoca sin puntos suspensivos o menciones similares.

SÉPTIMO.- Impugnación del PPT.

1. El ámbito de aplicación (apartado 3 del PPT) no se corresponde con el objeto del contrato.

Alega la recurrente en este punto que el objeto del contrato es el mantenimiento integral de los equipos de electromedicina debiendo entenderse por tales los que define la norma UNE-IEC 60601-1, sin embargo considera que dentro del ámbito de aplicación del contrato, se incluyen una serie de instalaciones e instrumental que no se corresponde con esa definición por ejemplo, las instalaciones de la central y subcentral de esterilización, las instalaciones para el control y monitorización de equipos de uso sanitario, control de temperaturas de neveras, estufas, etc., y finalmente los instrumentos de pesaje no automático. En consecuencia, solicita sean excluidas esas instalaciones e instrumentos del ámbito de aplicación del contrato.

El Hospital aduce que “Los equipos que relacionan el recurrente son equipos interrelacionados intrínsecamente con la actividad asistencial. La esterilización del instrumental y otros materiales quirúrgicos, algunas veces realizada en el propio quirófano, tiene una aplicación directa en el paciente. El mantenimiento y conservación de productos y medicamentos, incluso de cultivos de muestras obtenidas, tiene una relación muy directa con los pacientes. Así como, los instrumentos de pesaje no automáticos para el diagnóstico y pauta de los tratamientos tiene relación directa con los pacientes. Por ello, todos están imbricados claramente, y prácticamente inseparables, de un conjunto de actividades de mantenimiento, reparación y conducción que asegura la actividad asistencial directa sobre los pacientes. La normativa UNE que indican en su recurso, como si se tratara de aplicación obligatoria, es solamente orientativa y para la obtención del marcado CE. En la misma, se utilizan definiciones imprecisas y no exhaustivas, sino orientativas”.

El artículo 22 del TRLCSP establece en su apartado 1 que “Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, 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”.

Esto significa que corresponde al órgano de contratación determinar la forma de prestación de los servicios y determinar la extensión del contrato.

Por tanto, aun cuando el mantenimiento de determinados equipos o instalaciones pudiera haber sido contratado separadamente, la discrecionalidad técnica de que goza el órgano de contratación para la satisfacción de sus necesidades y organización de los servicios, permite que se extienda el ámbito de aplicación justificadamente, como se realiza en este caso. No se observa por otro lado, que pueda ser restrictivo de la libre concurrencia al no exigirse habilitaciones específicas y no acreditarse la imposibilidad de su realización conjunta o subcontratación.

Por lo tanto, el motivo de recurso debe desestimarse.

2. Impugnación de la obligación de suministro de sal regenerante especial de hemodiálisis. Cláusula 3 del PPT.

Entiende la recurrente que “esta obligación resulta absolutamente desproporcionada y constituye una prestación integradora de un contrato de suministros (Art. 9 del TRLCSP) que goza de autonomía propia, que carece de vinculación alguna con la prestación de servicios de mantenimiento de equipos electromédicos objeto de la presente licitación y que no mantiene relación de complementariedad con dicha prestación por lo que no conforma una unidad funcional y, en consecuencia, debe ser eliminada del presente contrato, no pudiendo licitarse por la vía del contrato mixto”.

El órgano de contratación alega que “la sal regenerante es un consumible que posibilita la producción de agua osmotizada para la diálisis de los pacientes, que circulará por el organismo de éstos. Se obtiene de un equipo que es parte fundamental del funcionamiento de los monitores de diálisis, por lo que se entiende se debe tratar como una instalación sanitaria. Ante la imposibilidad del conocimiento cierto de la necesidad de reposición de los elementos necesarios para reparar el equipamiento, solamente se puede disponer del conocimiento de datos estadísticos o probabilísticos, conocimientos que sólo poseen las empresas dedicadas al mantenimiento integral de los equipos objeto del contrato. Entendemos que el gasto de un repuesto está implícito en la prestación de su servicio. No se puede dividir en dos tipos, puesto que es un

contrato de mantenimiento integral, que engloba tanto los recursos humanos, técnicos y materiales pues así se especifica en el apartado 4.4 del PPT. Los repuestos, accesorios y materiales deben considerarse que son elementos accesorios del servicio, pero de los que no se puede determinar con detalle pues dependerá del tipo de mantenimiento o reparación que se presente”.

A la vista del objeto del contrato y de su ámbito, que incluye la planta de producción de agua osmotizada del servicio de hemodiálisis, no parece que el suministro exigido carezca de vinculación con el mantenimiento de dicha planta por lo que parece correcta su inclusión. Tampoco la recurrente acredita o aduce causa limitativa de la concurrencia por dicha inclusión. Por lo tanto, el recurso debe desestimarse por este motivo.

3. Impugnación por disconformidad a derecho del inventario de equipos e instalaciones electromédicas objeto del presente contrato. Cláusula 4.2 del PPT.

A juicio de la recurrente el PPT impone al contratista la prestación de los servicios de mantenimiento objeto del presente contrato sobre un número de equipos e instalaciones que como mínimo, son los recogidos en el Inventario que figura en el Anexo 1 “pero que no cierra el máximo”.

“Esto vulnera la normativa legal vigente por las razones que a continuación exponemos y sitúa al licitador en una posición de manifiesta indefensión. Esto conlleva la imposibilidad de que se pueda dimensionar con precisión a qué gastos en relación con el precio del contrato se está enfrentando el licitador, lo que genera un riesgo altísimo, ya que el inventario no es completo y por supuesto implica seguro un mayor desembolso económico para el adjudicatario, ya que solo podrá efectuar su control gasto-presupuesto y preparar su oferta, en función de los equipos e instalaciones que figuran en el anexo I. Es imposible determinar el coste de los servicios de mantenimiento que un inventario abierto e ilimitado puede suponer para el licitador y que puede conllevar un enriquecimiento injusto por parte del órgano de contratación, en detrimento de la licitadora que queda indefensa por estar sometida al principio de riesgo y ventura y del artículo 215 del TRLCSP”.

Según el informe del órgano de contratación, “el Inventario, si bien como afirma el recurrente, no establece una relación cerrada sino abierta a modificaciones de baja y nuevas incorporación de elementos de similares características a las reseñadas, se constituye y, así se indica en el párrafo 2 del apartado 4.2 del PPT, como un instrumento para facilitar la gestión del servicio. Que la posibilidad de sustitución de unos equipos dados de baja por diversos motivos, por otros que los sustituyan, no suponiendo variación en el número de equipos, es contemplada expresamente, en el apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP, entre las condiciones en que podrá efectuarse la modificación y alcance de las mismas, así como el porcentaje del precio del contrato que como máximo se pudiera alcanzar de mutuo acuerdo”.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal en casos análogos al aquí planteado y como indicaba en la Resolución 98/2015, de 26 de junio, si bien es cierto que realizar un inventario cerrado respecto de un contrato de mantenimiento que tiene una duración amplia, puede resultar difícil o imposible, no lo es menos que el órgano de contratación debe incluir en los Pliegos el número máximo de aparatos que deberán ser objeto del contrato y si no puede determinarse, el porcentaje de aumento previsible y que el adjudicatario deberá asumir sin modificación del contrato y que determinará el precio del mismo, todo ello en cumplimiento de lo establecido en el artículo 87 del TRLCSP.

En el caso de modificación, apartado 16 cláusula 1 del PCAP, deberá indicarse claramente a partir de qué porcentaje de aumento en el número de aparatos procede esa modificación que se llevaría a cabo respetando los principios de los artículos 105 y 106 del TRLCSP.

En consecuencia, el recurso debe estimarse por este motivo.

4. Impugnación por disconformidad a derecho de los repuestos, accesorios y materiales incluidos en el objeto del contrato a cargo del adjudicatario, cláusula 4.1.3 y cláusula 4.4.3 del PPT.

La cláusula mencionada 4.1.3 del PPT "Mantenimiento Correctivo", incluye la siguiente previsión: "En caso de baja del inventario de algún equipo, el adjudicatario deberá aportar informe justificativo del fabricante, así como valoración económica de un equipo nuevo de similares características. Solo se admitirá el fin de vida útil considerando el equipo en su conjunto y nunca elementos que lo componen individualmente, en la que éstos deberán ser sustituidos por otros de idénticas características cuando no sean reparables. La baja del inventario estará sujeta al procedimiento interno de bajas del Hospital, y en todo caso, a la aprobación por Ingeniería del HUG".

La cláusula 4.4.3 por su parte establece: "El adjudicatario asumirá todos los gastos de adquisición y conservación de todo el material necesario para el mantenimiento reparación y conservación del equipamiento e instalaciones objeto del contrato, de aquellos artículos que sean propios de mantenimiento de uso generalizado, como de aquellos que sean repuestos, recambios y accesorios de un equipo o instalación específica (como por ejemplo, sondas, cables, carcasas, tarjetas electrónicas y de memoria, pantallas, etc.)".

Entiende la recurrente que "Esta obligación resulta absolutamente desproporcionada y constituye una prestación integradora de un contrato de suministros (Art. 9 del TRLCSP) de gran entidad económica y que goza de autonomía propia, separada de la prestación de servicios de mantenimiento de equipos electromédicos objeto de la presente licitación, por lo que debe ser eliminada del presente contrato o, en su defecto, licitada conforme a la modalidad contractual que corresponde, (Contrato mixto)".

El Hospital manifiesta que “El número de repuestos a utilizar no es ilimitado, solo el preciso para poder realizar el mantenimiento de los equipos, su cuantificación dependerá del adjudicatario, que es el que detectará su necesidad, nunca será una demanda del hospital. La no existencia de un contrato de suministros, imposible de realizar por desconocer previamente el objeto del contrato ante una casuística impredecible, no implica reducción de cuota de mercado ya que su adquisición es necesaria para proceder a la reparación o mantenimiento del equipo. La mayoría de reparaciones puede suponer una reposición de materiales y accesorios de repuesto cuyos costes se encuentran contemplados en el precio de licitación”.

En relación con esta cuestión, deben diferenciarse dos situaciones.

En primer lugar, el suministro de piezas y repuestos en las condiciones expresadas en el Pliego, que es una prestación inherente a todo contrato de mantenimiento, por lo que su inclusión está justificada, correspondiendo a los licitadores hacer los cálculos aproximados, según el inventario propuesto para determinar el coste de la prestación.

En segundo lugar debe analizarse la obligación contenida en el apartado 4.1.3 que es un supuesto distinto del anterior. En el caso de necesaria sustitución, no de un equipo, sino de alguno de los elementos que lo componen, éstos elementos deberán ser sustituidos por otros de idénticas características cuando no sean reparables.

Respecto de esta segunda posibilidad, la recurrente alega que “se exige el suministro de “partes de equipo” que no son complementarias y que tienen un coste muy elevado, de tal forma que en caso de considerarse implícitas en la prestación del servicio de mantenimiento afectarían al valor estimado del contrato e impedirían al licitador efectuar su control gasto presupuesto”.

Considera el Tribunal que la exigencia de sustitución de elementos no reparables de los equipos, sin establecer como límite un porcentaje sobre el precio del contrato, se ha configurado de manera demasiado amplia e imprecisa por lo que debería determinarse el precio máximo de las sustituciones de elementos que deba asumirse obligatoriamente por el contratista, por encima de esa cantidad podría dar lugar a una modificación del contrato.

En consecuencia, debemos estimar el recurso por este motivo.

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:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, interpuesto por doña M.M.V., en nombre y representación de Mantenimiento Electromédico, S.A. (Mantelec, S.A.), contra los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos del contrato de Mantenimiento Integral de los Equipos de electromedicina del Hospital Universitario de Getafe, Centro de Especialidades Ntra. Sra. de los Ángeles de Getafe, Hospital de Día Psiquiátrico de Getafe y especialidades del Centro de Salud de Pinto”, número de expediente: PACP 2016-8-7, anulando 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.