

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 1144/2018

Recurso nº 898/2018. CA de Castilla La Mancha 60/2018

Resolución nº 1144/2018

En Madrid, a 17 de diciembre de 2018

VISTO el recurso interpuesto el 31 de agosto de 2018 por D.M.E.M.V., en nombre y representación de la mercantil denominada "MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A. (en adelante MANTELEC, S.A)", por medio del cual impugna: los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sus anexos y el Pliego de Prescripciones Técnicas, del "Contrato del Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera, (Expediente: 61035100TO18SER00003)", este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio de Salud de Castilla La Mancha (SESCAM) convocó mediante anuncio publicado en el DOUE de 11 de agosto de 2018, nº 353483-2018-ES, y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 10 de agosto de 2018, la licitación del "contrato del Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera, (Expte.: 61035100TO18SER00003)", por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato, IVA excluido, de 1. 512 983,47 € y un plazo de ejecución de 36 meses con posibilidad de prórroga por otros 24 meses.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por la Ley 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, Ley 9/2017 de 8 de noviembre (LCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato administrativo de servicios Sujeto a Regulación Armonizada conforme a los arts. 3.1.a), 17 y 22. 1 b) de la LCSP.

Tercero. Mediante escrito presentado el 31 de agosto de 2018 en el Registro del Tribunal, D.M.E.M.V. en nombre y representación de la mercantil denominada "MANTELEC, S.A", interpone recurso especial en materia de contratación, contra los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sus anexos y el Pliego de Prescripciones Técnicas del "Contrato del Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera, (Expediente: 61035100TO18SER00003)".

Cuarto. El Director Gerente de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina, acordó remitir al Tribunal el informe previsto en el artículo 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, que se ha unido al expediente administrativo remitido por el órgano de contratación el 5 de septiembre de 2018.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 13 de septiembre de 2018 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 15 de octubre de 2012 y publicado en el BOE nº 264, de 2 de noviembre de 2012.

Segundo. La recurrente, "MANTELEC, S.A", está legitimada al tratarse de una empresa que atendiendo al objeto social que acredita mediante su descripción en la escritura de poder que aporta, es un potencial licitador del contrato al que se refieren los Pliegos impugnados, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. El acto que es objeto de recurso son los anuncios de licitación, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, sin embargo las alegaciones del recurso se refieren exclusivamente al PPT, y en concreto al apartado 8 1. b) cuya nulidad y supresión interesa en el suplico del recurso.

De conformidad con los artículos 44.2.a) y 44.1.a) de la LCSP, los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato administrativo de servicios y los correspondientes

Pliegos de Prescripciones Técnicas son susceptibles de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se trate de un contrato con un valor estimado superior a 100.000 €.

Cuarto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 51 de la LCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 31 de agosto de 2018, consta en el expediente la publicación en el DOUE del anuncio de la licitación el 11 de agosto de 2018, por lo que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. En lo que respecta al fondo del asunto, el recurso plantea hasta ocho motivos de impugnación, que van a ser objeto de análisis separado en los apartados siguientes.

Sexto. El primero de los motivos denuncia que el objeto de contrato no es determinado, vulnerando de esta manera el artículo 99 de la LCSP afectando a los principios de la contratación pública de libre concurrencia, transparencia e igualdad de trato de los licitadores, y produciendo indefensión a los licitadores pues carecen de información precisa para poder elaborar sus ofertas.

El recurrente considera que el objeto del contrato se ha configurado de forma indeterminada a la vista de los siguientes apartados del PPT; en primer lugar el apartado sin numerar referido al “ámbito de aplicación”; en segundo lugar, el apartado “Metodología de trabajo”, y finalmente del apartado 1.3 relativo al mantenimiento técnico-legal, a los que atribuye un vicio de nulidad, o en su caso, anulabilidad, por aplicación de los artículos 39 y 40 de la LCSP y de los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015. Procede analizar cada uno de los tres apartados.

Respecto del “ámbito de aplicación”, el PPT en el propio apartado indica expresamente que contiene una “relación genérica” de los equipos objeto de mantenimiento; en efecto, se incluyen en ese apartado dos relaciones que expresan los diferentes tipos de aparatos existentes, una para el Hospital Nuestra Señora del Prado y otra para los Centros de Salud y Consultorios, pero sin indicar su número concreto ni las características técnicas concretas de cada uno, tales como marca, modelo, antigüedad, periodo de garantía ...etc. Así, por ejemplo, se incluyen en la relación descripciones como “equipos de tratamiento de onda y radioterapia en general”, o “equipos de cardiología” sin más especificaciones.

Ante esta descripción genérica el recurrente ha intentado conocer una mayor concreción solicitando una aclaración al respecto, si bien alega que tal como consta en el acta levantada a tal efecto, le fue indicado que el inventario que se dispone de los equipos a mantener no se ajusta por completo a la realidad, es orientativo, habiendo optado el órgano de contratación por no incorporarlo al expediente. El PPT establece bajo la rúbrica “Metodología de trabajo”, que el adjudicatario del contrato debe en el plazo de tres meses

desde la firma del contrato realizar un inventario actualizado final, que una vez conformado por los servicios técnicos del órgano de contratación, será el que fijará el alcance de la actuación del adjudicatario, o la cantidad de equipos a mantener, lo que parece confirmar la imprecisión en la que incurre el órgano de contratación al describir el objeto del contrato.

También se anticipa por el recurrente que la imprecisión en que se incurre no queda paliada por la previsión de una visita obligatoria por los licitadores a los Centros Hospitalarios antes de realizar sus ofertas, pues de esa manera podrá hacerse una idea simplemente aproximada del estado de los equipos pero insuficiente sobre las existencias de equipos. En este sentido, cabe pronunciarse indicando que lo cierto es que el hecho de que el propio PPT haya previsto un plazo de tres meses para realizar el inventario actualizado final de los equipos confirma esa impresión del recurrente, pues la visita prevista, mal va a permitir aproximarse con rigor a la obtención de una información necesaria para formular la oferta económica y técnica, cuando el propio órgano de contratación una vez formalizado el contrato quiere asegurar los límites de la prestación del servicio y prevé un plazo de tres meses para precisar el objeto del contrato. Si como parece que es cierto, no existe un inventario inicial preciso de los equipos a mantener, no resulta aceptable facilitar la confección del inventario actualizado final o con precisión, solo después de ser adjudicatario, es decir después de haber realizado una oferta, que naturalmente será tan imprecisa como el inventario inicial, lo que conlleva un riesgo para la buena ejecución del contrato.

El artículo 28.1 de la LCSP dispone como requisito de eficiencia, la precisión en la determinación del objeto del contrato al disponer que : “1. Las 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, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”.

A su vez el artículo 2 del RGLCAP (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), establece: “2. No podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración...”.

El artículo 99 de la LCSP, invocado por el recurrente dispone que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.

En el presente caso, el órgano de contratación ha puesto a disposición del recurrente el inventario con el que cuenta, que no está actualizado. Precisamente, la confección de un inventario actualizado forma parte de las prestaciones a realizar por el adjudicatario.

El PPT, en su apartado “Ámbito de aplicación”, incluye un listado genérico de los equipos incluidos, exigiéndose a los licitadores una visita obligatoria para verificar el estado actual del equipamiento existente.

Se considera relevante para la resolución de este motivo de impugnación el hecho de que es obligatoria la subrogación del personal que en la actualidad presta el servicio (Anexo II del PPT), que cuenta con una antigüedad media de más de 24 años: 1 responsable técnico, y 3 técnicos. Y, aunque es cierto que el PPT parece dar a entender que se puede ofertar un equipo de trabajo superior al mínimo, no parecería muy racional hacerlo, dado que la Memoria Económica sólo ha presupuestado los gastos de personal correspondientes al equipo mínimo de obligatoria subrogación.

Por tanto, el hecho de que precisamente sea una obligación del adjudicatario el confeccionar un inventario actualizado, la obligatoria visita de los licitadores para conocer los equipos existentes y su estado, la puesta a disposición del inventario con el que cuenta el SESCOAM, la relación genérica de equipos indicada en el PPT y, sobre todo, el profundo conocimiento de los equipos a mantener por parte del equipo de trabajo encargado de prestar el servicio, hacen que el objeto del contrato se halle suficientemente determinado a los efectos de poder realizar una oferta, con un conocimiento razonable de los equipos a mantener. No se considera que se produzca la indefensión alegada.

Asimismo, tampoco que considera que la obligación del adjudicatario de elaborar un Plan de Calibraciones (apartado 1.3 del PPT) sea una obligación indeterminada, o que genere un coste indeterminado que no pueda calcular el licitador, como alega el recurrente. Es una obligación clara, que con la información ofrecida indicada anteriormente puede ser razonablemente evaluada por cada licitador.

El motivo de recurso debe ser desestimado.

Séptimo. El recurso denuncia como segundo motivo de nulidad un incumplimiento del mandato de los artículos 100 y 101 de la LCSP, impidiendo a los potenciales licitadores que puedan realizar un estudio económico real del servicio que garantice la viabilidad del mismo.

El recurso desglosa este motivo refiriéndose en primer lugar al incumplimiento del art. 100.2 de la LCSP por el presupuesto base de licitación, ya que no contiene el desglose de los costes directos, indirectos y de otros eventuales gastos y además, tratándose de un contrato en el que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forman parte del precio total del contrato, no se indica de forma desglosada, y

con desagregación de género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Si bien es cierto que el apartado D del cuadro de características del PCAP que figura como su anexo I, se refiere al Presupuesto de licitación y al IVA, dejando vacío de contenido los apartados correspondientes a los costes directos, indirectos y otros gastos, no es menos cierto que el desglose por conceptos de dicho presupuesto se obtienen de la memoria económica, remitida con el expediente de este recurso y accesible por todos los licitadores, lo que permite disponer de la información suficiente tanto para preparar sus ofertas como para discrepar del cálculo de presupuesto, como de hecho hace el propio recurrente a continuación. Por tanto, lo cierto es que no se produce indefensión, pues el licitador puede conocer cómo se ha elaborado el presupuesto de forma desglosada acudiendo a la citada memoria. En el mismo sentido, en cuanto a la información de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional de los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, ha de tenerse en cuenta la información adicional contenida en el anexo II del PCAP, en el que se describe el número de trabajadores, el tipo de contrato, su antigüedad, la jornada y sus retribuciones añadiendo el PPT en su apartado de medios personales, las categorías profesionales, el horario de trabajo.

El artículo 100.2 de la LCSP exige que esta información se incluya en el PCAP o en el “documento regulador de la licitación”. El Tribunal considera que es precisamente la memoria económica el documento que regula este aspecto de la licitación, el “documento regulador” del desglose del presupuesto. El hecho de que la información desglosada se encuentre en la memoria económica, accesible a los licitadores en el expediente, y un resumen en el PCAP, además de no producir indefensión, se considera ajustado a lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP.

El mencionado artículo 100.2 exige indicar los costes salariales “a partir del convenio laboral de referencia”. Parecería pues, razonable, citar expresamente cual es el convenio laboral de referencia, lo que no se hace ni en el PCAP ni en la memoria económica y, dado que en el presente procedimiento existe personal que al que el nuevo adjudicatario tiene la obligación de subrogar, y el artículo 130 de la LCSP sí exige expresamente indicar el convenio colectivo de aplicación, lo que tampoco hace el Anexo II del PPT, procede estimar el recurso en el sentido de que el PCAP debe indicar expresamente cual es el convenio laboral de referencia.

En segundo lugar se alega incumplimiento del artículo 101.2 de la LCSP respecto del valor estimado del contrato. En concreto impugna el apartado C del cuadro de características del PCAP, discutiendo cada una de sus partidas, comenzando por la relativa a los costes laborales de los que se indica que se carece de información real, y que la cuantía consignada en el presupuesto está desvirtuada por no tener en cuenta el coste de sustitución de las bajas laborales que por vacaciones estima en 43.000 €, dado que ha de mantener al 100% la plantilla de personal ofertado. Se opone el órgano de contratación alegando que sí se ha tenido

en cuenta esta circunstancia debido a que el propio Pliego en el apartado Z respeta la potestad de autorganización empresarial y que el mantenimiento del 100 % de la plantilla exigido por el PPT no implica que las bajas por enfermedad, vacaciones, días de permiso o periodos cortos requieran sustitución, argumentación que por ser razonable resulta aceptable por este Tribunal y deja sin fundamento la impugnación del recurrente.

Con carácter general, el artículo 100.2 de la LCSP dispone que en los contratos del sector público, en el momento de elaborar el presupuesto los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. Como señala, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 «... el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia, ni una ejecución normal del contrato.

Continúa el recurrente con la siguiente partida incluida en el apartado C del cuadro de características del PCAP, denominada: "Otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios". Esa partida, a la vista del citado apartado C, está compuesta por todos los costes del presupuesto de ejecución material (costes directos e indirectos) a excepción de los costes laborales. El recurrente en sus alegaciones sobre este apartado se limita a exponer una explicación de una parte de esta partida sobre el coste de equipos, herramientas y reposición de materiales, que califica como obligatorios según el PPT, quedando el resto sin especificar en el Pliego y termina con una conclusión de la que no extrae ningún vicio de legalidad: "puede resultar que es el propio Órgano quien quiere hacer de un contrato mano de obra, es decir, un contrato integral". Respecto de la falta de especificación del resto de los costes distintos a los estrictamente laborales, lo cierto es que la memoria económica de la que se deriva con una sencilla multiplicación por las anualidades previstas en el contrato las partidas del apartado C del cuadro de características del PCAP, contiene su desglose, memoria que se encuentra al alcance del recurrente, y respecto de las que no ha realizado ninguna impugnación de sus partidas.

Por último, el recurrente considera infringido el artículo 131 del RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el cálculo de los gastos generales, ya que censura que esta partida ha sido dotada con una cuantía de 5.479,20€, lo que supone un 0,68% del importe obtenido del cálculo de los costes derivados del contrato, a su entender: 19 veces inferior a lo que se indica en el Reglamento.

En primer lugar cabe indicar sobre la aplicación del artículo 131 del RGLCAP, que como el propio precepto indica está referido a los contratos de obras y no a los de servicios, por lo que la horquilla de los porcentajes que establece no son de aplicación en el contrato que nos ocupa. En efecto, en los contratos de servicios, no existe norma expresa que establezca los conceptos que deba contener el presupuesto base de licitación, a semejanza de lo que determinan los artículos 130 y 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que regulan el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra y el presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación, en el cual se integra un porcentaje de gastos generales y otro en concepto de beneficio industrial.

El precio de mercado no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que debe ser respetado por el presupuesto base de licitación. Uno de los componentes de este último es la partida correspondiente a los gastos generales que se caracteriza por la dificultad de su concreción.

No existiendo norma alguna que exija un determinado porcentaje de gastos generales en los contratos de servicios, este motivo de recurso debe ser desestimado.

Octavo. Como tercer motivo de impugnación se denuncia la existencia de un error en la clasificación prevista en la cláusula Ñ.3 del Anexo I del PCAP.

La citada cláusula permite acreditar la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, entre otros medios mediante la clasificación en el grupo Q, subgrupo 1 categoría 3 o C.

De conformidad con el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, que modifica el artículo 37 del RGLCAP el citado Grupo y Subgrupo se refiere a "Mantenimiento y reparación maquinaria", y según su anexo II, engloba servicios con la siguiente nomenclatura CPV: 50531000-6 Servicios de reparación y mantenimiento de maquinaria no eléctrica. 50531100-7 Servicios de reparación y mantenimiento de calderas. 50531200-8 Servicios de mantenimiento de aparatos de gas. 50531300-9 Servicios de reparación y mantenimiento de compresores. 50531400-0 Servicios de reparación y mantenimiento de grúas. 50531500-1 Servicios de reparación y mantenimiento de grúas derrick.

Sin embargo el cuadro de características del PCAP, tal como explica el recurrente, establece en el apartado A-3 que la nomenclatura CPV correspondiente al objeto del contrato es la: 50421000-2 Servicio de reparación y mantenimiento de equipos médicos, por lo que concluye que la clasificación elegida es inadecuada para el objeto del contrato.

Ciertamente en la redacción originaria del artículo 37 del RGLCAP se contenía en el Grupo P un subgrupo 4, denominado: Subgrupo 4. Mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones de electromedicina, pero tras la reforma del Real Decreto 773/2015, ese subgrupo 4 desaparece, por lo que en la actualidad carece de virtualidad para poder acreditar la solvencia en un procedimiento de licitación.

El artículo 92 de la LCSP, permite acreditar la solvencia en los contratos de servicios mediante la correspondiente clasificación, siempre que se corresponda exactamente con el objeto del contrato: "En todo caso, la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A tal efecto, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos deberá indicarse el código o códigos del Vocabulario «Común de los Contratos Públicos» (CPV) correspondientes al objeto del contrato, los cuales determinarán el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, en que se considera incluido el contrato".

En el PCAP se indica un CPV para el objeto del contrato, que como se ha visto no coincide con el que corresponde a la clasificación prevista en el propio Pliego, y como quiera que el CPV descrito es el que con precisión se ajusta en el presente caso al objeto del contrato, cabe concluir que el apartado Ñ. 3) del cuadro de características del PCAP es contrario al artículo 92 de la LCSP y por tanto nulo de pleno derecho, estimando el recurso en esta pretensión.

Noveno. El siguiente motivo de nulidad, lo titula el recurrente: criterio sin umbral máximo, y se refiere a la cláusula T.2.2., del cuadro de características del PCAP, que constituye su anexo I. Concretamente dicho apartado atribuye hasta 15 puntos a la mejora consistente en : "superar la reposición de materiales de 1.000,00 € mensuales exigidos en el PPT: 15 puntos a la mayor cantidad de reposición de material, el resto directamente proporcional". A su vez, el PPT en su página 15 se refiere a los materiales de reposición para la reparación de los equipos, indicando que los primeros 1.000,00 € de coste de material serán por cuenta de contratista.

Argumenta el recurrente que al no preverse en el Pliego un tope máximo de mejora o una cantidad máxima que en caso de alcanzarse por alguna oferta implique la atribución de los 15 puntos, puede darse el caso de que se realicen ofertas con cantidades desproporcionadas e irreales con la única finalidad de obtener una mayor puntuación en la valoración ya que en la ejecución del contrato no llegarían a realizarse por no ser necesarias tantas reposiciones mensuales. En este sentido afirma el recurrente que, se ha procurado que los criterios no afecten sólo a la puntuación que puedan tener los licitadores, sino que, tengan una traslación real a la ejecución del contrato. Y tiene razón, citando a tal efecto el criterio precedente de este Tribunal, contenido en la Resolución n.º 120/2013, de 21 de marzo de 2013 (recurso 135/2013), que debe ser

confirmado ahora, según el cual: “El órgano de contratación, en su establecimiento debió de controlar su aplicación para evitar que el mismo se convirtiera en algo que solo afecta a la puntuación de la oferta y no a su aplicación en el contrato, obviando de esta manera -el criterio aquí analizado- el objetivo de contribuir a la determinación de la oferta más ventajosa. ... A estos efectos, interesa traer a colación la resolución de este Tribunal 224/2011 de 14 de septiembre (recurso 194/2011) en la cual se afirma, en su fundamento de derecho séptimo, que valorar ofertas del tipo que aquí se expone “sin límite” es contrario a los principios de transparencia e igualdad de trato que debe presidir la contratación pública, lo cual impide aplicar este criterio de valoración a las ofertas así realizadas”.”.

En consecuencia, procede estimar este motivo de impugnación declarando la nulidad de la cláusula o apartado T.2.2., del cuadro de características del PCAP, que constituye su anexo I.

Décimo. El quinto motivo de nulidad, impugna la cláusula o apartado T.2.3. del cuadro de características del PCAP, que establece como otro de los criterios de adjudicación, la atribución de un máximo de 15 puntos por la cesión de tensiómetros electrónicos; en este caso sí que se establece un umbral máximo ya que se prevé la atribución de 15 puntos a quien ofrezca 15 equipos, distribuyendo el resto de puntos de forma proporcional. La impugnación se basa en que a juicio del recurrente se está encubriendo un suministro en un contrato de servicios, sin que se haya tenido en cuenta la posible naturaleza mixta del contrato al tramitar el procedimiento, y sin que la cesión temporal que se regula como mejora tenga vinculación con el objeto del contrato.

El criterio de adjudicación analizado incorpora la valoración de una mejora del contrato, por lo que es preciso partir del concepto jurídico positivo que se contiene en la LCSP, que en este punto da continuidad a la regulación del TRLCSP precedente, para después exponer su interpretación por los diferentes Tribunales Administrativos de Contratos y finalmente aplicar el criterio a la cláusula impugnada.

Pues bien, las mejoras vienen reguladas en los artículos 145 de la Ley de Contratos del Sector Público. El artículo 145 apartado 7 de la LCSP establece que: "7. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. .../...

Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.

El artículo 145.5 de la LCSP, al regular los criterios de valoración de las ofertas, (y las mejoras pueden ser uno de ellos), dispone: “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.”.

El artículo 145 .6 LCSP añade que “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”.

En la interpretación de esta normativa cabe partir del concepto de mejora destacando el Acuerdo 8/2012, del Tribunal Administrativo del Contratos Públicos de Aragón, que las define como: “todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias.”.

Por su parte el TACRC en la Resolución 592/2014 señala los requisitos que de las mejoras: “a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación. b) Que guarden relación con el objeto del contrato. c) Que deberán mencionarse en el pliego y en los anuncios. d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación”.

La Resolución de este Tribunal 467/2014 añade que: “... el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación.”.

El recurrente alega expresamente la inexistencia de vinculación de la mejora del PCAP con el objeto del contrato.

El criterio se hallará vinculado al objeto contractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundaría en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas, como sucede en el supuesto examinado donde la mejora afecta a la dispensación de medicamentos que es una actividad posterior y diferente al suministro de los mismos.

Como se recuerda en la Resolución nº 600/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 22 de Julio de 2016, C.A. Galicia, con cita de la Resolución 467/2016 de este Tribunal, que el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no, con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva, atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas.

Sobre la relación de la mejora con el objeto del contrato, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, también ha considerado relevante (Acuerdos 12/2015 y 84/2015), la alteración del valor estimado del contrato como consecuencia inmediata de la aplicación de mejoras que alteren el objeto, afectando al principio de igualdad, y a la necesidad legal de que el precio del contrato atienda al precio de mercado; en el acuerdo citado 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, analizó precisamente unas mejoras entre las que se encontraban la cesión de determinados bienes como criterio de adjudicación en un contrato de servicios de mantenimiento de las instalaciones y equipos de electromedicina y las instalaciones de baja tensión en centros sanitarios del Sector de Huesca: “..en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los

precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP. Esto significa que la estimación del importe debe ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato y diseñar una estrategia en la presentación de ofertas. Por ello, una mejora de importante impacto económico — como sucede con la entrega de un vehículo de forma gratuita, o la entrega de equipos SAI— que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato es, por este motivo, ilegal. Y es que, aun en circunstancias de restricciones presupuestarias, la búsqueda de la mayor eficiencia no puede justificar la alteración de la naturaleza y valor de la prestación demandada. De lo expuesto, este Tribunal constata que los tres criterios impugnados no cumplen con estas exigencias, porque la doctrina fijada en torno a las mejoras obliga a respetar la necesaria vinculación con el objeto del contrato (objetividad); y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. El objeto del contrato es el mantenimiento de las instalaciones y equipos de electromedicina y las instalaciones de baja tensión en centros sanitarios del Sector de Huesca. Y tanto la biodesinfección de seguridad, como la entrega de equipos SAI y de una furgoneta exceden, con mucho, del objeto de la prestación de servicios demandada. Por ello, no se pueden valorar como mejoras prestaciones ajenas al objeto, propia de un contrato de servicios de naturaleza distinta o de suministro, por mucho que, objetivamente —como argumenta el informe al recurso— contribuyan estas prestaciones a una mejor asistencia a los usuarios finales, a la protección de los equipos electromédicos, o a la asistencia inmediata en caso de urgencia."

En el presente caso se está ante un contrato de servicios de mantenimiento de equipos de electromedicina en los diversos centros sanitarios de Talavera de la Reina por lo que la cesión gratuita de una clase concreta de equipos como los exigidos (tensiómetros electrónicos) se encuentra desvinculada de la prestación del servicio de mantenimiento. Se podría entender la vinculación si se solicitara la cesión o sustitución temporal durante el tiempo necesario que el mantenimiento de determinados equipos requiera que estén fuera de servicio o en reparación y para evitar que el modo de prestar el servicio de mantenimiento distorsione la prestación continuada de la asistencia sanitaria, pero la mejora tal como se ha previsto en el Pliego constituye simplemente un suministro gratuito de determinada clase de equipos médicos que debería ser objeto de un contrato distinto al de servicios si es que realmente los centros sanitarios del Ayuntamiento sufren la necesidad de disponer de dichos equipos, con la consiguiente previsión económica en orden a su adquisición.

El informe del Órgano de contratación emitido con ocasión de este recurso, argumenta que no se trata de un suministro encubierto de equipos, sino de una cesión por el hecho de que la propiedad de los equipos no queda en favor del Centro Sanitario, olvidando con ello, que también los arrendamientos de bienes muebles constituyen una modalidad de suministro, pero indica además que la finalidad de la mejora es la de tener cubiertas las necesidades asistenciales de los pacientes en caso de reparación. Sin embargo esa finalidad no se vislumbra en el PCAP, pues la mejora solo indica una clase de equipos de electromedicina (los tensiómetros) de entre las numerosas categorías genéricas que se describen en el PCAP y PPT, y sobre

todo, no se indica que la cesión se hará solo durante el tiempo en el que el mantenimiento de los equipos equivalentes de los que dispongan los Centros asistenciales impida su uso.

En consecuencia, la mejora analizada no está vinculada directamente al objeto del contrato, lo que determina la nulidad de cláusula o apartado T.2.3. del cuadro de características del anexo I del PCAP. La obtención de los equipos cuya cesión permanente durante el plazo del contrato se pretende obtener no cabe duda de que supondrá la satisfacción de una necesidad de los centros sanitarios del Ayuntamiento de Talavera de la Reina y que disponer de su uso constituye un beneficio para el servicio sanitario que dispensan, pero debería obtenerse por otro cauce diferente ya que no guarda relación directa para el buen fin o consecución idónea del servicio de mantenimiento de todos los equipos de electromedicina de dichos Centros.

Undécimo. El siguiente motivo de impugnación se refiere a las “habilitaciones para la actividad a desarrollar”, denunciando el recurrente que si bien la cláusula 14.1 del PCAP prevé que los licitadores deberán contar con la habilitación empresarial o profesional que en su caso sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato, ésta solo es exigible si así lo prevé el apartado “O” del cuadro de características. Sin embargo, el citado apartado “O” no contiene pronunciamiento alguno al respecto dejando en blanco las dos casillas (SI / NO).

Es en el PPT en el apartado “Documentación técnica a aportar por las empresas licitadoras” en el que se prevé la presentación integrando el sobre 2, de determinados certificados, entre los que figuran las siguientes menciones: “Certificado que permitan acreditar la autorización en equipos de RX” y “Y cualquier otro que pueda ser exigido administrativamente para el desarrollo de las actividades que se detallan en el presente Pliego”.

Por otra parte, la regulación legal de este tipo de habilitaciones se contiene en el art. 65.2 de la LCSP, a cuyo tenor: “Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.”. Tal como explica la rúbrica del precepto de la LCSP, y que acepta el recurrente con cita del Informe 1/2009 de 25 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se trata de un requisito que no afecta a la solvencia sino a la aptitud para contratar.

No procede estimar este motivo de nulidad pues son rechazables las causas concretas que se alegan tal como se expone a continuación. En primer lugar sobre la ubicación de la exigencia de tales habilitaciones en el PCAP y no en el PPT, deviene en un argumento excesivamente formalista en el presente caso, pues el recurrente omite que la cláusula 16.4 del PCAP ha previsto que cuando la oferta técnica no sea sometida a ponderación o valoración mediante el correspondiente juicio de valor, se procederá a incluir en el sobre 2 los documentos que se especifiquen en el PPT y que permitan verificar que la oferta cumple con las

especificaciones técnicas requeridas aunque no hayan de ser objeto de valoración. En consecuencia, el PCAP por remisión al PPT incorpora la previsión de las habilitaciones para la actividad a desarrollar que prevea el PPT, sin que exista la contradicción entre ambos pliegos en la que se fundamenta el recurso.

En segundo lugar, el recurrente señala las concretas habilitaciones que a su juicio, son necesarias para el contrato que se licita, y denuncia que el PPT no menciona tres de ellas (certificado de empresa instaladora eléctrica en baja tensión, categoría especialista, certificado de empresa instaladora/reparadora de equipos presión e inscripción en el registro de control metrológico como empresa reparadora de instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático). Tampoco constituye un motivo para estimar el recurso, pues el PPT concluye mediante una fórmula abierta no limitativa que permite la exigencia de otras distintas de las expresamente mencionadas y que legalmente sean exigibles: (Y cualquier otro que pueda ser exigido administrativamente para el desarrollo de las actividades que se detallan en el presente Pliego). En este sentido su exigibilidad no depende de que aparezcan o no en el PCAP sino de que la normativa de aplicación las establezca, por lo que la omisión de la mención expresa de alguna de las habilitaciones legalmente exigibles no exime de su tenencia.

Finalmente se denuncia una incongruencia entre Pliegos trayendo a colación los apartados 16.2 y 24 del PCAP en relación con el art. 150.2 de la LCSP. El apartado 16.2 se refiere al contenido de la oferta técnica y el apartado 24 al de la documentación aportar por el propuesto como adjudicatario refiriéndose en este último caso también a la habilitación empresarial o profesional para la realización de la prestación objeto del contrato. Este apartado 24 lo pone en relación el recurrente con el art. 150.2 de la LCSP, el cual a su vez se refiere a la documentación de las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140, en las que en realidad no se mencionan estas habilitaciones, pero en cualquier caso añade: “.... presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad....” ; es decir nada impide que las habilitaciones exigidas sean presentadas con anterioridad y así lo prevea el PCAP por remisión al PPT, al regular el contenido de la oferta técnica, por lo que ni existe contradicción entre las cláusulas citadas del PCAP ni contravención de la LCSP, que prevé expresamente esta posibilidad.

Duodécimo. El siguiente motivo de impugnación se basa en la existencia, según el recurrente, de discrepancias entre Pliegos respecto de los certificados de calidad y medioambiente. Así, alega que existe una discrepancia entre lo establecido en el PCAP y en el PPT sobre un mismo asunto, en concreto entre la cláusula Ñ.2 del anexo I del PCAP, apartado “otras Normas” y el apartado del PPT con rúbrica “Documentación técnica a aportar por las empresas licitadoras “. Mientras que en el apartado Ñ.2 del PCAP se indica que no es necesaria la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad ni de gestión medioambiental, en el PPT sin embargo, se relaciona entre la documentación técnica a incluir en el sobre nº 2, el certificado de aseguramiento de la calidad para el mantenimiento de equipos, según ISO

9001:2008, expedido por una entidad acreditada por ENAC o de reconocimiento internacional, y el certificado del sistema de gestión medioambiental para el mantenimiento de los equipos según UNE-EN-ISO 14001:2004 expedido por una entidad acreditada por ENAC o de reconocimiento internacional.

También alega el recurrente que, en el caso de que se optase por requerir estos certificados en el PCAP, se debería admitir la posibilidad de incluir certificados “equivalentes”.

Pues bien, el recurso debe ser estimado en este aspecto.

Los certificados aludidos de calidad y de gestión medioambiental son uno de los medios para acreditar la solvencia técnica. Para poder exigir estos certificados, el PCAP debe relacionar, entre los medios admisibles para acreditar la solvencia que relaciona el artículo 90 de la LCSP, los que guardan relación con el control de calidad y la gestión medioambiental. Lo que no hace el presente PCAP.

Así lo manifestamos en nuestra Resolución 627/2018.

También hemos de dar la razón al recurrente de que, conforme al artículo 93.2 de la LCSP, deben admitirse también certificados equivalentes, y “otras pruebas de medidas equivalentes”, para lo cual es necesario definir previamente, conforme al artículo 90, las medidas de control de calidad exigidas.

Décimo tercero. Finalmente, el recurso alega la existencia de una incongruencia en la regulación de la subcontratación en el apartado Q del cuadro de características del PCAP. En este apartado, por una parte, ante la posibilidad de subcontratación se marca la casilla “NO”, y por otra parte en el subapartado “subcontratación de determinadas partes de la prestación”, se marca la casilla: “SI”.

A su vez el PPT, contiene un apartado dedicado a la subcontratación permitiéndola en caso de que el adjudicatario no cuente con los técnicos idóneos o no esté legalmente capacitado para alguno de los trabajos a realizar.

El Tribunal aprecia que, efectivamente, existe una contradicción en el PCAP, que debe ser corregida, por lo que el recurso debe ser estimado en este motivo.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.M.E.M.V. en nombre y representación de la mercantil denominada "MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A.", por medio del cual impugna: los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y sus anexos y el Pliego de Prescripciones Técnicas, del "Contrato del Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera, (Expediente: 61035100TO18SER00003), y en consecuencia proceder a anular los siguientes apartados y cláusulas del PCAP y PPT:

- El apartado D del cuadro de características del PCAP que figura como su anexo I, en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo, debiendo indicar el convenio colectivo de aplicación (art. 100.2 y 130 de la LCSP),
- El apartado Ñ.3 del cuadro de características del PCAP que figura como su anexo I, en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo, por vulnerar el artículo 92 de la LCSP.
- El apartado T.2.2 del cuadro de características del PCAP que figura como su anexo I, en los términos expuestos en el fundamento de derecho noveno, por valorar una mejora sin umbral máximo en las ofertas, vulnerando los principios de transparencia e igualdad de trato, y el art. 1 de la LCSP.
- El apartado T.2.3. del cuadro de características del PCAP que figura como su anexo I, en los términos expuestos en el fundamento de derecho décimo, por incorporar una mejora no vinculada directamente al objeto del contrato.
- El apartado Ñ2 del cuadro de características del PCAP que figura como anexo I, y su correlativo del PPT, en los términos expuestos en el fundamento de derecho duodécimo, y
- El apartado Q del cuadro de características del PCAP que figura como anexo I, en los términos expuestos en el fundamento de derecho decimo tercero.

En consecuencia procede retrotraer las actuaciones al momento de aprobación de los pliegos para que el órgano de contratación proceda a realizar en ellos las modificaciones correspondientes.

Segundo. Levantar la suspensión acordada por este Tribunal, de conformidad con el art. 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.