

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

En Madrid, a 13 de noviembre de 2019.

**VISTOS** los recursos especiales acumulados en materia de contratación interpuesto por la representación de la mercantil Agenor Mantenimientos S.A. contra el acuerdo de exclusión de la Mesa de contratación del procedimiento “Servicio de mantenimiento integral de equipos de electromedicina con destino al Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda”, expediente número GCASE 2019-8 (recurso 573/2019) y contra la adjudicación del contrato a la empresa Ibérica De Mantenimiento, S.A., recurso 591/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El 10 de julio se publicó en el DOUE, en el BOCM y en el Perfil del Contratante la convocatoria anunciada a licitación siendo la fecha límite de presentación de documentación el 3 de septiembre de 2019. El valor estimado del contrato es de 4.628.100 euros.

A la licitación presentaron oferta dentro del plazo establecido las casas comerciales Agenor Mantenimientos, S.A., (en adelante Agenor) e Ibérica De

Mantenimiento, S.A., (en adelante Ibermansa).

Según se constata del Portal de Contratación, tras la licitación se publica:

El 28 de agosto preguntas y respuestas a Ferrovial Servicios, S.A., a Hermed, Ibermansa y Althea, en archivos digitales diferenciados y en formato de respuesta a correos electrónicos.

El 29 de agosto, preguntas y respuestas a la solicitud de aclaración de Agenor. Plantea 31 cuestiones, contestadas en informe de 16 folios, y en el formato de consultas vinculantes del art. 138.3 de la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Consta, por los correos electrónicos que acompaña a su recurso que las preguntas se evacuan desde el 30 de julio, figurando 31 en el primero, entre ellas la relativa a la experiencia valorable del personal dedicado a la ejecución del contrato. En fecha 27 de Agosto se remite correo electrónico donde se afirma: *“Buenos días .En relación a las cuestiones planteadas en el email del pasado 30 de julio, a fecha de hoy aún no hemos recibido ningún tipo de respuesta. Ruego que en la mayor brevedad, nos den contestación a cada una de las consultas solicitadas. Un saludo”*.

**Segundo.-** El día 17 de octubre presenta la empresa recurso especial en materia de contratación en este Tribunal contra su exclusión de la licitación, por no superar el umbral mínimo establecido en el punto 9.2.1 de la cláusula primera del PCAP. Este punto establece un umbral mínimo de 30 puntos sobre 60 en los criterios automáticos mediante la aplicación de fórmulas para continuar en la licitación, en la que solamente existen criterios automáticos. Agenor obtiene 15 puntos. Agenor solicita en relación con los motivos recogidos después:

*“- Procede la retroacción de actuaciones en este procedimiento de cara a la evaluación y ponderación de la oferta de Agenor, según los términos señalados en este recurso, en lo que a los criterios cualitativos de forma automática por aplicación de*

*fórmulas se refiere, esto es, disponibilidad de equipamiento electromédico de sustitución, programa o aplicación informática para la gestión de mantenimiento automatizado (GMAO) y experiencia profesional específica.*

*O si por el contrario,*

*- No procede la retroacción de actuaciones para valorar la oferta de Agenor, sino la nulidad de todo el procedimiento si se estimara la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación previsto en el apartado 9.2.1.1 de la cláusula 1 del PCAP relativo a la experiencia profesional específica.*

*O, en su defecto, que el Tribunal resuelva lo que entienda conforme a derecho según lo expuesto en este recurso, sin ser por ello excluyente de otros extremos que se evidencien de oficio por el Tribunal, imponiéndose las consecuencias que, conforme a derecho, el Tribunal determine”.*

El 23 de octubre accede al expediente de contratación en el Hospital.

**Tercero.-** En fecha 30 de octubre el Tribunal acuerda la suspensión del procedimiento.

**Cuarto.-** El expediente y el informe del órgano de contratación se solicitan el 17 de octubre, dando cumplimiento al artículo 56 de la Ley LCSP, habiendo sido remitidos en fecha 24 de octubre. En fecha 7 de noviembre Ibérica de Mantenimiento, adjudicataria del contrato presenta escrito de alegaciones, a la impugnación de la exclusión. No se le da traslado del recurso contra la adjudicación porque es admisible según se explica en el cuerpo de este escrito, no siendo necesarias sus alegaciones para su resolución (artículo 82.4. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

resolver el recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona inicialmente legitimada para ello, al participar en el procedimiento, cuyos derechos e intereses legítimos se ven afectados por su exclusión, conforme al artículo 48 de la LCSP. A este respecto, debe señalarse que aun estimando el recurso, Agenor no resultaría automáticamente adjudicataria del contrato, dado que se encuentra incurso en presunción de temeridad por una baja del 18% sobre el precio de licitación, siendo que el umbral se establece en el Pliego en el 7%. Ello no obsta, para entender legitimada a la recurrente en la impugnación del acto de exclusión y obtener una respuesta en derecho sobre la misma, máxime habida cuenta que la decisión que tome el órgano de contratación sobre la justificación de esa baja es susceptible de revisión. No existe, en cambio legitimación para recurrir la adjudicación, pues las empresas excluidas no pueden recurrir el adjudicatario, según hemos señalado.

**Tercero.-** En cuanto al objeto de los recursos debe indicarse que estos se han interpuesto contra la exclusión de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que sería susceptible del recurso en cuanto a la cuantía (artículo 44. 1. a) de la LCSP, y en cuanto al acto recurrible, pues uno es un acto de trámite cualificado del artículo 44.2.b) de la LCSP y el otro la adjudicación del 44.2.c) Según alega la adjudicataria, Agenor recurre inicialmente un acto no susceptible de recurso, citando Resolución número 34/2019, de 30 de enero de este Tribunal y otras varias sobre la irrecurribilidad de la propuesta de adjudicación. No es una propuesta de exclusión, sino un acuerdo de exclusión publicado el 4 de octubre y adoptado por la Mesa de Contratación, a quien corresponde esa competencia. Como textualmente dice: *“en función de las competencias atribuidas, en virtud del art. 326.2 de la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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, a las mesas de contratación y una vez calificada la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141 de la citada Ley, se acuerda la*

*exclusión del procedimiento de los siguientes licitadores, según informe técnico presentado por el Servicio Promotor”.*

No solo es recurrible este acto, sino que posteriormente recurre la adjudicación.

En realidad al ser solo dos licitadores la impugnación de la exclusión en la última fase de aplicación de criterios automáticos de adjudicación conlleva la impugnación de la propia adjudicación, tal y como se recogió en el Acuerdo de suspensión del Tribunal: *“en el caso presente se da la particularidad que por la tramitación de este procedimiento donde solamente existen dos licitadores la eventual estimación del recurso, podría hacer recaer sus efectos directamente sobre el adjudicatario, que todavía no ha sido oído en el expediente. En estas circunstancias la impugnación de la exclusión del recurrente, acuerdo adoptado con la aplicación de los criterios automáticos en la última Mesa, es simultánea y materialmente una impugnación de la adjudicación”.*

Los recursos se interponen en plazo. Publicada el acta donde se acuerda la exclusión el 4 de octubre, se interpone el 17 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles desde que tuvo conocimiento del acto (artículo 50.1.c LCSP).

Con fecha 10 de octubre de 2019, a Agenor se le notifica la Resolución de adjudicación del expediente referenciado, interponiendo recurso el 30 de octubre, dentro igualmente de los quince días hábiles del artículo 50.1.d) de la LCSP.

No existe legitimación de las empresas excluidas para impugnar la adjudicación.

**Cuarto.-** Se acredita la representación del firmante de los recursos.

**Quinto.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, procede la acumulación de ambos

recursos que figuran en el encabezamiento.

**Sexto.-** Se interpone recurso contra la exclusión, alegando lo siguiente:

**Motivo primero.-** En primer lugar, Agenor esgrime que no se le ha dado respuesta cuando se solicitaron aclaraciones a sus preguntas en julio. Subsidiariamente, alega que debió ampliarse el plazo de licitación, por el tipo de respuestas a sus aclaraciones. Aporta una serie de correos electrónicos cruzados con el órgano de contratación. Más que motivo de recurso esta alegación es introductoria al recurso propiamente dicha y sirve de soporte argumental al mismo.

Según contesta el órgano de contratación *“Conscientes del interés del recurrente por optar a la licitación, se realizó un gran esfuerzo desde el servicio de contratación y el servicio de mantenimiento por responder a su extenso documento de dudas, en el mínimo plazo, remitiendo las aclaraciones el 29 de agosto (Fecha fin de presentación de ofertas el 3 de septiembre de 2019 (...)).Continúa su recurso, manifestando que a tenor de las respuestas facilitadas se debería haber ampliado el plazo de presentación de ofertas, dado que se han incluido modificaciones sustanciales. Estas aseveraciones no han sido compartidas por el órgano de contratación, que entendió que la redacción de la solvencia económica beneficia a todos los licitadores y que de la simple lectura del artículo 87 1.a) se podía comprobar que era un mero error de transcripción, siendo el resto de respuestas facilitadas simples aclaraciones a diferentes puntos de los pliegos (...).Dentro del recurso cuestiona la redacción del pliego técnico y administrativo, con una intención clara de influir en ellos para salir beneficiado, circunstancia que debería haber plasmado en una fase procedimental anterior interponiendo recurso a los pliegos, en lugar de presentar oferta a la licitación aceptando plenamente su contenido, atribuyendo oscuridad en su redacción y mala fe en el comportamiento del órgano de contratación y su personal adscrito”.*

Por este Tribunal se comprueba que efectivamente, como consta en el antecedente primero, las aclaraciones se publicaron el 29 de agosto.

En cualquier caso, la impugnación del Pliego o de la no ampliación del plazo para licitar son extemporáneas. En cuanto a este último podría ser un acto recurrible, siempre que hubiera determinado la imposibilidad de continuar el procedimiento o le hubiera producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (artículo 44.2.b) LCSP, pero sería igualmente extemporánea su recurso contra este extremo.

El recurrente ha participado en el procedimiento y como es sabido la mera presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (artículo 139 LCSP).

Por ello no puede recurrir los Pliegos si previamente ha presentado proposición (artículo 50.1.b de la LCSP), sin perjuicio de lo dispuesto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Esta primera parte ocupa 21 folios de su extenso recurso de 112 y no puede ser objeto de consideración como motivo de impugnación, aunque se valora como elemento interpretativo del resto de motivos del recurso.

**Motivo segundo.-** Agenor es excluido por no superar el umbral mínimo en los criterios cualitativos de forma automática por aplicación de fórmulas, tal y como se indica en el punto 9.2.1. de la Cláusula 1 del PCAP y en el art. 146.3 apartado segundo de la LCSP, es decir 30 puntos sobre 60, cuando solo obtiene 15.

Se impugna, en primer término, su valoración con 0 puntos del criterio *“disponibilidad de un equipamiento electromédico de sustitución”*, porque *“no se dispone de un conjunto mínimo de equipamiento electromédico a disposición del hospital para su sustitución en caso de emergencia”*. 0 puntos tiene también el adjudicatario.

El medio de acreditación de este extremo es tal y como señala el punto 9.2.1.2 de la cláusula primera del PCAP el listado de facturas: *“documentación acreditativa del cumplimiento: listado de facturas que acreditan la disponibilidad del equipamiento de sustitución (se indicará la denominación, marca, modelo y nº de serie)”*.

Según el recurrente *“en función de todos los parámetros anteriormente señalados, esta parte presenta, dentro del plazo de presentación de ofertas, y junto con el resto de los documentos, el listado de facturas junto con las facturas correspondientes, de todos los equipos que se encuentran dentro del baremo de 15 puntos, lo cual, acreditaba la disponibilidad del equipamiento de sustitución y la consecuencia automática debía ser que Agenor obtuviese la puntuación referenciada. La sorpresa de esta parte es mayúscula cuando, tanto el anexo I del acta n.º 82/2019, como el acuerdo de exclusión, de fecha 2 de octubre de 2019, de la mesa de contratación, reflejan que, en el criterio relativo a la ‘disponibilidad de equipamiento electromédico de sustitución’, Agenor acaba recibiendo 0 puntos de los 15 posibles en base a la siguiente justificación: analizado el conjunto mínimo de equipamiento incluido de sustitución (marcas, modelos, etc.), a disposición del Hospital en caso de emergencia, no se considera suficiente en cuanto a la funcionalidad, capacidad técnica y diagnóstica, el monitor multicanal y el electrocardiógrafo. En ambos casos, las marcas y modelos incluidos no son aptos para ser sustituidos por los actuales equivalentes existentes en el Hospital en caso de Emergencia, es decir, de forma inmediata y sin necesidad de realizar configuraciones o instalaciones adicionales, no cumpliendo con la funcionalidad asistencial, capacidad técnica y diagnóstica, así como econtrol y la supervisión remota de las constantes vitales y el resto de los parámetros asociados a la actividad asistencial requerida por el paciente”*.

Agenor sostiene que se ha sustituido un criterio objetivo evaluado objetivamente mediante la disponibilidad de las facturas de los equipos de sustitución por una evaluación subjetiva sobre la compatibilidad de los equipos de sustitución con los actuales, extremo que, además, se combate.

A todo lo cual el órgano de contratación contesta lo siguiente: *“La primera alegación está referida al segundo criterio, que no ha podido ser valorado dado que no ha presentado factura de dos equipos de soporte vital de suma transcendencia en el hospital para situaciones de emergencia y que el centro requiere de una disponibilidad Inmediata, perfectamente parametrizados para sustituirlos sin ningún tipo de intervención de técnicos o del propio fabricante.*

*No se cuestiona, que los equipos aportados por el recurrente no puedan ser funcionales, sino que si el licitador pretendía obtener puntuación en ese criterio debía aportar un equipo que sustituya con las mismas prestaciones y en las mismas condiciones de uso del equipo original que figura en el inventario aportado en la licitación.*

*A ninguna persona conocedora del medio hospitalario – recordemos nuestro hospital dispone de más de 600 camas - puede cuestionar que en caso de emergencia no se disponga de un electrocardiógrafo o monitor multicanal ‘extra’ que permitan una funcionalidad puntual, pero lo que se pretendía puntuar en los criterios era que los equipos aportados fueran idénticos para no requerir intervención ajena a los sanitarios que lo usan habitualmente”.*

El informe del Jefe de Mantenimiento del Hospital profundiza sobre este extremo de la sustitución: *“Analizado el conjunto mínimo de equipamiento incluido de sustitución (marcas, modelos, etc.), a disposición del Hospital en caso de Emergencia, no se considera suficiente en cuanto a la funcionalidad, capacidad técnica y diagnóstica, en los equipos: monitor multicanal y el electrocardiógrafo. En ambos casos, las marcas y modelos incluidos no son aptos para ser sustituidos por los actuales equivalentes existentes en el Hospital en caso de Emergencia, es decir, de forma inmediata y sin necesidad de realizar configuraciones o instalaciones adicionales, no cumpliendo con la funcionalidad asistencial, capacidad técnica y diagnóstica, así como el control y la supervisión remota de las constantes vitales y el resto de los parámetros asociados a la actividad asistencial requerida por el Hospital.*

*Reiteramos la respuesta, insistiendo en que se ha analizado que dichos equipos*

*puedan sustituirse en caso de emergencia, es decir, de forma inmediata. Esto implica que no se requiera ningún tipo de configuración o actuación adicional por parte de personal técnico, fabricante, etc. Debe ser el propio usuario (auxiliar de enfermería, enfermero o facultativo) el que realizará la conexión de dichos equipos al paciente (electrodos, sondas y transductores) de forma que puedan estar operativos a la mayor brevedad posible.*

*Tanto en el caso del electrocardiógrafo, como en el del monitor multiparametrico, incluidos en la documentación entregada por el Licitador, los parámetros de pacientes de los que se requiere observación y supervisión (constantes vitales, parámetros anestésicos y gráficas, trazas electrocardiográficas y valores de interpretación, etc.) no cumplen funcionalmente los requisitos técnicos valorados en los Servicios críticos donde irían destinados, por lo tanto asistencialmente no son Aptos”.*

Igualmente Ibermansa, que tampoco tiene puntuación por este epígrafe, afirma que no existe juicio de valor en la evaluación de los técnicos sino aplicación automática de criterios basada en las facturas, pues aporta facturas de equipos que no pueden sustituir a los actuales, es decir, afirma que la no sustituibilidad se deduce de las propias marcas y modelos que figuran en las facturas, tal y como deduce de la siguiente transcripción que hace del informe técnico: **“Analizado el conjunto mínimo de equipamiento incluido de sustitución (marcas, modelos, etc.) a disposición del hospital en caso de emergencia, no se considera suficiente en cuanto a su funcionalidad, capacidad técnica y diagnóstica, el monitor multicanal y el electrocardiógrafo. En ambos casos las marcas y modelos incluidos no son aptos para ser sustituidos por los actuales** equivalentes existentes en el hospital en caso de emergencia, es decir, de forma inmediata y sin necesidad de realizar configuraciones o instalaciones adicionales, no cumpliendo con la funcionalidad asistencial, capacidad técnica y diagnóstica, así como así como el control y la supervisión remota de las constantes vitales y el resto de los parámetros asociados a la actividad asistencial requerida por el paciente”

(la negrita en el escrito de alegaciones). Según Ibermansa, el criterio es automático porque según resalta de lo destacado con negrita de las marcas, modelos y números de serie, dedujeron directamente los técnicos que los

aparatos no cumplían la condición de la sustituibilidad.

A juicio de este Tribunal en la aplicación del criterio de adjudicación *“disponibilidad de un equipamiento electromédico de sustitución”*, se han introducido juicios no enteramente automáticos o por aplicación de fórmulas, en la medida en que se existen elementos valorativos derivados de la sustituibilidad inmediata o urgente de unos equipos por otros. El análisis de que los equipos *“puedan sustituirse en caso de emergencia, es decir, de forma inmediata”*, por el propio usuario del equipo sin ningún tipo de configuración o actuación adicional es una valoración que se hace mediante un examen técnico.

El acta publicada en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid recoge los motivos de no obtener más que 0 puntos (sin referencia a facturas, incluidas las de soporte vital del informe del órgano de contratación): *“analizado el conjunto mínimo de equipamiento incluido de sustitución (marcas, modelos, etc.), a disposición del Hospital en caso de emergencia, no se considera suficiente en cuanto a la funcionalidad, capacidad técnica y diagnóstica, el monitor multicanal y el electrocardiógrafo. En ambos casos, las marcas y modelos incluidos no son aptos para ser sustituidos por los actuales equivalentes existentes en el Hospital en caso de Emergencia, es decir, de forma inmediata y sin necesidad de realizar configuraciones o instalaciones adicionales, no cumpliendo con la funcionalidad asistencial, capacidad técnica y diagnóstica, así como el control y la supervisión remota de las constantes vitales y el resto de los parámetros asociados a la actividad asistencial requerida por el paciente”*.

Este es el motivo objeto de impugnación y de análisis por este Tribunal Administrativo.

El licitador adjudicatario obtiene la misma puntuación y por idéntico motivo, La sustituibilidad inmediata derivada de *“la funcionalidad asistencial, capacidad técnica y diagnóstica, así como el control y la supervisión remota de las constantes vitales y el*

*resto de los parámetros asociados a la actividad asistencial requerida por el paciente”, impiden afirmar que se haya hecho un juicio automático. Y es una información que no se deriva de la mera factura donde figuran las marcas y modelos de los aparatos.*

La evaluación conforme a criterios valorativos, subjetivos o técnicos de un criterio descrito como automático en el Pliego se deduce también de la descripción meramente nominal de los equipos que se requieren para esa sustitución, pues no se incluyen más que equipos materiales, sin referencia alguna a su capacidad como equipos sustitutos.

Se otorgan 15 puntos *“si se dispone de un conjunto mínimo de equipamiento electromédico (al menos 1 equipo de cada ítem) a disposición del hospital para su sustitución en caso de emergencia’, que deberá incluir (‘equipos por familia’):*

- *Equipos de ventilación y anestesia:*

- *Ventiladores- Equipos de anestesia.*

- *Equipos de laboratorio anatomía patológica:*

- *Cabina de flujo laminar.*

- *Procesador de tejidos.*

- *Centrifugas.*

- *Equipos quirúrgicos:*

- *Electrobisturí.*

- *Aspirador quirúrgico.*

- *Capnógrafos.*

- *Calentador de mantas.*

- *Consola motor cirugía plástica.*

- *Equipos diagnósticos por imagen:*

- *Ecógrafos.*

- *Sondas de ecógrafo.*

- *Equipos de diagnóstico:*

- *Electrocardiógrafos.*

- *Espirómetros.*

- *Monitor multicanal.*

- *Pulsioxímetro.*
- *Detector fetal.*
- *Equipos de rehabilitación:*
  - *Electroestimuladores.*
- *Equipos dentales:*
  - *Consola dental.*
  - *Micromotor dental.*
  - *Piezas de mano.*
  - *Polimerizadora.*
- *Equipos varios:*
  - *Nebulizador.*
  - *Desfibrilador.*
  - *Nevera de medicamentos.*

*‘Si se dispone de un conjunto mínimo de equipamiento electromédico (al menos 1 equipo de cada ítem) a disposición del Hospital para su sustitución en caso de emergencia, se otorgarán 10 puntos (‘equipos por familia’):*

- *Equipos de ventilación y anestesia:*
  - *Ventiladores.*
  - *Equipos de anestesia.*
- *Equipos de laboratorio anatomía patológica:*
  - *Centrífugas.*
  - *Equipos quirúrgicos:*
    - *Electrobisturí.*
    - *Aspirador quirúrgico.*
    - *Capnógrafos.*
    - *Calentador de mantas.*
    - *Consola motor cirugía plástica.*
- *Equipos diagnósticos por imagen:*
  - *Ecógrafos.*
  - *Sondas de ecógrafo.*
- *Equipos de diagnóstico:*

- *Electrocardiógrafos.*
- *Espirómetros.*
- *Monitor multicanal.*

*‘Si no se dispone de un conjunto mínimo de equipamiento electromédico a disposición del hospital para su sustitución en caso de emergencia, se otorgarán 0 puntos’.*

Es decir, no hay mención alguna a evaluación de los equipos sino a los elementos o componentes de cada uno de ellos, agrupados por familias. Y en caso de evaluación no podría ser un criterio automático o por mera aplicación de fórmulas.

En el Pliego aparece claramente tasada la puntuación (15, 10 y 0 puntos), así como la forma de obtenerla: poner a disposición del Hospital para sustitución esos equipos citados. Y finalmente, la forma de acreditar la disponibilidad de los equipos: *“listado de facturas que acrediten la disponibilidad del equipamiento de sustitución (se indicará la denominación, marca, modelo y número de serie)”.*

Los conceptos mismos de posibilidad de sustitución inmediata en caso de emergencia por los propios usuarios sin adaptaciones o configuraciones, funcionalidad asistencial, capacidad técnica, etc., son indeterminados, requieren de una evaluación técnica y, por ello, no son susceptibles de introducción en la valoración de criterios automáticos de adjudicación, cuya característica es que no hay actividad subjetiva alguna del que realiza su ponderación.

A mayor abundamiento, la obligación del *“mantenimiento sustitutivo”* es del adjudicatario y se describe en el punto 3.3.4. del PPT del siguiente modo: *“consiste en la sustitución temporal de aquellos equipos averiados que por su criticidad no puedan dejar de prestar servicio por su clasificación de equipo crítico o urgente (equipos de soporte vital y endoscopia) y cuya reparación no sea posible en los plazos establecidos”.* Siendo una obligación del adjudicatario, igualmente lo son las adaptaciones o configuraciones necesarias (o del fabricante), y no de los usuarios. Se presume que la instalación y puesta en funcionamiento del aparato sustitutivo la

realizarán los propios técnicos de electromedicina o los proveedores o fabricantes del aparato, no los usuarios de los mismos. En otro caso no se explica que se exija como solvencia técnica experiencia en al menos los tres últimos años en mantenimiento de estos aparatos.

Tan valorativa o técnica es la puntuación que Agenor dedica 23 folios de su recurso a valorar los equipos ofertados desde la perspectiva de su capacidad de sustituir de forma urgente a los existentes, a su funcionalidad asistencial, capacidad técnica y diagnóstica. Es decir, que es un criterio susceptible de ser considerado como valorativo, pero el Pliego optó por configurarlo como un criterio automático.

En contra de lo argumentado por la adjudicataria el que los técnicos sean capaces de puntuar solo con la marca y modelo que figura en la factura no significa que no exista una valoración, una mediación técnica, que convierta el criterio en automático. Aun suponiendo que conozcan perfectamente todos los aparatos sustitutivos ofertados y los existentes en el Hospital, no significa que no exista valoración y el criterio de adjudicación sea automático o por aplicación de fórmulas.

Procede la estimación de este motivo de recurso, con retroacción de actuaciones, pues no existe constancia documental de si el recurrente y el adjudicatario aportaron o no esos equipos de sustitución, y sus facturas, no admitiendo este criterio otra valoración que la automática: se han ofertado o no esos equipos sustitutivos y se ha acreditado por los medios de prueba consignados (facturas).

Se estima el recurso en este motivo anulando el punto 9.2.1 de la Cláusula 1ª del PCAP.

**Motivo tercero.** Se impugna que el criterio relacionado con el programa o aplicación informática para la gestión de mantenimiento automatizada (GMAO) no se ha valorado conforme a Pliego.

Es también un criterio automático, que otorga 10 puntos, a la disponibilidad de un “*programa o aplicación informática para la gestión de mantenimiento automatizada (GMAO)*”.

Si se oferta un programa o aplicación informática para la gestión de mantenimiento automatizada (GMAO), que tiene capacidad (presenta herramienta) para integrar el conjunto de datos históricos generados por el hospital (actualmente MANTHOSP 4.1): inventario, gamas de mantenimiento preventivos, correctivos, etc., se otorgarán 10 puntos. El medio de acreditación es una declaración responsable del cumplimiento que incluya una demo de programa o aplicación con la herramienta de integración, a partir de un archivo (Hoja de cálculo o base de datos).

Si se oferta dicho programa o aplicación y no tiene capacidad (ni presenta herramienta) para integrar el conjunto de datos históricos generados por el hospital (actualmente MANTHOSP 4.1): inventario, gamas de mantenimiento preventivos, correctivos, etc., se otorgarán 0 puntos.

Sobre este programa gira la pregunta 26 del informe vinculante recogido en el antecedente segundo que tuvo esta respuesta: *“¿A qué se debe que, siendo una obligación del apartado 3.8 del PPT el que se deba implantar un programa de gestión informatizada del mantenimiento integral (GMAO) que debe ser compatible e integrable con la aplicación NEXUS-MÓDULO PM MANTENIMIENTO-, se haya previsto un criterio de adjudicación que, precisamente, lo que valora es esa integración? En todo caso, en aras de la preparación de la oferta resulta imprescindible que se nos faciliten todos aquellos extremos técnicos que tiene la aplicación NEXUS-MÓDULO PM MANTENIMIENTO-de cara a poder valorar si es posible ofertar, y por tanto, puntuar por la integración aquí referenciada. RESPUESTA El criterio de valoración objetivo incluye, además, la integración de datos históricos generados por el Hospital. En relación con el criterio de adjudicación referenciado, de acuerdo al tenor literal del apartado 9.2.1.3 de la cláusula 1 del PCAP, ¿Cómo se valoraría aquel licitador que declare que su*

*programa se integra, pero no presenta la herramienta? Respuesta: No puntuará en dicho criterio”.*

Según Agenor presenta tal programa informático. Y según el acta de exclusión: *“Analizada la documentación entregada no hemos encontrado, ni se ha demostrado, la funcionalidad de ninguna herramienta en el GMAO propuesto que proporcione la capacidad exigida en este apartado. No se ha demostrado tampoco, por otro lado, detalle sobre la parametrización de los datos históricos (exportados del GMAO Manthost 4.1) y su integración total en el sistema GMAO propuesto”.*

Aspecto en el que incide el informe del órgano de contratación, y el informe técnico: *“El GMAO propuesto por el licitador cumple con las prescripciones técnicas mínimas pero no cumple con los criterios objetivos que valoramos como mejora de las Prescripciones técnicas mínimas, en el aspecto que consideramos fundamental y que implica la integración de los datos históricos generados por el actual GMAO del Hospital. Por lo tanto es objetivo que la puntuación en este criterio sea de 0 Puntos”.* Se cita, además, resolución del Tribunal de Contratación de Galicia nº 210/2019 de 13 de septiembre *“en la que se concluye que la solución técnica aportada no demuestra la integración de un programa a otro”.*

El adjudicatario opone que la oferta de Agenor no prueba las funcionalidades requeridas.

A juicio de este Tribunal, se configura como un criterio automático lo que es encuadrable en un juicio de valor, tiene un componente técnico subjetivo. La propia Resolución del Tribunal de Contratación de Galicia refiere a que la solución técnica aportada no *prueba* la integración de programas, lo que requiere un juicio técnico, de adecuación del programa a los requerimientos exigidos. Específicamente en la Resolución de Galicia es una exigencia del Pliego de Prescripciones Técnicas, no un criterio de valoración automático.

Procede, pues, la estimación de este motivo de recurso, anulando el punto 9.2.1.3 de la cláusula primera del PCAP.

**Motivo cuarto.-** Se alega que la no puntuación de Agenor por la experiencia profesional específica ofertada resulta contraria a Pliego.

En el Pliego este criterio automático se configura as (cláusula 9.2.1.1):

<b>CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS</b>	
<b>PONDERACIÓN; Hasta 60 puntos</b>	
CADA AÑO TRABAJADO/TÉCNICO CON EXPERIENCIA PROFESIONAL EQUIVALENTE A LA EXIGIDA EN EL PPT EN HOSPITAL U. PUERTA DE HIERRO	0,6 PUNTOS (MAX. DE LA SUMA 20 PUNTOS)
CADA AÑO TRABAJADO/TÉCNICO CON EXPERIENCIA PROFESIONAL EQUIVALENTE A LA EXIGIDA EN EL PPT EN UN HOSPITAL DE TAMAÑO SIMILAR (< 500 CAMAS FUNCIONANTES)	0,3 PUNTOS (MAX. DE LA SUMA 10 PUNTOS)
CADA AÑO TRABAJADO/TÉCNICO CON EXPERIENCIA PROFESIONAL EQUIVALENTE A LA EXIGIDA EN EL PPT EN UN HOSPITAL	0,1 PUNTOS (MAX. DE LA SUMA 5 PUNTOS)

Agenor obtiene 10 puntos en el epígrafe segundo, 5 en el tercero y 0 en el primero, con la siguiente argumentación: *“Se puntúan los medios personales*

*establecidos en el Punto 4.1 del PPT: Medios Personales propios, Apartado A.1.- Personal con plena dedicación al Hospital y cuya relación numérica será inicialmente la propuesta por el licitador en su oferta.(epígrafe primero ); oferta 9 trabajadores para el desarrollo del contrato ( epígrafe Segundo ) El licitador en su autobaremo ha incluido trabajadores que no estarán adscritos al contrato y por tanto no procede incluir en este baremo a los medios personales cuya dedicación no es exclusiva en el Hospital ( epígrafe tercero)”.*

Argumenta, que de los 13 técnicos propuestos solo se valoran 9, excluyendo aquellos que no requieren dedicación exclusiva (los del epígrafe A.2 siguiente).

Lo que se valora es el currículum de los técnicos exigidos por el PPT según el PCAP, que señala junto al criterio de valoración: *“currículum vitae del personal incluido exigido en los pliegos, indicando el/los hospitales y los años en los que se acredita la experiencia profesional. Nota: se indicara, por cada técnico, los años de experiencia profesional correspondientes a cada baremo”.* El epígrafe 4.1 del PPT exige este personal: *“4.1.- Medios Personales Propios Para la realización de los trabajos descritos en el pliego se destinará al contrato el personal siguiente:*

*A.1.- Personal con plena dedicación al Hospital y cuya relación numérica será inicialmente la propuesta por el licitador en su oferta. El personal mínimo de presencia será de 1 Responsable y 8 Técnicos, con formación mínima en FP II (Electrónica) y/o Certificado de profesionalidad de nivel 3 (Título Oficial) según el R.D. 1224/2009 en Planificación, gestión y supervisión de instalación de sistemas de electromedicina y sus instalaciones asociadas (se establece un mínimo como solvencia técnica en el PCAP).*

*A.2.- Equipo de respuesta rápida, compuesto por especialistas específicos y que deberán acudir al Hospital en caso de emergencia, por parada o avería de alguno de los equipos contratados o por la realización de alguna operación de mantenimiento, que implique especial riesgo. Deberá disponer de medios de comunicación adecuados, para su localización a través de teléfono 24 horas.*

*A.3.- Responsable técnico directo del contrato, con titulación mínima de Ingeniero Técnico, con amplia experiencia en este tipo de mantenimiento y que ostente la representación de la Empresa.*

*A.4.- Asistencia técnica. Como complemento a estos medios, en la oferta técnica se indicará el organigrama de la empresa, resaltando la posibilidad y disponibilidad de sus cuadros técnicos para prestar asistencia técnica complementaria, cuantificándolos por cada especialidad”.*

El informe del órgano de contratación admite que solamente valora los técnicos ofertados del epígrafe 4.1 A.1., en contra de lo expresado en respuesta al licitador (antecedente segundo): *“PREGUNTA 29. Cuando el apartado 4.2 del PPT se refiere a que ‘Habrá de entenderse en todo caso, que el personal encargado de realizar los servicios descritos contará con reconocida experiencia (de al menos 3 años en un Hospital de complejidad y tamaño igual o superior al Hospital U. Puerta de Hierro de Majadahonda) y en su caso con la titulación específica requerida’, se hace necesario saber lo siguiente: - ¿A cuál de los grupos de trabajo del apartado 4.1 del PPT se refiere cuando menciona ‘personal encargado de realizar los servicios descritos?’. RESPUESTA Todo el personal descrito en el Apartado 4.1 del PPT”.*

Señala Agenor que en virtud de esta respuesta incluyó a todos los técnicos en su autobaremación.

Este Tribunal comprueba que la oferta técnica de Agenor comprende trece trabajadores, y según el PCAP no solo son valorables los currículos del personal con dedicación plena, sino todos los del PPT, epígrafe 4.1.

De todas formas esta alegación no es relevante al objeto del recurso, pues la razón de tener 0 puntos en el epígrafe primero del punto 9.2.1.1 no es porque la dedicación ofertada no fuera plena, sino porque no han trabajado los profesionales ofertados en el HUPH como se reconoce en el informe sobre el recurso.

Existe aquí una discordancia entre la motivación de la puntuación que figura en el anuncio de la exclusión publicada en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y las verdaderas razones de la misma, de las que el recurrente tiene conocimiento a la vista del expediente.

La motivación (“observaciones”) para los tres epígrafes de valoración del personal ofertado publicada el 4 de octubre de 2019 en el Portal de Contratación es la siguiente: *“se puntúan los Medios personales establecidos en el Punto 4.1 del PPT: Medios Personales propios, Apartado A.1.- ‘Personal con plena dedicación al Hospital y cuya relación numérica será inicialmente la propuesta por el licitador en su oferta’. Oferta 9 trabajadores para el desarrollo del contrato. El licitador en su autobaremo ha incluido trabajadores que no estarán adscritos al contrato y por tanto no procede incluir en este baremo a los medios personales cuya dedicación no es exclusiva en el Hospital”.*

Existe discrepancia entre lo que se publica en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y la voluntad real del órgano de contratación al puntuar el epígrafe primero con 0 puntos por no ofertar trabajadores que hubieran prestado servicios en el HUPH, tal y como se recoge en las actas de la Mesa y en la contestación al recurso tanto del órgano de contratación como de la empresa adjudicataria.

El Hospital afirma ahora que *“la tercera alegación se circunscribe a la autobaremación presentada para el personal adscrito al contrato, en relación al primer criterio cualitativo valorable por aplicación de fórmulas, el licitador parece obviar que el criterio se subdivide en 3 apartados, que otorgan diferente valoración si se ha trabajado **en el propio hospital, en otro de tamaño similar** y por último **en un hospital** con independencia de su tamaño (...) Según su documento de baremación, disponía de 3 trabajadores que habían trabajado en nuestro hospital, pero que no estaban incluidos en la relación de personal adscrito a la ejecución del contrato, pudiendo haber obtenido 7, 8 puntos adicionales (...) La relación de personal que adscribe al contrato en la memoria técnica, difiere de la presentada para la autovaloración, motivo por el cual no*

*se le asigna puntuación. Existe una discrepancia entre el personal de la memoria técnica con el de la autobarefacción, y que confunde el personal del PPT con el del baremo, que es un plus sobre el mismo”.*

El órgano de contratación afirma que se está valorando la experiencia en el propio Hospital en el epígrafe primero, y esta cláusula es anulable, estando incurrido en la causa 40 b) de la LCSP, que declara la anulabilidad de *“todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración”.*

Se está otorgando una ventaja a quien ya ha contratado no con la Administración, sino específicamente con el HUPH Así lo interpreta el propio órgano de contratación y la Mesa. Consta en acta 82/2019 de 19 de septiembre voto particular de la Intervención del Centro, respuesta de la Mesa y mención a Agenor: *“La representante de la Intervención realiza el siguiente voto particular: En relación a la celebración de la Mesa de Contratación de fecha 19 de septiembre de 2019, relativa al expediente GCASE 2019-8 servicio de mantenimiento integral de equipos de electromedicina, teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 132 y 145.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, como representante de la Intervención de la Comunidad de Madrid, emito voto particular quedando exenta de la responsabilidad que en su caso pueda derivarse de los acuerdos adoptados, por las razones expuestas en la mesa de apertura de la documentación administrativa del día 5 de septiembre:*

*En el apartado 9.2.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, referente a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas con una valoración de hasta 60 puntos sobre 100 se establece un umbral mínimo de 30 puntos para valorar la siguiente fase. En el primer criterio referente a la experiencia profesional ‘0,6 puntos por cada año de trabajo como técnico con experiencia profesional equivalente a la exigida en el PPT en el Hospital Puerta de Hierro se establece una puntuación máxima de 20 puntos’. La valoración de la experiencia específica en el Hospital Puerta de Hierro como criterio de valoración representa un*

*33.33% del total de la valoración de los criterios objetivos y pone en una situación ventajosa a la empresa que actualmente está realizando este servicio, resultando determinante para la exclusión de un licitador de la propuesta de adjudicación, afectando a los principios de igualdad y proporcionalidad del mencionado artículo 132. Ante las opiniones manifestadas por la representante de la intervención, varios miembros de la mesa explican de nuevo la motivación de incluir dicho criterio y que ya quedó reflejado en el acta N<sup>o</sup> 76 / 2019, de 5 de septiembre de 2019, completando las argumentaciones una vez conocido el contenido de las ofertas técnicas reales presentadas.*

*Agenor Mantenimiento, S. A., previo a la licitación, presentó un escrito con 31 preguntas sobre diferentes aspectos de los pliegos, y en su pregunta 31 hacía referencia al criterio de adjudicación que menciona la interventora, dándose respuesta y publicándose en el perfil del contratante. Como concedora de los criterios de adjudicación previstos en el pliego, - y aceptándolos al presentar oferta a la licitación -, la mercantil incluyó en su autobaremo a 3 personas que habían prestado servicios en el centro y por tanto con puntuación en este criterio, no obstante, optó por no adscribirlos al contrato y en consecuencia no ha sido posible asignarle ninguna puntuación.*

*A su vez, se aclara nuevamente, que los licitadores podían compensar la puntuación con el cumplimiento del resto de criterios técnicos para superar el umbral mínimo exigido, entendiéndose con ello que el órgano de contratación no ha vulnerado el artículo 132 de la LCSP, dado que ha proporcionado un trato igualitario y no discriminatorio a todos los licitadores en la confección de los pliegos, ajustando todas sus actuaciones a los principios de transparencia, al dar respuesta a todas las cuestiones que han formulado los licitadores y proporcionalidad, siendo la experiencia del personal adscrito al contrato un criterio de adjudicación de suma importancia para la ejecución de este contrato”.*

En el acta 76 de 5 de septiembre consta igualmente expresado en similares términos el voto contrario a la mayoría de Intervención y la justificación de la Mesa de que es necesaria la experiencia en el Hospital, aunque se afirma que solo aporta 5

puntos, lo que no se deduce de la cláusula transcrita. Lo que afirma Intervención con fundamento en el artículo 145.2 de la LCSP es que es posible valorar la experiencia como criterio de adjudicación, pero no la experiencia en el propio HUPH, que vulnera el artículo 132.

Los miembros restantes de la Mesa citan dictamen de la Junta Consultiva del Estado y afirman que la experiencia en el HUPH solo se prima con 5 puntos. Esto último es un cálculo que se hace de la diferencia de puntos entre los subcriterios primero (20) y el segundo (10) y tercero (5). Es decir, viene a afirmarse que solo se prima con 5 puntos de más que la experiencia sea en el HUPH, supuesto otros licitadores tengan la máxima puntuación en la suma de los otros dos epígrafes. El argumento de la mera diferencia de 5 puntos en la experiencia tampoco es correcto porque los tres epígrafes no se presentan como alternativos o excluyentes. Así aquella empresa cuyos técnicos tienen experiencia en el HUPH, y pueden alcanzar hasta el máximo de 20 puntos, también pueden presentar otros (o los mismos) que acumulen experiencia por los epígrafes segundo (experiencia en Hospital de 500 camas) y tercero (experiencia en Hospital). Y así ha sido efectivamente: la adjudicataria tiene en cada uno de los epígrafes la máxima puntuación posible, alcanzando por el punto 9.1.1., 35 puntos, el máximo total.

Por lo que respecta al dictamen de la Junta Consultiva del Estado en expediente 108/2018 que admite la valoración de la experiencia del personal encargado de la ejecución del contrato, lo que no recoge este dictamen es la validez de valorar la experiencia como criterio de adjudicación prestando servicios para el propio órgano que contrata.

El propio adjudicatario Ibermansa es muy claro:

*“En primer lugar, la literalidad de los pliegos es clara: la primera de las valoraciones estaba referida a la experiencia en el mismo hospital Puerta de Hierro; en caso contrario, quedaría vacía de contenido la segunda de las valoraciones relativa a experiencia en ‘un hospital de tamaño similar’.*

*-En segundo lugar, Agenor conocía perfectamente la interpretación correcta, como denota el tenor literal de la pregunta/aclaración nº 31 que en su momento realizó.*

*-En tercer lugar, la respuesta del órgano de contratación fue cristalina.*

*En cualquiera de los casos:*

*a) Ninguna vulneración del principio de igualdad existiría pues, como establece el pliego y aclaró el órgano de contratación, los pliegos puntúan el hecho de adscribir a trabajadores que hayan desempeñado sus funciones en ese hospital, con independencia de la empresa por la que hubieran estado contratados.*

*De hecho, algunos de los propios trabajadores que Agenor pretende que le sean puntuados por su experiencia en el Hospital adquirieron esa experiencia no como empleados de Agenor sino de mi representada, tal y como se pudo comprobar en el acto de apertura ¿Atenta contra la igualdad un criterio del que ella misma pretende beneficiarse? Eso prueba que lo que se valora es la experiencia del trabajador adscrito y no de la empresa en la que adquirió la misma.*

*c) En cualquier caso, una vez más, está PROSCRITO presentar una oferta, aceptando los pliegos, y querer volver ahora, de forma indirecta, a tratar de atacarlos”.*

Sobre este extremo se comprueba que formularon preguntas eventuales licitadores, que luego no concurrieron.

Ferrovial Servicios:

*“¿La experiencia tiene que ser en el hospital Puerta de Hierro o en uno de similares características?.*

*Respuesta: En función de si la experiencia profesional es en el H. Puerta de Hierro u en otro hospital (de características similares o no) se aplicará el baremo correspondiente especificado en el punto 9.2.1 del PCAP.*

*¿Si es necesario que esa experiencia sea en el Hospital Puerta de Hierro podrían facilitarnos los datos del personal actual que presta el servicio?.*

*Respuesta: No está permitido por la Ley Orgánica de Protección de Datos”.*

A juicio de este Tribunal en esta respuesta no se contesta directamente a la pregunta. Se aplicará la puntuación según sea en el Hospital Universitario Puerta de Hierro (en adelante HUPH) o en otro similar, pero ¿qué puntuación?, ¿la del epígrafe primero o la del segundo?.

Hermed Ingeniería:

*“A la vista del criterio referenciado como experiencia profesional específica del personal, nuestra empresa ha evaluado la dificultad que al respecto conlleva el obtener una puntuación competitiva en dicho apartado para compañías que no son las últimas adjudicatarias de este servicio, tras revisar las licitaciones en este hospital y sector. ¿Se ha planteado este órgano de contratación que existen empresas con cierta ventaja inicial en relación con este criterio que coinciden con la presente actualmente en el servicio? Gracias. Un saludo.*

*Respuesta: Buenos días, La valoración de la experiencia profesional específica es independiente de la vinculación laboral del personal y las empresas en el pasado o en el futuro, ya sean el actual proveedor del hospital o no para el servicio de electro-medicina. Es decir, una misma persona puede que haya tenido o tenga experiencia profesional específica en el Hospital con un proveedor y que actualmente tenga una relación laboral con otro o viceversa. Un saludo”.*

Aquí parece responderse que el personal que presta servicios para el Hospital pueda cambiar de empresa.

Y el propio recurrente Agenor:

*“En relación con esta cuestión, el apartado 9.2.1.1 de la cláusula 1 del PCAP, se refiere a ‘experiencia profesional equivalente a la exigida en el PPT’. Ahora bien, se hace necesario saber: ¿Cuál es esa experiencia profesional equivalente?.*

*Respuesta: La misma que la exigida en el PPT.*

*Siendo un criterio de valoración automática, ¿qué criterios serán tenidos en cuenta para considerar probada esta equivalencia?.*

*Respuesta: Los CV del personal (apartado 4.1 del PPT) incluido en la oferta”.*

En esta respuesta directamente se refiere a experiencia exigida en el PPT como equivalencia a los efectos del punto 9.2.1.1, con lo que se obvia que sea en el propio Hospital.

En el antecedente primero se hace mención de la tardanza en contestar a las aclaraciones de Agenor, que remite escrito en 2 de septiembre solicitando incluso la ampliación del plazo para licitar:

*“Pese a que Agenor, solicitó respuesta urgente a sus preguntas, de cara a en su caso, adoptar las medidas que considerase oportunas - incluida, evidentemente, la impugnación de pliegos - NO SE NOS CONTESTO URGENTEMENTE, y lo que es aún peor, en el caso de FERROVIAL y de Ibermansa, SI que se les respondió - como se observa en las comunicaciones publicadas, y para nuestra sorpresa-, mucho antes de la propia publicación de sus preguntas y respuestas, contando con esa información, antes que Agenor, con lo que han podido maniobrar en función de ello con tiempo suficiente, mientras que Agenor, no lo ha podido hacer ni para preparar su oferta con igual tiempo, ni para adoptar las medidas dentro del plazo inicial de impugnación de pliegos, pues no se facilitó con la celeridad debida.*

*Además, las respuestas publicadas, conllevan modificaciones sustanciales a lo recogido en pliegos a través de estas aclaraciones (entre otras, y sin carácter excluyente, extremos de solvencia, requisitos/requerimientos documentales, aspectos esenciales de las ofertas, nuevas condiciones), con lo que esto conlleva a los efectos de análisis, reevaluación, solicitud de nuevas aclaraciones, adopción de medidas en su caso (cuestionamiento/impugnación/recurso especial), o preparación de ofertas, y debiendo dichas modificaciones tener que aprobarse y dársele la misma publicidad que los pliegos y el anuncio de licitación.*

*En consecuencia, este Órgano debería dar, como mínimo, un nuevo plazo de 30 días para la presentación de ofertas, y correcta publicidad, aplicación de derecho conforme corresponde, dado que, se han realizado modificaciones de carácter sustancial”.*

De este escrito se colige una razón por la que Agenor no impugnó los Pliegos, pero igualmente que no entendió la exigencia de experiencia de los trabajadores en el propio HUPH, que ni la menciona a pesar de su sustancialidad.

Viendo las respuestas del órgano de contratación a las dudas sobre el punto 9.2.1.1 son por lo menos confusas, como confusa es la propia redacción *“experiencia profesional equivalente a la exigida en el PPT en el Hospital Universitario Puerta de Hierro”*. ¿Se requiere experiencia equivalente a la que tiene el personal del HUPH o experiencia equivalente adquirida en el propio HUPH?. Para que sintácticamente el párrafo circunscribiera la experiencia al HUPH, tendría que haber una coma (,) tras PPT, debería decir: *“experiencia profesional equivalente a la exigida en el PPT, en el Hospital Universitario Puerta de Hierro”*.

La confusión no se disipa por la comparación con la redacción del punto siguiente sobre *“hospitales similares (500 camas)”*, pues el HUPH tiene 613.

El HUPH, inaugurado hace diez años, se presenta en su web como una mera continuidad del tradicional HUPH ubicado en el barrio homónimo en la calle San Martín de Porres. Este Hospital, inaugurado en 1964, no tenía 613 camas, sino unas 250. El Pliego no concreta si la experiencia en el HUPH se refiere al actual, el de Majadahonda, o comprende también la del anterior, en Martín de Porres. En este caso, se valora una experiencia inferior a las 500 camas del epígrafe segundo de este criterio de adjudicación.

Es esta confusión la que lleva a Agenor a presentar trabajadores para el epígrafe primero, y la que le hace impugnar la puntuación recibida en los términos expuestos, no teniendo conocimiento inicial de que la interpretación del punto 9.2.1.1 era aquella de la que tiene noticia tras acceder al expediente administrativo, señalando que de haber conocido que esta era la interpretación de la cláusula hubiera impugnado los Pliegos:

*“No habiéndolo interpretado así, es por lo que Agenor presentó oferta, sumado a lo cual, como se ha señalado anteriormente, tampoco interpuso recurso en el momento procedimental establecido para ello. Especialmente, porque no sólo se contestaron a sus preguntas ya expirado el plazo de recurso (pese a haber solicitado con urgencia la respuesta en aras de valorar la procedencia, o no, de su interposición), sino que, no es hasta la publicación del Acta nº 76/2019 y, ya más claramente, con el Acta Nº 82/2019, cuando Agenor toma consciencia del propósito del Servicio Promotor y de varios miembros de la Mesa de Contratación no identificados (a salvo de la Interventora), de interpretar el subcriterio mencionado respecto a la experiencia específica en un centro concreto como es el Hospital U. Puerta de Hierro”.*

La interpretación de Agenor del epígrafe primero del punto 9.2.1.1 fue que se valoraba era la experiencia profesional *“equivalente a la exigida en el PPT en el Hospital U. Puerta de Hierro”*. Este extremo se comprueba en su oferta técnica, donde en el documento de autobaremo del punto 9.2.1.1. de experiencia profesional *“equivalente a la exigida en el PPT en el Hospital U. Puerta de Hierro”* aporta 13 trabajadores, de los cuales solo 3 trabajaron en parte en el HUPH, y a los 13 les suma 0.60 puntos por año de experiencia, alcanzando un total de 85,20 puntos, que le lleva al máximo de 20. Es claro no ha entendido el Pliego en el sentido de que solo se valoraba la experiencia en el HUPH, cosa de la que tiene conocimiento cuando pide vista del expediente y lee el voto particular de Intervención y la respuesta de los miembros de la Mesa.

La Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que *un “licitador razonablemente*

*informado y normalmente diligente” “no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión”. Como señala textualmente la Sentencia : “En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”.*

La Resolución 139/ 2017 de 28 de diciembre del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, resume esta doctrina en estos párrafos clarificadores:

*“La Resolución recurrida del OARC de Euskadi remite, a propósito de la admisibilidad del recurso indirecto contra los Pliegos a las Resoluciones 50/2017 y 80/2017 (ambas posteriores a la Resolución 28/ 2016 invocada por la recurrente) que resume en estos términos:*

*‘a) la regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial (es decir, sin perjuicio, en su caso, de otros medios de impugnación, como el previsto en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015 (RCL 2015, 1477), del procedimiento administrativo común) una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), (ver el apartado 51 de la sentencia ‘eViglo’, asunto C-538/13, EU:C:2015:166), de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad*

*jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665 (LCEur 1989, 1895) de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.*

*b) lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE con base en la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación o la exclusión, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es, por ejemplo, el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia ‘eVigillo’, en especial los apartados 27 y 48 a 68), o los supuestos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).*

*A ello cabe añadir que, apreciada la concurrencia de los requisitos exigidos para la estimación de un ‘recurso indirecto’, esto es, si se aprecia que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el recurrente y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso contra los pliegos en el plazo previsto al efecto, estará legitimado para su interposición hasta que finalice el plazo previsto para recurrir la decisión de adjudicación del contrato (sentencia ‘eVigillo’, apartado 57)”.*

En el caso presente queda acreditada la diligencia del recurrente para obtener información, la tardanza en recibir respuesta a pocos días de la finalización del plazo para licitar, la poca claridad de las explicaciones y la confusa redacción efectivamente de los Pliegos, pues el recurrente licita y se autobarema creyendo que la puntuación no

se circunscribía a los servicios prestados en el HUPH sino en Hospitales de similar dimensión. Todo ello sobre una cláusula anulable.

Por todo ello, en el caso concreto debe considerarse no relevante el que no se haya impugnado temporáneamente este punto del Pliego, a lo que se opone la adjudicataria Ibermansa en su escrito de alegaciones donde afirma expresamente que el escrito de Agenor es una impugnación indirecta de los Pliegos, inadmitida por la LCSP y la doctrina, por extemporánea y por el carácter vinculante de los mismos una vez ha presentado su oferta.

En el punto 9.2.1.1 se puntúa, hasta con 20 puntos sobre un total de 100 la experiencia en el HUPH lo que es una condición discriminatoria, cuya anulación procede conforme al artículo 57.2 de la LCSP: *“en todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones”*.

La inclusión de 20 puntos por la experiencia en el propio HUPH no solo es discriminatoria y contraria a la concurrencia, sino absolutamente inadecuada al objeto del contrato, porque lo que procedería es valorar es la experiencia en mantenimiento de aparatos de electromedicina en Hospitales de complejidad semejante al HUPH, lo que ya se regula en el epígrafe segundo de la cláusula 9.2.1.1.

Y 20 puntos no son baladí cuando el umbral para pasar la fase se cifra en 30 sobre 60.

Procede la anulación de los Pliegos conforme al artículo 57.2 de la LCSP: *“en todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”.*

Esta cláusula vulnera los artículos 1, 64.1, 132.1, 138.3 y 145.5. b) de la LCSP.

Este último, sobre los criterios de adjudicación especifica:

*“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: (...).*

*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”.*

Es absurdo el argumento que beneficiarios de esa cláusula puedan ser no una sino varias empresas, en función de la movilidad interempresarial de los trabajadores que hayan prestado servicios en el HUPH. Supuesta esta movilidad beneficiaria de la discriminación serían no una sino varias empresas y no en el mismo grado (dependiendo del número de trabajadores y años trabajados en el HUPH) pero seguiría existiendo. No todas las empresas posibles licitadores tienen trabajadores procedentes del HUPH.

En el anuncio en el DOUE no figuran descritos los criterios de adjudicación, simplemente se señala su naturaleza lo siguiente:

*“Criterios de adjudicación.*

*Los criterios enumerados a continuación.*

*Criterio de calidad - Nombre: Criterios cualitativos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas /Ponderación: 60.*

*Criterio relativo al coste - Nombre: Precio / Ponderación: 40”.*

De forma similar en el BOCAM.

Y el artículo 132 de la LCSP expresa:

*“Artículo 132. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia.*

*1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. (...).*

*2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.*

No consta que estos Pliegos fueran informados por el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad.

Procede la estimación de este motivo y la anulación de la cláusula 9.2.1.1, con retroacción de actuaciones y la elaboración de nuevo Pliego por este motivo concreto.

**Séptimo.-** Se inadmite el recurso contra la adjudicación, por encontrarse excluida en el momento de interposición del recurso. Como hemos dictaminado, las empresas excluidas no se encuentran legitimadas contra la adjudicataria.

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

## **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación formalizado por la representación de la mercantil Agenor Mantenimientos S.A. contra el acuerdo de

exclusión de la Mesa de Contratación del procedimiento “Servicio de mantenimiento integral de equipos de electromedicina con destino al Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda”, expediente número GCASE 2019-, por los motivos segundo, tercero y cuarto, con retroacción de actuaciones al momento anterior a la elaboración de los Pliegos, redactando otros distintos conformes a esta Resolución y procediendo a nueva licitación de estimarlo procedente.

**Segundo.-** Inadmitir el recurso interpuesto contra la adjudicación por las razones expuestas.

**Tercero.-** Se acuerda la acumulación de los recursos 573/2019 y 591/2019.

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

**Quinto.-** Se levanta la suspensión del procedimiento.

**Sexto.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

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