

**Recurso nº 154/2018****Resolución nº 5/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 14 de xaneiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. L.B.P. actuando en nome e representación de IBÉRICA DE MANTENIMIENTO S.A. contra a resolución de adxudicación do lote 1 do contrato do servizo de mantemento do equipamento electromédico e outro equipamento da EOXI de Lugo, Cervo e Monforte de Lemos, expediente AB-EIL1-18-003, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

**ANTECEDENTES DE FEITO**

**Primeiro.-** Pola Xerencia de Xestión Integrada (EOXI) de Lugo, Cervo e Monforte de Lemos do Servizo Galego de Saúde convocouse a licitación do contrato do servizo de mantemento do equipamento electromédico e outro equipamento cun valor estimado declarado de 7.003.200,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE, BOE e Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 07.03.2018 e no DOGA o 09.03.2018.

**Segundo.-** O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).

**Terceiro.-** O recorrente impugna o acordo de adxudicación do lote 1 á empresa ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA S.L. (ALTHEA en adiante) por entender que a mesma debeu ser excluída do procedemento de licitación por adiantar no sobre B información correspondente ao sobre C. Igualmente entende que a súa oferta foi incorrectamente valorada.

A mesma argumentación fundamenta a súa impugnación da oferta da empresa AGENOR MANTENIMIENTOS S.A. (AGENOR en adiante), segunda clasificada na licitación.

**Cuarto.-** O día 26.12.2018 IBÉRICA DE MANTENIMIENTO S.A. (IBERMAN S.A. en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

**Quinto.-** Coa mesma data reclamouse o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 02.01.2018.

**Sexto.-** Trasládouse o recurso aos interesados con data 03.01.2019, recibíndose as alegacións das empresas AGENOR e ALTHEA.

**Sétimo.-** Este Tribunal, en sesión do día 03.01.2019 acordou manter a suspensión do procedemento derivada do artigo 53 LCSP.

## FUNDAMENTOS DE DEREITO

**Primeiro.-** Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos

procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

**Terceiro.-** O recorrente foi o terceiro clasificado no procedemento de licitación e solicita a exclusión das empresas situadas en primeiro e segundo lugar, ou ben que se reduza a súa puntuación, polo que a estimación do seu recurso lle suporía obter un beneficio na súa esfera xurídica que permite apreciar a existencia da debida lexitimación.

**Cuarto.-** O acordo de adxudicación foi publicado no perfil do contratante o 04.12.2018 e notificado o 07.12.2018, polo que o recurso foi interposto en prazo.

**Quinto.-** Impúgnase o acordo de adxudicación dun contrato de servizos superior a 100.00 euros, polo que o recurso é admisible neses aspectos.

**Sexto.-** O recorrente defende como motivo de exclusión que as dúas licitadoras que a preceden na puntuación adelantaron no sobre B información correspondente ao sobre C. Ademais, fronte á adxudicataria alega o incumprimento do previsto no PPT no apartado referido ao mantemento correctivo.

Igualmente, alega a errónea valoración das dúas ofertas no referente ao criterio de valoración automática correspondente ao número de acordos de colaboración.

Por último, solicita que este Tribunal lle conceda acceso ao expediente alegando que non se permitiu o exame da maior parte da documentación das outras licitadoras en base unicamente ás xenéricas declaracións de confidencialidade efectuadas por estas.

**Sétimo.-** O órgano de contratación oponse aos argumentos do recorrente, indicando que non se adelantou información relevante na valoración do sobre C, que non se produciu incumprimento do PPT e que as ofertas das licitadoras foron correctamente valoradas.

Ademais, alega que se permitiu ao recorrente o acceso ao expediente de xeito correcto.

**Oitavo.-** AGENOR nas súas alegacións apoia as argumentacións da recorrente en tanto críticas coa actuación da adxudicataria, solicitando a exclusión desta, e

oponse ao recurso no que afecta á súa posición na licitación, segundo sinalaremos nesta resolución.

ALTHEA oponse aos argumentos do recurso indicando que non procede a súa exclusión da licitación nin alteración das puntuacións da mesma.

**Noveno.-** En primeiro lugar, debemos referirnos á tramitación seguida polo órgano de contratación respecto ás solicitudes de acceso ao expediente e á confidencialidade das ofertas.

O recurrente sinala que lle foi indebidamente restrinxido o acceso ás outras ofertas pois unicamente se fundou nas declaracións de confidencialidade efectuadas de forma xenérica polas licitadoras, sen que existise a necesaria análise ao respecto do órgano de contratación.

O órgano de contratación indica que, unha vez solicitado o exame do expediente, concedeu audiencia aos licitadores aos efectos de que sinalasen novamente que partes da documentación entendían como confidencial, pois xa o realizaran inicialmente nas súas ofertas. Da lectura do expediente compróbase que as licitadoras ALTHEA e AGENOR declararon como confidencial a práctica totalidade da súa oferta técnica.

Ademais, engade o órgano que o informe de valoración está suficientemente fundado e contén información detallada das ofertas técnicas dos licitadores que permiten o seu coñecemento polo recurrente.

Pois ben, este Tribunal xa se pronunciou en diversas ocasións ao respecto da confidencialidade nas ofertas. Como indicamos na nosa Resolución 114/2018 *“no conflito entre o dereito de defensa do licitador impugnante e o dereito á protección dos intereses comerciais de quen é adxudicatario, necesariamente débese atopar un equilibrio que, protexendo eses intereses, non desvirtúe o dereito dun licitador a interpoñer un recurso fundado”*.

Son varias as Resolucións dos Tribunais Administrativos que esixen nese sentido un exame por parte do órgano de contratación de se os extremos declarados

confidenciais polos licitadores merecen tal carácter. Así, a Resolución 110/2015 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid sinala:

*“En la ponderación entre el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación comercial, se revela como fundamental la motivación de las causas por las que no se autoriza el examen de determinados documentos”*

Aquí non apreciamos que neste caso o órgano de contratación procedese a esa necesaria valoración con carácter previo a conceder o acceso ao expediente, limitándose unicamente a validar as declaracións de confidencialidade efectuadas polas licitadoras, sen que conste motivación concreta ao respecto da documentación que non foi facilitada.

Agora ben, na acta de acceso ao expediente polos representantes da recorrente o día 21.12.2018 que se acompaña ao recurso, consta expresamente que estes solicitaron ver *“la documentación relativa a los mantenimientos correctivos y las mejoras en dotación de equipos mínimos de sustitución”* e que se lle permitiu comprobar neses aspectos que a información valorada no informe técnico figura na oferta técnica das licitadoras. Nas alegacións expresadas nesa acta, os representantes da recorrente sinalan expresamente que *“no se solicitó acceso a toda la documentación del sobre B”* e reiteran novamente a referencia á documentación relativa aos mantementos correctivos e melloras na dotación dos equipos.

Situados xa no ámbito deste recurso, debemos desestimar o acceso solicitado polo recorrente nesta fase de recurso aos sobres B e C das licitadoras. En canto ao sobre C a súa petición carece de sustento, pois o mesmo non estaba amparado polas declaracións de confidencialidade nin, en definitiva, consta no expediente que non se lle permitise polo órgano de contratación o acceso ao mesmo. En canto á documentación do sobre B, como vimos anteriormente os representantes de IBERMAN S.A. limitaron ante o órgano de contratación a súa petición de acceso a dous aspectos concretos da documentación, polo que non cabería xa ampliar neste momento ese acceso a aspectos diferentes dos solicitados previamente.

Polo que se refire á documentación relativa aos mantementos correctivos o recorrente tivo un acceso meramente parcial, se ben o mesmo foi suficiente para fundamentar o seu recurso e para que este Tribunal, na súa función revisora, poida examinar esa parte da documentación en base aos motivos de impugnación, non sendo necesario polo tanto conceder un novo acceso.

E no relativo ás melloras na dotación de equipos mínimos, no texto do recurso non se fai mención de infracción ao respecto, nin crítica ao informe de valoración, nin alegación que permita fundamentar o interese en comprobar esa parte da documentación, tendo en conta ademais, e isto é relevante, que o informe técnico sinala detalladamente os equipos propostos por cada licitador como melloras, polo que tampouco se xustifica motivo suficiente para conceder o exame desa documentación.

En conclusión, procede denegar o acceso ás ofertas solicitado.

**Décimo.-** Como xa advertimos, o recorrente dirixe a súa impugnación contra a primeira e segunda clasificadas no procedemento, polo que necesariamente debemos ter en conta que a lexitimación *ad causam* pivota sobre a efectiva posibilidade de que a estimación dos argumentos impugnatorios permitan ao recorrente adquirir a condición de adxudicatario.

Nese sentido, referirémonos en primeiro lugar nesta Resolución aos motivos de impugnación no que se refire á oferta da segunda clasificada.

O recorrente alega que AGENOR debeu ser excluída do procedemento de contratación por anticipar no sobre B información a incluír no C, concretamente no apartado relativo ao tempo de mantemento correctivo.

O PCAP na súa cláusula 5.5 sinala como documentación a incluír no sobre C polos licitadores referida a un criterio avaliable automaticamente a “*mejora en tiempo de resolución de avisos normales, urgentes y críticos*” segundo o modelo do Anexo VI, engadindo a cláusula 6.5.1 que se valorará cun máximo de 6 puntos.

AGENOR na súa oferta técnica -Sobre B- sinala o seguinte:

*“Tiempo de respuesta: el tiempo de respuesta máximo de atención fuera del horario de cobertura, así como las 24 horas de los festivos durante los 365 días del año es el indicado como máximo en el PPT, mejorado en la presente oferta.”*

En primeiro lugar, debemos salienta que o obxecto de que a valoración dos criterios técnicos suxeitos a xuízo de valor se realice antes de coñecer os criterios avaliables mediante fórmulas é evitar que ese coñecemento poida influenciar no procedemento de valoración, e, polo tanto, se manteña a máxima obxectividade e respecto ao principio de igualdade entre os licitadores.

Xa na nosa Resolución 40/2018 indicábamos a necesidade de analizar neste supostos as circunstancias de cada caso concreto. Así, advertíamos que a exclusión dun licitador pola inclusión indebida de documentación en sobre distinto ao que lle correspondería non é un criterio absoluto:

*“A Sentenza da Sala do Contencioso-administrativo da Audiencia Nacional de 6 de novembro de 2012, sinala a improcedencia da exclusión automática por vulnerar o carácter segredo das ofertas, por ser excesivamente formalista e contrario ao principio de libre concorrência. Indica concretamente que, aínda nun suposto como o presente en que o PCAP determine que a inclusión no sobre B de calquera información relativa aos criterios a valorar automaticamente sexa causa de exclusión, unha aplicación automática da mesma:*

*“resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia, también formulado en el art. 1 de la Ley, pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula”.*

O Consello de Estado segue ese criterio no seu ditame 670/2013, de 11 de xullo de 2013:

*“Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato”.*

Procede aclarar, polo tanto, se a información incorporada polo recorrente ao sobre B supón, por si mesma, a vulneración do segredo da súa proposición incluída no

sobre C, pois ese feito será o que determine se procedería ou non a exclusión do licitador.

Xa adiantamos que a nosa conclusión é nese sentido negativa. Os licitadores no sobre C e segundo o modelo fixado polo órgano de contratación, deberán indicar o tempo de resolución dos avisos en número de horas. E a mercantil AGENOR no seu sobre B non fai referencia a ningunha indicación temporal, ben en número ou en expresión, nin de forma directa ou indirecta, que permita anticipar o contido da súa proposta.

É máis, como sinala a propia AGENOR nas súas alegacións, a xenérica mención na que se fundamenta o recorrente, se ben consta realizada no apartado *“mantemento correctivo fuera del horario de atención con presencia física”*, non se refire en concreto a unha mellora no tempo de resolución, que é o criterio avaliable automaticamente, senón a que se mellora especificamente o tempo de resposta ante os avisos fixado no PPT, e ese concreto tempo de resposta non é, de por si, un criterio avaliable a incluír no sobre C. Nese sentido, na cláusula 3.1.1 do PPT ambos tempos, o de resposta e o de resolución aparecen definidos de xeito diferente, e con límites máximos distintos.

Así, este Tribunal entende que non procede a exclusión do licitador ao non terse vulnerado o segredo das proposicións nin ter adiantado no sobre B información a avaliar de xeito automático, xa que esa exclusión sería contraria ao principio de libre concorrência entre os licitadores.

O recorrente sinala no seu escrito, ademais, que AGENOR anticipou o contido do seu sobre B ao mellorar o Índice de dispoñibilidade fixado no PPT. Entende que, vista a fórmula dos pregos, o único elemento que ao seu entender non é constante para calcular ese índice é precisamente o tempo de redución de avarías, polo que ao sinalar no sobre B que se mellora ese índice, está indicando necesariamente ese tempo de redución.

As variables incluídas na fórmula son as seguintes:

*“-Tt: Tiempo total de uso del equipo (en horas)”*

*-Tp: Tiempo de utilizado en el mantenimiento preventivo*

*-Tc: Tiempo total de parada del equipo (horas)”*

O recurrente entende que o tempo o uso do equipo é independente do licitador, polo que non se pode variar no cálculo. E sinala que o tempo de mantemento preventivo (Tp) é constante posto que o PPT sinala que *“Los protocolos de mantenimiento preventivo para cada modelo de equipo serán como mínimo los establecidos por el fabricante”*.

Nese razoamento, a única variable a ter en conta no cálculo sería o tempo de parada dos equipos, polo que se estaría a anticipar o tempo de reparación.

O órgano de contratación no seu informe a este recurso, polo contrario, sinala que:

*“el tp (tiempo utilizado en el mantenimiento preventivo-horas) no es constante, teniendo especial importancia la organización y planificación de estos mantenimientos preventivos y técnico-legales, que incluso pueden coincidir con la realización de un mantenimiento correctivo.*

*Además, señalar que los protocolos de mantenimiento correctivo señalados por el fabricante indican las tareas mínimas a realizar pero en ningún caso establecen tiempos máximos para la realización de dichas tareas”.*

Pois ben, este Tribunal non pode acoller o argumento do recurrente. A propia referencia no escrito do recurso ao PPT indica expresamente que os protocolos serán *“como mínimo los establecidos por el fabricante”*, polo que lóxicamente poden ser superiores.

Pero é que a propia configuración da licitación permite extraer a conclusión de que o tempo de mantemento preventivo (Tp) non é constante necesariamente, ao contrario do defendido polo recurrente. Así, como criterio non avaliable de forma automática recóllense explicitamente os *“protocolos de mantenimiento preventivo, correctivo y técnico-legal”* nos que proporcionalmente se valorarán:

*“- Nivel de concreción y detalle del contenido de los protocolos por modelo de equipo.*

*- Sistemas de seguimiento de comprobación de cumplimientos de tareas (cronogramas, equipos de calibración y procedimientos) de mantenimientos preventivos, correctivos y técnico-legales.”*

E o propio informe técnico de valoración recolle diferencias apreciables entre o contido ofertado polas distintas licitadoras, o que non permite alcanzar o resultado defendido no recurso de que ese tempo de mantemento preventivo necesariamente é constante.

Incluso a propia oferta técnica da recorrente ao referirse a este mantemento preventivo sinala expresamente:

*“El plan mantenimiento preventivo podrá ser modificado anualmente, previa aprobación de cada centro, en función de los datos históricos obtenidos, ajustándose a las necesidades reales de cada uno de los centros, siempre y cuando supongan una mejora y no contravengan las recomendaciones establecidas por el fabricante y de acuerdo con la legislación vigente”.*

O que tamén contradí o argumento de que o tempo de mantemento preventivo sexa invariable.

En conclusión polo tanto, ao non ser constante o tempo de mantemento preventivo, iso impide entender que AGENOR ao fixar un índice de dispoñibilidade estea anticipando o tempo de reparación avaliable como criterio automático, tal e como defende o recorrente, polo que debemos desestimar este argumento como causa de exclusión.

**Décimo primeiro.-** O recurso argumenta, por outra parte, unha errónea valoración da documentación relativa ao criterio de valoración automática correspondente aos acordos de colaboración subscritos polos licitadores.

O primeiro ao que debemos facer referencia é a escasa concreción do contido do recurso neste apartado, no que se sinala de forma xenérica posibles incumprimentos, sen detallar os concretos acordos de colaboración que entende irregulares, nin polo tanto en que medida afectarían ao resultado das puntuacións, amparándose nas condicións *“tan precarias”* nas que se tivo acceso ao contido das ofertas.

Porén, e como xa sinalamos anteriormente nesta Resolución, o contido dos sobres C, nos que se incluían as circunstancias aquí discutidas, non foi declarado confidencial polos licitadores, nin consta na acta de acceso ao expediente asinada polos representantes da recorrente que se lles impedise dalgún xeito tal acceso ao

contido do sobre C, polo que as carencias na motivación da impugnación só ao recorrente lle serían, no seu caso, imputables.

Nese sentido, na Resolución TACGal 98/2018 xa sinalábamos que:

*“Ante todo, este TACGal en múltiples ocasións lembrou que a carga de aportar e demostrar as alegacións que sustentan á pretensión corresponde ao recorrente que o debe facer coa exhaustividade que corresponda, tendo instrumentos para tal fin como era solicitar ao órgano de contratación o acceso ao expediente, de consideralo oportuno. O que non é procedente é unicamente trasladar alegacións do que pode ou non pode ser incumplido, sen sequera afirmalo con fehaciencia nin mostralo con base ao expediente.”*

Analizando os concretos motivos de impugnación, o recorrente sinala que AGENOR en “*multitud*” dos acordos de colaboración valorados non incluíu copia do documento do fabricante que acredite como servizo técnico oficial á empresa coa que se asina o acordo de colaboración e que tampouco incluíu debidamente cumprimentada a declaración responsable recollida no Anexo VI do PCAP, sen argumentar os supostos vicios dos que esa declaración adolecería .

Pois ben, respecto á declaración responsable, si consta a mesma no expediente remitido a este Tribunal, sen que se poida apreciar vicio invalidante ao respecto, pois se axusta ao modelo fixado polo PCAP. E, en canto os acordos de colaboración, como sinala o órgano de contratación no seu informe a este recurso “*el documento del fabricante que acredite como STO solo resulta exigible, atendiendo a la previsión del pliego, si el licitador fuese un STO*”.

Polo que procede desestimar estes argumentos de impugnación.

Chegados a este punto, e en tanto en canto o recorrente non desvirtuou a posición de AGENOR como segunda clasificada no procedemento de licitación, non procede xa valorar os argumentos en contra da adxudicataria, pois en nada beneficiaría ao recorrente, que non podería xa alcanzar a posición de adxudicatario.

Nese sentido, debemos especificar que neste ámbito do recurso especial non cabe a adhesión ao recurso presentado por outro recorrente, polo que non poden adquirir relevancia impugnatoria as alegacións presentadas por AGENOR solicitando a exclusión da adxudicataria.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por IBÉRICA DE MANTENIMIENTO S.A. contra a resolución de adxudicación do lote 1 do contrato do servizo de mantemento do equipamento electromédico e outro equipamento da EOXI de Lugo, Cervo e Monforte de Lemos, expediente AB-EIL1-18-003.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.