

Recurso nº 154/2018**Resolución nº 5/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. L.B.P. actuando en nombre y representación de IBÉRICA DE MANTENIMIENTO, S.A. contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato del servicio de mantenimiento del equipamiento electromédico y otro equipamiento de la EOXI de Lugo, Cervo y Monforte de Lemos, expediente AB-EIL1-18-003, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Gerencia de Gestión Integrada (EOXI) de Lugo, Cervo y Monforte de Lemos del Servicio Gallego de Salud se convocó la licitación del contrato del servicio de mantenimiento del equipamiento electromédico y otro equipamiento con un valor estimado declarado de 7.003.200,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE, BOE y Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 07.03.2018 y en el DOGA el 09.03.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna el acuerdo de adjudicación del lote 1 a la empresa ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. (ALTHEA en adelante) por entender que la misma debió de ser excluida del procedimiento de licitación por adelantar en el sobre B información correspondiente al sobre C. Igualmente entiende que su oferta fue incorrectamente valorada.

La misma argumentación fundamenta su impugnación de la oferta de la empresa AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. (AGENOR en adelante), segunda clasificada en la licitación.

Cuarto.- El día 26.12.2018 IBÉRICA DE MANTENIMIENTO, S.A. (IBERMAN, S.A. en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

Quinto.- Con la misma fecha se reclamó el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 02.01.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 03.01.2019, recibiendo las alegaciones de las empresas AGENOR y ALTHEA.

Séptimo.- Este Tribunal, en sesión del día 03.01.2019 acordó mantener la suspensión del procedimiento derivada del artículo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el 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.

Tercero.- El recurrente fue el tercer clasificado en el procedimiento de licitación y solicita la exclusión de las empresas ubicadas en primero y segundo lugar, o bien que se reduzca su puntuación, por lo que la estimación de su recurso le supondría obtener un beneficio en su esfera jurídica que permite apreciar la existencia de la debida legitimación.

Cuarto.- El acuerdo de adjudicación fue publicado en el perfil del contratante el 04.12.2018 y notificado el 07.12.2018, por lo que el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Se impugna el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios superior a 100.00 euros, por lo que el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- El recurrente defiende como motivo de exclusión que las dos licitadoras que la preceden en la puntuación adelantaron en el sobre B información correspondiente al sobre C. Además, frente a la adjudicataria alega el incumplimiento de lo previsto en el PPT en el apartado referido al mantenimiento correctivo.

Igualmente, alega la errónea valoración de las dos ofertas en lo referente al criterio de valoración automática correspondiente al número de acuerdos de colaboración.

Por último, solicita que este Tribunal le conceda acceso al expediente alegando que no se permitió el examen de la mayor parte de la documentación de las otras licitadoras en base únicamente a las genéricas declaraciones de confidencialidad efectuadas por estas.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone a los argumentos del recurrente, indicando que no se adelantó información relevante en la valoración del sobre C, que no se produjo incumplimiento del PPT y que las ofertas de las licitadoras fueron correctamente valoradas.

Además, alega que se permitió al recurrente el acceso al expediente de manera correcta.

Octavo.- AGENOR en sus alegaciones apoya las argumentaciones de la recurrente en tanto críticas con la actuación de la adjudicataria, solicitando la exclusión

de esta, y se opone al recurso en lo que afecta a su posición en la licitación, según señalaremos en esta resolución.

ALTHEA se opone a los argumentos del recurso indicando que no procede su exclusión de la licitación ni alteración de las puntuaciones de la misma.

Noveno.- En primer lugar, debemos referirnos a la tramitación sucesiva por el órgano de contratación respecto a las solicitudes de acceso al expediente y a la confidencialidad de las ofertas.

El recurrente señala que le fue indebidamente restringido el acceso a las otras ofertas pues únicamente se fundó en las declaraciones de confidencialidad efectuadas de forma genérica por las licitadoras, sin que existiera el necesario análisis al respecto del órgano de contratación.

El órgano de contratación indica que, una vez solicitado el examen del expediente, concedió audiencia a los licitadores a los efectos de que señalaran nuevamente que partes de la documentación entendían como confidencial, pues ya lo realizaran inicialmente en sus ofertas. De la lectura del expediente se comprueba que las licitadoras ALTHEA y AGENOR declararon como confidencial la práctica totalidad de su oferta técnica.

Además, añade el órgano que el informe de valoración está suficientemente fundado y contiene información detallada de las ofertas técnicas de los licitadores que permiten su conocimiento por el recurrente.

Pues bien, este Tribunal ya se pronunció en diversas ocasiones al respecto de la confidencialidad en las ofertas. Como indicamos en nuestra Resolución 114/2018 *“en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador impugnante y el derecho a la protección de los intereses comerciales de quien es adjudicatario, necesariamente se debe encontrar un equilibrio que, protegiendo esos intereses, no desvirtúe el derecho de un licitador a interponer un recurso fundado”*.

Son varias las Resoluciones de los Tribunales Administrativos que exigen en ese sentido un examen por parte del órgano de contratación de si los extremos declarados

confidenciales por los licitadores merecen tal carácter. Así, la Resolución 110/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid señala:

“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 no apreciamos que en este caso el órgano de contratación procediera a esa necesaria valoración con carácter previo a conceder el acceso al expediente, limitándose únicamente a convalidar las declaraciones de confidencialidad efectuadas por las licitadoras, sin que conste motivación concreta al respecto de la documentación que no fue facilitada.

Ahora bien, en el acta de acceso al expediente por los representantes de la recurrente el día 21.12.2018 que se acompaña al recurso, consta expresamente que estos solicitaron ver *“la documentación relativa a los mantenimientos correctivos y las mejoras en dotación de equipos mínimos de sustitución”* y que se le permitió comprobar en esos aspectos que la información valorada en el informe técnico figura en la oferta técnica de las licitadoras. En las alegaciones expresadas en esa acta, los representantes de la recurrente señalan expresamente que *“no se solicitó acceso a toda la documentación del sobre B”* y reiteran nuevamente la referencia a la documentación relativa a los mantenimientos correctivos y mejoras en la dotación de los equipos.

Situados ya en el ámbito de este recurso, debemos desestimar el acceso solicitado por el recurrente en esta fase de recurso a los sobres B y C de las licitadoras. En cuanto al sobre C su petición carece de sustento, pues el mismo no estaba amparado por las declaraciones de confidencialidad ni, en definitiva, consta en el expediente que no se le permitiera por el órgano de contratación el acceso al mismo. En cuanto a la documentación del sobre B, como vimos anteriormente los representantes de IBERMAN, S.A. limitaron ante el órgano de contratación su petición de acceso a dos aspectos concretos de la documentación, por lo que no cabría ya ampliar en este momento ese acceso a aspectos diferentes de los solicitados previamente.

Por lo que se refiere a la documentación relativa a los mantenimientos correctivos el recurrente tuvo un acceso meramente parcial, si bien el mismo fue suficiente para fundamentar su recurso y para que este Tribunal, en su función

revisora, pueda examinar esa parte de la documentación en base a los motivos de impugnación, no siendo necesario por lo tanto conceder un nuevo acceso.

Y en lo relativo a las mejoras en la dotación de equipos mínimos, en el texto del recurso no se hace mención de infracción al respecto, ni crítica al informe de valoración, ni alegación que permita fundamentar el interés en comprobar esa parte de la documentación, habida cuenta además, y esto es relevante, que el informe técnico señala detalladamente los equipos propuestos por cada licitador como mejoras, por lo que tampoco se justifica motivo suficiente para conceder el examen de esa documentación.

En conclusión, procede denegar el acceso a las ofertas solicitado.

Décimo.- Como ya advertimos, el recurrente dirige su impugnación contra la primera y segunda clasificadas en el procedimiento, por lo que necesariamente debemos tener en cuenta que la legitimación *ad causam* pivota sobre la efectiva posibilidad de que la estimación de los argumentos impugnatorios permitan al recurrente adquirir la condición de adjudicatario.

En ese sentido, nos referiremos en primer lugar en esta Resolución a los motivos de impugnación en lo que se refiere a la oferta de la segunda clasificada.

El recurrente alega que AGENOR debió de ser excluida del procedimiento de contratación por anticipar en el sobre B información a incluir en el C, concretamente en el apartado relativo al tiempo de mantenimiento correctivo.

El PCAP en su cláusula 5.5 señala como documentación a incluir en el sobre C por los licitadores referida a un criterio evaluable automáticamente la “mejora *en tiempo de resolución de avisos normales, urgentes y críticos*” según el modelo del Anexo VI, añadiendo la cláusula 6.5.1 que se valorará con un máximo de 6 puntos.

AGENOR en su oferta técnica -Sobre B- señala lo siguiente:

“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 primer lugar, debemos destacar que el objeto de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer los criterios

evaluables mediante fórmulas es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en el procedimiento de valoración, y, por lo tanto, se mantenga la máxima objetividad y respeto al principio de igualdad entre los licitadores.

Ya en nuestra Resolución 40/2018 indicábamos la necesidad de analizar en este supuestos las circunstancias de cada caso concreto. Así, advertíamos que la exclusión de un licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto al que le correspondería no es un criterio absoluto:

“La Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, señala la improcedencia de la exclusión automática por vulnerar el carácter secreto de las ofertas, por ser excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia. Indica concretamente que, aun en un supuesto como el presente en que el PCAP determine que la inclusión en el sobre B de cualquier información relativa a los criterios a valorar automáticamente sea causa de exclusión, una aplicación automática de la misma:

“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”.

El Consejo de Estado sigue ese criterio en su dictamen 670/2013, de 11 de julio 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, por lo tanto, si la información incorporada por el recurrente al sobre B supone, por sí misma, la vulneración del secreto de su proposición incluida en el sobre C, pues ese hecho será lo que determine si procedería o no la exclusión del licitador.

Ya adelantamos que nuestra conclusión es en ese sentido negativa. Los licitadores en el sobre C y según el modelo fijado por el órgano de contratación, deberán indicar el tiempo de resolución de los avisos en número de horas. Y la mercantil AGENOR en su sobre B no hace referencia a ninguna indicación temporal, bien en número o en expresión, ni de forma directa o indirecta, que permita anticipar el contenido de su propuesta.

Es más, como señala la propia AGENOR en sus alegaciones, la genérica mención en la que se fundamenta el recurrente, si bien consta realizada en el apartado “*mantenimiento correctivo fuera del horario de atención con presencia física*”, no se refiere en concreto a una mejora en el tiempo de resolución, que es el criterio evaluable automáticamente, sino a que se mejora específicamente el tiempo de respuesta ante los avisos fijado en el PPT, y ese concreto tiempo de respuesta no es, de por sí, un criterio evaluable a incluir en el sobre C. En ese sentido, en la cláusula 3.1.1 del PPT ambos tiempos, el de respuesta y el de resolución aparecen definidos de manera diferente, y con límites máximos distintos.

Así, este Tribunal entiende que no procede la exclusión del licitador al no haberse vulnerado el secreto de las proposiciones ni haber adelantado en el sobre B información a evaluar de manera automática, ya que esa exclusión sería contraria al principio de libre concurrencia entre los licitadores.

El recurrente señala en su escrito, además, que AGENOR anticipó el contenido de su sobre B al mejorar el Índice de disponibilidad fijado en el PPT. Entiende que, vista la fórmula de los pliegos, el único elemento que a su entender no es constante para calcular ese índice es precisamente el tiempo de reducción de averías, por lo que al señalar en el sobre B que se mejora ese índice, está indicando necesariamente ese tiempo de reducción.

Las variables incluidas en la fórmula son las siguientes:

“-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)”

El recurrente entiende que el tiempo de uso del equipo es independiente del licitador, por lo que no se puede variar en el cálculo. Y señala que el tiempo de mantenimiento preventivo (Tp) es constante puesto que el PPT señala que *“Los protocolos de mantenimiento preventivo para cada modelo de equipo serán como mínimo los establecidos por el fabricante”*.

En ese razonamiento, la única variable a tener en cuenta en el cálculo sería el tiempo de parada de los equipos, por lo que se estaría anticipando el tiempo de reparación.

El órgano de contratación en su informe a este recurso, por el contrario, señala 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”.

Pues bien, este Tribunal no puede acoger el argumento del recurrente. La propia referencia en el escrito del recurso al PPT indica expresamente que los protocolos serán *“como mínimo los establecidos por el fabricante”*, por lo que lógicamente pueden ser superiores.

Pero es que la propia configuración de la licitación permite extraer la conclusión de que el tiempo de mantenimiento preventivo (Tp) no es constante necesariamente, al contrario de lo defendido por el recurrente. Así, como criterio no evaluable de forma automática se recogen explícitamente los *“protocolos de mantenimiento preventivo, correctivo y técnico-legal”* en los 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.*”

Y el propio informe técnico de valoración recoge diferencias apreciables entre el contenido ofertado por las distintas licitadoras, lo que no permite alcanzar el resultado defendido en el recurso de que ese tiempo de mantenimiento preventivo necesariamente es constante.

Incluso la propia oferta técnica de la recurrente al referirse a este mantenimiento preventivo señala 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”.

Lo que también contradice el argumento de que el tiempo de mantenimiento preventivo sea invariable.

En conclusión por lo tanto, al no ser constante el tiempo de mantenimiento preventivo, eso impide entender que AGENOR al fijar un índice de disponibilidad esté anticipando el tiempo de reparación evaluable como criterio automático, tal y como defiende el recurrente, por lo que debemos desestimar este argumento como causa de exclusión.

Décimo primero.- El recurso argumenta, por otra parte, una errónea valoración de la documentación relativa al criterio de valoración automática correspondiente a los acuerdos de colaboración suscritos por los licitadores.

Lo primero a lo que debemos hacer referencia es la escasa concreción del contenido del recurso en este apartado, en el que se señala de forma genérica posibles incumplimientos, sin detallar los concretos acuerdos de colaboración que entiende irregulares, ni por lo tanto en que medida afectarían al resultado de las puntuaciones, amparándose en las condiciones *“tan precarias”* en las que se tuvo acceso al contenido de las ofertas.

Sin embargo, y como ya señalamos anteriormente en esta Resolución, el contenido de los sobres C, en los que se incluían las circunstancias aquí discutidas, no

fue declarado confidencial por los licitadores, ni consta en el acta de acceso al expediente firmada por los representantes de la recurrente que se les impidiera de alguna manera tal acceso al contenido del sobre C, por lo que las carencias en la motivación de la impugnación solo al recurrente le serían, en su caso, imputables.

En ese sentido, en la Resolución TACGal 98/2018 ya señalábamos que:

“Ante todo, este TACGal en múltiples ocasiones recordó que la carga de aportar y demostrar las alegaciones que sustentan a la pretensión corresponde al recurrente que lo debe hacer con la exhaustividad que corresponda, teniendo instrumentos para tal fin como era solicitar al órgano de contratación el acceso al expediente, de considerarlo oportuno. Lo que no es procedente es únicamente trasladar alegaciones de lo que puede o no puede ser incumplido, sin siquiera afirmarlo con fehaciencia ni mostrarlo con base al expediente.”

Analizando los concretos motivos de impugnación, el recurrente señala que AGENOR en “*multitud*” de los acuerdos de colaboración valorados no incluyó copia del documento del fabricante que acredite como servicio técnico oficial a la empresa con la que se firma el acuerdo de colaboración y que tampoco incluyó debidamente cumplimentada la declaración responsable recogida en el Anexo VI del PCAP, sin argumentar los supuestos vicios de los que esa declaración adolecería .

Pues bien, respecto a la declaración responsable, sí consta la misma en el expediente remitido a este Tribunal, sin que se pueda apreciar vicio invalidante al respecto, pues se ajusta al modelo fijado por el PCAP. Y, en cuanto a los acuerdos de colaboración, como señala el órgano de contratación en su informe a este recurso “*el documento del fabricante que acredite como STO solo resulta exigible, atendiendo a la previsión del pliego, sí el licitador fuese un STO*”.

Por lo que procede desestimar estos argumentos de impugnación.

Llegados a este punto, y en tanto en cuanto el recurrente no desvirtuó la posición de AGENOR como segunda clasificada en el procedimiento de licitación, no procede ya valorar los argumentos en contra de la adjudicataria, pues en nada beneficiaría al recurrente, que no podría ya alcanzar la posición de adjudicatario.

En ese sentido, debemos especificar que en este ámbito del recurso especial no cabe la adhesión al recurso presentado por otro recurrente, por lo que no pueden adquirir relevancia impugnatoria las alegaciones presentadas por AGENOR solicitando la exclusión de la adjudicataria.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por IBÉRICA DE MANTENIMIENTO, S.A. contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato del servicio de mantenimiento del equipamiento electromédico y otro equipamiento de la EOXI de Lugo, Cervo y Monforte de Lemos, expediente AB-EIL1-18-003.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

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

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.