

“Servicios de mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”

AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Don Cándido Lozano Álvarez, mayor de edad, con Documento Nacional de Identidad 10.575.693-V (**ANEXO I.- FOTOCOPIA DNI**), en representación de ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.U. (**ANEXO II.- ESCRITURA DE PODER**), domicilio a efectos de notificaciones en Avda. de Europa, nº 24, 28108 Alcobendas, Madrid, y dirección de correo electrónico habilitada iberia.contratacion@althea-group.com, por el presente escrito comparece ante ese Tribunal y como mejor proceda en Derecho, interpone **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA frente al anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que rigen la contratación mediante procedimiento abierto de los “Servicios de mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”**.

ANTECEDENTES DE HECHO

- I.- Que el pasado día 19 de febrero de 2019 se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la licitación para la contratación de los “Servicios de mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”.
- II.- Que en el pliego de condiciones se contienen criterios de adjudicación que determinan, a nuestro juicio, la ilegalidad de la contratación recurrida. Ello viene determinado en particular, por el criterio que otorga 15 puntos a “Fabricantes y Acuerdos con fabricante”, y a la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor que confieren una libertad ilimitada de elección al órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) FORMALES

- 1) **Naturaleza del recurso.** Estamos ante una licitación de un contrato de servicios de valor estimado 1.750.468,65 euros €, IVA excluido. Por tanto, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.1.a) de la LCSP, cabe interponer recurso especial dada la naturaleza y cuantía del acto.

El poder adjudicador autor del acto impugnado es una entidad pública adscrita al Departamento de Salud de la Comunidad de Madrid, con lo que, conforme a la normativa aplicable, el acto recurrido es susceptible de recurso especial ante ese Tribunal de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid.

- 2) **Acto recurrido.** Los actos recurridos son el anuncio y pliego de condiciones que rigen la licitación. Todo ello es susceptible de impugnación visto lo previsto en el artículo 44.2.a) LCSP.
- 3) **Legitimación.** El recurso se interpone por persona legitimada en la que concurren los requisitos establecidos en el artículo 48 de la LCSP y en los artículos 3 y 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por tener intención de presentarse a la licitación, pudiendo verse afectados sus derechos legítimos con la redacción actual de los Pliegos, como se pondrá de manifiesto en la fundamentación de fondo.
- 4) **Plazo de interposición.** La publicación de la licitación se produjo el día 19 de febrero de 2019 en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1.a) de la LCSP, el plazo es de quince días hábiles computados desde el día siguiente al de su publicación. Esto es, con anterioridad al día 12 de marzo de 2018. Es por ello que el recurso se interpone en tiempo.

B) MATERIALES

PRIMERO.- IMPOSIBILIDAD DE VALORAR QUE EL LICITADOR SEA FABRICANTE

El artículo 9 del pliego de condiciones que rige el contrato se valora el siguiente criterio de adjudicación, que consideramos contrario a Derecho:

<u>Número</u>	<u>Descripción del criterio</u>	<u>Ponderación</u>
1	Fabricantes y Acuerdos con fabricante:	Hasta 15 puntos
	Se valorará que el licitador sea fabricante o tenga acuerdos con empresas fabricantes del equipamiento afecto al contrato, que garanticen el mantenimiento integral del mismo. Por acuerdo, o por ser fabricante, tendrá una puntuación de 15 puntos. Sólo se valorarán los acuerdos cuya justificación documental se aporte en este apartado.	

A nuestro juicio este criterio de adjudicación es contrario a Derecho.

La Administración tiene libertad de elección de los criterios de adjudicación dentro de unos límites. En particular, ni pueden vulnerarse – como aquí se hacen – las libertades más básicas de libre circulación, ni los principios de igualdad de trato y transparencia; ni pueden escogerse criterios que no tiendan a escoger la mejor oferta.

Y es que este criterio otorga 15 puntos, independientemente, si concurren cualquiera de estas dos circunstancias:

- Ser fabricante
- Tener un acuerdo con el fabricante

A nuestro juicio no puede entenderse que nos encontremos ante un criterio de adjudicación que tenga por objeto, como debiera, escoger, de entre las empresas con solvencia técnica y económica a la mejor oferta.

Como primer objetivo, resulta incuestionable, que la finalidad de la normativa de contratación pública es perseguir la búsqueda de la oferta con mejor relación calidad precio (arts. 1 y 145 LCSP).

No es admisible que siendo patente que empresas como la que represento, que tienen la capacidad para llevar a cabo este mantenimiento se vean manifiestamente discriminadas, mediante la concesión de una relevante puntuación al fabricante y a quien tenga un acuerdo con éste.

Así, consideramos que ALTHEA tiene personal capacitado, nuestra empresa tiene experiencia en el mantenimiento de estos equipos en centros públicos y privados, utilizará piezas y repuestos originales, y, obviamente, seguirá las instrucciones del fabricante. Sin embargo la restricción a la competencia que produce este criterio resulta contraria al principio de igualdad de trato y no discriminación.

Por ello consideramos que es esto lo que para lograr escoger a la oferta con mejor calidad precio debe valorarse.

Cuando la adquisición de piezas está liberalizada y teniendo nuestra experiencia que nos permite, no sólo tener los conocimientos y experiencia, sino, por ejemplo, tener piezas originales en stock para llevar a cabo la realización de la prestación ¿qué nos impide efectuar una mejor oferta que el fabricante o que quien tenga estos acuerdos?

A nuestro juicio, la libertad de libre circulación de servicios se ve limitada cuando se confiere una puntuación tan alta por ser el fabricante.

Lo anterior no nos hace desconocer que ese mismo Tribunal en su resolución 53/2019 estimó la anulación que propusimos para la licitación que sustituye a ésta, pero resolvió validando dicha cláusula. Sin embargo:

- por una parte, no compartimos dicha argumentación, y consideramos que esa conclusión es cuestionable, vista otra resolución dictada por el mismo Tribunal en otro asunto en que también fuimos parte y
- por otra, queremos ofrecer argumentos diferentes a los ofrecidos entonces y, apoyarlos, en otras resoluciones.

Así, **respecto de la primera cuestión “ser fabricante”**. Consideramos que, esta previsión debe ser anulada:

- En primer lugar, **porque valora que el licitador sea fabricante o tenga un acuerdo con él**. Ello no es posible. La oferta no puede tomar en cuenta un elemento “del sujeto”. Solo es posible valorar la oferta y no el sujeto, por más que pudiera buscarse relación con el objeto (aunque a nuestro juicio no exista).

La STJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/1998, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, afirma que “no pueden utilizarse como criterios de adjudicación características de la empresa no relacionadas con el objeto del contrato, debiendo diferenciarse así entre criterios

de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta”.

Ello recuerda a los certificados de calidad de la empresa y su imposible consideración como criterios de adjudicación. En ese caso resulta evidente que una empresa que posee un certificado de calidad va a aplicar la pertinente metodología en la ejecución del contrato. Sin embargo, es notoria su improcedente consideración como criterio de adjudicación.

Los certificados de calidad pueden exigirse solamente como solvencia nunca como criterio de adjudicación. Ejemplo de ello es la Resolución del TACRC 385/2017, de 28 de abril de 2017. Además, para ser incluido como solvencia es necesario que el certificado de calidad guarde relación con el objeto de la prestación careciendo de vinculación a la misma y no siendo posible, por tal motivo, su inclusión. Otra cuestión que ha sido problemática, al respecto de los certificados de calidad es si cabe exigirlos para contratos sujetos o no las directivas. En este sentido las Resoluciones del TARCJA 74/2013 o del TACRC 989/2015, de 23 de octubre, entre muchas otras, han puesto de manifiesto que solo es posible para contratos sometidos a regulación armonizada, y ello por la dicción literal del art. 81 TRLCSP que se refería solo a estos. Esta cuestión ha quedado solventada con la nueva LCSP.

Ese Tribunal al que nos dirigimos en su Resolución 30/2012 ya sostuvo que *“Debe partirse en este punto de la doctrina sentada en la clásica Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 Asunto C 31/87 – “Beentjes”, de que en los procedimientos de adjudicación de contratos hay que considerar fases distintas, con requisitos también distintos, la de selección de los contratistas y la de adjudicación del contrato, sin que los criterios de selección con carácter general, puedan ser utilizado como criterio de adjudicación”*.

Cabe además citar la Resolución nº 189/2014 de 7 de marzo de 2014 del TACRC que anulaba una licitación en que se tomaba como criterio de valoración “Con objeto de garantizar la fiabilidad del servicio, las empresas licitantes que acrediten mediante certificado del fabricante, estar capacitadas para realizar sobre estos equipos tareas de mantenimiento y calibración, se les asignará 50 puntos”.

En este sentido, el TACRC afirmó que **“las características o circunstancias de la empresa licitadora no deben ser valoradas para determinar la oferta**

económicamente más ventajosa. Aplicando esta doctrina al presente supuesto, es fácil comprender que el criterio de adjudicación ahora impugnado, que las empresas licitantes acrediten mediante certificado del fabricante estar capacitadas para realizar sobre estos equipos (los aparatos de control y medida de las estaciones de Inspección Técnica de Vehículos del Ejército de Tierra) tareas de mantenimiento y calibración, está directamente relacionado con las características de la empresa licitadora, y por consiguiente, no puede ser tomado en consideración para valorar las ofertas de los licitadores. Y si bien la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene admitiendo, con base en la jurisprudencia comunitaria, la posibilidad de utilizar como criterio de adjudicación un mayor número de medios personales y materiales que los exigidos en el pliego para valorar la aptitud y la solvencia (dictámenes 56/2004, y 59/2004, ambos de 12 de noviembre de 2004), en nuestro caso, la aportación de los certificados indicados no entra en tal categoría de un mayor número de medios personales y materiales. Por tanto, dicha aportación, prevista en la cláusula 7, punto 6.3 del PCAP, no puede ser apreciada como criterio de valoración de las ofertas, razón por la que procede la estimación del presente recurso”.

Y es que, el hecho de que una empresa sea un fabricante en ningún caso quiere decir que la labor de mantenimiento sea de mayor calidad. No se trata de poner en valor la empresa y su expertise – lo cual es propio de la solvencia – sino la oferta en sí misma. Estamos ante algo tan evidente como increíble.

Como señaló la Resolución nº 989/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 2 de diciembre de 2016 que afirma que *“el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no, con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas”*.

- Por otra parte, y dicho sea tanto para el análisis del criterio tanto como fabricante como en lo atinente a los acuerdos, consideramos que **en ningún caso puede decirse que el tener la condición de fabricante genera más “calidad técnica” en la oferta.** Ello porque, como adelantamos la adquisición de piezas está

liberalizada. Ocurre tanto o igual que si en un contrato de mantenimiento de vehículos premiáramos al fabricante presuponiendo que su servicio va a ser de mayor calidad. Hoy ello resulta ridículo, por más tecnológico que sea el vehículo.

Respecto a la posibilidad de valorar el contar con acuerdos con el fabricante, además de reiterar lo dicho más arriba, debemos poner de manifiesto que el criterio además de ser discriminatorio, pone de relieve un vicio importante, y que no manifestamos en nuestro recurso resuelto frente a la anterior licitación resuelta, en su día, por la mentada Resolución 53/2019 de ese Tribunal, queremos poner de manifiesto un argumento que en su día no expusimos. En particular, al no determinarse el contenido del acuerdo se está valorando el simple de tener un acuerdo con el fabricante sin especificar su alcance, su contenido, ni, en definitiva, sus condiciones.

No existe normativa específica ni general que permita esta discriminación.

En particular, creemos que no puede interpretarse de forma restrictiva de la competencia ni el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los Productos Sanitarios, ni tampoco la Circular 3/2012, de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios.

El primero de ellos, el artículo 4.4 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los Productos Sanitarios, señala que:

“... Los productos deberán utilizarse en las condiciones y según las finalidades previstas por el fabricante de los mismos. Los "productos deberán ser mantenidos adecuadamente de forma que se garantice que, durante su período de utilización, conservan la seguridad y prestaciones previstas por su fabricante (...).”

Al respecto de ello entendemos que nada tiene que ver puntuar al mantenedor por ser fabricante, cuando lo obligado es seguir las instrucciones que el fabricante debe poner en conocimiento del titular del equipo, que no es el fabricante, sino la Administración. Es decir, ningún derecho asiste al fabricante sobre el bien mueble propiedad del bien. En ese caso, el pliego puede establecerse las sanciones oportunas por defectos o demora en la reparación, pero no valorar en mayor medida un acuerdo con un fabricante.

De hecho, el artículo 1 del pliego de prescripciones técnicas ya señala que:

“La empresa adjudicataria realizará sobre los equipos objeto del contrato, las operaciones de mantenimiento preventivo, mantenimiento predictivo, mantenimiento técnico legal, mantenimiento correctivo, regulación y vigilancia necesarios para garantizar la mejor conservación de los mismos y para asegurar la obtención en cada momento de todas las prestaciones previstas por el fabricante”. Reitera la necesidad de actuar conforme lo estipulado por el fabricante, sin que ello habilite para efectuar la discriminación efectuada.

Igualmente, la Circular 3/2012, de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios obliga a que:

- La asistencia técnica se realice en la forma establecida por sus fabricantes
- Obliga al fabricante a proporcionar la información que permitir verificar que el producto está correctamente instalado y pueda funcionar correctamente.
- Obliga al fabricante a proporcionar los datos de la naturaleza y a frecuencia de las operaciones de mantenimiento y calibrado que haya que efectuar, para garantizar permanentemente el buen funcionamiento y la seguridad de los productos.
- Obliga a que la entidad que mantiene (que puede ser según la instrucción: el fabricante, su representante, el centro sanitario o, como en este caso, el SAT tenga implantado un sistema de gestión de la calidad adecuado para este ámbito y documenta la existencia y el seguimiento de tales protocolos.
- Obliga a que el personal que mantenga el equipo tenga la cualificación suficiente o la experiencia suficiente.

De este modo, tal y como dice recoge circular, y como exige el pliego, cualquier empresa debe atender en la ejecución del contrato a los protocolos que define el fabricante en cuanto al mantenimiento de los equipos, por lo que una vez aceptado que cualquier empresa puede realizar el trabajo de mantenimiento sometiéndose a estas exigencias, ¿qué ventaja aporta que el Técnico de mantenimiento que realizará el servicio pertenezca a la plantilla de la empresa A o a la de la empresa B?, o en mayor medida ¿Qué valor aporta que el personal técnico a la ejecución del contrato sea de la plantilla del Fabricante o que sea de la plantilla de Althea?

En nada se mejora el objeto del contrato que es el MANTENIMIENTO. Las labores de mantenimiento a realizar serán las descritas en el pliego de prescripciones técnicas con independencia de quien sea la empresa que las realice. Particularmente, si el régimen de obligaciones, de labores a realizar, está, como en este caso, totalmente definidos, junto con los oportunos tiempos de respuesta.

¿En qué se mejora el objeto o ejecución del contrato, el que la empresa sea o no el fabricante? Consideramos que no existe razón alguna que motive tal previsión. Cuestión distinta sería que:

- fuera necesaria una formación específica que solo el fabricante pudiera tener,
- Fuera necesario un acceso a piezas originales que sólo el fabricante o entidades con las que lo hubiera acordado,
- Hubiera de aplicarse unas instrucciones y operativas de mantenimiento “secretas” que sólo el fabricante conociera.

Probablemente, tras responder a esta reflexión ese Tribunal y el propio órgano de contratación puedan advertir que lo relevante, lo que puede ser objeto de valoración es realmente ¿Qué cualificación profesional y formación tiene el personal adscrito a la ejecución, con independencia de la empresa a la que pertenece?

No produciéndose ninguna de estas situaciones, si hay algo evidente, es que lo que se ha llevado a cabo en este pliego de condiciones mediante la introducción del criterio impugnado es:

- Una limitación de la competencia, motivada por el otorgamiento de 15 puntos – que además como luego veremos tiene como doble condicionamiento que si no se obtienen al menos 20 puntos entre este y otros 35 puntos a otorgar la empresa no es valorada.
- Una imposibilidad de que una empresa con experiencia, con personal cualificado, con acceso (porque la adquisición de estas piezas está liberalizada) obtenga la desdeñable cantidad de 15 puntos ofreciendo un trato de valor al fabricante o a otras empresas que tengan un “acuerdo” (de contenido indefinido por el pliego).

- **Por otra parte, deseamos mostrar nuestras dudas sobre la compatibilidad entre lo señalado en esta licitación con la resolución 346/2018 de 30 de octubre de 2018 relativa la anulación de la licitación del “Servicio de mantenimiento integral del equipamiento para diagnóstico por imagen del Hospital Clínico San Carlos de Madrid”.** El Tribunal afirmó entonces que *“La valoración con 10 puntos de la presentación de un certificado del fabricante sobre el cumplimiento de una prescripción técnica resulta excesiva, **no aporta calidad a la oferta y es ciertamente discriminatoria, puesto que la empresa fabricante va a contar con esos 10 puntos de partida y puede acarrear dificultades para***

el resto de licitadoras el obtener ese certificado que en definitiva queda a la decisión de un posible competidor. A mayor abundamiento en el Pliego se prevé, al menos para el mantenimiento predictivo, la realización de una prueba de cumplimiento de la prescripción.

Por todo ello debe estimarse el motivo de recurso y suprimirse el criterio de adjudicación analizado”.

El propio resumen de la publicación de esta resolución dice así “*No cabe exigir acuerdos con el fabricante para garantizar el suministro de piezas originales. Debe admitirse el compromiso*”. Por ello, si eso no es justamente lo que únicamente podría defender el poder adjudicador no nos queda lugar a dudas de la ilegalidad de la cláusula recurrida.

En definitiva, creemos que sin ser un supuesto idéntico, dicho acuerdo pone de relieve que el Tribunal consideraba la ilegalidad de la previsión por el gravamen de conseguir esos títulos o certificados del fabricante, cuando en ese caso eran 10 puntos, y no 15 como aquí ocurre.

SEGUNDO.- AUSENCIA DE PROPORCIONALIDAD DEL CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

Consideramos que el criterio consistente en valorar con 15 puntos que “el licitador sea fabricante o tenga acuerdos con empresas fabricantes del equipamiento afecto al contrato, que garanticen el mantenimiento integral del mismo” viola el principio de proporcionalidad que los criterios de adjudicación que deben tomarse en cuenta para llevar a cabo la elección de la mejor oferta.

Así, la LCSP exige que en los contratos públicos se siga el principio de proporcionalidad (Apartado III de la Exposición de Motivos).

Igualmente, el artículo 132.1 LCSP afirma que “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**”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2016, C- 171/15 que obliga a los poderes adjudicadores a “prestar especial atención al principio de proporcionalidad”.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7976) afirma que “el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”. Con base en esta sentencia, la resolución del TACRC 101/2013 de a 6 de marzo de 2013 considera inadecuada una licitación que contenía unas previsiones desproporcionadas.

En lo que aquí nos ocupa el artículo 145.5.b) LCSP al abordar los requisitos que deben tener los criterios de adjudicación obliga a que:

*“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”.*

Este principio conlleva que exista que lo valorado se ponga en relación con la finalidad perseguida por el criterio y guarde un equilibrio razonable. Suele decirse que a mayor importancia mayor debe ser la valoración de la puntuación (siguiendo la conocida regla de la “ley de la ponderación”).

La Resolución 149/2017, de 10 de mayo de 2017 del Tribunal al que nos dirigimos, aun desde otra óptica, aborda el principio de proporcionalidad, aludiendo a la doctrina fijada por las Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (TJCE/2008/312) Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y la Sentencia Caso Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano de 19 de mayo de 2009 (TJCE/2009/146), señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

Pues bien, a nuestro juicio, teniendo en cuenta todo lo expuesto en el Considerando PRIMERO de este recurso, habiendo resultado patente que no hay una limitación en la

capacidad y solvencia de los participantes que cuestionemos, sino que, se trata de que una vez procedida la admisión de los licitadores se pretende por el poder adjudicador valorar, no con uno o dos puntos, sino con 15 puntos, y de forma automática el ser fabricante, o el meramente tener un acuerdo con un fabricante.

Consideramos que existe una desproporción evidente solo por este hecho. Discutimos que pueda ser un criterio de adjudicación (Considerando Primero), pero, lo que es más, consideramos altamente desproporcionado que se otorguen a este criterio 15 puntos.

Se ha visto que lo que aporta (si es que aportase algo, cosa que consideramos resulta evidente que no) carece de un valor real.

El pliego y las propias instrucciones de operativa y labores de mantenimiento ya están fijadas, la empresa que lo lleve a cabo lo deberá hacer con personal con cualificación, utilizaremos las piezas y repuestos originales, etc.

Ello hace que el criterio, si es que pudiera valorarse no deba recibir esta alta puntuación.

Y es que, como ese Tribunal puede verificar la puntuación que se pretende otorgar al criterio de 15 puntos, lo es no de un total de 100 puntos sino tan solo de 40 puntos: entre objetivos (21 puntos) y sometidos a juicio de valor (19 puntos) (pág. 9 del PCAP).

Pero lo que es más para superar la fase de valoración (pág. 10 del PCAP) se exige obtener una puntuación mínima de 20 puntos sobre los 40 (Es decir el 50%).

“Es necesario para que la proposición pueda ser valorada en la fase decisoria, una puntuación mínima de 20 puntos (50 % del total) en el total de los criterios cualitativos (Suma de los cuantificados por juicio de valor y fórmulas)”.

Si el fabricante ya parte con una puntuación de 15 puntos sólo por ser el fabricante, sólo necesitaría 5 puntos más para pasar el corte. Es decir, 5 puntos sobre los 25 restantes. Es decir con sólo el 20% de los puntos restantes, ya pasaría el corte.

Sin embargo, cualquier otra empresa que no fuera el fabricante, ya parte con 15 puntos de desventaja, por lo que para pasar el umbral fijado y no ser excluida, necesitaría conseguir los 20 puntos de los 25 restantes. **Es decir, necesitaría un 80 % del resto de puntos para poder ser admitida.**

Consideramos esta previsión totalmente desproporcionada y contraria también al principio de igualdad de trato.

En el fondo, lo que está pretendiendo, a nuestro juicio, el órgano de contratación, como hemos señalado anteriormente, es utilizar un criterio que afecta a la “selección” de la empresa, y no de la “oferta”. Es casi un criterio de solvencia técnica. Una suerte de restricción de la valoración por la naturaleza o personificación como fabricante o entidad con acuerdo con éste.

TERCERO.- ARBITRARIEDAD DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR

El pliego recoge los siguientes criterios evaluables mediante juicio de valor.

2.2.-Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (SOBRE N° 2):

<u>Número</u>	<u>Descripción del criterio</u>	<u>Ponderación</u>
1	Calidad técnica de la Solución propuesta	Hasta 7 puntos
	-Programa y gamas mantenimiento preventivo, técnico-legal y predictivo a aplicar en los equipos del lote: Hasta 3 puntos. - Memoria organizativa, presentación de oferta técnica y protocolos de funcionamiento operativo, actuación y de emergencia a desarrollar en los equipos del lote: Hasta 3 puntos. -Programa completo de trabajo (metodología y sistemática a seguir a desarrollar en los equipos del lote): Hasta 1 punto.	
2	Equipo de Trabajo	Hasta 12 puntos
	Detalle explicativo de la cláusula 6 “Recursos Humanos” del Pliego de prescripciones técnicas, equipo de profesionales que asignará al contrato, incluyendo Responsable del contrato, debiendo aportar CV, destino profesional actual y desempeño en los últimos años, indicando períodos y fechas; recursos no habituales propios de la empresa a emplear en el servicio; recursos materiales a	
	aportar; certificaos de formación en el mantenimiento de los equipos afectos a este contrato. : Hasta 12 puntos.	
	PUNTOS MÁXIMOS	Hasta 19 puntos

El artículo 145.5 LCSP obliga a que los criterios de adjudicación cumplan los siguientes requisitos:

- a) *En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*
- b) *Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*
- c) *Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones*

que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

Sin embargo, a nuestro juicio, los “criterios” evaluables mediante juicio de valor carecen de los mínimos requisitos legales para ser lícitos.

Cuando el criterio alude al “Programa y gamas mantenimiento preventivo, técnico-legal y predictivo a aplicar en los equipos del lote” o a la “memoria organizativa” o al “programa completo”, o al “equipo de trabajo” en ningún momento se señala cómo se va a valorar esa documentación. Y en el resto de criterios ocurre exactamente igual. Se describe qué hay que presentar pero no cómo se van a valorar. El carácter ilimitado de la libertad de decisión resulta evidente.

No se ofrecen los parámetros mínimos para que conozcamos como preparar la oferta para ser valorada. aportar; certificados de formación en el mantenimiento de los equipos afectos a este contrato.

En definitiva, conforme a los preceptos señalados los criterios de adjudicación deben estar formulados de forma suficientemente clara para que los licitadores puedan comprender el alcance de los mismos y tener cierto conocimiento de cómo serán valorados. Si solo se cita el documento a presentar y su puntuación sin mayor detalle se vulnera el principio de transparencia.

A este respecto, ese Tribunal, en numerosas resoluciones ha expresado la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan y ponderen con la suficiente precisión en los pliegos, sin que resulte admisible la expresión de criterios abiertos e imprecisos que dejen plena libertad a los técnicos a la hora de su concreción en el proceso de valoración de las ofertas.

Así, en la Resolución 132/2015 de ese Tribunal señalaron que:

“Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos y de igual modo las mejoras, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse

arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.”

En definitiva, con la formulación de este criterio en estos términos se ha producido una grave violación del principio de igualdad de trato, y especialmente, del principio de transparencia, amén de la vulneración del artículo 145.5 LCSP citado pues se confiere una **libertad ilimitada de decisión, no hay formulación objetiva alguna, no se garantiza que la comparación de ofertas se produzca en condiciones de competencia efectiva y se garantice su comprobación efectiva.** Todo queda en manos del poder adjudicador.

A este respecto la STJUE de 24 de enero de 2008, Alexandroupolis, sostuvo que *“el principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia”,* obligando a que *“cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida”.* El objetivo clave que la sentencia señala es que *“los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos”.*

En la STJUE CAS Succhi di Frutta Spa, de 29 de abril de 2004, C- 496/99 P, se mantuvo que este principio tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora, implicando así que *“todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”.*

En definitiva, se hace necesario la anulación de los criterios sometidos a evaluación de juicio de valor por los motivos expuestos.

CUARTO. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSIÓN.

La licitación fue publicada el día 19 de febrero 2019. La fecha límite de presentación de ofertas es el 18 de marzo de 2019. Consideramos que el plazo debe suspenderse hasta la resolución de este recurso.

De conformidad con lo previsto en los artículos 49, 50 y 51.3 LCSP se solicita como medida cautelar la SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.

En particular, dichos preceptos permiten que la interposición de medidas cautelares se realicen, no sólo con anterioridad a la presentación del recurso, sino también, en el mismo momento de su interposición.

Conforme determina el artículo 49 LCSP las medidas cautelares deben ir dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Por otra parte, dado que la LCSP no fija los requisitos de concesión de esta medida, debemos acudir, con carácter supletorio a lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre suspensión de la ejecución del acto impugnado y a la propia doctrina del Tribunal Supremo en la materia – por todas, Sentencias de 25 de febrero de 2011 y de 26 de septiembre de 2011 (RJ 2011\11\1653 y RJ 2011\7212) -.

En este sentido, consideramos que se dan los requisitos para la concesión de la medida cautelar:

a) *Fumus boni iuris.*

La apariencia de buen derecho se exige como una justificación necesaria de la cautelar, ya que solo podrá otorgarse a quien, por lo menos en apariencia, podría ser el beneficiado con una resolución favorable.

En este sentido, es claro que la resolución de la medida cautelar no puede pronunciarse sobre el fondo. Pero, lo cierto, es que en las condiciones en que se encuentran previstos los procedimientos de adjudicación.

b) *Periculum in mora.*

De no suspenderse la tramitación del procedimiento, en las próximas fechas, varias empresas podrían presentarse y valorarse las ofertas, contaminándose el juicio de la Mesa de contratación. Y lo que es peor, la arbitrariedad de criterios de adjudicación hace complicada la preparación de la oferta en estas condiciones en que, realmente, se desconoce cómo se van a valorar éstas.

Consideramos, que en el caso que nos ocupa, esta solicitud guarda clara relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución que se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión. En este sentido, la Sentencia 78/1996, de 20 de mayo, señala que *“La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión”*.

c) **Ponderación de los intereses concurrentes.**

Consideramos que, si bien podrá oponerse la necesidad de llevar a cabo con inmediatez este proceso de licitación, no existe una urgencia inaplazable. Por el contrario, se ha tramitado por procedimiento sometido a tramitación ordinaria.

A estos efectos debe tenerse en cuenta el reducido plazo de resolución de este recurso, a diferencia de otras vías que no dañaría el posible impacto de retraso en el interés público por la suspensión de la adjudicación hasta el momento de pronunciamiento por el Tribunal.

Por lo expuesto, se

SOLICITA

PRIMERO.- Que se adopte la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del “Servicios de mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”.

SEGUNDO.- Que se anule la contratación del “Servicios de mantenimiento integral de equipamiento de alta tecnología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón”.

En Madrid, a 7 de marzo de 2019

D. Cándido Lozano Álvarez
Apoderado de Althea Healthcare España SLU