

AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE MADRID

Expte. nº A/SER-000162/2018- Hospital Universitario de Mostoles.

“SERVICIO DE MANTENIMIENTO DEL EQUIPAMIENTO DE ELECTROMEDICINA Y RADIODIAGNOSTICO DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE MOSTOLES, CENTRO DE ESPECIALIDADES DE CORONEL DE PALMA Y CENTROS ADSCRITOS AL HOSPITAL “

Don DANIEL FISAC LANGE con D.N.I 33.514.062-A, apoderado, en nombre de DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U., con C.I.F. A-28063485, representación que acredita mediante documento nº 1, con domicilio a efecto de notificaciones en c/ Xaudaró, 5, 28034 Madrid, comparecen y como mejor proceda en Derecho,

EXPONE

PRIMERO.- Que Dräger Medical Hispania, S.A.U. (En lo sucesivo “Dräger Medical”) presentó oferta al LOTE 1 y al LOTE 6 del expediente de contratación número nº A/SER-000162/2018 para “Servicio de Mantenimiento del Equipamiento de Electromedicina y radiodagnóstico del Hospital Universitario de Mostoles, Centro de Especialidades de Coronel de Palma y Centros adscritos al Hospital”, por lo que mi representada tiene la consideración de parte interesada en el presente expediente.

SEGUNDO.- Que el pasado 22 de junio de 2018, ha sido notificada a mi representada resolución del órgano de contratación por la que se resuelve adjudicar el LOTE 1 del expediente de contratación número A/SER-000162/2018 a la compañía **Althea Healthcare España, S.L.** (en lo sucesivo “Althea”) , así como el LOTE 6 del mismo expediente a la compañía, **Agenor Mantenimientos, S.A.** (en lo sucesivo “Agenor”) (Se adjunta como **documento nº 2** la mencionada Resolución).

TERCERO.- Que por entender que la Resolución de Adjudicación a las compañías Althea y Agenor no son conforme a Derecho al no cumplir ésta con los requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, no haber cuantificado correctamente los gastos del servicio y haberse realizado una puntuación superior a la correspondiente esta representación, en tiempo y forma interpone **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**, regulado en los artículos

40 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –TRLCSP- con base a las siguientes,

ALEGACIONES

PREVIA.- NORMATIVA CONSTITUCIONAL RELATIVA A LOS CRITERIOS QUE DEBEN REGIR TODA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

A la vista de la **radical insuficiencia motivadora** de la resolución impugnada, traemos a este recurso el **Título IV** de nuestro texto constitucional vigente, bajo el encabezamiento "**Del Gobierno y de la Administración**", desarrolla en su **artículo 103.1** los criterios que deben inspirar toda actuación administrativa: "**1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.**"

En relación con la disposición anterior, el **artículo 106** del mismo **Título IV**, regula el control ejercido por los tribunales, sobre esta adecuación de la actuación administrativa a dichos fines y al ordenamiento jurídico, estableciendo que: "**Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.**"

La aplicación combinada de los **artículo 103 y 106 de la Constitución**, ha sido el fundamento que tradicionalmente ha permitido a la doctrina Jurisprudencial, justificar el control de la objetividad de la actuación de la Administración en procedimientos de concurrencia competitiva como son la adjudicación de un servicio. Como exponente de dicho control judicial, la sentencia de la propia **Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 1992** resulta esclarecedora, por cuanto que estimó un recurso interpuesto en un pleito análogo, debido a "**los defectos formales en la actuación de la Comisión de selección**", y controlando igualmente la "**inobservancia de los criterios preferenciales**". La decisión añade que "**no escapa a dicho control ningún acto administrativo, por más que, en ocasiones resulte difícil**".

El acto recurrido supone una manifiesta contradicción con los principios generales de la contratación administrativa y antítesis de los objetivos perseguidos por la ley 30/2007 expuestos en su artículo

primero: **“a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”**

El principio de seguridad jurídica, que ha inspirado estas disposiciones, tiene un abundantísimo reflejo jurisprudencial, en el campo de las resoluciones referidas a procedimientos de concurrencia competitiva. De este modo, la **sentencia del tribunal Supremo de 29 de junio de 1990** entendió que **“... la posibilidad de la Administración para otorgar o denegar subvenciones como las de actual referencia no participa de la naturaleza jurídica de una "discrecionalidad absoluta", sino más bien de una "discrecionalidad técnica", que ha de fundarse en los correspondientes informes ...**”. El objeto de este requisito radica en la evitación de **“... bien una "desviación de poder" o bien una "discriminación" respecto de solicitantes que se encuentran en situaciones iguales.**”

La **sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1993**, cuyo objeto era análogo al relatado en el párrafo anterior, explicaba como **“... el establecimiento de las subvenciones puede ser discrecional para la Administración, pero una vez anunciadas, termina la discrecionalidad y comienza la regla y el reparto concreto escapa al puro voluntarismo de la Administración.”** Otra decisión del **Tribunal Supremo con fecha de 26 de septiembre de 1990**, esta vez en contra de una resolución del mismo Ministerio de Cultura, entendía igualmente que la decisión sobre subvenciones económicas **“... no responde a sistemas de discrecionalidad absoluta de la Administración cercana a la arbitrariedad y a la discriminación injustificada ...”**, siendo por lo tanto **“... menester un previo razonado informe ...”**

PRIMERA.- Restricción de acceso a la totalidad de las ofertas de los licitadores.

Con carácter previo a destacar los incumplimientos del PPT de las ofertas presentadas por Althea y Agenor, es preciso indicar que, si bien el ,Organo de Contratación dio acceso a esta parte al visionado de las ofertas realizadas por las empresas Althea y Agenor el pasado día 2 de julio de 2018, dicha documentación únicamente consistía en el índice de ambas ofertas, al haber establecido las adjudicatarias el carácter confidencial de la totalidad de sus ofertas.

Sin ánimo de abrir debate sobre un tema absolutamente claro y que no viene al caso valorar, como es el adecuado equilibrio que debe existir entre el derecho de acceso y el derecho de confidencialidad, si procede manifestar el sacrificio impuesto a la recurrente al vedarle el acceso a la totalidad de las ofertas, tanto de la compañía Althea como de la compañía Agenor, al carecer de cualquier tipo de justificación la declaración de confidencialidad, no habiendo realizado ninguna de las dos compañías un mínimo esfuerzo argumentativo a la hora de declarar confidencial la totalidad de las ofertas.

Como establece la **Resolución TACRC nº 291/2018**, “... Según ha declarado este Tribunal reiteradamente, ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad”.

No pretende esta parte, un acceso indiscriminado a toda la documentación de las ofertas de las adjudicatarias, pero sí despierta sospechas, e invierte la carga probatoria, la declaración de confidencial de la totalidad de ambas ofertas, haciendo así imposible el ejercicio del derecho de la recurrente a la publicidad y transparencia del procedimiento de contratación administrativa.

SEGUNDA: Relativo al Lote 1, mantenimiento genérico.

Que la recurrente entiende que la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de juicios de valor no ha sido realizada correctamente por parte de la Administración, tal y como se demuestra a continuación.

Calidad y coherencia de la propuesta de plan de mantenimiento del servicio ofertado

En primer lugar, y respecto al criterio de valoración “*Calidad y coherencia de la propuesta de plan de mantenimiento del servicio ofertado*” Dräger obtuvo un total de 10 puntos lo cual corresponde a una valoración “*Muy buena: la memoria planteada cumple con las características mínimas planteadas*”, al igual que las empresas Althea y Agenor. Sin tener oportunidad de rebatir las ofertas de ambas compañías, sí que podemos establecer que la memoria de Dräger debe ser puntuada

con el máximo de 15 puntos en su condición de “*excelente: la memoria planteada supera las características técnicas mínimas*” ya que Dräger incluyó en su oferta características técnicas superiores a las mínimas obligatorias recogidas en el pliego, y en particular las siguientes:

- La subcontratación del mantenimiento de los equipos críticos de soporte vital con los propios fabricantes, dando así una mayor calidad y garantía de buen funcionamiento, así como de repuestos originales, minimizando las posibles averías;
- Asimismo, Dräger incluyó en su oferta una detallada planificación del servicio de mantenimiento preventivo por cada una de las familias, elemento no obligatorio según el pliego, y que debe entenderse como un elemento superior a las características mínimas.

Por lo tanto, y habiendo incluido Dräger varias características técnicas superiores a las establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, entendemos que la puntuación no ha sido correctamente aplicada, ya que Dräger debería haber obtenido un total de 15 puntos en condición de “*Excelente*” en la valoración de la “*Calidad y coherencia de la propuesta de plan de mantenimiento del servicio ofertado*”.

Calidad y coherencia de la propuesta de recursos materiales, humanos y técnicos

En segundo lugar, y respecto al criterio de valoración “*Calidad y coherencia de la propuesta de recursos materiales, humanos y técnicos*” Dräger obtuvo un total de 3 puntos, condición de “*Muy bueno*” mientras que la compañía Althea obtuvo un total de 5 puntos, condición de “*Excelente*”, lo cual debe ser incorrecto al haber ofertado Dräger las siguientes características técnicas superiores a las mínimas, siendo ejemplo de ello:

- Recursos técnicos de última tecnología, entre los que se encuentra herramienta propiedad de un fabricante de equipos de electromedicina y por lo tanto diseñadas específicamente para el mantenimiento de equipos electromédicos y con una innovación tecnológica permanente.
- Asimismo, recursos humanos de la más alta categoría, con más alto nivel de formación en el marco del personal técnico de electromedicina. A todo ello debemos incluir la formación

constante que reciben de forma obligatoria todos los técnicos de Dräger para la renovación de conocimiento.

Por lo tanto, y habiendo incluido Dräger varias características técnicas superiores a las establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, entendemos que la puntuación no ha sido correctamente aplicada, ya que Dräger debería haber obtenido un total de 5 puntos en condición de “Excelente” en la valoración de la *“Calidad y coherencia de la propuesta de recursos materiales, humanos y técnicos”*

Oferta económica.

Que aun no habiendo tenido oportunidad de revisar la oferta de la compañía Althea, adjudicataria del presente lote, sí que podemos afirmar que la oferta económica presentada no puede ser viable para la ejecución de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, ello en base a lo que ha podido observar esta parte en la documentación del órgano de contratación.

En particular, la adjudicataria establece que sus costes específicos para el proyecto, mano de obra y materiales, es de un total de 308.819,06€ restando, por lo tanto, un total de 25.191,92€ para las partidas de gastos generales y beneficio industrial. Todo ello en base a la siguiente afirmación de la administración en su informe de valoración de la justificación de la oferta económica:

3) Justificación de la oferta económica. La empresa aporta la descomposición de su oferta según las partidas que componen el proyecto, ascendiendo ésta a 308.819,06 euros, por lo que la partida de gastos generales y beneficio industrial ascenderían a 25.191,92 euros que supone un 8 % de su presupuesto, lo cual no deja un margen muy amplio para el beneficio industrial, pero entendemos que en cualquier caso éste queda sujeto a la libertad empresarial en cuanto a riesgo y ventura.

En base a mencionada afirmación realizada por la administración, Dräger ha realizado un exhaustivo análisis de la oferta económica de Althea, que procedemos a detallar, siendo la conclusión de este la gran dificultad de la correcta ejecución efectiva del contrato manteniendo un mínimo beneficio para la adjudicataria.

De los costes totales que la adjudicataria vincula al proyecto y que asciende a un total de 308.819,06€, debemos tener en cuenta que un total de 146.930,96€ serán gastos de sueldos y salarios según convenio, amortización, financiación y herramientas para la gestión del servicio.

De los 161.887,84€ restantes, debemos aplicar un total de 59.500€ para los gastos de las revisiones que deben hacerse de forma obligatoria por el fabricante, tal y como establece el PPT en su apartado 3.2.3 *“El adjudicatario deberá contratar con los fabricantes o el servicio técnico oficial el mantenimiento de los equipos de clase IIb”*.

Asimismo, también debemos contabilizar al menos 50.000€ que irán destinados al gasto de las reparaciones por mal uso del equipamiento.

En definitiva, restaría un total de 52.467,88€ para realizar la totalidad del mantenimiento de la totalidad de los equipos incluidos en el pliego, **esto es un total de 2.610 equipos**.

Con el fin de aportar una referencia para que el presente Tribunal pueda reconocer la inviabilidad de la oferta presentada, es necesario mencionar que Dräger para la presente licitación había calculado un coste para el mantenimiento similar que la adjudicataria, pero sin embargo, existe una gran diferencia entre los costes de la adjudicataria y Dräger. Ello se debe a que entre los equipos a mantener y que deben ser mantenidos por el servicio técnico oficial, hay un gran número de equipos de la marca Dräger. Ello supone que Dräger no tiene ningún coste en el mantenimiento de equipos de su propia marca, mientras que Althea tendrá un coste mínimo aproximado de 15.000,00€.

Asimismo, cabe mencionar que la compañía Althea no es fabricante ni servicio técnico oficial de ningún fabricante de equipos de electromedicina y por lo tanto sus costes son superiores al de Dräger, al ser esta también fabricante.

Por último, esta parte debe poner en conocimiento del Tribunal que los cálculos aquí expuestos se han realizado sin valorar los costes de reparación que son completamente imprevisibles al desconocer el estado real de los equipos y por lo tanto cualquier compañía que pretenda recibir cierto beneficio industrial deberá mantener un margen suficientemente amplio para estas

imprevisibles reparaciones, y aún más si tenemos en cuenta la **antigüedad de los equipos**, que en un gran número de casos **superan con creces los 20 años de antigüedad**.

Por lo tanto, y en definitiva, **la oferta económica presentada por Althea no puede, ni debe entenderse como económicamente viable para la ejecución de un correcto servicio de mantenimiento de unos equipos con una antigüedad considerable**.

TERCERA: Relativo al Lote 6, equipamiento Dräger

En relación al Lote 6, relativo al mantenimiento de equipos fabricados por Dräger, y adjudicado a la compañía Agenor, la recurrente entiende que la correcta ejecución del mantenimiento, según los mínimos establecidos en el pliego, no es posible con precios ofertados por la adjudicataria.

Habiendo incurrido la adjudicataria en la denominada baja desproporcionada del precio y habiendo tenido acceso esta parte a la argumentación realizada por Agenor como justificación de mencionada baja desproporcionada, a continuación procedemos a acreditar la inviabilidad de su oferta económica.

En primer lugar, los gastos de personal calculados por la adjudicataria se encuentran basados en el salario establecido por convenio de un técnico auxiliar, como puede observar en la imagen 1.1.

Sin embargo, y aun no habiendo tenido acceso a la oferta de Agenor, esta parte entiende, aplicando la lógica más básica, que el personal que ha ofertado Agenor, habida cuenta de los estándares de calidad y ejecución establecidos en los pliegos, debe ser de una categoría profesional superior. Y ello es así, debido a que un técnico auxiliar no se encuentra capacitado técnicamente para desempeñar las tareas de mantenimiento técnico de equipamiento sanitario IIb, como lo es el relativo al lote 6.

A mayor abundamiento, cabe manifestar que la compañía Agenor ha obtenido en el apartado 8.2.A.3.1 *“Certificado de formación de los equipos por fabricante de los mismos”* un total de 10 puntos.

Esto quiere decir que tienen al menos 3 técnicos formados por el fabricante en un 75% del equipamiento objeto del mantenimiento de este lote, es decir, formación realizada por Dräger en equipos fabricados por Dräger.

Debido a que la recurrente, Dräger, es también la fabricante de mencionados equipos podemos asegurar que el fabricante no forma, ni ha formado en el pasado, a ninguna persona que no tuviera el título de técnico especialista, teniendo estos una categoría profesional superior y un salario por convenio también superior.

Por ello, queda suficientemente probado que la justificación de la baja de precio desproporcionada realizada por la adjudicataria no es válida, ya que se encuentra basada en una premisa errónea y por lo tanto el resto de cálculos de gastos son completamente erróneos.

Imagen 1.1.

	Importes anuales	Importe hora-1756 horas anuales	
Técnico auxiliar	20.031,34 €	11,41 €	Retribución Bruta Según convenio
Plus Guardias	10.500,00 €	5,98 €	Incremento sobre convenio
Seguridad Social ⁰	10.991,28 €	6,26 €	
Vehículo transporte	5.500,00 €	3,13 €	Coche para asistencia
Equipos medida y herramientas	8.320,00 €	4,74 €	Equipos necesarios para llevar a cabo las intervenciones según norma. Calibrados y certificados
Formación, dietas, epis, coste de estructura de medios, etc.	6.120,00 €	3,49 €	
Total, costes hora		35,00 €	

En segundo lugar, debemos destacar otro gravísimo error en el que ha incurrido la adjudicataria en la justificación de su bajada anormal o desproporcionada. Como se puede observar en la

imagen 1.1, el cálculo de los costes de la mano de obra sorprendentemente no incluyen ningún tipo de gasto de gestión administrativa, gastos generales en los que incurre la compañía o los sueldos y salarios de aquellos empleados que nos son estrictamente técnicos.

Esta parte no puede aceptar como justificación suficiente de la baja temeraria los cálculos realizados por Agenor, ya que entiende que es inconcebible que los gastos en los que incurre la adjudicataria para la gestión del servicio de mantenimiento, no incluya costes y gastos de gestión, de otro personal o de las oficinas en donde se encuentran.

Con el fin de aportar mayor claridad sobre este asunto, cabe exponer que, como ejemplo paradigmático, la norma general es atribuir un 20% del total de los gastos de mano obra corresponden a gastos generales de gestión, así como gastos de edificio y de los empleados con puestos de trabajos considerados de “back office”, es decir gastos indirectos.

Por todo ello, debemos entender que la oferta presentada por Agenor es inviable desde el punto de vista económico, y debió ser excluida del procedimiento de licitación.

Se adjunta el escrito del anuncio de interposición del presente Recurso como **documento nº 3**.

Por todo lo expuesto, respetuosamente,

SOLICITO AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE MADRID, que, a la vista de todas las alegaciones anteriores, tenga por presentado en tiempo y forma este **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** lo admita y, en base a su contenido, anule y deje sin efecto la resolución del Director Gerente del Hospital universitario de Móstoles por la que se resuelve adjudicar el LOTE 1 del expediente de contratación número A/SER-000162/2018 a la compañía Althea Healthcare España, S.L., así como el LOTE 6 del mismo expediente a la compañía, Agenor Mantenimientos, S.A.; acordando en su lugar la adjudicación de ambos lotes a **DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U.**

OTROSI DIGO: A los efectos probatorios de los antecedentes administrativos indicados establecidos en el **artículo 77 de la ley 39/2015** designamos los archivos de la recurrida, la documentación aportada con el presente recurso, interesando la reproducción del expediente administrativo completo.

SOLICITO se tenga por realizada la anterior manifestación.

OTROSI DIGO SEGUNDO: Habida cuenta de los incumplimientos de la oferta de la adjudicataria que se han expuesto en el recurso especial, se solicita igualmente acceso, en lo que fuere estimado por el Tribunal posible, a las ofertas realizadas por las compañías Althea y Agenor al LOTE 1, y la oferta de la compañía Agenor al LOTE 6 pues como ya hemos manifestado, la declaración de confidencialidad de ambas no obede a la protección de secretos técnicos ni comerciales.

SOLICITO se tenga por realizada la anterior manifestación.

Por ser de Justicia que pido en Madrid, a 13 de julio de 2018.

Fdo. DANIEL FISAC LANGE

(Apoderado Dräger Medical Hispania, S.A.U.)