



**EB 2014/98**

**Resolución 109/2014, de 24 de octubre de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Mantenimiento Electromédico, S.A. contra el anuncio y los pliegos rectores del contrato que tiene por objeto el servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del Área de Salud de Bizkaia.**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 29 de agosto de 2014 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Mantenimiento Electromédico, S.A. (en adelante, Mantelec) contra el anuncio y los pliegos rectores del contrato que tiene por objeto el servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del Área de Salud de Bizkaia.

El mismo 29 de agosto de 2014 el OARC / KEAO trasladó el recurso a Osakidetza.

El expediente de contratación tuvo entrada en el registro del OARC / KEAO el día 5 de septiembre de 2014 y el informe al que hace referencia el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el 9 de septiembre de 2014.



**SEGUNDO:** Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido con fecha 10 de septiembre de 2014 las de la Confederación Sindical de CCOO de Euskadi.

**TERCERO:** Por Resolución B-BN 11/2014, de 3 de octubre de 2014, este Órgano resolutorio acordó estimar la petición de medida cautelar solicitada por Mantelec, suspendiendo el procedimiento de adjudicación si bien, de conformidad con el art. 44 del TRLCSP, ésta no afectará al plazo de presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. El contrato objeto de recurso especial versa sobre un servicio de la categoría 1 del anexo II del TRLCSP (Servicios de mantenimiento y reparación) y tiene un valor estimado de 34.624.000,00 euros conforme a lo señalado en el punto 3 de la carátula del Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato (en adelante, PCAP).

**SEGUNDO:** Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la licitación.

**TERCERO:** Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don J.O.A. que actúa en su nombre.

**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.



**SEXTO:** Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Se observa un diseño y estructura de la licitación proclive a que sea el fabricante de cada equipo quien lo mantenga, ya sea en exclusiva o en alianza con la compañía que quiera elegir como partner. Ello es una prueba más del deseo de limitar el mercado y restringir la competencia sólo y exclusivamente a favor de los fabricantes en perjuicio de empresas mantenedoras de sobrada solvencia como la recurrente.

b) Critica el procedimiento de adjudicación elegido, el restringido, por insuficiente y desajustada justificación y solicita la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad de diversas cláusulas del PCAP y anuncio de licitación pues constituyen un incumplimiento del art. 163 del TRLCSP en cuanto que exigen certificaciones y documentación no contempladas dentro del listado cerrado de criterios objetivos de solvencia recogidos en los artículos 75 a 79 de la citada norma. En concreto, impugna los siguientes apartados y subapartado de la carátula del PCAP: del apartado 40.2 “requisitos a nivel de empresa”, el subapartado 2.2 “certificaciones de solvencia profesional” y subapartado 2.3 “certificaciones de colaboración”; del apartado 40.3 “requisitos a nivel de equipo de trabajo para mantenedores de equipamiento específico”, el subapartado 3.2 “certificaciones de formación”; y el apartado 40.4 “requisitos a nivel de mantenimiento de equipamiento general lote 7”. Del punto IV.1.2) del anuncio del DOUE impugna el apartado 2. “requisitos a nivel de empresa”, subapartado 2 “certificaciones de solvencia profesional”; apartado 2 “requisitos a nivel de empresa” subapartado 3 “certificaciones de colaboración”; apartado 3 “Requisitos a nivel de equipo de trabajo para mantenedores de equipamiento específico” subapartado 2 “certificaciones de formación” y apartado 4, “requisitos a nivel de mantenimiento de equipamiento general Lote 7”.

c) El punto 29 de la carátula del PCAP exige la clasificación en el Grupo P, subgrupo 4 y categorías a determinar según el presupuesto de contrata del lote o lotes a los que se licite y, en lo concerniente a las empresas extranjeras,



como solvencia económica y financiera, se exige una declaración relativa a la cifra de negocios global y de los suministros, obras o trabajos realizados por la empresa en los últimos tres ejercicios, cuando el art. 75 TRLCSP, en su art. 75.1.a) TRLCSP se refiere al volumen anual de negocios, es decir, año por año para determinar la solvencia económica y financiera así como la estabilidad de la empresa en este sentido. En lo que concierne a la solvencia técnica solicita una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los tres últimos años que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos o privados de los mismos. Este requisito incumple el art. 78.1.a) TRLCSP que exige una relación de servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años y se recuerda el carácter tasado de los medios de acreditación de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional recogidos en los arts. 75 y 78 del TRLCSP.

d) Se incluyen en el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), requisitos relativos a la solvencia, lo cual no resulta conforme al art. 116 del TRLCSP en cuanto que el PPT ha de referirse a la realización de la prestación y sus calidades. Por ello, tratándose de cuestiones que nada tienen que ver con la prestación, y su ejecución, no han de ser recogidas en el PPT. Las cláusulas que incurren en ello son la 2.2. "Certificaciones de solvencia profesional", 2.3 "certificaciones de colaboración", 3.2 "certificaciones de formación", 4 "requisitos a nivel de mantenimiento de equipamiento general lote 7", 14 "medios técnicos", 15 "medios personales", 17 "categoría y clasificación", 20 "documentación exigida", 22 "presupuesto y plazos", 23 "criterios de adjudicación".

e) El criterio de adjudicación "proyecto de gestión del servicio", ponderado con 29 puntos, es impreciso y los licitadores en modo alguno pueden comprender ni deducir como será valorado en relación con cada uno de los epígrafes que ha de contener según la cláusula 20.1 del PPT desconociendo, por tanto, cuales pueden tener mayor peso sobre los demás o si todos los apartados se valoran de forma equitativa. Ello se ve agravado por el hecho de que se trata de un criterio de adjudicación susceptible de un juicio de valor, lo cual, puede dar



lugar a una mayor arbitrariedad por parte del órgano de contratación. Por lo tanto, este criterio conculca el principio de transparencia y el principio de igualdad de trato de los licitadores. No se garantiza la objetividad y transparencia que debe presidir la actuación administrativa, de manera que las empresas licitadoras formularán su propuesta sin conocer qué aspectos serán merecedores de mayor o menor puntuación.

f) Tanto la carátula del PCAP como el PPT establecen la no subrogación de las personas relacionadas con el contrato actual de mantenimiento de electromedicina basándose en que el objeto del contrato a licitar es diferente al actualmente en vigor, lo cual es rotundamente falso pues existe identidad plena de objetos tal y como se desprende de la denominación de ambos contratos, la categorización de ambos, el lugar de ejecución, la clasificación del CPV así como el alcance del contrato y los equipos excluidos del mismo. Se incumple lo dispuesto en el art. 6.3 de la Orden de 3 de febrero de 2010, de la Consejera de Justicia y Administración Pública, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sobre incrementos retributivos para el año 2010 y 2011 y medidas relacionadas con el empleo público, del que se extrae el mandato, cuando se trata del mismo servicio, de que el adjudicatario, con independencia de lo que señalen al respecto los convenios del sector, debe garantizar la subrogación del personal laboral existente y, por su parte, el órgano de contratación debe incorporar la cláusula de subrogación en los pliegos de condiciones de los nuevos expedientes que se tramiten y todo ello porque existe el firme propósito de proteger la continuidad en la actividad y el mantenimiento del personal anterior frente a cambios por nuevas adjudicaciones, es crucial que exista una continuidad de la actividad para que se dé el mantenimiento del personal anterior y se trata de proteger el conjunto organizativo de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad que persigue un objetivo propio.

g) Exigencia indebida de acuerdos de colaboración con fabricantes de los equipos de electromedicina pues vulnera los principios de libertad de acceso a



las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre licitadores. Se impone al licitador tener que concertar tales acuerdos de colaboración con los fabricantes para poder ser admitido y, así, poder presentar oferta, cuando no está obligado a ello. Esto tiene mayor peligro si dicha exigencia se produce sobre todos y cada uno de los lotes objeto del contrato. La falta de precisión sobre el contenido de tales acuerdos conlleva el grave peligro de que pueda darse la situación en la que la ejecución real del servicio se lleve a cabo, en mayor o menor medida, por parte del fabricante dejando al adjudicatario marginado en la ejecución del contrato para el que ha licitado, ha pasado todos los filtros y ha preparado la oferta económicamente más ventajosa. Esta posible intervención del fabricante en la ejecución del contrato es ilegal ya que sin pasar el filtro de la valoración de la solvencia y de su oferta ejecutará parte del contrato en perjuicio de la empresa mantenedora. De admitirse esta situación ilegal, se le dará al fabricante pasaporte, en cuestión de contratos de servicios de mantenimiento, para que pueda reunir la relación de servicios necesaria para obtener la solvencia técnica y económica para poder presentarse a contratos de mantenimiento. Por ello, no resulta admisible que a empresas solventes se les imponga la intervención del fabricante. Esta exigencia, además, limita gravemente la concurrencia pues, de no tener acuerdos, los licitadores no serán admitidos por lo que se deja al licitador a merced del fabricante ya que si éste no quiere no concertará tal acuerdo.

h) La cláusula 40.3.2 de la carátula del PCAP exige que los licitadores presenten acreditaciones certificadas emitidas por los fabricantes de los equipos de que los integrantes del equipo de trabajo ofertado en la propuesta técnica han adquirido los conocimientos específicos necesarios que faculten para poder realizar las operaciones de mantenimiento. Por su parte, en la cláusula 15 del PPT se le suma la exigencia de que el personal técnico haya de estar formado por el propio fabricante. La formación se puede adquirir por muchas vías, que no ha de ser la del fabricante, como a través de la formación no reglada. Cualquier acreditación, certificación, etc., que dependa de un fabricante u otro agente al mismo nivel, que son potenciales licitadores, limita la



conurrencia. Como prueba de ello presenta la carta de una empresa fabricante en la que reconoce sus posibles intereses en el procedimiento de adjudicación y declina certificar la formación. Asimismo, también se solicita dicha acreditación para el lote 7 (equipamiento general), que es el único que tiene equipamiento de diversas casas fabricantes, lo cual conlleva que pueda producirse la situación de fabricantes que no pueden acreditar a ningún personal para realizar los trabajos, que no exista, o que ni el propio fabricante tenga la facultad para realizar el mantenimiento.

i) Otras cláusulas del PPT que se impugnan:

- La cláusula 6.1, “Tiempos de respuesta, respuesta in-situ y resolución”, que abre la posibilidad de que a lo largo del contrato la propia administración establezca y pueda modificar la categorización de la criticidad del equipo sin consensuarlo con el adjudicatario. La categorización de la criticidad afecta a otras cláusulas del PPT, como la 5.2.5, pues el PCAP no establece la clasificación de criticidades, o como la 20.1 del PPT, que obliga a los licitadores a presentar un plan relativo a la sustitución temporal de aquellos equipos averiados que por su criticidad no pueden dejar de prestar el servicio.

- La cláusula 13.1, exige que los materiales y repuestos utilizados sean originales y del propio fabricante, cuando la Circular 3/2012, de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, en su instrucción IV.2.1, referido a recomendaciones sobre medios materiales, en ningún momento aplica un reduccionismo orientado a que el material sea del fabricante, albergando diversas posibilidades según las particularidades del producto.

- La cláusula 13.2 del PPT, referente a “Materiales excluidos”, entra en contradicción con la cláusula 56 del PPT, relativo a “Condiciones de aceptación de las instalaciones. Lote 7”, sin que quede establecido qué material queda incluido (y a asumir por el adjudicatario) y cual queda excluido.



- Cláusula 11.1 del PPT referente a “Nuevo equipamiento”, que prevé la posibilidad de incorporar en todo momento nuevos equipos al contrato, en las mismas condiciones que el equipamiento inicial, ajustándose convenientemente el importe anual del mismo y facturando la parte proporcional por el tiempo a transcurrir hasta el próximo vencimiento anual, pero no se prevé revisión de precio alguno.

- Cláusula 5.6 del PPT “Plan de formación”, en lo referente a que el adjudicatario pondrá a disposición de los usuarios la documentación vinculada al correcto uso y utilización del equipamiento, por ser una documentación de la que siempre dispone el propietario del equipo y no el adjudicatario.

- Cláusula 6.1 del PPT, “Tiempos de respuesta, respuesta in-situ y resolución”, en cuanto que el contratista no puede ser responsable de que el aviso quede registrado ya que es responsabilidad de quien lo remite que es el propio personal de la administración.

- Cláusula 6.1 del PPT “tiempos de respuesta, respuesta in-situ y resolución”, en lo concerniente a “responsable de centro” en cuanto que es posible que el adjudicatario sea penalizado en relación a tiempos de respuesta por no tener constancia alguna, o a tiempo, del aviso de incidencia ya que quien lo maneja inicialmente es el responsable del centro.

j) Nulidad del criterio de adjudicación relativo al precio de la oferta pues la fórmula pretendida crea la dinámica de que a partir del 15% de bajada la puntuación sigue siendo la misma. Esta fórmula invita a vulnerar la situación de competencia, pues si se prevén los cálculos se fomenta muy poco la licitación y el abaratamiento con lo que se atenta contra el principio de economía que ha de presidir la gestión de fondos públicos.

**SÉPTIMO:** Osakidetza se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:





a) En julio de 2010 Osakidetza suscribió documento contractual administrativo con Mantelec para el servicio de mantenimiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de Bizkaia siendo aspectos claves de dicho contrato el que, además de mano de obra, se incluyeron todas las piezas a reparar y sustituir en un modelo de mantenimiento conocido como “todo incluido” y que únicamente incluía la baja y parte de la media tecnología de equipos de Osakidetza y no incluía la alta tecnología y el resto de media tecnología. Tras la ejecución del contrato no se obtienen los objetivos perseguidos pues los equipos tienen tiempos de parada demasiado largos para la práctica asistencial, pierden el mercado CE por no utilizar repuestos originales, lo que puede redundar en posibles diagnósticos erróneos y las sinergias que se esperaba obtener con los fabricantes se convierten en obstáculos a la hora de buscar soluciones con equipos dañados, si bien cabe indicar que la calidad de la empresa generalista en lo que es su núcleo de negocio, mano de obra especializada en mantenimiento de equipos sin un componente tecnológico, sigue siendo correcta, al igual que lo era con anterioridad a dicho contrato. En los nuevos pliegos, en aras de garantizar la infraestructura tecnológica, se han recogido conceptos nuevos como grado de criticidad de los equipos, tiempos de respuesta, tiempos de respuesta in-situ, tiempos de resolución, disponibilidad de equipos, penalizaciones derivadas de incumplimientos, equipos de sustitución, y, siendo el objetivo del nuevo contrato proyectado que el buen estado de manutención de los equipos redunde en un servicio asistencial de calidad, eficiente y fiable, se exige que las empresas licitadoras presenten acreditaciones desde el punto de vista profesional y económico y acreditaciones de sus técnicos en el ámbito de su formación técnica en hardware y software.

b) El mantenimiento de los equipos comprendidos en los lotes 1 a 6 y 8 a 18, por tratarse de equipos de alta complejidad cuyo anormal funcionamiento podría afectar gravemente a la seguridad de los pacientes y de los profesionales, demanda el establecimiento de requisitos de solvencia sobre la capacitación de los técnicos que prestan el servicio. La necesidad de que el



mantenimiento de productos sanitarios se realice según las especificaciones del fabricante deriva del Real Decreto 1591/2009, por el que se regulan los productos sanitarios, siendo las sanciones correspondientes a su falta de cumplimiento las especificadas en la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios. Los requisitos técnicos y profesionales exigidos se materializan, en cuanto a la certificación de la formación, en la Circular 3/2012 de la AEMPS «El personal encargado de realizar las actividades de mantenimiento deberá haber recibido la correspondiente formación teórica y práctica específica de acuerdo con el grado de complejidad técnica asociada a cada equipo, las especificaciones técnicas del mismo y las operaciones específicas a realizar.»

c) En lo que respecta a la alegación referente a la exigencia de criterios de solvencia no previstos por la ley, se indica que el art. 78.e) del TRLCSP prevé como medio acreditativo de la solvencia técnica o profesional las titulaciones académicas y profesionales del empresario. Por su parte, en lo que respecta al motivo impugnatorio basado en que la relación de los principales trabajos o servicios se debe referir a los últimos cinco años, manifiesta que aún no ha entrado en vigor.

d) En lo que respecta al motivo impugnatorio basado en la inclusión en el PPT de cuestiones que nada tienen que ver con la prestación y ejecución del servicio, señala que los requisitos exigidos son los mínimos y que la valoración de la calidad del servicio viene dada por el proyecto de gestión del servicio, la propuesta del plan de calidad, la propuesta del plan de formación y la propuesta de recursos materiales.

e) Las ponderaciones de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP ya han sido utilizados en pliegos de similares características en los que la empresa que presenta el recurso ha sido la adjudicataria, sin presentar en aquel momento ningún tipo de recurso.

f) El contrato de mantenimiento de los equipos de electromedicina de los Centros de Osakidetza situados en el Área de Salud de Bizkaia del año 2010 y del que fue adjudicatario Mantelec, constaba de un único lote en el que se



incluían los equipos de analítica, diagnóstico general, diagnóstico por imagen, esterilización, microinformática, monitorización, terapéutica y terapéutica general, terapéutica sustitutiva, nefrología, radiología convencional, alta tecnología de diagnósticos por imagen, equipamiento electromecánico y neumáticos y otros equipos de electromedicina mientras que, por el contrario, en el pliego que se impugna, el objeto del contrato se divide en lotes, conformados por cada uno de los equipos descritos anteriormente y que pueden ser adjudicados a diferentes empresas, por lo que no existe el elemento objetivo requerido por el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) para que exista sucesión de empresas, esto es, una entidad económica que mantiene su identidad. En este sentido, la STJUE 2011/4 de 20 de enero de 2011 entiende que, para determinar si la entidad económica mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre otras, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión, si bien estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente. La mera circunstancia de que las actividades sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. Su identidad resulta también de otros elementos como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone.

g) En el concurso del año 2010, del que es adjudicataria la recurrente, se solicitaban acuerdos de colaboración con fabricantes y se valoraban como criterios de adjudicación. Actualmente Osakidetza entiende que este aspecto no debe ser valorable sino exigible como solvencia para todas las empresas licitadoras, ya que la correcta ejecución del servicio depende fundamentalmente de que existan dichos acuerdos. No cabe que nadie proporcione soporte de un equipo asistencial del que se desconoce su funcionamiento por las implicaciones que ello pudiera conllevar, siendo la exigencia de este requisito práctica habitual en el mercado.



h) Con respecto a la certificación por el fabricante de la formación del personal técnico, procede recurrir a la Guía de Gestión y mantenimiento de equipamiento electromédico desarrollada por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid, que viene a decir que la formación profesional y específica no son incompatibles sino complementarias pues, de acuerdo con el grado de complejidad técnica asociada a cada equipo, la cualificación profesional se ha de ampliar con la correspondiente formación teórica y práctica específica por equipo, lo cual queda garantizado mediante la acreditación del fabricante.

i) En relación a diversas cláusulas del PPT impugnadas:

- La criticidad y su clasificación quedan perfectamente definidos en el PPT pudiendo variar ésta respecto de un equipo ante cambios en la intensidad de uso o cambio de ubicación física en el centro asistencial en que se ubique, por lo que resulta desafortunado pretender que se defina a priori la criticidad de cada uno de los equipos por las repercusiones de pérdida de calidad del servicio.

- Es imperativo para Osakidetza, en aras a mantener un servicio de calidad y evitar posibles fallos asistenciales, que las piezas sean las indicadas por el fabricante en su documentación de despiece de los equipos y mantener el marcado CE que poseen los equipos tras la evaluación de conformidad a la que deben someterse para su puesta en el mercado según la legislación aplicable a los productos sanitarios. Se alega el cumplimiento de lo señalado en la Circular 3/2012, de la AEMPS y Real Decreto 1591/2009

- No entraña dificultad el comprender que en el conjunto del contrato, es decir para la totalidad de los lotes, se tendrá en cuenta lo exigido en la cláusula 13.2 del PPT respecto de los materiales excluidos. En concreto, las empresas licitadoras al lote 7 deberán considerar a mayores lo indicado de forma particular en el apartado 56 de Condiciones de Aceptación de las Instalaciones que en ningún caso incurre en contradicción con lo señalado en el PPT.



- En lo que respecta al plan de formación, es perfectamente razonable que el adjudicatario disponga y conozca a la perfección las instrucciones de utilización y la información que acompaña a los productos sanitarios como única forma de llevar a cabo la requerida formación continuada de los usuarios de dichos productos, lo cual no guarda relación alguna con que Osakidetza por su parte tenga en su poder y ponga a disposición de su personal asistencial toda la documentación necesaria para un uso seguro y concreto del equipamiento.

- Los tiempos de respuesta se encuentran definidos en el PPT y, el adjudicatario deberá aportar equipamiento HW y SW necesario para la gestión informatizada del servicio.

j) En relación a las alegaciones efectuadas contra la fórmula de valoración de oferta económica, se manifiesta que lo que debe valorarse es el servicio a obtener y no los réditos económicos de posibles bajadas y la fórmula establecida en el PCAP sigue una dinámica muy similar a la derivada de la fórmula que figura en el contrato convocado por el Servizo Galego de Saúde.

**OCTAVO:** Por su parte, la CCOO alega lo siguiente:

a) La exclusión de la subrogación en base a una inexistente falta de identidad del objeto del contrato no se corrobora con la realidad a la vista del texto del pliego del año 2010 con el actualmente recurrido, por lo que comparte con el recurrente la solicitud de nulidad de las cláusulas 15 del PPT, la denuncia de la omisión en el PPT del nombre y condiciones laborales, como personal a subrogar por la empresa contratante (punto 9 de la carátula del PCAP) así como cualquier otro acto, disposición o acuerdo previos a los citados pliegos que no disponga la obligación de subrogación.

b) Respecto a las restantes objeciones formuladas por Mantelec, se remite a lo afirmado por esta mercantil en su escrito de recurso, por lo que se ha de estimar el recurso en estos extremos.



**NOVENO:** Antes de entrar a tratar el fondo del asunto se considera necesario realizar algunas consideraciones de carácter general sobre el procedimiento de adjudicación restringido ya que a lo largo del escrito de interposición se realizan diversos reproches a su utilización.

El artículo 138.2 del TRLCSP dispone que la adjudicación de los contratos se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido. En el procedimiento abierto cualquier licitador interesado puede presentar una oferta (art. 157 TRLCSP), mientras que en el restringido sólo pueden hacerlo los empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación (art. 162 TRLCSP). Teniendo en cuenta que ambos procedimientos son ordinarios y que la norma no da ningún criterio o pauta de utilización preferente de uno u otro de los procedimientos, se puede concluir que la elección deberá basarse en criterios de oportunidad. Osakidetza justifica en el presente caso la elección del procedimiento restringido en la necesidad de solicitar acreditaciones desde el punto de vista profesional y económico así como acreditaciones de los técnicos en el ámbito de su formación técnica y software. Con independencia de lo que se indicará más adelante en relación a los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP que son impugnados por el recurrente, este órgano resolutorio considera razonable que en un contrato de la naturaleza y complejidad del que nos ocupa se adjudique por un procedimiento que permita solicitar a los licitadores una solvencia adicional y más específica que la acreditada a través del certificado de clasificación, que prueba la solvencia con un carácter abstracto (sirve para cualquier contrato de cierto tipo y cuantía), lo cual no es posible en un procedimiento abierto. Es por esta razón que, en el procedimiento restringido, la clasificación se suma a la solvencia exigida, tal y como se desprende del art. 11 del Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) al señalar que «En los contratos de obras y en los de servicios en los que sea legalmente obligatorio el requisito de la clasificación, cuando el procedimiento de adjudicación sea el restringido, se indicarán también en los pliegos de cláusulas administrativas particulares



los criterios [de solvencia] a que hace referencia el párrafo anterior, sin perjuicio de la acreditación del requisito de clasificación.»

**DÉCIMO:** El recurrente critica los criterios de selección de los candidatos establecidos en el anuncio de licitación y en los pliegos rectores de la contratación por considerarlos restrictivos de la competencia, en cuanto que favorecen a los fabricantes de los equipamientos a mantener, y por no figurar en los listados de los artículos 75 a 79 del PCAP. Si bien este motivo impugnatorio es desarrollado a lo largo del recurso en diversas alegaciones, se dará una respuesta conjunta a todas ellas.

De conformidad con el art. 62.2 del TRLCSP, los requisitos mínimos de solvencia que ha de reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Llama la atención que el PCAP confunde criterios de selección con medios probatorios de tales criterios y se limita a solicitar estos últimos obviando indicar cuál es el criterio de selección a utilizar. Dicho esto, que por sí sólo es suficiente para considerar que el procedimiento restringido se halla erróneamente configurado al no establecerse los criterios de selección de candidatos (art. 162 del TRLCSP), se procederá al examen de los medios probatorios impugnados por el recurrente.

El primero de los impugnados, que es exigido para todos los lotes en los que se divide el objeto del contrato, se halla redactado de la siguiente manera en la cláusula 40.2 del PCAP:

40. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO PROPIAS DEL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO

(...)

CRITERIOS OBJETIVOS CON ARREGLO A LOS CUALES SERÁN ELEGIDAS LAS EMPRESAS



(...)

## 2.-REQUISITOS A NIVEL DE EMPRESA

(...)

### 2.2 Certificaciones de solvencia profesional

Los licitadores deberán incluir acreditaciones de buena ejecución de contratos de mantenimiento de equipamientos de electromedicina ejecutados durante los dos últimos años. Para ello presentarán certificados de los organismos correspondientes. En caso de no presentar no serán admitidos. Inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, en este caso, Grupo P, subcategoría 4 y presentar la clasificación correspondiente según el punto 17 del presente pliego.

Señala el recurrente que este documento probatorio no figura en el listado cerrado del artículo 78 del TRLCSP. Esta afirmación no es del todo exacta pues este artículo en su letra a) sí que permite exigir como documento probatorio «Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente» si bien se observa que los documentos exigidos en la cláusula impugnada no cumplen con esta disposición en dos aspectos, el primero en que se restringe la acreditación a la presentación de certificados de los organismos correspondientes cuando, en el caso de que el destinatario del trabajo o servicio haya sido una entidad del sector privado éstos pueden ser sustituidos por una declaración del empresario; y el segundo en que la admisibilidad de los certificados se reduce a los dos últimos años, y la citada disposición se refiere a la experiencia de los últimos tres años.

El segundo de los medios de solvencia impugnados, que es exigido para todos los lotes en los que se divide el objeto del contrato, es el siguiente:

### 2.3. Certificaciones de colaboración





Los licitadores deberán acreditar la relación y documentación acreditativa de acuerdos de colaboración con fabricantes de los equipos de electromedicina objeto del lote al que se licite para la ejecución del contrato. Se incluirán todas aquellas consideraciones que se consideren oportunas para hacer comprensible dicha documentación, entre ellas duración de los citados acuerdos. En caso de no presentar no serán admitidos.

Los citados acuerdos deberán tener vigencia durante todo el período del presente contrato, la no continuidad de los mismos será motivo de resolución del contrato.

La solicitud de estos documentos, que no se sabe a qué tipo de acuerdo de colaboración se refieren (importación, distribución, asociación, subcontratación etc.), no son uno de los medios de acreditación de la solvencia que a modo de listado cerrado enumera el art. 78 del TRLCSP.

El tercer criterio de selección que es impugnado y que, según el anuncio publicado en el DOUE, es exigible para todos los lotes, pero no para el lote 7 tal y como dispone el punto 40.2.3 del PCAP, es el siguiente:

«3.2 certificados de formación

Los licitadores deberán presentar acreditaciones certificadas, actualizadas y por familias de equipamiento del lote objeto de la oferta emitidas por el fabricante de los equipos que acrediten que los técnicos han adquirido los conocimientos específicos necesarios que facultan para poder realizar las operaciones de mantenimiento.

Deberá presentarse dicha documentación por cada uno de los integrantes del equipo.

La documentación entregada deberá ser únicamente de los integrantes del equipo de trabajo ofertado en la propuesta técnica. La certificación de personal y la propuesta técnica del equipo deberán mantener una coherencia.

Junto con las acreditaciones se entregará una tabla según ANEXO I con el fin de facilitar el entendimiento de la documentación aportada. Se incluirán además todas aquellas consideraciones que se consideren oportunas para hacer comprensible dicha documentación. Se indican a continuación las familias incluidas en los lotes: Mamografía; radiología; Hemodinámica; Digitalización; Ventilación y cuidados críticos; PET; Scanner; Ecografía; Monitorización; Oftalmología.»



Considera el recurrente que este criterio, además de imponer límites al acceso a la licitación, se refiere a requisitos de solvencia no exigidos por el TRLCSP.

El poder adjudicador se opone sobre la base de la defensa de la calidad de la prestación del servicio público sanitario; argumento que no puede ser compartido por este órgano pues una de las consecuencias de la incorporación del derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos ha sido la de primar como principios básicos de la contratación los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia (art. 1 TRLCSP), no siendo ya el interés público el eje principal sobre el que pivota la contratación pública (Resolución TACRC 146/2012).

Asimismo, el poder adjudicador se opone sobre la base de que los certificados de formación se exigen por imperativo del Real Decreto 1591/2009, por el que se regulan los productos sanitarios. A este respecto, cabe indicar que esta normativa no establece la obligación de que los equipos de electromedicina sean mantenidos por personal formado por las empresas fabricantes, ni esta conclusión se puede derivar de lo señalado en la recomendación 1 «cualificación del personal» de la circular nº 3/2012, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), la cual, además de recomendar una cualificación profesional del personal que instala, utiliza y mantiene los productos sanitarios adquirida a través de una titulación académica o formación reglada específicas (por ejemplo, Técnico de Electromedicina, Ingeniero Clínico, Master en Ingeniería Biomédica), o una acreditación profesional específica emitida por la administración competente o experiencia profesional práctica documentada en el mantenimiento del tipo de productos de que se trate, recomienda una cualificación específica consistente en recibir la correspondiente formación teórica y práctica específica de acuerdo con el grado de complejidad técnica asociada a cada equipo, las especificaciones técnicas del mismo y las operaciones específicas a realizar. Partiendo de la base de que la circular únicamente emite recomendaciones, se observa que en ella no se exige que la formación sea únicamente la facilitada por el fabricante.



Por ello, el criterio de selección impugnado excede ampliamente de la posibilidad de poder acreditar la solvencia, entre otros medios, por el previsto en el art. 78.e) TRLCSP, titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato, por imponer sin justificación una formación específica que no es requisito indispensable para la ejecución de las prestaciones demandadas que obstaculiza el acceso al contrato.

Asimismo se impugna el siguiente criterio de selección que es requerido únicamente para el lote 7:

#### «4-REQUISITOS A NIVEL DE MANTENIMIENTO DE EQUIPAMIENTO GENERAL LOTE 7

Aquellas empresas interesadas en la licitación del lote de Mantenimiento generalista del parque de equipamiento electromédico de las organizaciones de Bizkaia deberán presentar la documentación siguiente:

- Documentación acreditativa de experiencia en la puesta en marcha y/o mantenimiento de hospitales en los tres últimos años.
- Documentación acreditativa de la existencia de otros contratos en vigor de características análogas en los tres últimos años.
- Certificado de un sistema de Garantía de Calidad según norma UNE-EN-ISO 9002/94 ó 9001 ó 13485.
- Inscrita en el Registro de Control Metrológico.
- Relación de acuerdos de colaboración con empresas relacionadas con el mantenimiento o fabricación de equipos de electromedicina, detallando la empresa, la actividad, el objeto de la colaboración, la fecha de inicio y de finalización del compromiso.
- Acreditaciones oficiales o de fabricantes para realizar labores de mantenimiento en los equipos recogidos en el presente concurso.»



Cabe indicar que conforme al art. 62 del TRLCSP los requisitos mínimos de solvencia han de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. La vinculación al objeto del contrato no se aprecia en la experiencia solicitada (mantenimiento de hospitales) pues se refiere a un objeto más genérico que el del objeto del contrato, que es el mantenimiento de equipos electromédicos.

Seguidamente, se solicita documentación acreditativa de la existencia de contratos de características análogas en vigor que, no pueden tener otra finalidad más que la de acreditar la experiencia de la empresa pero se introduce en la documentación solicitada un requisito que no procede como es el que los contratos estén en vigor, pues el art. 78.a) del TRLCSP no distingue entre contratos en vigor y finalizados. Sin embargo, no se puede dar la razón al recurrente en lo referente a que la experiencia se debe referir a los últimos 5 años pues esta ampliación del plazo, introducida en el TRLCSP por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, no entrará en vigor hasta su desarrollo reglamentario.

También critica el recurrente la exigencia de un certificado de un sistema de garantía de calidad que no se halla vigente y que en un procedimiento restringido la gestión medioambiental tampoco es un criterio a exigir. Esta afirmación del recurrente no es del todo exacta pues el art. 78.f) TRLCSP señala la posibilidad de indicar, en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el empresario puede aplicar en la ejecución del contrato por lo que, de estar justificado, se podrían exigir estas medidas, eso sí, nunca limitadas a la presentación de un certificado concreto de gestión de la calidad, como ocurre en el medio probatorio impugnado.

En lo que respecta a los acuerdos de colaboración con empresas relacionadas con el mantenimiento o la fabricación de equipos y la presentación de acreditaciones oficiales o de fabricantes, nos remitimos a lo indicado con anterioridad.



Tal y como se ha expresado más atrás, ninguno de los criterios de selección cumple con la exigencia del artículo 62.2 TRLCSP, que establece que «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo», es decir, no se señala un umbral mínimo para cada criterio por debajo del cual los licitadores no serán considerados solventes. Por todo ello, y con independencia de lo señalado en los fundamentos anteriores la anulación se extiende a todo el apartado 40.1.2.3 y 4 de la carátula del PCAP.

**UNDÉCIMO:** El art. 68.3 del RGLCSP dispone que en ningún caso contendrán los pliegos de prescripciones técnicas cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Se trata ésta de una deficiente práctica de redacción de los documentos rectores de la contratación en cuanto que cláusulas referentes a la participación en el procedimiento de adjudicación figuran en un documento que únicamente ha de contener las prescripciones técnicas que han de regir la realización de la prestación y sus calidades, pero ello, por sí mismo, no es causa de nulidad o anulabilidad del documento siempre que no haya contradicción, confusión u oscuridad, extremos éstos que no han sido justificados por la recurrente.

**DUODÉCIMO:** Se recurre el criterio de adjudicación “proyecto de gestión del servicio”, por impreciso y no poder deducirse cómo será valorado cada uno de los epígrafes en los que ha de dividirse según la cláusula 20.1 del PPT. El criterio impugnado, sujeto a juicio de valor, dice así:

- Proyecto de gestión del servicio ..... 29

Se observa que únicamente se exige la presentación de un documento, cuyo contenido se describe en la cláusula 20.1. del PPT, pero no se concreta cómo se evaluará este documento y este aspecto es esencial para establecer los límites a la discrecionalidad del órgano de contratación, necesarios para evitar la indefensión de los licitadores, por lo que se ha de estimar la nulidad de pleno



derecho de este criterio de adjudicación, por contradecir el principio de igualdad (art. 1 TRLCSP).

**DÉCIMOTERCERO:** Se denuncia el incumplimiento del deber de informar contenido en el art. 120 del TRLCSP pues la recurrente considera que se dan los requisitos para considerar que existe una sucesión de empresa.

Este órgano resolutorio ha declarado con anterioridad (Resolución 17/2013) que no le corresponde examinar si en un supuesto concreto concurren los parámetros que requiere la legislación laboral para apreciar la existencia o no de sucesión de empresas, concluyendo que, «de existir sucesión de empresas, las consecuencias derivadas del artículo 44 del E.T. no dependen de su plasmación en un pliego de cláusulas administrativas particulares por lo que, a estos efectos, es indiferente su señalamiento en el contrato. Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el art. 44 ET es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral y ésta es una previsión contenida en una norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto.»

También ha indicado en su Resolución 91/2013 que «Además, la eventual infracción del artículo 120 del TRLCSP afectaría a quienes necesitan de la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo para efectuar una oferta económica con conocimiento de todos los costes que inciden en la correcta prestación del servicio, que sí se hallarían legitimados para recurrir, pero no afectaría a quienes su interés se halla circunscrito al plano de las relaciones laborales entre el adjudicatario entrante y saliente con sus empleados, todas ellas ajenas al poder adjudicador, y que se concretarían con posterioridad a la adjudicación del contrato, (...)»

Por ello, este órgano resolutorio ha expresado la necesidad de que el poder adjudicador emita un juicio de valor sobre la existencia de convenio colectivo o norma jurídica aplicable al supuesto, a los solos efectos del contrato y en orden a cumplir la obligación de información que contiene el art. 120 TRLCSP, (Resolución 118/2013), expresándolo en el siguiente sentido:



«El artículo 120 TRLCSP establece la obligatoriedad de informar en el propio pliego o en la documentación complementaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que, en su caso, afecte la obligación del adjudicatario de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, con la finalidad de permitir a los licitadores la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Como señala una reiterada doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC; ver, por ejemplo, las resoluciones 181/2011 y 292/2012), este precepto no es la fuente de la obligación de subrogación, papel que corresponde a las normas laborales o los convenios colectivos, y su única finalidad es que los licitadores cuenten con datos sobre los costes laborales que habrán de asumir si resultan adjudicatarios, y que son relevantes para la preparación de la oferta. Por ello, y aunque la obligación de subrogación existirá o no siempre según lo que dispongan las normas o convenios y con independencia de que la información que pide el artículo 120 TRLCSP figure o no en el expediente, es claro que dicho precepto impone al poder adjudicador una obligación de información que ha de cumplir diligentemente, lo cual le supone emitir un juicio sobre si existe o no alguna norma o convenio que obligue a la subrogación.»

De lo que se concluye que las decisiones del poder adjudicador de suministrar o no información a la que se refiere el art. 120 TRLCSP podrán ser objeto de revisión por este órgano resolutorio si bien, en consonancia con la finalidad y alcance de este artículo y las competencias del OARC / KEAO, tal y como se ha manifestado este órgano en su Resolución 118/2013, de 25 de noviembre de 2013, este pronunciamiento no tiene efectos más allá del ámbito del presente procedimiento de resolución del recurso especial, del expediente de contratación al que éste se refiere y de la determinación de si el poder adjudicador ha cumplido con lo que el citado precepto le impone. En particular, no sustituye las decisiones que adopten las autoridades competentes en materia laboral ni mucho menos las de los órganos del orden jurisdiccional social, por lo que no podrá ser válidamente invocado en los posibles conflictos entre las empresas implicadas o entre éstas y los trabajadores afectados.

En el presente supuesto, tal y como se desprende del informe del poder adjudicador, la decisión de no incluir la información a la que se refiere el art. 120 TRLCSP ha sido meditada y obedece a la consideración de que no procede la aplicación del art. 44 del ET; opinión que este órgano comparte pues la estructura de la obligación que actualmente se licita, que comprende un



objeto del contrato fraccionado en 18 lotes comprensivos cada uno de ellos de diferentes familias de equipamientos y susceptibles de adjudicación a diferentes empresas, es opuesta a la del contrato anterior, en el que todos los equipos de electromedicina del área de salud de Bizkaia se adjudicaban a un único empresario, de lo que cabe concluir que puede no existir traspaso de titularidad de una unidad autónoma productiva.

Asimismo, considera el recurrente que se incumple el art. 60.3 de la Orden de 3 de febrero de 2010, de la Consejera de Justicia y Administración Pública, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sobre incrementos retributivos para el año 2010 y 2011. El ámbito de aplicación de este acuerdo excluye de su aplicación al personal adscrito al ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud (art. 2.c) y en relación con la eficacia del art. 60.3 este Órgano resolutorio ya indicó en su Resolución 55/2011, que esta disposición está sujeta a una normativa aun no desarrollada.

**DECIMOCUARTO:** Otras cláusulas del PPT que se impugnan son:

- Cláusula 6.1 del PPT “Tiempos de respuesta, respuesta in-situ y resolución”, en lo que respecta a «Se establecerán, con posterioridad a la firma del contrato en reuniones con los centros, los niveles de criticidad de cada uno de los equipos» pues considera que la falta de señalamiento de la criticidad antes de la adjudicación se proyecta al punto 20.1 del PPT que obliga a los licitadores, en su oferta contractual y en relación con el mantenimiento sustitutivo, a presentar un plan relativo a la sustitución temporal de aquellos equipos averiados que por su criticidad no puedan dejar de prestar el servicio. Esta cláusula contraviene lo dispuesto en el art. 2 RGLCAP el cual señala que no podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración. Asimismo, lleva razón la recurrente en este punto cuando afirma que el mantenimiento sustitutivo, definido en la cláusula 5.2.5 del PBT, obliga a proporcionar equipos de sustitución en aquellos casos en los que los equipos





averiados, por su criticidad, no puedan dejar de prestar el servicio y difícilmente se puede realizar una oferta seria de sustitución si no se han definido, por lo menos, las características de estos bienes.

- Cláusula 13.1 PBT, que señala que «Todos los materiales y repuestos empleados en las reparaciones o revisiones preventivas serán originales y del mismo fabricante que el del equipo, de modo que se garantice el mantenimiento del marcado CE según el RD 1591/2009 y la circular de la Agencia Estatal del Medicamento (AEMPS) 3\_2012 de Asistencia Técnica». Sin embargo, de la normativa citada ni de la recomendación 2.1 de la Circular 3/2012, se deriva una obligación tan restrictiva pues únicamente limita el que la pieza o componente sea original a aquellas que sean determinantes para la seguridad y el cumplimiento de las prestaciones ofrecidas por el producto, mientras que, para las piezas de repuesto y otros componentes sometidos a desgaste imprescindible para el buen funcionamiento del equipo señala que deben proporcionar idénticas prestaciones que las piezas o componentes sustituidos pero, en este caso, sin recomendar que sean originales.

- La cláusula 12.2 del PBT por entrar en contradicción con la cláusula 56 del PPT, sin que queden establecidos qué material queda incluido. La primera de las cláusulas, según la estructura del PPT aplicable a todos los lotes, contiene un listado de materiales excluidos (material fungible, de un solo uso, contrastes...) y la cláusula 56, aplicable únicamente al lote 7, contiene un criterio diferente en cuanto que señala como material incluido y, por lo tanto, a cargo de la empresa, aquel cuyo valor unitario no exceda de 60 € (IVA excluido), quedando fuera los repuestos fungibles; la adquisición del resto de material requerirá la aprobación del responsable designado por el hospital. Lleva pues razón la empresa recurrente al señalar que existe contradicción entre las cláusulas del PPT.

- Cláusula 11.1 del PPT, que dispone que «Osakidetza podrá incorporar en todo momento nuevos equipos al presente contrato, en las mismas condiciones que el equipamiento inicial, ajustándose convenientemente el importe anual del mismo y facturando la parte proporcional por el tiempo a transcurrir hasta el próximo vencimiento anual. Así mismo se valorarán las bajas producidas durante el desarrollo de la actividad y por tanto serán deducidas de los importes contratados. Estas valoraciones serán acordadas entre Osakidetza como por la



empresa adjudicataria para llevar a cabo la consiguiente disminución.» Esta cláusula prevé una modificación del contrato que no cumple con los requisitos del art. 106 del TRLCSP pues no precisa con suficiente detalle las circunstancias y condiciones de la eventual modificación al señalar que se podrán incorporar «en todo momento» nuevos equipos. Tampoco se alcanza a comprender la forma en la que se valorarán estas nuevas incorporaciones o las eventuales bajas de los equipos, teniendo en cuenta que el precio del contrato de mantenimiento se establece a tanto alzado (punto 4.1 carátula del PCAP) y no por precios unitarios y el ajuste del precio establecido en la cláusula impugnada habla de ajuste «conveniente» del importe anual y de facturación proporcional. En este sentido, la exigencia comprendida en la cláusula 25 del PPT de que, junto a la oferta económica, se presente la valoración de cada equipo, no desvirtúa lo indicado pues no va a ser posible la satisfacción de este extremo por ser la confección del inventario una de las obligaciones a ejecutar.

- Cláusula 5.6 del PPT. “plan de formación”. No se alega ningún vicio que suponga la nulidad o anulabilidad de la cláusula y la obligación solicitada entra dentro del ámbito de organización del servicio que le asiste al poder adjudicador.

- Cláusula 6.1 del PPT. La obligación de registrar el aviso es algo propio del ámbito obligacional del contrato y la posibilidad de que el contratista pueda ser penalizado por no tener constancia de un aviso, es una eventualidad propia de la ejecución del contrato pero no una deficiente configuración de la obligación, por tanto, no se aprecia ningún supuesto de nulidad o anulabilidad en estas exigencias.

**DECIMOQUINTO:** Se recurre asimismo el criterio referente al precio que figura en el punto 30.2 del PCAP:

«PRECIO ..... 51

Se establecen 4 tramos para determinar la puntuación obtenida según el porcentaje de baja con respecto al importe de licitación, en cada uno de los tramos el valor obtenido será el



resultante de la interpolación del porcentaje de la Baja entre los valores de dicho tramo, los puntos valorados para cada tramo se sumarán hasta alcanzar el porcentaje de Baja presentada. La oferta cuyo importe sea igual al importe de licitación se valorará con 0 puntos.

Porcentaje de baja de hasta un 5 % con respecto al importe de licitación	35
Porcentaje de baja superior al 5 %e igual o inferior al 7,5 % con respecto al importe de licitación	10
Porcentaje de baja superior al 7,5 %e igual o inferior al 10 % con respecto al importe de licitación	3
Porcentaje de baja superior al 10 %e igual o inferior al 15 % con respecto al importe de licitación	3»

El criterio impugnado establece un sistema de puntuaciones según el porcentaje de baja ofertado con el límite del 15 %, pues a partir de éste, sea cual sea el porcentaje de baja ofertada, la puntuación asignada será la misma.

Esta forma de valorar el precio no sólo es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones, sino también porque su señalamiento en los pliegos o en el documento descriptivo desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas con los precios más competitivos, sobre todo si, como en el caso analizado, el límite es previamente conocido (ver la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, en especial los apartados 92 y siguientes) pues el uso de este mecanismo puede contribuir a reducir los incentivos de las empresas a ofrecer condiciones más ventajosas, puesto que es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener la puntuación máxima en un elemento concreto (Resolución OARC 121/2013).

En suma, debe concluirse que el criterio de adjudicación “precio de la oferta” del apartado 30.2. de la carátula del PCAP es contrario a los principios de libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa, pues impide que los licitadores enfrenten sus ofertas en sana competencia, por lo que debe declararse su nulidad.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.-** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Mantenimiento Electromédico, S.A. contra el anuncio y los pliegos rectores del contrato que tiene por objeto el servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del Área de Salud de Bizkaia, anulando las siguientes cláusulas contractuales y del anuncio de licitación:

- Punto 40 de la carátula del PCAP, en lo concerniente a los subapartados 2.2 “certificaciones de solvencia profesional”, 2.3 “certificaciones de colaboración”, 3.2 “certificaciones de formación” y apartado 4 “Requisitos a nivel de mantenimiento de equipamiento general Lote 7”.
- Punto 30.2 de la carátula del PCAP en lo concerniente a los criterios de adjudicación “proyecto de gestión del servicio” y “Precio de la oferta”.
- Cláusulas 6.1, 13.1 11.1 y 5.6 del PBT, las cláusulas 2.2, 2.3, 3.2, 4 y, 14 y 15 del PBT, de solvencia del licitador, en lo relativo a la exigencia de formación por el fabricante, así como la cláusula 23 del PBT referente a los criterios de adjudicación de proyecto de gestión de servicio y precio de la oferta.
- Puntos IV.1.2), apartados 2.2, 2.3, 3.2 y 4 del anuncio de licitación publicado en el DOUE.



**SEGUNDO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este órgano resolutorio por Resolución B-BN 11/2014, de 3 de octubre de 2014.

**TERCERO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**CUARTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2014ko urriaren 24a**

Vitoria-Gasteiz, 24 de octubre de 2014