



EB 2018/015

Resolución 040/2018, de 22 de marzo de 2018, de la 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 la empresa MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A. contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de salud de Gipuzkoa”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 2 de febrero de 2018 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por MANTENIMIENTO ELECTROMEDICO, S.A. (en adelante, MANTELEC) contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de salud de Gipuzkoa”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). La citada documentación se recibió entre los días 12 y 28 de febrero.



TERCERO: Con fecha 27 de febrero se dictó la Resolución B-BN 01/2018, por la que la titular del OARC / KEAO acordó la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. M.E.M.V, que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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 del TRLCSP.

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) La fórmula de valoración del precio como criterio de adjudicación es errónea, contraria a la competencia y arbitraria, dado que, para bajas cercanas al importe de licitación, la variación de puntuación es muy acusada, mientras que para bajas muy grandes, la variación es casi testimonial, hasta el punto de



que existe un “umbral de saciedad” para las bajas superiores al 10%; esto es especialmente importante en el contrato impugnado, en el que el expediente se ha lotificado por fabricante y uno de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor se refiere a la “Propuesta de mantenimiento del software”, ponderado en 8 puntos, que da ventaja al fabricante sobre los demás licitadores, ya que dicho fabricante puede obtener 46 puntos en la oferta económica con una baja del 10%, de modo que otro licitador solo podría aventajarle en 5 puntos, que no compensarían los 8 puntos citados.

b) El recurrente estima que el objeto del contrato es indeterminado en algunos casos y excesivo en otros. En concreto:

- considera ilegal que los pliegos impongan al contratista la obligación de mantener, dentro del precio del contrato, todos aquellos equipos que resulten del inventario que habrá de realizarse por dicho contratista una vez comenzada la ejecución del contrato; ello implica que el poder adjudicador entiende que el inventario que adjunta no es fiable porque está desactualizado. Todo ello se hace sin incorporar en los pliegos como modificación contractual los equipos que puedan resultar de la actualización del inventario. El recurrente diferencia este supuesto del previsto en el apartado 18 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que sí prevé la modificación contractual en razón de altas de nuevo material durante la vigencia del contrato.
- no se definen las actuaciones que deben realizar tanto el adjudicatario del lote 7 (lote generalista) como los adjudicatarios del resto de los lotes; en este sentido, el adjudicatario del lote 7, según el Pliego de Prescripciones Técnicas, se hace cargo de la primera intervención y cuando sea posible la reparación de todas las averías que sobre equipamiento electromédico se demanden desde los servicios de la Organización Sanitaria Integrada (OSI), lo que es contrario a la seguridad jurídica.



- algunos apartados de los pliegos se alejan de lo que es un contrato de servicios de equipamiento de electromedicina, incluyendo las instalaciones propias del equipamiento o el software clínico.
 - hay indeterminación respecto a los materiales a asumir por el contrato; si bien el órgano de contratación ha dimensionado las necesidades de pequeño material o material fungible alrededor de 1.000.000 euros, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) también señala que, en caso de que lo inicialmente dimensionado no fuera suficiente, la adjudicataria debe contar con la aprobación del responsable designado por la OSI, que decidirá si lo adquiere a la adjudicataria o a otro de sus proveedores; no se especifica si ello se incluye o no en el contrato o se factura aparte.
 - se desconocen los riesgos no cubiertos por los contratos de mantenimiento en vigor o que se encuentran en garantía y, sin embargo, el PPT exige que el contratista complemente la prestación que reciban en virtud del contrato o garantía que posean hasta alcanzar el nivel de servicio exigido en este expediente; todo ello implica que los licitadores no pueden dimensionar correctamente sus proposiciones.
 - el apartado 5.1.1 del PPT establece que la empresa adjudicataria del lote 7 se responsabiliza de ciertas tareas de limpieza del equipamiento de quirófano; esta limpieza biológica de uso y rutinaria queda fuera de los límites de la reparación y revisión preventiva fijada por el fabricante, y son funciones propias del personal de limpieza o sanitario.
- c) El recurrente alega que el criterio seguido para dividir el contrato en lotes restringe la competencia, ya que todos ellos, excepto el lote 7, se han dividido con el criterio “por fabricantes” y no por “familias de equipos”; se estima que se ofrece una ventaja indudable a los fabricantes para licitar a los lotes de sus equipos, ya que son los únicos que pueden ofrecer ciertos servicios (mantenimiento de software, cursos de formación...).



d) No se acredita que el precio del contrato sea adecuado al mercado, y no consta ningún estudio económico que lo acredite, tan solo consta que se ha utilizado el histórico de precios; sin embargo, no hay correlación entre los precios de este expediente y los del anterior. Por otro lado, se han de sumar dos tipologías de equipamiento con alto coste de mantenimiento (alta tecnología y radiología), y tampoco consta el estudio económico del precio de otras partidas.

e) Los pliegos impiden al licitador su derecho a presentar el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), lo cual infringe un derecho de las empresas interesadas en la licitación.

f) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad o la anulación de:

- los anuncios de la licitación.
- el PPT y sus anexos.
- el PCAP y sus anexos.
- todo anexo relacionado con los pliegos.
- el listado de inventario adjunto al apartado 19 del PPT,

con la consecuencia en Derecho que el OARC / KEAO determine, incluida la nulidad del procedimiento, su modificación o la retroacción de actuaciones y la apertura de un nuevo plazo de presentación de proposiciones.

SÉPTIMO: Las alegaciones del poder adjudicador para oponerse a la estimación del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) Se considera que la fórmula de valoración del precio parte de unos tramos de bajadas sobre un importe de licitación ajustado al mercado, primando al oferta más ventajosa y evitando bajadas desproporcionadas; se alega que el “umbral de saciedad” se ha situado en torno a valores próximos a bajadas temerarias; por otro lado, no se acredita que la división por lotes beneficie a los fabricantes, pues se trata de una cuestión no probada.



b) El inventario debe actualizarse para la ejecución del contrato porque es un elemento vivo, y puede variar hasta el inicio de la ejecución del contrato. Por otro lado, MANTELEC es precisamente la actual adjudicataria del contrato y la responsable del mantenimiento del inventario, y la empresa que dispone de más información al respecto. Además, la facturación fluctuaría con las altas y bajas del inventario, que podría tanto beneficiar como perjudicar al contratista; se añade que en los pliegos se da la opción de no mantener los nuevos equipos que aparezcan si no se alcanza un acuerdo económico con el adjudicatario.

c) Respecto a las inconcreciones denunciadas en el recurso, se alega que el lote 7 se refiere solo a la primera intervención de los equipos a mantener y se compone solo de mano de obra, la cual es la propia OSI la que decide cómo se emplea; además, el adjudicatario del lote 7 no asume el coste de los repuestos. Tampoco es cierta la supuesta inconcreción de los materiales, pues el apartado 5.5.1 del PPT deja claro que, una vez superado 1.000.000 de euros, el órgano de contratación decidirá si los adquiere al adjudicatario o a otro operador, lo que descarta que lo vaya a asumir el contratista; no se comparte la idea de que sea imposible redimensionar la bolsa, habida cuenta de que sí se define y cuando se agote ya no se exige nada al contratista, y en todo caso, las nuevas tipologías que se incluyan serían siempre de acuerdo con el adjudicatario. Los pliegos no establecen que el software sea realizado por el fabricante, sino recomendado por él; por otro lado, no es cierto que solo dicho fabricante pueda suministrar el software. Todo ello se podría aclarar sin necesidad de paralizar el procedimiento.

d) MANTELEC es quien mejor conoce el alcance y vigencia de las garantías de los equipos de cara a minorar la oferta teniendo este mantenimiento cubierto por la garantía.



e) Las tareas de limpieza son las que no pueden realizarse por el personal de las unidades del centro (por ejemplo, las que requieren manipulación de ciertos equipos para quitar el polvo).

f) Respecto a la alegación de que la división por lotes restringe la competencia, está justificada en el expediente, explicándose que se compone de lotes de equipos cada uno con sus especificaciones y requisitos, además de un lote de gestión y mantenimiento de primera intervención; la división en lotes efectuada incrementa la competencia permitiendo el acceso de PYMEs a la licitación. Respecto a la realización de cursos de formación, es una labor que se desarrollará mejor por los fabricantes de los equipos.

g) Respecto a la supuesta falta de adecuación al precio de mercado, se observan errores en la cuantía del lote 1 que señala el recurso. Por otro lado, los precios son similares a los contratados en Bizkaia, con previsión de un coeficiente de seguridad para los equipos que se vayan incluyendo en el tiempo de vigencia del contrato.

h) Respecto a la negación de la posibilidad de presentar el DEUC, tal posibilidad aparece en el PCAP y en el perfil del contratante, aunque no aparezca en la carátula del PCAP, y además, en ningún caso podría excluirse a licitador alguno por no acreditar su capacidad y solvencia y preferir presentar el DEUC.

OCTAVO: El primer motivo de impugnación alegado en el recurso es la ilegalidad de la fórmula de valoración del precio ofertado como criterio de adjudicación. En concreto, la citada fórmula es la siguiente:

Fórmula (51 puntos)

De acuerdo con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el importe de licitación se ha establecido teniendo en cuenta los precios actuales del mercado, una vez analizado el mismo, y en base a datos estadísticos acumulados, siendo éste el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato.

Para la correcta estimación económica de las ofertas se han establecido una serie de tramos, ajustados a la realidad de mercado, según la cual la puntuación obtenida se determina en base



al porcentaje de baja con respecto al importe de licitación, valorando según marca el TRLCSP, con la mayor puntuación la oferta económicamente más ventajosa pero evitando así ofertas con valores anormales o desproporcionados que incidirían negativamente en la calidad del objeto del contrato.

PRECIO	Lote 07		Resto de lotes
	Personal	Repuestos	Total
Se establecen 5 tramos para determinar la puntuación obtenida según el porcentaje de baja con respecto al importe de licitación. En los primeros 4 tramos el valor obtenido será el resultante de la interpolación del porcentaje de la Baja entre los valores de dicho tramo, mientras que en el último tramo el valor obtenido será el resultante de la interpolación del porcentaje de la mayor bajada y el resto de bajadas en ese último tramo de la oferta. 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. La puntuación otorgada se redondeará a 2 decimales.			
0,00 % < Porcentaje de baja con respecto al importe de licitación ≤ 2,50 %	16	1	18
2,50 % < Porcentaje de baja con respecto al importe de licitación ≤ 5,00 %	14	1	16
5,00 % < Porcentaje de baja con respecto al importe de licitación ≤ 7,50 %	9	1	10
7,50 % < Porcentaje de baja con respecto al importe de licitación ≤ 10,00 %	2	1	2
10,00 % < Porcentaje de baja con respecto al importe de licitación	5	1	5
	46	5	51

A juicio de este OARC / KEAO, el criterio impugnado es inaceptable por varias razones. En primer lugar, la aplicación de la fórmula supone que todas las ofertas cuya baja de licitación supere el 10% del importe de licitación obtienen la misma puntuación, siendo indiferente en qué medida es superado dicho umbral; en otras palabras, no se premian las bajas de licitación a partir del citado porcentaje. Como ya ha señalado este OARC / KEAO en otras ocasiones (ver, por ejemplo, la Resolución 121/2014), este sistema, conocido como “saciamiento”, es contrario a varios principios fundamentales de la contratación pública. Así, se infringe el principio de la oferta económicamente más ventajosa, pues no es cierto que a partir de un cierto límite los descuentos sobre el tipo de licitación dejen de aportar ventaja al poder adjudicador, y el principio de igualdad de trato y no discriminación, pues reciben igual valoración proposiciones con precios dispares. También se obvia la libre competencia, pues su mera indicación en los pliegos desmotiva a los operadores económicos dispuestos a hacer las ofertas de precio más competitivo, ya que saben que no serán valoradas, especialmente en un caso como el analizado, en el que la puntuación se determina en relación con el presupuesto base, de modo que todos los licitadores pueden conocer la puntuación que conseguirán sin



incertidumbre alguna sobre cuál será la actuación de sus competidores; en particular, es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener la puntuación máxima (Resolución OARC 121/2013). Además de todo lo anterior, se observa que la fórmula está diseñada de tal forma que no todas las unidades de baja de licitación (los puntos porcentuales de descuento) tienen la misma traducción en la puntuación del criterio; por el contrario, los primeros puntos porcentuales de descuento obtienen una puntuación por cada uno de ellos mucho más alta que los últimos, de forma que se amortigua la diferencia de puntos entre las ofertas que podría resultar de la aplicación del criterio. Este factor incrementa el daño para los principios de libre competencia y oferta económicamente más ventajosa que ya se han apuntado.

Debe señalarse que, frente a las infracciones observadas, que contradicen la experiencia más común, que indica que las ofertas más bajas son mejores que las más caras, sin que eso deje de ser cierto a partir de un concreto umbral, y que los sucesivos descuentos no aportan menos satisfacción económica que los anteriores, la argumentación contenida en el propio pliego y en la respuesta del poder adjudicador no es convincente. Así, el mandato de que el precio de licitación se ajuste al mercado no obsta para que el procedimiento de adjudicación en general y los criterios de adjudicación en particular deban buscar que las ofertas lo rebajen tanto como sea compatible con la promoción de la concurrencia y con la ejecución viable de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 64/2013 del OARC / KEAO). Tampoco es aceptable el argumento de que se trata de evitar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, y ello por dos razones: la primera, porque la declaración de que una oferta es temeraria no puede ser nunca automática y solo puede producirse después del correspondiente procedimiento, que incluye, entre otros trámites, la previa audiencia del contratista (artículo 152 del TRLCSP), y la segunda que la conclusión de dicha declaración es la exclusión de la oferta por considerarla de inviable ejecución; paradójicamente, siguiendo la tesis del poder adjudicador, en este caso la oferta anormal no solo no sería expulsada sino que obtendría la máxima puntuación en el criterio recurrido.



Consecuentemente, el motivo de recurso debe aceptarse y el criterio impugnado anularse.

NOVENO: El recurso impugna que los pliegos no permitan a los licitadores presentar el DEUC, tal y como se deduce de los siguientes apartados de la carátula del PCAP, en los que se opta por la denominada “acreditación completa”:

29.1.- Forma de acreditación. La única forma de acreditación es la que aparece a continuación marcada con una X:

Completa: en este sobre denominado SOBRE A «CAPACIDAD Y SOLVENCIA» deben presentarse los documentos que se indican en la cláusula 29.2 de esta carátula y en las cláusulas 13.1, 13.2 y 13.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Simplificada, en este sobre denominado SOBRE A «DECLARACIÓN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS» debe presentarse la declaración marcada con una X así como los documentos que en cada caso correspondan:

Declaración responsable inicial contenida en el **Anexo...** del pliego de cláusulas administrativas particulares junto con la documentación indicada en la cláusula 13.4.1 y 13.4.2.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

La declaración responsable inicial será el único documento que la empresa licitadora o candidata debe aportar en relación con los requisitos previos de capacidad y solvencia. Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula 13.4.1 y 13.4.2.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, no se admitirá documento distinto a dicha declaración en esta fase del procedimiento. (Ver cláusula 17.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares sobre los efectos de la no presentación de la declaración responsable inicial).

Formulario Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) contenido en el **Anexo...** del pliego de cláusulas administrativas particulares junto con la documentación indicada en la cláusula 13.4.1 y 13.4.2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En la parte IV de dicho formulario las empresas:

Pueden limitarse a cumplimentar la sección a de la parte IV omitiendo cualquier otra sección de la parte IV.



Deberán cumplimentar las secciones A, B, C y D de la parte IV.

El formulario DEUC será el único documento que la empresa licitadora o candidata debe aportar en relación con los requisitos previos de capacidad y solvencia. Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula 13.4.1 y 13.4.2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, no se admitirá documento distinto a dicho formulario en esta fase del procedimiento. (Ver cláusula 17.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares sobre los efectos de la no presentación del DEUC).

En este apartado, el criterio de este Órgano coincide con el expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su Recomendación de 6/4/2016 señaló que “los órganos de contratación deberán recoger expresamente en los pliegos el derecho de las empresas a acreditar el cumplimiento de los requisitos previos de acceso a través de la presentación del DEUC. Se trata de un derecho de las empresas y, por lo tanto, no de una obligación.” Esta postura coincide además sustancialmente con la mantenida en las páginas 39 y 40 del documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos”, elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales y aprobado el 1 de marzo de 2016¹, que entiende que la aplicación del DEUC se deriva del efecto directo del artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE. Consecuentemente, las cláusulas impugnadas deben anularse, sin que sea aceptable la argumentación de que tales estipulaciones nunca conllevarían la exclusión de un licitador, pues la ilegalidad de los pliegos es clara y no puede matizarse en virtud de la hipotética interpretación que de ellos haría el órgano de contratación durante el procedimiento de adjudicación.

DÉCIMO: El recurrente considera que el precio del contrato no se ajusta al mercado. Sobre esta cuestión, el OARC / KEAO ha manifestado (ver, por todas, su Resolución 84/2017), en síntesis, que corresponde al recurrente la

¹ Disponible en el siguiente enlace:

https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



carga de la prueba de que el precio de licitación, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, es inadecuado hasta el punto de que bajo su vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato; para ello, no basta con alegar que el presupuesto de licitación empeora las condiciones económicas para los licitadores respecto de las que disfrutaba el anterior prestador del servicio, pues es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos del procedimiento de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su proposición.

En este caso, no se ha acreditado que el presupuesto contenga error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide, ni se ha probado por el recurrente (que no ha aportado cálculo o referencia alguno sobre lo que sí consideraría un precio adecuado al mercado) que no quepa esperar una concurrencia suficiente y una ejecución normal; por el contrario, como bien señala el poder adjudicador, el recurso sí incurre en un grave error material al fundamentar su alegación cuando indica que el presupuesto del lote 1 es de 4.000.000 de euros cuando en realidad asciende a 400.0000 euros (punto 15 del PPT). Debe añadirse que no hay en el TRLCSP, a diferencia de que sucede en la Ley 9/2017, de contratos del sector público (ver su artículo 100.2), que no es aplicable al caso, una exigencia de que conste en el expediente un documento que sustente expresamente la razonabilidad del cálculo del presupuesto de licitación.

Consecuentemente, este motivo de impugnación debe desestimarse.

UNDÉCIMO: El recurrente alega que la división en lotes configurada por el órgano de contratación, basada (salvo para el lote 7) en un criterio “por



fabricantes” y no por “familias de equipos” restringe indebidamente la competencia al favorecer a los citados fabricantes.

En anteriores ocasiones (ver, por todas, la Resolución 41/2015), este OARC / KEAO ha señalado que la discrecionalidad asiste a los poderes adjudicadores para adoptar la decisión de dividir o no el contrato en lotes (si bien en este último caso, el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE impone la obligación de una motivación expresa; ver la Resolución 8/2018) y, en su caso, para configurar dichos lotes de una u otra forma (ver, por ejemplo, la Resolución 17/2018). A partir de la consideración de que la configuración de los lotes es una potestad discrecional del órgano de contratación, este OARC / KEAO únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad (por ejemplo, el artículo 86.3 TRLCSP, que consagra el principio de unidad funcional y uso independiente), si comprobara que la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o si constara la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública; precisamente, a este último supuesto se refiere el recurso, concretamente al principio de libre competencia.

A juicio de este OARC / KEAO, no hay relación entre el hecho de que el objeto del contrato esté dividido en lotes que siguen, básicamente, el criterio de la empresa fabricante de los equipos, y la supuesta ventaja que para la adjudicación de dichos lotes tendrían los citados fabricantes. El recurrente basa su alegación en que estas empresas son las únicas que pueden ofertar servicios como el mantenimiento de software, cursos de formación directa del fabricante o manuales técnicos de sus equipos, por lo que se verían beneficiadas en la aplicación de los criterios subjetivos. Sin entrar a analizar si las ventajas mencionadas existen o no efectivamente y si son o no legítimas (cuestión que no es motivo del recurso), lo que sí parece claro es que en ningún caso se derivarían del hecho de que la división en lotes del contrato se



haya configurado como se ha hecho sino, en su caso, de las propias exigencias establecidas en los pliegos como parte de las prestaciones que debe asumir el contratista, y que no variarían aunque el objeto del contrato se licitara sin división o con otro criterio de división diferente. Así, el recurrente estima que, en cambio, hubiera sido respetuoso con la libre competencia ordenar los lotes por “familias de equipos”, pero no se argumenta razonadamente tal afirmación; por el contrario, el mero cambio del sistema de ordenación de los lotes no solo no serviría para eliminar las prestaciones o criterios que supuestamente dan ventaja a los fabricantes cuya exigencia beneficia, sino que restringiría aún más la competencia al diseminar el efecto discriminatorio de cada marca a todos los lotes en los que esté presente un equipo de dicha marca. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.

DUODÉCIMO: El recurso contiene varios motivos de impugnación referidos al objeto del contrato que, en síntesis, se considera en algunos aspectos indeterminado o referido a prestaciones ajenas al mantenimiento de los equipos:

a) El recurrente entiende ilegal la obligación prevista en los siguientes apartados del PPT:

5.12 Gestión documental

(...)

En el plazo de tres meses a partir de la firma del contrato, se actualizará el inventario definitivo y deberá ser entregado en formato Excel a la OSI correspondiente, incluyéndose, en formato digital, la documentación técnica y de usuario por equipo. Una vez confirmado por los servicios técnicos de cada OSI, este inventario fijará el alcance de la actuación de la empresa adjudicataria, es decir, la cantidad de equipos bajo su responsabilidad sobre los que tenga que realizar el mantenimiento objeto del contrato.

5.12.1 Aspectos exclusivos del Lote 07

Transcurridos cuatro meses a partir de la entrada en vigor del contrato, el adjudicatario entregará tanto a las OSI como a la Dirección del Proyecto un documento que refleje el inventario definitivo de todos los equipos de electromedicina objeto de este contrato.



Durante los tres primeros meses del año se etiquetarán la totalidad de equipos de acuerdo a los criterios establecidos por cada OSI. Durante toda la vigencia del contrato, el adjudicatario informará puntualmente a la OSI sobre cualquier cambio que se produzca en el parque de equipamiento electromédico de la OSI, encargándose de etiquetar los equipos que se den de alta.

De acuerdo con el artículo 86.1 del TRLCSP, el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado; en el mismo sentido, el artículo 2.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) establece que no podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración, salvo lo establecido legalmente para los contratos mixtos de redacción de proyecto y ejecución de obra y para el contrato de suministros de tracto sucesivo. A juicio de este OARC / KEAO, el citado apartado 5.12 del PPT infringe este principio al dejar la fijación de una parte del alcance de la prestación pendiente de actuaciones posteriores a la adjudicación, siendo indiferente que tales actuaciones sean del órgano de contratación o pactadas con el contratista; de las citadas actuaciones pudiera resultar un incremento o disminución del volumen de trabajo del contratista, lo que, entre otras cosas, también implica que los potenciales licitadores desconozcan un factor importante que podría condicionar el contenido de sus proposiciones, siendo irrelevante a estos efectos que las variaciones derivadas del inventario tengan o no repercusión económica o que el recurrente conozca el estado del inventario por ser el actual prestador del servicio, pues ello no obsta para que la obligación de determinar correctamente el objeto del contrato corresponda solo al poder adjudicador. Como bien señala el recurrente, las mencionadas variaciones pueden, en su caso, introducirse desde el principio en los pliegos como modificaciones contractuales previstas, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 106 del TRLCSP (en la Ley 9/2017, de contratos del sector público, ver el artículo 204 LCSP), opción que el órgano de contratación no ha tomado; así, el apartado 18.1 de la carátula del PCAP se refiere a la modificación que permitiría ampliar el contrato a los equipos adquiridos por Osakidetza durante la vigencia del contrato, y no a los que podrían “aparecer” después de actualizar el inventario. Por todo ello, el



recurso debe estimarse en el sentido de anular el último inciso del último párrafo del apartado 5.12 del PPT en tanto establece que el alcance definitivo del objeto contractual depende de un inventario posterior a la adjudicación. En cambio, debe desestimarse la posibilidad de anular el resto del apartado 5.12 del PPT y los dos primeros párrafos del apartado 5.12.1 del PPT porque únicamente establecen la obligación del contratista de realizar dicho inventario, lo cual no es en sí mismo, y por sí solo, contrario al principio de determinación del objeto del contrato.

b) El recurso alega que determinadas prestaciones recogidas en los pliegos se alejan de lo que es propio de un contrato de servicios de mantenimiento de equipos de electromedicina; en concreto, se citan las instalaciones propias del equipamiento, el software clínico o las tareas de limpieza de los equipos de los quirófanos. Según ha señalado este OARC / KEAO en anteriores ocasiones (ver, por ejemplo, las Resoluciones 18/2015 y 84/2017) al poder adjudicador le asiste una amplia discrecionalidad en la determinación del objeto del contrato, la cual está limitada, en particular, por el respeto al fondo parcialmente reglado de la potestad y a los principios básicos de la contratación, así como por la interdicción de la arbitrariedad. En este sentido, las prestaciones a las que se refiere este motivo de impugnación están claramente relacionadas con las demás que constituyen el objeto del contrato y ni mucho menos se ha acreditado que su agrupación en un mismo expediente sea caprichosa o arbitraria por estar pensada en exclusiva para favorecer o perjudicar a uno u otro tipo de empresas sin responder a la satisfacción del interés general; así, por ejemplo, no es desproporcionado que se impongan al contratista obligaciones vinculadas con las instalaciones del equipamiento o el software clínico, ni parece que se trate de una materia ajena a la especialización técnica de los potenciales licitadores la limpieza cualificada de equipos sanitarios. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.

c) El recurrente estima que existe indeterminación o inseguridad jurídica en cuanto a los materiales fungibles y pequeño material y en cuanto a los riesgos



no cubiertos por los contratos de mantenimiento en vigor o que se encuentren en garantía.

Por lo que se refiere a los materiales fungibles y pequeño material, debe aceptarse la alegación del poder adjudicador; el apartado 5.5.1 del PPT deja claro que el coste de los materiales no se asume por el contratista (se adquiere por Osakidetza al adjudicatario o a otro proveedor) a partir de que se supera la previsión inicial de 1.000.000 de euros, por lo que no existe la incertidumbre denunciada.

Respecto al reproche que formula el recurso porque se desconocen los riesgos no cubiertos por contratos o garantías en vigor, se observa que la propia cláusula 8 del PPT contiene un listado con los equipos que disponen de un contrato de mantenimiento en vigor, incluyendo la fecha de finalización. Sin embargo, no consta entre la documentación contractual el alcance y las características de las garantías cubiertas, ni el modo de conocerlas, lo que es un dato necesario para conocer el alcance de las obligaciones asumidas por el contratista, a la vista del apartado 8 del PPT; todo ello impide a los potenciales licitadores formalizar una oferta con conocimiento de causa. Nuevamente, debe descartarse que sea relevante que la recurrente pudiera conocer dichos datos por ser la actual prestadora del servicio, pues en virtud del principio de transparencia es obligatorio para el poder adjudicador que los datos relevantes para la selección del contratista sean conocidos por todos los interesados (ver, por todas, la Resolución 6/2016 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

d) El recurrente alega también que no quedan correctamente delimitadas las actuaciones que debe realizar el adjudicatario del lote 7 y de otros lotes. Este motivo de recurso debe desestimarse, ya que, como señala el poder adjudicador, el lote 7 se configura en el PPT (apartados 5.11, 5.2.1, 5.3.1, 5.4.1, 5.5.1, 5.7.1, 5.12.1...) de modo diferenciado a los demás lotes, de forma que en él se incluye básicamente mano de obra y no los repuestos, siendo el poder adjudicador quien decide cómo se emplea dicha mano de obra ya



contratada (en una u otra actividad). Por ello, no hay riesgo de que el adjudicatario termine por encontrarse con actividades adicionales o distintas a las efectivamente contratadas.

DECIMOTERCERO: La estimación parcial del recurso conlleva en este caso la cancelación del procedimiento de adjudicación, a la vista del alcance y contenido de las cláusulas de los pliegos anuladas que, en buena medida afectan a datos esenciales para que los potenciales licitadores interesados puedan elaborar sus ofertas con pleno conocimiento de causa; asimismo, se anula uno de los criterios de adjudicación, lo que implica en cualquier caso la citada cancelación (ver, por todas, la Resolución 84/2017 del OARC / KEAO y sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C: 2003:651, apartados 92 a 95).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A. contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de salud de Gipuzkoa”, tramitado por Osakidetza, anulando los siguientes apartados de los pliegos y cancelando la licitación:



- la cláusula 30.2 de la carátula del PCAP y apartado 18.2 del PPT en cuanto al criterio de adjudicación relativo al precio.
- la cláusula 29.1 de la carátula del PCAP en cuanto impide la presentación del DEUC como documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos previos de acceso.
- el último inciso del último párrafo del apartado 5.12 del PPT, desde “Una vez confirmado...” hasta “...mantenimiento objeto del contrato”.
- la cláusula 8 del PPT.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por la Resolución B-BN 01/2018 de este OARC/KEAO.

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, 2018ko martxoaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de marzo de 2018