Recurso 93/2023
Resolución 164/2023
Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 10 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A** (en adelante, AGENOR) contra el acuerdo de adjudicación del órgano de contratación en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos de centros dependientes del área de gestión sanitaria de Osuna CONTR 2022 0000668826. PA 21/2020» (Expte.CCA: 69E-KN5) convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de agosto de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Union Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, respectivamente, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 2.201.147,68 €.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Publico (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Publico y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El órgano de contratación dictó con fecha 23 de enero de 2023 la resolución de adjudicación del contrato referenciado a la entidad DRAGER MEDICAL HISPANIA, S.A (en adelante, DRAGER) por un importe de 976.575,85 €. Dicha Resolución fue notificada a la entidad recurrente el 26 de enero de 2023 y publicada en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el 27 de enero de 2023.

Consta en el expediente remitido diligencias de acceso al expediente y vista celebradas los días 7 y 14 de febrero de 2023, con la entidad recurrente y con la entidad ALTHEA, respectivamente.

TERCERO. El 15 de febrero de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por AGENOR.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 16 de febrero de 2023 se dio traslado al órgano de contratación del escrito de impugnación, requiriéndole el expediente administrativo, y el informe sobre las alegaciones formuladas en el recurso. La petición fue reiterada el 21 de febrero de 2023, habiendo tenido entrada en este Órgano el 24 de febrero de 2023.

Con fecha 24 de febrero de 2023 la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad adjudicataria en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la UTE recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto nos encontramos ante un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración pública y es objeto de recurso el acuerdo de adjudicación del lote 1 del mismo, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2. c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso contra la resolución de adjudicación impugnada, ésta fue notificada a la recurrente el 26 de enero de 2023 por lo que el recurso frente a la misma se ha interpuesto en plazo conforme a lo establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal: Sobre la falta de aptitud para contratar de la adjudicataria, en concreto sobre la falta de habilitación empresarial y profesional para la realización de la prestación objeto del contrato.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso contra la adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, solicitando a este Tribunal la exclusión de la empresa que ha resultado adjudicataria por los motivos que se

exponen a continuación, y que, en consecuencia, se declare contrario a derecho el acuerdo de adjudicación, y se ordene la retroacción de actuaciones.

1. Falta de habilitación empresarial y profesional necesarios para la correcta ejecución del contrato.

En su escrito, enumera la carencia de las siguientes habilitaciones que, a su juicio, resultan necesarias para la ejecución del contrato:

(i) Carencia de habilitación para el manejo a presión.

Indica que DRAGER, si bien cuenta con la necesaria inscripción para el manejo de equipos a presión en el Registro Integrado Industrial según se indica en el Anexo I del Real Decreto 809/2021, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias, lo ostenta desde el 9 de enero de 2023, fecha posterior a la de finalización del plazo de presentación de las ofertas (12 de septiembre de 2022) de donde se infiere que no contaba con la habilitación necesaria para la correcta ejecución del objeto del contrato.

(ii) Carencia de habilitación para los equipos que contienen gases fluorados.

Afirma que la adjudicataria no dispone de la habilitación necesaria para la manipulación de gases fluorados que establece el Real Decreto 115/2017, de 17 de febrero, por el que se regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como la certificación de los profesionales que los utilizan y por el que se establecen los requisitos técnicos para las instalaciones que desarrollen actividades que emitan gases fluorados.

En este sentido, señala que el artículo 3, apartado 1, letra b) y apartado 2 letra b), respectivamente, del mencionado Real Decreto enumeran -entre las actividades restringidas a personal que esté en posesión de la certificación exigida- las de mantenimiento, o revisión, incluido el control de fugas, carga y recuperación de refrigeración fluorados, tanto para las actividades en relación con los equipos de refrigeración o climatización con sistemas frigoríficos de cualquier carga de refrigerantes fluorados, como para las actividades en relación con los equipos de refrigeración o climatización con sistemas frigoríficos de carga inferior a 3 kg de gases fluorados.

Sostiene que no obra en el expediente de contratación que DRAGER cuente con la habilitación necesaria para el manejo de los equipos que contienen gases fluorados que se identifican en el Anexo I según el cuadro que inserta y que reproducimos a continuación.

Activo	*Tipología*	*PDE*	*Descripción*	*Número de serie*	*Modelo*	*Fabricante*
0000492	*No cualificados*	*>98%*	*Centrífugas, de Mesa, Baja Velocidad, Refrigeradas*	*AL628610*	*CENTRIFUGUE 5702 R*	*EPPENDORF*
0000549	*No cualificados*	*>98%*	*Centrífugas, de Mesa, Baja Velocidad, Refrigeradas*	*AC228621*	*CENTRIFUGUE 5702 R*	*EPPENDORF*
0000912	*No cualificados*	*>98%*	*Centrífugas, de Mesa, Baja Velocidad, Refrigeradas*	*238089*	*MEGAFUGE 1.0R*	*THERMO ELECTRON CORP.*

(iii) Instalador de baja tensión para el mantenimiento de columnas de instalaciones y lámparas quirúrgicas:

La recurrente indica que los requerimientos y obligaciones derivadas de la instalación eléctrica de baja tensión se regulan en el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para la baja tensión y, en concreto, dichos requisitos particulares, para las instalaciones en quirófanos y salas de intervención, se establecen en la Inspección Técnica Complementaria ITC-BT-38. En el apartado 2.4.2 de la referida ITC se prevé la regulación del control y el mantenimiento "después de su puesta en servicio" en unos términos que exigen la realización de una revisión anual de la instalación por una empresa instaladora autorizada.

En el recurso alega que, para obtener la habilitación necesaria para la instalación de columnas y lámparas quirúrgicas es preciso, conforme al Real Decreto antes citado, contar con la inscripción en el Registro Integrado Industrial y que la adjudicataria no cuenta con la debida habilitación ni inscripción según resulta de consulta efectuada al citado registro.

De lo anterior concluye que DRAGER no reúne la capacidad legal necesaria, conforme establece la clausula 5.1 del PCAP de donde resulta que el acuerdo de adjudicación no es conforme a Derecho.

A continuación, expone que, al carecer de la habilitación legal necesaria para la prestación de los servicios objeto del contrato, se apoya en la gestión y mantenimiento de los equipos que harán los fabricantes, según declara en el *Anexo XVIII "DECLARACIÓN RESPONSABLE DE EQUIPOS NO CUALIFICADOS "* pero lo hace sin identificar -ni en el DEUC, ni en el Anexo III, referido a la subcontratación, ni en el Anexo XVIII antes citado- a las empresas que van a subcontratar para completar su falta de capacidad en el procedimiento por la ausencia de la habilitación legal necesaria. Invoca al respecto la Resolución n.º 164/2022, de 3 de febrero del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para sostener la procedencia de la exclusión de aquel licitador que no disponga de la capacidad necesaria para ejecutar el contrato en el momento de presentar la oferta.

Considera, por tanto, que se debió excluir a DRAGER por incumplimiento del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), de las reglas de formación del DEUC y de las reglas relativas a la subcontratación y a la capacidad y habilitación para participar en dicho procedimiento.

2. Alegaciones del <u>órgano de contratación.</u>

El órgano de contratación en el informe al recurso solicita la desestimación del mismo con fundamento en los siguientes argumentos.

1. Respecto de la falta de la habilitación empresarial y profesional necesarios para la correcta ejecución del contrato.

En primer lugar, manifiesta que los pliegos fueron aceptados y consentidos por la recurrente, sin haberlos impugnado en su día, por lo que habrá de estar a lo que estos dispongan, indicando que aquellos no establecen la forma de acreditar dicha habilitación ni respecto de qué prestaciones, por lo que dicha circunstancia no habrá de acreditarse hasta el comienzo de la ejecución del contrato.

Asimismo, alega que en el certificado del ROLECE aportado por la adjudicataria, se define el objeto social de la empresa entre los que se incluyen "*la representación en España de las mercancías y productos de la empresa*

mercancías de aplicación médico-quirúrgica y de protección de industria y de equipamiento aeroespacial. diseño, fabricación y montaje de:
- aparatos y equipos de protección respiratoria de oxígeno y aires, en sus diversas aplicaciones en la industria,transportes y minería.
- aparatos, cámaras, instalaciones centrales y dispositivos de aplicación médico-quirúrgica y terapéutica para la utilización y abastecimiento de gases.
- aparatos y válvulas relacionados con la técnica e investigación de gases a presión.
- aparatos y dispositivos de la técnica de análisis y mediciones de gases: filtros, equipos de buceo, cámaras a presión.
- aparatos y dispositivos de aplicación aeroespacial, así como equipos e instalaciones que sean complementarias y conexas con los anteriormente citados".

Respecto a los posibles subcontratistas que la adjudicataria indicó en el sobre n.º 1 (ACP Electromedicina S.L; Baxter, S.L; Getinge Group Spain S.L.U ; Hersill S.L; Palex Medical, S.A; Topcon Europe Medical BV; General electric; Stryker Iberia, S.L y Advanced Sterilization Products España, S.L) el informe al recurso manifiesta que la adjudicataria aportó el DEUC correspondiente a todos ellos e insiste que igualmente tendrían que aportar la habilitación empresarial o profesional, respecto de los citados subcontratistas, a la firma del contrato o al inicio de la ejecución conforme exige el artículo 215.2 b) de la LCSP.

Finalmente, expone que la memoria técnica aportada por la adjudicataria (páginas 99, 101 y 105) describe la titulación del personal que va a poner a disposición del contrato, encontrándose entre otros, técnicos especialistas, con titulación de ingeniero técnico industrial o FPII electrónica, ingenieros de mantenimiento etc, todos ellos habilitados profesionalmente por la propia titulación que ostentan, y finalmente que, siendo el objeto del contrato el servicio de reparación y mantenimiento de equipamiento médicos y de precisión, resulta evidente que la adjudicataria cumple perfectamente las necesidades exigibles en el contrato, no pudiéndose presumir que a la hora de ejecutar el mismo, ella o los subcontratistas que pudieran ejecutar el contrato en su lugar, vayan a carecer de las habilitaciones profesionales correspondientes.

3. Alegaciones de DRAGER.

La entidad adjudicataria se opone a la pretensión de la recurrente formulando las siguientes alegaciones.

1. Respecto de la carencia de habilitación empresarial o profesional.

a) Con relación a la habilitación necesaria para el manejo de equipos a presión y la obligada inscripción en el Registro Integrado Industrial, la adjudicataria achaca a la recurrente el propósito de confundir a este Tribunal, puntualizando los siguientes extremos:

1º La falta de obligación de inscripción en el citado Registro, según se desprende del punto 8.1.3 del PPT que establece lo siguiente: «*Si la empresa contratista necesitara subcontratar a otras empresas especializadas del sector(terceros) para efectuar trabajos para los que no encuentre técnicos idóneos, o para los que legalmente no se encuentre capacitada, o por establecerlo así este contrato, o existir acuerdo de la empresa en este sentido, podrá hacerlo, con conocimiento expreso y formal de la Unidad, Sección o Servicio de Electromedicina del Centro Directivo, asumiendo toda la responsabilidad derivada de los trabajos realizados, y siempre con los límites establecidos en la normativa vigente sobre contratación y subcontratación en las Administraciones Públicas"*
"Con posterioridad a la adjudicación se pueden aportar nuevos acuerdos con empresas fabricantes».

2º Que en la memoria técnica presentada con la oferta y, en concreto en la página 37, se ha comprometido a realizar las revisiones periódicas obligatorias que serán efectuadas, en su caso, por un organismo acreditado que será contratado, lo que revela el compromiso de DRAGER de contratar con el fabricante el mantenimiento de aquellos equipos que, por su complejidad o requerimientos técnicos o legales no puedan asumir.

Como muestra de ello, menciona la inclusión de los equipos esterilizadores, los equipos de pesaje y las fugas en la subcontratación con el fabricante, según han indicado en el Anexo XVIII del PCAP relativo a «*Declaración Responsable de los Equipos No Cualificados».*

Asimismo, reproduce un correo electrónico remitido por el órgano de contratación, en contestación a una consulta dirigida a aquel, en el que, a propósito de tal cuestión, se indica que «*Con respecto a los acuerdos de colaboración se solicitarán a la empresa adjudicataria, para el concurso con la declaración responsable es suficiente».*

3º Que está permitida la subcontratación a terceros que posean la cualificación pertinente, de acuerdo con lo establecido en los apartados 8.3.3.3 y 8.3.7.2 del PPT(referidos al mantenimiento preventivo, y correctivo, respectivamente) pudiendo constatarse que en la memoria técnica presentada se plasma el compromiso de DRAGER de contratar con los fabricantes y/o servicios técnicos autorizados para el mantenimiento de los equipos identificados como no cualificados.

4º Respecto de la falta de presentación de los DEUC de todas las empresas con las que está previsto subcontratar, alega, por el contrario, que sí han proporcionado DEUC de todas las empresas con las que han formalizado un acuerdo de colaboración para el mantenimiento de los equipos cualificados. Por el contrario, respecto de los equipos no cualificados, no ha sido posible formalizar los acuerdos de colaboración y aportar los DEUC porque los fabricantes no disponen de planes de mantenimiento, o porque no han tenido tiempo de entregarlos y sobre todo, porque no son exigibles conforme a los pliegos.

5º Que, con relación a la capacidad y solvencia técnica, expone que en la página 28 de la memoria técnica queda acreditado que los técnicos asignados al contrato disponen de la certificación de profesionalidad que les habilita para realizar tareas de instalación y mantenimiento. Así, indica que los procedimientos de evaluación y acreditación de competencias (PEAC), contemplados en la Comunidad Autónoma de Aragón permiten obtener una acreditación profesional expedida por la Consejería de Economía, Industria y Empleo del Gobierno de Aragón, y con alcance a todo el territorio español, es decir, el certificado de profesionalidad adquirido en sistemas de electromedicina, el cual habilita a los técnicos asignados al contrato para desempeñar las siguientes tareas:
- Instalación de Sistemas de Electromedicina.
- Mantenimiento de Sistemas de Electromedicina.

6º Que DRAGER está actualmente prestando los servicios de mantenimiento de equipos de electromedicina con la más alta calidad y seguridad y con las mismas coberturas en los hospitales públicos y privados que relaciona en su escrito, con lo que rebate el cuestionamiento de la capacidad y solvencia técnica que efectúa la recurrente sobre la base de acusaciones infundadas.

b) Con relación a la habilitación para los equipos que contienen gases fluorados.

Alega que resulta notorio que no se trata de equipos de refrigeración o climatización con sistemas frigoríficos, por lo que no le resulta de aplicación la normativa invocada por la recurrente. Por el contrario, los equipos

señalados en el recurso son centrifugas de laboratorio y, por ende, productos sanitarios para diagnostico in vitro que se rigen por Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre, sobre productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*, cuyo mantenimiento se rige por el Real Decreto 1591/2009.

Insiste en que, aun estando totalmente capacitado para realizar el mantenimiento de los equipos esterilizadores, los equipos de pesaje y las centrifugas, se han incluido en la subcontratación con el fabricante según resulta del Anexo XVIII, estando permitida según el pliego, la subcontratación a terceros que posean la cualificación pertinente según el pliego.

c) Con relación a la habilitación para ser instalador de baja tensión para el mantenimiento de columnas de instalaciones y lámparas quirúrgicas.

La adjudicataria niega que en el expediente esté incluida la revisión de instalaciones de baja tensión de ninguna instalación, como -indica- se puede inferir de la página 3 del PPT, y por tanto, considera que la pretensión de la recurrente es de nuevo confundir a este Tribunal en la medida que las revisiones de baja tensión no están incluidas en el expediente, y por tanto, no es posible achacar ningún tipo de incumplimiento.

A tal fin, adjunta al escrito de alegaciones las declaraciones de conformidad de (i) una lámpara de quirófano marca Dräger, modelo Polaris 50, asi como (ii) un brazo para Instalaciones Hospitalarias, Montados en el Techo Marca: Dräger Modelo: Agila/Movita, que aparecen en el inventario publicado en este expediente, donde se indica que son dispositivos médicos y se rigen por el Real Decreto 1591/2009, y no por el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para la baja tensión alegada de contrario.

Por lo anterior, concluye que no es necesario ser instalador de baja tensión, ya que esa labor no es necesaria para el mantenimiento de los equipos.

Por otra parte, alega que resulta interesante destacar que DRAGER, siendo fabricantes de lámparas y columnas, es el único mantenedor debidamente autorizado para mantener sus propios equipos, lo cual, acredita con la carta emitida por el fabricante de dichos equipos.

A título ilustrativo, expone que una muestra de que el equipo al que se refiere la recurrente es una lámpara de otro fabricante y que DRAGER ha incluido en el *Anexo XVIII Declaración Responsable de Equipos No Cualificados* con nuestro compromiso de contratar los servicios de mantenimiento a terceros.

Finalmente, se opone a la alegación de la falta de indicación de las empresas con las que van a subcontratar ya que en el *Anexo XVIII Declaración Responsable Equipos No Cualificados*, figuran claramente identificadas las empresas con las que se van a contratar los servicios de mantenimiento con los fabricantes.

4. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen del primero de los motivos en los que se sustenta el presente recurso, que denuncia, en definitiva la falta de aptitud para contratar de la adjudicataria al considerar que no reúne una serie de habilitaciones profesionales necesarias para la realización del objeto del contrato que constituye el servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos de centros dependientes del Área de gestión Sanitaria de Osuna perteneciente al Servicio Andaluz de Salud (cláusula 2.1.1 del PCAP).

A fin de resolver la cuestión controvertida, conviene acudir a lo dispuesto en el artículo 65 de la LCSP que establece que «1. *Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, o en los casos en que así lo exija esta ley, se encuentre debidamente clasificada.*
(...)
2. *Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato»*

En el PCAP regulador de la presente licitación, la cláusula 5.1 del PCAP -cuyo incumplimiento se denuncia- establece, en términos generales, que: «*Podrán contratar con el Servicio Andaluz de Salud las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna de las causas de prohibición de contratar previstas en el artículo 71 de la LCSP y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, conforme a lo establecido en los artículos 86, 87 y 90 de la LCSP. Así mismo deberán contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la prestación que constituye el objeto del contrato».*

El objeto del contrato se define en la cláusula 2.1.1 del PCAP que establece : «*El Objeto del presente contrato es el servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos de centros dependientes del Área de Gestión Sanitaria de Osuna perteneciente al Servicio Andaluz de Salud. (…) las especificaciones técnicas del objeto del contrato se describen en el Pliego de Prescripciones Técnicas».*

En el apartado 10.1.1 *CRITERIOS GENERALES* del pliego de prescripciones técnicas (PPT) de la presente contratación, se establece lo siguiente:

«*Para la realización de los trabajos objeto de este contrato, la empresa contratista destinará los recursos humanos necesarios para dar cumplimiento al mismo en todos sus extremos.*
Respecto a la presencia física permanente de profesionales en el Centro Directivo, se estará a lo indicado a continuación en el apartado correspondiente a "Recursos humanos de presencia física permanente en el Centro Directivo".
El personal técnico y de administración contará con titulación, acreditación y experiencia demostrada dentro del ámbito del contrato.
Los técnicos contarán con un sistema de comunicaciones personal basado en teléfonos móviles para la localización en caso de emergencia por parada o avería de alguno de los dispositivos médicos, debiendo existir equipos de guardia con disponibilidad 24 horas todos los días del año.
La empresa contratista deberá estar reconocida y homologada por el Organismo competente en las especialidades objeto del contrato. Asimismo, el personal encargado de realizar los trabajos de mantenimiento deberá poseer por parte de las Autoridades Competentes las autorizaciones necesarias para el desarrollo de sus funciones en aquellos dispositivos médicos en los que la legislación vigente exija permisos y/o licencias específicas.

El Centro Directivo podrá solicitar a la empresa contratista la modificación de la plantilla cuando, a su juicio, la calidad del servicio no sea la idónea, sin que ello suponga cargo adicional al precio del contrato pudiendo exigir la sustitución de los trabajadores que no actúen con la corrección y el cuidado precisos en el desarrollo de su trabajo.
Serán por cuenta de la empresa contratista, todos los gastos derivados de la formación y promoción de su personal.
La empresa contratista deberá dotar al personal técnico que ejecute la prestación del servicio de la oportuna acreditación para su identificación en el centro sanitario» (el subrayado es nuestro).

Expuesto lo anterior, procede, a efectos de adoptar una mayor sistemática, dividir en tres apartados, el análisis del primer motivo referente a la falta de las habilitaciones profesionales necesarias para la realización del objeto del contrato, en función de las alegaciones de AGENOR.

1. La recurrente alega, en primer lugar, que la adjudicataria no cuenta con la habilitación legal exigible para el manejo de equipos a presión, que exige el Real Decreto 809/2021, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias. Al respecto, indica que, si bien en el Registro Integrado Industrial –de contenido público- consta que DRAGER está inscrito desde el 9 de enero de 2023, dicha inscripción es posterior, en cualquier caso, a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, 12 de septiembre de 2022, por lo que en el momento de presentar aquella, la adjudicataria no contaba con la autorización necesaria.

El órgano de contratación refuta tal alegación aduciendo, en síntesis, lo siguiente: (i) que en ningún apartado de los pliegos se indica ni el momento de acreditación de la habilitación profesional, ni la forma de hacerlo, ni la normativa que debe cumplirse; (ii) que, en su día, los pliegos no fueron impugnados por la recurrente, por lo que han devenido consentidos y firmes; finalmente (iii) que la cláusula 5. 1 del PCAP ha de entenderse referida al momento de la adjudicación, y no al de la licitación, entendiendo que la acreditación de la habilitación profesional no es exigible en el momento de presentación de las ofertas, por lo que no puede presumirse *ab initio* que la adjudicataria o los subcontratistas no van a tener la habilitación profesional o empresarial durante la ejecución del contrato.

La adjudicataria, por su parte, se opone alegando que no hay obligación de estar inscrito en el Registro Integrado Industrial según se infiere del apartado 8.1.3 del PPT y manifestando, a su vez, el compromiso y la intención de DRAGER de contratar con el fabricante el mantenimiento de aquellos equipos que no pueda asumir, debido a su complejidad y requerimientos técnicos.

Pues bien, el reglamento del ramo que regula la actividad de las empresas instaladoras en el que se apoya la recurrente, es el Real Decreto 809/2021, que establece en el anexo I, bajo la rúbrica «*Empresas instaladoras y reparadoras de equipos a presión»* lo siguiente, con relación al requisito de la habilitación de las citadas empresas reparadoras de equipos a presión:

«2. Habilitación de empresas reparadoras de equipos a presión

2.1 Antes de comenzar sus actividades como empresas reparadoras de equipos a presión, las personas físicas o jurídicas que deseen establecerse en España deberán presentar ante el órgano competente de la comunidad autónoma en la que se establezcan una declaración responsable en la que la persona titular de la empresa o su representante legal declare para qué categoría va a desempeñar la actividad, que cumple los requisitos que se exigen por este reglamento y por las correspondientes instrucciones técnicas complementarias que dispone de la documentación que así lo acredita, que se compromete a mantenerlos durante la vigencia de la actividad y que se responsabiliza de que la ejecución de los trabajos de reparación se efectúa de acuerdo con las normas y requisitos que se establezcan en el presente reglamento y las respectivas instrucciones técnicas complementarias

2.2 Las empresas reparadoras de equipos a presión legalmente establecidas para el ejercicio de esta actividad en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea que deseen realizar la actividad en régimen de libre prestación en territorio español, deberán presentar, previo al inicio de la misma, ante el órgano competente de la comunidad autónoma donde deseen comenzar su actividad una declaración responsable en la que la persona titular de la empresa o su representante legal declare para qué categoría va a desempeñar la actividad, que

cumple los requisitos que se exigen por este reglamento y por las correspondientes instrucciones técnicas complementarias que dispone de la documentación que así lo acredita, que se compromete a mantenerlos durante la vigencia de la actividad y que se responsabiliza de que la ejecución de las instalaciones se efectúa de acuerdo con las normas y requisitos que se establezcan en el presente reglamento y las respectivas instrucciones técnicas complementarias.

2.3 Las empresas deberán incluir en su declaración responsable los siguientes datos
a) Indicación, en su caso, de la disponibilidad de acreditaciones de la empresa (sistema de calidad o autorizaciones de fabricantes, entre otras)
b) En caso de que vaya a realizar inspecciones de nivel B o C, indicación de la marca del punzón o tenaza para el precintado de válvulas de seguridad u otros medios de identificación equivalente
(...)
2.5 El órgano competente de la comunidad autónoma, asignará, de oficio, un número de identificación a la empresa y remitirá los datos necesarios para su inclusión en el Registro Integrado Industrial regulado en el título IV de la Ley 21/1992, de 16 de julio, y en su normativa reglamentaria de desarrollo.

2.6 De acuerdo con la Ley 21/1992, de 16 de julio, la declaración responsable habilita por tiempo indefinido a la empresa reparadora de equipos a presión, desde el momento de su presentación ante la Administración competente, para el ejercicio de la actividad en todo el territorio español, sin que puedan imponerse requisitos o condiciones adicionales (...)»

Pues bien, del anexo I del Real Decreto 809/2021, se infiere la obligatoriedad para las empresas reparadoras de equipos a presión de presentar ante el organismo competente de la Comunidad autónoma (CA) una declaración responsable con los datos que en él se indican, estableciéndose, asimismo, la asignación por el citado órgano de un número de identificación y la remisión de los datos necesarios para su inclusión en el Registro Integrado Industrial. Del referido anexo I, a juicio de este Tribunal, se desprende, que, teniendo en cuenta la obligatoriedad impuesta por la normativa sectorial, el requisito de la inscripción en el Registro Integrado Industrial o, al menos, haber presentado la declaración responsable –que, según se desprende del apartado 2.6 del mencionado anexo I habilita por tiempo indefinido a la empresa para el ejercicio de la actividad en el territorio español- es una condición de aptitud para contratar en la medida que el contratista debe contar con esa habilitación para la realización de la actividad objeto del contrato.

Es cierto que el Pliego no establece específicamente la inscripción en dicho Registro como una aptitud del contratista que debe aportar con la oferta presentada, pero ello no enerva la obligatoriedad de disponer y contar con esa autorización.

La propia recurrente reconoce que la adjudicataria sí dispone de la inscripción en el mencionado Registro pero en fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

Pues bien, no puede darse la razón al órgano de contratación cuando se escuda en el silencio de los pliegos respecto del momento y forma de acreditación de la habilitación profesional, así como la normativa que debe cumplirse, puesto que la cláusula 5.1 del PCAP sí establece, de forma meridiana, la exigencia de la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la prestación que constituye el objeto del contrato, aun cuando haya una remisión a la normativa que sea de aplicación. Ha de rechazarse, consecuentemente, la alegación sobre el carácter firme y consentido de los pliegos, siendo, asimismo, inadmisible el argumento esgrimido en el informe al recurso de que la acreditación de la habilitación profesional no es exigible en el momento de presentación de las ofertas, puesto que, siendo aquella un requisito de aptitud

para contratar conforme al artículo 65 de la LCSP, tal afirmación del órgano de contratación choca frontalmente con lo establecido en el artículo 140.4 de la LCSP.

La cláusula 5.1.1 del PCAP ha de ponerse consecuentemente en relación con el apartado 10.1.1 del PPT cuando se refiere a que «*La empresa contratista deberá estar reconocida y homologada por el Organismo competente en las especialidades objeto del contrato*» de donde se infiere que la inscripción en el Registro Industrial Integrado, o al menos, la presentación de la declaración responsable ante el órgano competente, es, según la normativa expuesta, y de conformidad con el pliego regulador de la presente contratación, un requisito de aptitud para contratar y no una obligación exigible, en su caso, en fase de ejecución del contrato. Entendemos que, de acuerdo con la norma antes invocada, el contratista sí debía contar con dicha habilitación legal, como requisito de aptitud para contratar y por tanto, debía concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, conforme establece el artículo 140.4 de la LCSP, lo que no consta se haya acreditado.

Cuestión distinta es que la adjudicataria pueda concertar con terceros la realización parcial de la prestación concreta para la que específicamente fuese necesario contar con la inscripción en el mencionado registro en los términos y con los requisitos exigidos en la LCSP. En cualquier caso, este extremo también debería ser comprobado por el órgano de contratación, cosa que no consta a este Tribunal haya acontecido en el presente caso, a la vista de las alegaciones efectuadas en el informe al recurso respecto de este concreto extremo.

Es conocida por reiterada la doctrina de este Tribunal acerca de que los pliegos, una vez aprobados por el órgano de contratación y aceptados por los licitadores al presentar sus ofertas, se convierten en "*lex inter partes*" y vinculan no solo a aquellos a la hora de presentar sus proposiciones, sino también al órgano de contratación redactor de sus cláusulas quien ya no puede apartarse de su contenido en beneficio o perjuicio de quienes hayan concurrido a la licitación (se citan, por todas, las recientes Resoluciones de este Tribunal 280/2020, de 6 de agosto y 250/2020, de 16 de julio).

Ha de concluirse, pues, que la inscripción en el mencionado Registro, o, al menos, la declaración responsable presentada ante el órgano competente es un requisito de aptitud para contratar que debe concurrir en la adjudicataria en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, y subsistir en el momento de perfección del contrato, salvo que haya indicado, en los términos y con los requisitos exigidos en la LCSP, que esa parte de la prestación va a ser subcontratada.

Por lo tanto, a falta de acreditación de dicho extremo en el expediente administrativo, y ante la imposibilidad de que este Tribunal pueda comprobarlo únicamente a través del acceso al mencionado Registro, deberá ser, en su caso, el órgano de contratación el encargado de la verificación de si el contratista cuenta o no con la debida habilitación en los términos analizados, o si dispone de dicha autorización la empresa que vaya a realizar la prestación para la que se requiere la mencionada inscripción.

No obstante, en caso de que la prestación para la que fuese necesario una determinada habilitación afecte a una parte que tuviese previsto subcontratar el licitador, y así lo hubiere declarado en el DEUC y en el anexo III habrá de estarse a lo previsto en artículo 215. 2 letra b) de la LCSP que dispone que la justificación de que la empresa o empresas subcontratistas tienen aptitud para ejecutar el contrato por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone es una obligación que pesa sobre el contratista tras la adjudicación del contrato. Y a más tardar, cuando se inicie la ejecución de este.

Por todo lo expuesto, el motivo ha de estimarse para retrotraer las actuaciones a fin de que se lleve a cabo la comprobación pertinente por el órgano de contratación en los términos expuestos.

2. Respecto de la carencia de habilitación exigida en el Real Decreto 115/2017, de 17 de febrero, por el que se regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, la recurrente insiste en que la adjudicataria no cuenta tampoco con la habilitación necesaria para el manejo de los equipos que contienen gases fluorados, apoyándose para su pretensión en el artículo 3 del citado Real Decreto.

El órgano de contratación en su informe refuta tal alegación indicando que la adjudicataria cumple con todas las especificaciones y en concreto, alude a la memoria técnica aportada por la adjudicataria (páginas 99, 101 y 105) que describe la titulación profesional del personal que va a poner a disposición del contrato.

La adjudicataria, por un lado, alega que no resulta de aplicación la normativa invocada por la recurrente puesto que se trata de productos sanitarios para diagnóstico in vitro que se rigen por Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre, cuyo mantenimiento se rige por el Real Decreto 1591/2009, y por otro lado, insiste en que, aun estando totalmente capacitado para realizar el mantenimiento de los equipos esterilizadores, los equipos de pesaje y las centrifugas, se han incluido en la subcontratación con el fabricante según resulta del Anexo XVIII, estando permitida según el pliego, la subcontratación a terceros que posean la cualificación pertinente según el pliego.

Pues bien, el Real Decreto 115/2017, que es la norma en que se apoya la recurrente para formular su alegación, en su artículo 1 , establece, por lo que aquí nos interesa, lo siguiente: «1. *Este real decreto tiene por objeto regular la distribución y puesta en el mercado de gases fluorados, así como su manipulación y la de los equipos basados en su empleo a efectos del control de fugas o emisiones y de su desmontaje y recuperación de los gases. Establece asimismo los procedimientos de certificación del personal que realiza determinadas actividades, todo ello con el objetivo de evitar las emisiones a la atmósfera y dar cumplimiento a lo previsto en la normativa europea (...)*»

Por su parte, el artículo 3 que es el específicamente invocado por la recurrente, enumera una serie de actividades restringidas a personal en posesión de la certificación exigida. Por otra parte, el artículo 4.1 establece que «*Las certificaciones personales relacionadas en el anexo I que son los documentos mediante los cuales la Administración reconoce a su titular la capacidad para desempeñar las actividades en ellas designadas conforme al artículo anterior*».

De esta normativa se infiere que las actividades de distribución y puesta en el mercado de gases fluorados, así como su manipulación y la de los equipos basados están restringidas a personal que ha de estar en posesión de la certificación exigida. Por tanto, atendiendo exclusivamente a la normativa cuya infracción denuncia la recurrente, resulta que no estamos propiamente ante la exigencia de una habilitación empresarial o profesional concreta como requisito de aptitud para contratar que habría de reunir la empresa licitadora, sino, en su caso, ante certificaciones que ha de ostentar el personal que específicamente, en su caso, se dedique a la ejecución material de las actividades para poder desempeñar aquellas.

Por otro lado, la adjudicataria insiste en que la normativa antes expuesta no resulta de aplicación al tratarse de productos sanitarios para diagnóstico “in vitro” y no de equipos de climatización o refrigeración.

Al respecto, hemos de tener en cuenta que en el PPT regulador de la presente contratación en el apartado 3 *DEFINICIONES se* define el *«Equipo. Instalación o dispositivo electromédico, equipo producto sanitario no implantable, o equipo para el diagnóstico in vitro relacionados en el ANEXO I y/o en el ANEXO II. De forma genérica se puede denominar sistema».*

Por otra parte, en el apartado 8.3.7.2 *del PPT se establece que «la realización del mantenimiento correctivo será encomendada por la empresa contratista a técnicos de su empresa y/o terceros que posean la cualificación pertinente, es decir, el conocimiento necesario gracias a una formación especializada y/o a una experiencia práctica adquirida, en cumplimiento de lo establecido en la Circular 3/2012, de 11 de septiembre, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios».* Dicha Circular tiene por objeto emitir recomendaciones en relación con la asistencia técnica del equipamiento médico encaminadas a mantener las garantías sanitarias obtenidas mediante el cumplimiento de los requisitos esenciales de la legislación de productos sanitarios y la evaluación de su conformidad, en aras a la protección de la salud de los pacientes, usuarios y terceras personas.

De lo anterior, se infiere que, atendiendo a la normativa invocada por la recurrente, la infracción denunciada se predica respecto de la obligatoriedad de una determinada habilitación empresarial o profesional que la recurrente no concreta, y cuya exigencia no advierte este Tribunal como requisito específico de aptitud para contratar. Todo ello sin perjuicio de que la normativa expuesta imponga la exigencia de certificaciones relativas a la cualificación competencial de los técnicos encargados de realizar las actividades cuya acreditación y verificación deberá efectuarse conforme a lo exigido en el PCAP sin que este Tribunal, por el principio de congruencia al que se encuentra vinculado, pueda entrar a analizar una cuestión que no ha sido puesta de manifiesto ni denunciada en esos términos por la recurrente.

Por tanto, el motivo ha de desestimarse.

3. Con relación a la habilitación para ser instalador de baja tensión para el mantenimiento de columnas de instalaciones y lámparas quirúrgicas.

La recurrente insiste en que según el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para la baja tensión, la realización de las revisiones anuales de mantenimiento deben efectuarse por una empresa instaladora autorizada, concluyendo que la adjudicataria carece de los requisitos legales necesarios para la correcta ejecución del contrato y no reúne la capacidad legal, conforme a la cláusula 5. 1 del PCAP, al no contar con la inscripción en el Registro Integrado Industrial.

El órgano de contratación se opone alegando que DRAGER indicó en el DEUC su intención de subcontratar parte del contrato con terceros, enumerando las empresas, y describiendo en el anexo III el nombre y/o perfil empresarial así como el porcentaje que se pretendía subcontratar, insistiendo en que en el DEUC no se contemplaba un apartado específico dedicado a la habilitación, y que, en cualquier caso, las empresas a subcontratar tendrán que aportar la habilitación profesional tras la adjudicación del contrato, en virtud de lo establecido en el artículo 215.2 b) de la LCSP.

La adjudicataria, por su parte, niega que en el expediente esté incluida la revisión de instalaciones de baja tensión de ninguna instalación, según infiere del PPT y por tanto, considera que la pretensión de la recurrente es de nuevo confundir a este Tribunal en la medida que las revisiones de baja tensión no están incluidas en el expediente, y por tanto, no es posible imputarle ningún tipo de incumplimiento.

Pues bien, el artículo 1 del Real Decreto mencionado por la recurrente establece que «*El presente Reglamento tiene por objeto establecer las condiciones técnicas y garantías que deben reunir las instalaciones eléctricas conectadas a una fuente de suministro en los límites de baja tensión, con la finalidad de:*

a) Preservar la seguridad de las personas y los bienes.

b) Asegurar el normal funcionamiento de dichas instalaciones y prevenir las perturbaciones en otras instalaciones y servicios.

c) Contribuir a la fiabilidad técnica y a la eficiencia económica de las instalaciones»

El artículo 22, por su parte, que lleva por rúbrica « Instaladores autorizados» establece lo siguiente: « *Las instalaciones eléctricas de baja tensión se ejecutarán por instaladores autorizados en baja tensión, autorizados para el ejercicio de la actividad según lo establecido en la correspondiente instrucción técnica complementaria, sin perjuicio de su posible proyecto y dirección de obra por técnicos titulados competentes.*
Según lo establecido en el artículo 13.3 de la Ley 21/1992, de Industria, las autorizaciones concedidas por los correspondientes órganos competentes de las Comunidades Autónomas a los instaladores tendrán ámbito estatal».

Como ya analizamos con anterioridad -al abordar la denunciada carencia de habilitación para el manejo de equipos a presión- la cláusula 5.1.1 del PCAP- cuya infracción vuelve a reiterar la recurrente- ha de ponerse en relación con el apartado 10.1.1 del PPT cuando se refiere a que «*La empresa contratista deberá estar reconocida y homologada por el Organismo competente en las especialidades objeto del contrato»* de donde se infiere que la autorización o habilitación correspondiente, concedida por el órgano competente, en el caso de que sea exigible por el objeto del contrato conforme a la normativa expuesta, y de conformidad con el pliego regulador de la presente contratación, es un requisito de aptitud para contratar, que debe concurrir en la adjudicataria en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, y subsistir en el momento de perfección del contrato, salvo que haya indicado, en los términos y con los requisitos exigidos en la LCSP, que esa parte de la prestación va a ser subcontratada, lo que, en cualquier caso, habrá de ser comprobado por el órgano de contratación, al tratarse de una cuestión eminentemente técnica que ha de ser verificada por el órgano de contratación, siendo ello una función que no puede ser suplida por este Tribunal.

Por lo tanto, a falta de acreditación de dicho extremo en el expediente administrativo, deberá ser, en su caso, el órgano de contratación el encargado de la verificación de si el contratista cuenta o no con la debida habilitación en los términos analizados, en caso de que aquella fuese exigible, o si dispone de dicha autorización la empresa o empresas, que, en régimen de subcontratación vayan a realizar la prestación para la que se requiere la mencionada inscripción, o la declaración responsable.

No obstante, en caso de que la prestación para la que fuese necesario una determinada habilitación afecte a una parte que tuviese previsto subcontratar el licitador, y así lo hubiere declarado en el DEUC y en el anexo III, habrá de estarse a lo previsto en artículo 215. 2 letra b) de la LCSP que dispone que la justificación de que la empresa o empresas subcontratistas tienen aptitud para ejecutar el contrato por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone es una obligación que pesa sobre el contratista tras la adjudicación del contrato. Y a más tardar, cuando se inicie la ejecución de este.

Por todo lo expuesto, el motivo ha de estimarse a fin de que se ordene la retroacción de actuaciones a fin de que se lleve a cabo la comprobación pertinente por el órgano de contratación en los términos expuestos.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones sobre el incumplimiento del PCAP por la falta de indicación en el DEUC de las empresas colaboradoras subcontratistas con la Administración.

1. Alegaciones de la recurrente.

Señala el incumplimiento ostensible y claro del pliego de prescripciones técnicas (PPT) cuya clausula 8.3.6 establece que las inspecciones periódicas a realizar por empresas colaboradoras de la Administración

competente en orden al cumplimiento de la normativa vigente deberán ser subcontratadas por la empresa contratista.

Así, la recurrente advierte de la falta de acreditación por parte de la adjudicataria de la subcontratación de la entidad colaboradora de la Administración para la utilización de los instrumentos de pesaje mediante báscula exigidos en el PPT, de conformidad con los requisitos establecidos en el Real Decreto 224/2016, de 3 de junio, por el que se desarrolla la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología. En concreto, indica que, necesitando la conformidad del control metrológico que deben realizar los organismos autorizados de verificación metrológica, según el artículo 2 del Real Decreto antes citado, sin embargo no se adjunta al expediente de contratación la subcontratación con entidad colaboradora de la Administración que acredite la necesaria evaluación sobre los instrumentos de pesaje.

Por otra parte, señala que, con fundamento en lo que exige el PPT, se debe subcontratar también a una entidad colaboradora para la realización de las inspecciones del nivel B y C que exige el Real Decreto 809/2021, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias.

La recurrente denuncia que, tras acceder al expediente de contratación, ha corroborado que la adjudicataria no declaró en el DEUC la subcontratación de las empresas colaboradoras de la Administración Pública competente, lo que prueba el incumplimiento del PPT que se le achaca. Así, señala que ninguna de las empresas que enumera como subcontratistas tienen la condición de empresa colaboradora de la Administración competente, y en consecuencia, esa falta de identificación genera un incumplimiento del PPT que debe determinar la exclusión de la adjudicataria del procedimiento.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso, si bien reconoce que las inspecciones periódicas establecidas en la cláusula 8.3.6 del PPT deben ser subcontratadas por la contratista, y por tanto, se establece una obligatoriedad de subcontratar, alega que no es menos cierto que no es una opción que se deja a expensas de los licitadores.

En este sentido, indica que la propia cláusula antes mencionada establece que *"(….) El Centro Directivo emitirá informe motivado sobre su visto bueno o rechazo a la empresa colaboradora de la Administración propuesta por la empresa contratista. En caso de rechazo, la empresa contratista propondrá tres entidades a la Dirección de Gestión del Centro Directivo o persona en quien delegue, para la ejecución de estos servicios, de entre las cuales se elegirá a la entidad que realizará la inspección"* resultando de ello que es el centro directivo el que, durante la ejecución del contrato, y no durante la licitación, cuando habrá de otorgar el visto bueno o rechazar la propuesta de la empresa colaboradora con la que vaya a subcontratar la adjudicataria. Trae a colación la Resolución 623/2022, de este Tribunal y su doctrina sobre el momento de la verificación del cumplimiento de las exigencias técnicas, que habrá de ser en fase de ejecución del contrato, sin que sea posible presumir ab initio el incumplimiento de los requisitos o exigencias técnicas.

3. Alegaciones de DRAGER.

Respecto de la falta de presentación de los DEUC de todas las empresas con las que se va a subcontratar, aduce que solamente se han aportado los DEUC de las empresas que han formalizado un acuerdo de colaboración para el mantenimiento de los equipos. Así señala, que, en el caso de los equipos cualificados, al tratarse de equipos críticos, los fabricantes están habituados y disponen de contratos y planes de mantenimiento propios

establecidos. Por el contrario, respecto de la mayoría de los equipos no cualificados, no ha sido posible conseguir estos acuerdos de colaboración y por consiguiente sus DEUC asociados, bien porque los fabricantes no disponen de planes de mantenimiento, bien porque no han tenido tiempo de valorarlos y entregarlos. Además, alega que no existía obligación de firmar un acuerdo de colaboración y por lo tanto, asociarlo al DEUC correspondiente, según respuesta dada por el propio órgano de contratación.

4. Consideraciones del Tribunal.

La cláusula 8. 3.6 del PPT bajo la rúbrica « *Mantenimiento Técnico-Legal*» prevé, por lo que aquí nos interesa, lo siguiente: *"Las inspecciones periódicas a realizar por empresas colaboradoras de la Administración competente, en orden al cumplimiento de la normativa vigente, deberán ser subcontratadas por la empresa contratista sin que ello suponga gasto adicional para el Centro Directivo por encontrarse incluido en el precio del contrato. El Centro Directivo emitirá informe motivado sobre su visto bueno o rechazo a la empresa colaboradora de la Administración propuesta por la empresa contratista. En caso de rechazo, la empresa contratista propondrá tres entidades a la Dirección de Gestión del Centro Directivo o persona en quien delegue, para la ejecución de estos servicios, de entre las cuales se elegirá a la entidad que realizará la inspección. Se efectuará la remisión a la Dirección de Gestión del Centro Directivo o persona en quien delegue de todos los certificados y documentos sobre las inspecciones que la reglamentación de la normativa vigente exige».* (el subrayado es nuestro)

Lo que se denuncia en concreto es la falta de indicación y declaración en el DEUC de la subcontratación de las empresas colaboradoras de la Administración pública competente. En concreto, la recurrente considera que, entre las empresas que la adjudicataria indicó en el DEUC entre la relación de los subcontratistas previstos, no figura ninguna entidad que tenga la condición de colaboradora con la Administración.

Pues bien, este Tribunal, tras el análisis de la cláusula 8.3.6 del PPT y lo expuesto por las alegaciones de las partes, estima que no asiste la razón a la recurrente en la medida que una cosa es que el apartado 8.3.6 del PPT establezca que la realización de las inspecciones periódicas que han de realizar las empresas colaboradoras de la Administración deben ser subcontratadas por la contratista, y otra muy distinta entender que dicho apartado exige la determinación e identificación de las empresas colaboradoras de la Administración que han de ser subcontratadas y que, ante la falta de determinación, procede la exclusión de la adjudicataria por incumplimiento del PPT. Ello supone una interpretación forzada de la referida cláusula, a juicio de este Tribunal.

En efecto, no estamos ante la subcontratación como posibilidad prevista en el artículo 215 de la LCSP que permite al contratista concertar con terceros la realización total o parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos y con los requisitos y límites previstos en el referido precepto, y que ha de indicarse en el DEUC, como ha efectuado DRAGER, según se corrobora en el DEUC, sino que nos encontramos ante una obligación que atañe a la fase de ejecución del contrato. En este sentido, el apartado 8.3.6 del PPT -que obliga, con carácter general, a velar por el cumplimiento de la normativa legal aplicable a los dispositivos médicos e instalaciones objeto del contrato, o las que pudieran promulgarse durante el tiempo de ejecución del contrato- establece que la labor de inspección periódica debe ser subcontratada, en el sentido de que haya de ejecutarse por alguna de las empresas colaboradoras con la Administración.

Por ello, ha de convenirse con el órgano de contratación en el sentido de concluir que la identificación de las empresas colaboradoras de la Administración con las que se subcontratará la labor o labores de inspección periódica quedará diferida a la fase de ejecución del contrato, conllevando el incumplimiento del mismo, las

consecuencias que establece la propia LCSP y los pliegos del mismo, pero en el período de ejecución del contrato.

En este sentido, no procede la estimación del motivo.

SEPTIMO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal sobre el incumplimiento de la extensión del número de páginas fijado en el PCAP.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente imputa a la adjudicataria la superación del límite de extensión del número de páginas de la memoria técnica que debía incluirse en el sobre n.º 2. Manifiesta que la memoria técnica presentada por DRAGER tiene un número de páginas superior a 160 páginas; en concreto, contiene 156 páginas y el Anexo XVIII que tiene una extensión de 82 páginas, por lo que sobrepasa el límite establecido en el PCAP, incumple las condiciones fijadas en el PCAP (clausula 6.4.1) y supone una conducta anticompetitiva que ocasiona un evidente perjuicio para el resto de licitadores que se ciñen y respetan lo estipulado en el PCAP. Invoca, al respecto, el Acuerdo 1/2017, de 4 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en relación al aseguramiento de la competencia efectiva en el procedimiento de licitación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Alega, con fundamento en varias Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.gr Resoluciones 279/2015 y 294/2017) que es improcedente la exclusión de una oferta por un incumplimiento formal de esta índole, so pena de vulnerar tanto el principio de concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación en la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés público.

Invoca, asimismo, la Resolución 137/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012 que, en aplicación del criterio antiformalista establece que, en el supuesto examinado por aquella, la superación del límite de folios de las ofertas presentadas carece de entidad suficiente para determinar la anulación de las adjudicaciones, constituyendo una irregularidad no invalidante de la resolución de adjudicación.

En concreto, el informe indica, al respecto, lo siguiente:

«*En el presente caso, DRAGER MEDICAL HISPANIA S.A presenta en el sobre nº 2 su oferta técnica consistente en una memoria técnica de 156 páginas, el Anexo VIII como índice compuesto de una sola página y el Anexo XVIII compuesto efectivamente de 82 páginas.*

El Anexo XVIII, tal y como expresa el mismo, es una declaración responsablemente en el que el licitador manifiesta bajo su responsabilidad que los sistemas médicos que se citan en la tabla anexa, serán mantenidos por el fabricante del equipo o su SAT oficial según se haya indicado. Es decir, nos encontramos no ante un documento de 82 páginas, sino a un solo documento (declaración responsable) que al sumarse con los anteriormente presentados hacen un total de 158 páginas o carillas y una tabla anexa que no debe ser contabilizada. A la hora de valorar el mantenimiento preventivo por fabricante o SAT de los no cualificados, si asumimos la tesis de que se debe contabilizar la tabla anexa al Anexo XVIII podría darse el caso que, si debido al mayor número de fabricantes la extensión de la tabla anexa fuera de 160 páginas, existiría imposibilidad por parte del licitador de introducir, no ya la memoria técnica, sino incluso el índice del Anexo VIII, perjudicando con ello la oportunidad de seleccionar la

mejor oferta por parte del Órgano de Contratación al no poder cumplir los requisitos establecidos en los Pliegos. Téngase en cuenta que dicha posibilidad no es baladí, debido al extensísimo número de equipos, 2.646 en su mayoría no cualificados y consiguientes fabricantes, que podrían llegar a necesitar incluirse en la tabla Anexa al Anexo XVIII.

Sumado a lo anterior, según se establece en la página 39 del Informe Técnico -criterios no automáticos- se atiende para la puntuación del criterio automático nº2 basado en el Anexo XVIII, el total de los equipos que ofrece, 1.962 equipos y el % de la base instalada, 77%, no teniendo en consideración para su puntuación otros datos que los aportados en la declaración responsable del Anexo XVIII y no los aportados en la tabla anexa al Anexo XVIII, lo que confirma que la declaración responsable del Anexo XVIII habría que contabilizarlo como un solo documento independientemente de la tabla anexa que se aporta a título meramente informativo y no valorativo.

En caso de haberse excluido la oferta técnica de la licitadora DRÄGER, por los motivos de extensión de su oferta se hubiera producido la discriminación e igualdad de trato entre los licitadores -la recurrente no presentó el Anexo XVIII, por lo que no tuvo que solventar dicho problema- y no se hubiera asegurado una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación del servicio que se pretende, dejando en entredicho la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa por una restrictiva interpretación de los Pliegos.

Al entender que la tabla anexa al Anexo XVIII no se debe incluir en la contabilización, al ser meramente informativo y no valorativo de las páginas por los motivos expresados, es por lo que entendemos se da causa de desestimación de este motivo de recurso, al no superar las 160 páginas de extensión máxima y no haberse producido incumplimiento de lo establecido en el PCAP y en caso de que el Tribunal al que me dirijo aprecie que sí ha existido incumplimiento, el mismo no debe ser sancionado con la exclusión de la oferta, solo con la no valoración de los carrillas de exceso, que como hemos defendido, no han afectado a la valoración de los criterios no automáticos».

Finalmente, considera que, si bien se trata de un terreno en el que, los Tribunales de contratos y la jurisprudencia mantienen posiciones a veces no coincidentes, la previsión o no de las consecuencias del incumplimiento en el PCAP –*lex contractus*-, y la entidad de dicho incumplimiento, han de ser las claves en la determinación de sus consecuencias, al objeto de encontrar un adecuado equilibrio entre el principio de igualdad de trato y los de concurrencia, proporcionalidad y oferta económicamente más ventajosa, concluyendo que en el caso examinado, no concurre ningún incumplimiento, por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la legalidad de la resolución de adjudicación impugnada.

3. Alegaciones de DRAGER.

Defiende que el modelo de *Anexo XVIII Declaración Responsable Equipos No Cualificados* no es un Anexo con información desarrollada de la propia memoria técnica de 160 páginas, sino única y exclusivamente un listado del equipamiento asumido por el adjudicatario sobre el que se tiene la intención de subcontratar con el fabricante, por lo que, según el pliego, no había otra forma de aportar ese listado de equipamiento con objeto de cumplir los requerimientos del pliego. Afirma, por tanto, que la única interpretación posible respecto del límite en la extensión de páginas fijado en el PCAP, es que no puede computarse el referido anexo XVIII como parte de la información de la memoria técnica, al igual que no son contabilizados el resto de anexos de obligada presentación.

Añade que el propio formato del Anexo XVIII *Declaración Responsable de Equipos No Cualificados* impide reducir el número de páginas del mismo debido a la enorme cantidad de equipos asumidos e indicados, un total que

representa un porcentaje del 77% del total de los 2.542 equipos no cualificados e insiste en que han actuado de buena fe y que, en todo caso, el contenido del Anexo XVIII no adelanta ninguna información relativa a operativa de trabajo, proyectos o soluciones de innovación, desarrollo de información, protocolos de mantenimiento, planes de formación, etc por lo que no supone perjuicio alguno al resto de competidores.

4. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las posiciones de las partes, hemos de abordar el análisis de la cuestión controvertida acudiendo a la doctrina de este Tribunal, partiendo de la premisa de que se trata de una cuestión eminentemente casuística, para la que no es posible sentar *a priori* unos criterios fijos. Así, en la reciente Resolución 576/2022, de 7 de diciembre nos hemos manifestado en los siguientes términos:

> « (…) *Hemos de partir para su análisis de la doctrina de este Tribunal respecto a la fijación de una extensión máxima para la documentación integrante de las proposiciones, cuestión sobre la que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, valga por todas la Resolución 60/2018, de 8 de marzo, en la que se manifiesta lo siguiente:*
>
> *"De la doctrina mantenida por este Tribunal en las Resoluciones 67/2017, de 31 de marzo, 234/2015, de 3 de noviembre y 38/2014, de 3 de marzo, se extrae que a la hora de valorar estos incumplimientos -en todos el exceso del número de páginas de las propuestas técnicas con relación a lo exigido en el respectivo PCAP rector del procedimiento- se debe analizar si nos encontramos ante un mero defecto formal y no sustancial de la documentación presentada o si por el contrario, a la vista del incumplimiento cometido, se han podido quebrar los principios de igualdad y transparencia que han de presidir cualquier procedimiento de contratación y, en consecuencia, lo procedente es la exclusión de la oferta o, en su caso, la no valoración de la misma con respecto a la documentación que incumpla lo estipulado en el PCAP".*
>
> Igualmente, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 1038/2016, de 16 de diciembre, que incorpora la siguiente doctrina*:*
>
> *"Este Tribunal tiene declarado (en tal sentido, la resolución 297/2015) que, como regla general, "un requisito formal relativo a la extensión de los documentos de la oferta no puede convertirse en causa de exclusión de la licitación, so pena de vulnerar tanto el principio de concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación que es la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés general al que los entes del sector público sirven, y no facilitar la valoración de las ofertas por los técnicos".*
> *(...)*
> *Estas consideraciones se alinean, por lo demás (tal y como expresó la resolución 147/2016) con lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 26 de noviembre de 2012 (Roj STS 9164/2012) , en la que se afirma que "en cualquier caso, la simple superación del límite de folios de las ofertas presentadas carece de entidad suficiente como para determinar la anulación de las adjudicaciones, debiendo convenirse con la sentencia recurrida en el carácter de una mera irregularidad no invalidante de la resolución adjudicadora de las concesiones".*
> *(…)".*
>
> *Ciertamente, en resoluciones posteriores (como la 1060/2015) se ha matizado la doctrina así expresada, afirmando que, si bien es cierto que "en principio, este tipo de prescripciones puramente*

formales de los Pliegos que no afectan para nada a la naturaleza y calidad de las ofertas presentadas deben interpretarse con cierta flexibilidad evitando que un insignificante incumplimiento de los mismos pueda derivar en la exclusión automática de ofertas que pueden ser plenamente aceptables en todos los demás aspectos", ello debe reconocer como excepción aquellos supuestos en que el exceso alcance relevancia tal que suponga *"un incumplimiento flagrante de un Pliego que ha sido incondicionalmente aceptado por el licitador al haber presentado su oferta sin recurrirlo previamente".* Y, en este sentido, en la resolución 1060/2015 se apreció que la presentación por una licitadora de su oferta *"con el doble de páginas sobre el límite máximo fijado en los Pliegos resulta de tal magnitud cuantitativa que lo transforma en un incumplimiento cualitativo que puede afectar al principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores y al de eficiencia en la contratación pública, lo que justifica la exclusión de la licitadora por incumplimiento de los Pliegos reguladores del concurso convocado"*.

Del análisis de la citada doctrina se deduce que se trata, en definitiva, de una cuestión de equilibrio entre el principio de igualdad de trato y los de concurrencia y proporcionalidad, pues frente al primero, éstos últimos, determinan un criterio antiformalista que sólo acarrea el rechazo de proposiciones si el incumplimiento de requisitos formales se considera sustancial.(...)»

Pues bien, con objeto de examinar si concurre o no el incumplimiento que denuncia la recurrente, debemos remitirnos, en primer lugar, a lo establecido en el PCAP regulador de la presente licitación en relación con la extensión de la oferta técnica de las licitadoras.

La cláusula 6.4. 1 del PCAP establece lo siguiente:
« *6.4.1.- Documentación a incluir en el sobre electrónico nº 2:*
La documentación técnica que contenga este sobre <u>debe dar respuesta a los requisitos del pliego de prescripciones técnicas y a los criterios de adjudicación no automáticos que se especifican en la cláusula 7.4. de este Pliego.</u>
Aquellas ofertas que no cumplan estos requisitos expuestos en cuanto a las características de la documentación de la oferta técnica presentada no serán valoradas.
Asimismo, se deberá tener en cuenta lo establecido en el presente pliego en cuanto a la inclusión en sobres separados y cerrados de la documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática y de aquella documentación técnica susceptible de valoración conforme a criterios de evaluación no automática.
• Contendrá los documentos donde se reflejen las características técnicas de la oferta del licitador, en relación con la realización del objeto del contrato y lo previsto en este Pliego, sus Anexos y el Pliego de Prescripciones Técnicas. En concreto, incluirá una memoria donde se reflejen las características técnicas de la oferta de la persona licitadora y cualquier otra información que el licitador estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta en relación con el servicio objeto de la contratación.
La oferta contará con un índice que deberá contemplar los aspectos valorados en los criterios de adjudicación.
<u>Toda la documentación técnica que contenga el sobre electrónico nº 2 tendrá, para facilitar la evaluación de la misma, un máximo de 80 páginas, tipo de letra arial 11, interlineado 1,15 o superior. (...)</u>

De la redacción de la clausula se infiere, en primer lugar, que se fija un máximo de páginas, un tipo y tamaño de letra y un interlineado, respecto de toda la documentación técnica a incluir en el sobre n.º 2, pero solo con la finalidad de facilitar la evaluación de la misma, sin que se anude al incumplimiento o superación del número de páginas ninguna consecuencia sancionadora en el sentido de decretar la falta de valoración del contenido de las páginas que excedan de dicho límite o no se ajusten a los requisitos de tamaño, letra e interlineado fijados en el PCAP ni mucho menos la exclusión de la oferta.

En la Resolución 576/2022 a la que antes nos hemos referido, nos pronunciábamos en los siguientes términos:

«El requisito en el clausulado, de una extensión máxima es una cuestión controvertida dadas las consecuencias que ha de tener para el licitador el incumplimiento de dicho requisito, considerando que la presentación de ofertas supone la aceptación del clausulado del PCAP sin reserva alguna, tal y como establece la LCSP en su artículo 139.1. Esta cuestión ha venido generando abundante litigiosidad ante los tribunales administrativos de contratos públicos en los últimos años, y pronunciamientos de éstos no siempre en la misma línea. Se trata de una cuestión de equilibrio entre el principio de igualdad de trato y los de concurrencia y proporcionalidad, pues frente al primero, éstos últimos determinan un criterio antiformalista que sólo determina el rechazo de proposiciones si el incumplimiento de requisitos formales se considera sustancial.

Este Tribunal se ha pronunciado en diferentes ocasiones. Por ejemplo, en la resolución 67/2017 se recoge un criterio formalista, como se ha citado. En la 60/2018 también, pero con matices. Las resoluciones 316/2018, 332/2020, 316/2021, 39/2022, 422/2022, 283 y 284/202, vienen a recoger este criterio formalista a fin de evitar un trato no igualitario a los licitadores si bien teniendo en cuenta también el principio de concurrencia.

Otros tribunales u órganos de resolución de recursos contractuales se han pronunciado igualmente. El Tribunal de Aragón se ha decantado por el principio de igualdad de trato en ese complicado equilibrio. Por otro lado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC-, se ha referido a esta cuestión en varias de sus resoluciones, tiende sin embargo a inclinar la balanza hacia el principio de concurrencia, lo que se manifiesta entre otras en sus Resoluciones 297/2015 y 294/2017. Estas resoluciones consideran improcedente sancionar con la exclusión de la oferta un incumplimiento de esta índole. Señala la 297/2015 que: "un requisito formal relativo a la extensión de los documentos de la oferta no puede convertirse en causa de exclusión de la licitación, so pena de vulnerar tanto el principio de concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación que es la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés general al que los entes del sector público sirven."

Por otro lado, la resolución 818/2015, pese a constatar el incumplimiento, minimiza su importancia señalando que "Las especificaciones del PCAP hay que tomarlas como orientaciones para facilitar la valoración", y que "no cabe concluir que de los aspectos formales en la presentación de la oferta técnica de la adjudicataria, se haya derivado una valoración de la misma superior a la que hubiera resultado de presentarla en el mismo formato que la recurrente"; es decir, ni siquiera considera que la valoración obtenida por la empresa incumplidora deba "resentirse" como consecuencia del incumplimiento.

No obstante, lo anterior, posteriormente la mayor parte de sus resoluciones posteriores sí inciden en que, al objeto de preservar el principio de igualdad de trato, la valoración de la oferta debe sancionar dicho incumplimiento. Sin embargo, ha optado por diferentes soluciones, como por ejemplo la no consideración del exceso (resoluciones 866/2016 y 451/2017). O también la no valoración del criterio en su totalidad (resoluciones 294/2017 y 521/2017). En la resolución 1060/2015, cuando el incumplimiento consistía en doblar la extensión máxima permitida, el TACRC sí considera correcta la consecuencia de exclusión de la oferta dado que "con el doble de páginas sobre el límite máximo fijado en los Pliegos resulta de tal magnitud cuantitativa que lo transforma

en un incumplimiento cualitativo que puede afectar al principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores y al de eficiencia en la contratación pública, lo que justifica la exclusión de la licitadora por incumplimiento de los Pliegos reguladores del concurso convocado.

Podemos concluir de la doctrina que serán la entidad del incumplimiento de las prescripciones del clausulado, la relación de éstas con los criterios que son objeto de valoración con relación el objeto de la licitación, así como la proporcionalidad en la solución y la idoneidad de la limitación, las que habrán de determinar sus consecuencias en ese complejo equilibrio entre la igualdad de trato y el favorecimiento de la concurrencia, aplicándose con la debida proporcionalidad lo que determinará en el presente supuesto si las decisiones tomadas por el órgano de contratación, ajustados a las circunstancias concretas de la licitación las que darán lugar a examinar su corrección(….)»

Pues bien, aplicando la doctrina expuesta al caso concreto, y una vez determinada las prescripciones del PCAP en cuanto a la fijación del límite de páginas, la finalidad de tal límite y la falta de consecuencias aparejada a su incumplimiento o superación del límite, debemos examinar la entidad del incumplimiento en sí mismo, la relación con los criterios que son objeto de valoración, así como la proporcionalidad en la solución y la idoneidad de la limitación, a fin de ponderar el equilibrio entre el principio de igualdad de trato y la promoción de la concurrencia. Todos ellos son parámetros que este Tribunal ha de tener presente para determinar si la superación del límite de páginas en el caso examinado, debió determinar la expulsión de la adjudicataria por incumplimiento del PCAP como reclama la recurrente, o si por el contrario, la decisión del órgano de contratación de valorar la oferta y no imponer ninguna consecuencia aparejada fue correcta y conforme a los principios que venimos invocando.

En primer lugar, por tanto, hemos de determinar el alcance y entidad del incumplimiento. Así, en el caso que nos ocupa, según resulta del expediente administrativo, la adjudicataria presentó en el sobre n.º 2 tres documentos:

- Un documento de 156 páginas que contiene la oferta técnica relativa al mantenimiento integral de dispositivos médicos dependientes del Área de gestión sanitaria de Osuna perteneciente al Servicio Andaluz de salud.
- El Anexo VIII-A *"Indice oferta técnica para su valoración conforme a criterios de valoración no automáticos"* de una página.
- El Anexo XVIII *" Declaración responsable de equipos no cualificados"* que se compone de 82 páginas y en el que el licitador declara responsablemente que los sistemas médicos que se relacionan, serán mantenidos por el fabricante del equipo o su SAT oficial indicando en un primer recuadro, el n.º de equipos que incluye en su oferta(2452) el n.º de equipos mantenidos por el fabricante o su SAT ofertado (1962) y la expresión del porcentaje (77%) de equipos mantenidos por el fabricante o su SAT oficial. A continuación las restantes páginas que componen el anexo (las 85 restantes) describen la marca, modelo, número de serie, código de la etiqueta (respecto de los datos del equipo) y el identificador y fabricante (respecto de los datos del mantenimiento).

Procede, en segundo lugar, examinar la relación de las prescripciones del clausulado con los criterios que son objeto de valoración y la justificación de los mismos en relación con el objeto de la licitación que consiste en el servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos, así como la incidencia o trascendencia que hubiera supuesto la superación del número de páginas en relación con una eventual lesión del principio de igualdad de trato.

Así, la cláusula 6.4.1 del PCAP establece que en el sobre n.º 2 deberá incluirse la documentación técnica que debe dar respuesta a los requisitos del pliego de prescripciones técnicas y a los criterios de adjudicación no automáticos que se especifican en la cláusula 7.4. de este Pliego.

Por lo que aquí nos interesa, en la cláusula 7.4 del PCAP se establece como criterio sujeto a juicio de valor, no automático el siguiente: "7. *Mantenimiento preventivo por fabricante o SAT de los no cualificados"* al que se le otorga una puntuación de 5 puntos y en el que será objeto de valoración conforme a lo indicado en el PCAP: « *Se valorará, por tanto, de forma positiva por su relación con la calidad del servicio prestado, como un criterio sometido a juicio de valor el abordaje mediante fabricante o SAT de una revisión anual de aquellos dispositivos médicos no marcados como cualificados que la empresa contratista indique en su oferta mediante declaración responsable conforme al modelo que se adjunta en este PCAP (Anexo XVIII) y aportando con carácter previo a la firma del contrato los acuerdos de colaboración de servicio/suministro de conformidad con lo establecido en este PCAP (Anexo XVII)».*

La justificación del criterio no automático relativo al mantenimiento preventivo por fabricante o SAT de los no cualificados, según se establece, a continuación de la descripción del criterio en el PCAP, se establece con el siguiente contenido: «*Si bien es perfectamente admisible que el mantenimiento de los dispositivos no marcados como cualificados pueda ser realizado por técnicos de la empresa contratista y/o terceros que posean la cualificación pertinente, es decir, el conocimiento necesario gracias a una formación especializada y/o a una experiencia práctica adquirida, en cumplimiento de lo establecido en la Circular 3/2012, de 11 de septiembre, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la realización de una revisión anual al año por parte de la empresa fabricante o SAT de aquellos equipos que así lo considere la empresa licitadora es considerado un elemento que mejora la calidad de las prestaciones del contrato por la garantía adicional aportada por dichos agentes técnicos y por tanto es un criterio directamente vinculado al objeto del contrato».*

El modelo previsto en el anexo XVIII del PCAP recoge la indicación del número de equipos total, el número de equipos mantenidos por fabricante o SAT oficial y el porcentaje de equipos mantenidos por fabricante o su SAT oficial, y a continuación, inserta un cuadro con los datos del equipo y el mantenimiento de los equipos mantenidos por fabricante/SAT oficial.

Pues bien, examinado el PCAP y la justificación de los criterios elegidos, en concreto, el relativo al mantenimiento preventivo por fabricante o SAT, por ser el que nos concierne al objeto de nuestro análisis, este Tribunal no advierte la relevancia o trascendencia, en relación con el objeto de la licitación, del incumplimiento en la superación del número de páginas del Anexo XVIII, puesto que no existe una plasmación en el PCAP de la incidencia que pudiera tener en la valoración de las ofertas, ni tampoco se advierte, como analizaremos a continuación, que la decisión del órgano de contratación de valorar la oferta de la adjudicataria y no anudar ninguna consecuencia, haya podido vulnerar el principio de igualdad de trato.

Así, en el informe técnico obrante en el expediente administrativo (página 39) se constata de forma palmaria que la justificación de la diferencia de puntuación otorgada a ambas empresas (5 puntos a DRAGER y 1 punto a la recurrente) en este criterio no automático se fundamenta en el porcentaje y en el número de equipos que ofrecen una y otra licitadora (1962 equipos, 77% en el caso de DRAGER) y (31 equipos y 1,22% en el caso de la recurrente) siendo, por tanto, el elemento cuantitativo y no el cualitativo el que ha sido tenido en consideración.

En efecto, el propio informe justifica que no se detalle el número de equipos incluidos en el anexo XVIII de la adjudicataria debido a su elevado número y diversidad de familias (en el caso de DRAGER) considerando que "*se recoge una elevada cantidad de equipos de la base instalada"* pero sin que efectúe una valoración cualitativa de las 82 páginas que componen el anexo XVIII que es a lo que verdaderamente se circunscribe el objeto de denuncia de la recurrente, habida cuenta que -como señala la adjudicataria en su escrito de alegaciones, y este Tribunal ha podido corroborar- la oferta técnica de la recurrente- como la de las restantes licitadoras- tiene una extensión de 156 páginas, y en el caso de la recurrente, ni siquiera aportó en el sobre n.º 2 el anexo XVIII que es el objeto de la controversia.

Entendemos, por otra parte, que la idoneidad de la limitación impuesta en el PCAP con una finalidad únicamente facilitadora o de mayor comodidad para el órgano de contratación en la tarea de evaluación de la oferta técnica cohonesta con la interpretación y la tesis esgrimida por la adjudicataria en el sentido de que la limitación afectaría al documento de descripción de la oferta técnica (así de hecho lo han entendido todos los licitadores, incluida la recurrente) y no tanto al Anexo XVIII, siendo esta, a juicio de este Tribunal, la interpretación más respetuosa, en el caso examinado, con los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Como ya manifestamos en nuestra Resolución 576/2022, «*El requisito formal relativo a la extensión de los documentos de la oferta no puede convertirse en causa de no valoración de los criterios de adjudicación, cualitativamente tan considerable. Se vulnera el principio de concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación que es la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés general al que los entes del sector público sirven».*

En el presente caso, por tanto, concluimos que, a la vista de la finalidad de la limitación en la extensión de páginas impuesta a la documentación técnica, la inexistencia de una justificación a la referida limitación y la irrelevancia o trascendencia de la superación del límite en relación con la valoración de las ofertas, en los términos que hemos analizado, la superación de la extensión de páginas del anexo XVIII de la oferta de la adjudicataria, respecto de lo previsto en el PCAP, no debe ser penalizado, como pretende hacer valer la recurrente con una consecuencia que ni siquiera esta prevista en el PCAP, por lo que no puede prosperar el motivo alegado.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A contra el acuerdo de adjudicación del órgano de contratación en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos de centros dependientes del área de gestión sanitaria de Osuna CONTR 2022 0000668826. PA 21/2020» (Expte.CCA: 69E-KN5) convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, acordar la anulación de la resolución de adjudicación y ordenar la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a fin de que por el órgano de contratación se proceda a verificar, en los términos expuestos en el Fundamento de derecho quinto de la presente Resolución, si la adjudicataria cuenta con la debida habilitación e inscripción en el Registro Industrial integrado, en caso de que aquella fuese exigible, o la que proceda en atención a la normativa examinada, o si dispone de dicha autorización la empresa o empresas, que, en régimen de subcontratación vayan a realizar la prestación para la que se requiere la correspondiente habilitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.