



Expediente: 2/2020

ACUERDO 14/2020, de 19 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ASIME, S.A. frente a las Resoluciones 292/2019, de 2 de abril, y 57/2020, de 4 de febrero, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por las que se adjudica el contrato de servicio para el mantenimiento electromédico en los centros dependientes de dicho organismo y técnico-legal de las instalaciones generales del Complejo Hospitalario de Navarra (OB20/2018).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de octubre de 2018, se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*OB20/2018 Servicio de mantenimiento del equipamiento electromédico de los centros dependientes del SNS-O y técnico legal de las instalaciones del CHN*”. A dicho contrato concurrieron cinco licitadores.

Tramitado el procedimiento de contratación, por la Resolución 292/2019, de 2 de abril, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se adjudica el contrato a AGENOR MANTENIMIENTOS, S.A. (en adelante AGENOR). Tal y como se hace constar en el expositivo de dicha Resolución, la mercantil ASIME, S.A. (en adelante ASIME) obtuvo la segunda mayor puntuación tras la aplicación de los criterios de adjudicación.

SEGUNDO.- Con fecha 12 de abril de 2019, ASIME interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la citada Resolución de adjudicación, alegando tres motivos de impugnación: vulneración de los requisitos de confidencialidad e indefensión causada por el órgano de contratación por la negativa a

la exhibición de la oferta técnica de la adjudicataria; vulneración del Pliego respecto a la subcontratación; y anticipación de información del sobre C en el sobre B.

Mediante el Acuerdo 52/2019, de 11 de junio, de este Tribunal, se estimó parcialmente la reclamación, anulando el acto objeto de impugnación y ordenando la retroacción de las actuaciones del procedimiento a fin de que, en cuanto al acceso al expediente solicitado por la reclamante, se emitiera una resolución suficientemente fundada acerca de la eventual apreciación de la existencia de aspectos confidenciales en la oferta de la adjudicataria, dando vista del contenido que de la misma resulte a la reclamante, con carácter previo a la nueva notificación del acto de adjudicación.

La reclamante solicitó con fecha 13 de junio de 2019 una aclaración y, en su caso, una rectificación del citado Acuerdo, por no pronunciarse respecto a los motivos de fondo de la reclamación. Esta solicitud se resolvió mediante el Acuerdo 55/2019, de 17 de junio, que concluye no haber lugar a la aclaración y rectificación del referido Acuerdo, que mantiene en sus propios términos, por conllevar la retroacción la improcedencia de analizar el resto de motivos de impugnación, pudiendo interponerse los recursos procedentes contra los nuevos actos administrativos que se dicten en el procedimiento, incluida la nueva adjudicación del contrato.

TERCERO.- Por la Resolución 1329/2019, de 19 de noviembre, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se resuelve sobre la confidencialidad de la oferta técnica presentada por AGENOR.

Con fecha 2 de enero de 2020, se notifica a ASIME la Resolución 292/2019, de 2 de abril, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el contrato a AGENOR.

CUARTO.- Con fecha 10 de enero de 2020, ASIME ha interpuesto una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la Resolución 292/2019, de 2 de abril, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Comienza ASIME su reclamación exponiendo lo que califica como “hechos previos” donde, además de los ya señalados en este Acuerdo, insiste en que el órgano de contratación no ha dictado una nueva resolución de adjudicación, sino que ha vuelto a notificar la misma Resolución que fue anulada por el Acuerdo 52/2019, de 11 de junio. Señala, asimismo, que se reiteran las alegaciones de fondo que fueron realizadas en la reclamación presentada en abril de 2019, las cuales han quedado reforzadas y acreditadas a la vista de las alegaciones que tanto el órgano de contratación como AGENOR presentaron con ocasión de aquella, así como del acceso a nueva documentación de la oferta de AGENOR. Se añade, además, un nuevo motivo de exclusión de dicha mercantil que no fue puesto de manifiesto en su anterior reclamación. Concluye este apartado señalando que, tratándose de una nueva adjudicación, la misma está sujeta a cualquier motivo de impugnación, con independencia de que hubiera sido o no invocado en la anterior reclamación, así como que dado que el anterior Acuerdo no se pronunció sobre el fondo, en ningún caso estaríamos ante la denominada cosa juzgada administrativa, que únicamente se produciría en el caso de que la cuestión hubiera sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal.

A continuación, ASIME realiza las siguientes tres alegaciones de fondo:

1º. Vulneración de los pliegos respecto a la subcontratación.

Comienza señalando la reclamante que los pliegos no son claros sobre si se admite o no la subcontratación, puesto que mientras el apartado 19 del Cuadro de Características del contrato indica que no está admitida la cesión ni la subcontratación, la cláusula 19ª del Pliego de Cláusulas Administrativas parece que sí admite la subcontratación, si bien dada su confusa redacción podría generar dudas al respecto.

En todo caso, en cualesquiera de las dos interpretaciones que se realicen, la propuesta de AGENOR incurriría en la vulneración de las normas que rigen el contrato: o bien está prohibida la subcontratación de la que pretendía valerse, o bien está admitida pero exigiéndose algo que no ha cumplido, como es que hubiera aportado una relación exhaustiva de los subcontratistas de los que se va a valer y un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con los subcontratistas, debiendo además

acreditar que los subcontratistas disponen de los medios necesarios para la ejecución del contrato. Se señala, además, que AGENOR declaró en el DEUC su intención de no subcontratar.

Asimismo, manifiesta que de las alegaciones “defensivas” presentadas tanto por el órgano de contratación como por AGENOR con ocasión de la reclamación presentada en abril de 2019, se constata el incumplimiento del pliego, ya que mientras aquél señala que se admite la subcontratación del objeto principal del contrato siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 18 de la LFCP y se prohíbe la subcontratación de prestaciones accesorias en todo caso, AGENOR viene a decir que no va a subcontratar “*elementos autónomos y esenciales del objeto principal del contrato*”, pero sí reconoce que va a encomendar otras prestaciones accesorias a terceros.

Tras transcribir parcialmente las alegaciones formuladas por AGENOR, señala que con las mismas queda demostrado que dicha mercantil pretende subcontratar prestaciones principales (mantenimiento), encargándoselas a los Servicios Técnicos Oficiales (sin relación exhaustiva, ni compromisos firmados, ni DEUC y negando que fuera a subcontratar), así como que reconoce que va a encargar servicios “accesorios” o “instrumentales” a terceros (como por ejemplo a TCMAN) o que “hipotéticamente” puede hacerlo en el futuro.

Señala, asimismo, que del propio visionado de la oferta se demuestran igualmente estas subcontrataciones de servicios accesorios (página 14 y punto 2.5.7) y también respecto del objeto principal del contrato (páginas 27 y 30).

Manifiesta a este respecto, por último, que “*el hecho de que en los pliegos se contemple la posibilidad de que el mantenimiento lo realice la adjudicataria a través de los Servicios Técnicos Oficiales no quiere decir ni que ello sea obligatorio ni, por supuesto, que el hecho de acudir a ellos no suponga una subcontratación*”, aludiendo al apartado 5.3 de las Prescripciones Técnicas del contrato, que regula el mantenimiento preventivo.

2°. Vulneración de las exigencias sobre documentación del Sobre B) relativo a criterios de valoración sometidos a juicio de valor: adelanto prohibido de información. Exclusión.

Alega ASIME, a este respecto, que AGENOR ha anticipado en el sobre B) información sobre criterios de valoración aplicables mediante fórmulas que debían incluirse en el sobre C), por lo que también debe ser excluida por este motivo por venir así previsto en el pliego.

Así, señala que en la página 10 de su oferta, AGENOR ofertaba medidas para lograr “*el objeto de disponibilidad total*”, lo que conlleva poner en conocimiento o avisar a los miembros de la mesa de contratación, en el momento de realizar las valoraciones de criterios subjetivos, que posteriormente, cuando tocara abrir la oferta sobre criterios objetivos o mediante fórmulas, se iban a encontrar por parte de AGENOR un aumento de la disponibilidad mínima exigida del 95% y del 98%, respectivamente, como así sucedió. Igualmente, al explicar el mantenimiento preventivo, AGENOR también alude a la optimización de la disponibilidad.

Manifiesta ASIME, asimismo, que las alegaciones formuladas por AGENOR y por el órgano de contratación ante la anterior reclamación no son capaces de desvirtuar la causa de exclusión alegada, por las razones que expone. Señala igualmente, que en las citadas alegaciones AGENOR afirma que ofertó una disponibilidad del 98% de los equipos críticos y del 95% de los equipos no críticos, por lo que debería quedar inmediatamente desprovista de los 5 puntos que obtuvo por este motivo, ya que sólo debían atribuirse a quien aumentara esas disponibilidades mínimas.

Cita la reclamante, en apoyo a esta alegación, las Resoluciones 273/2019, de 25 de marzo, y 574/2019, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

3°. Falta de capacidad y habilitación de la adjudicataria AGENOR para ejecutar parte de las prestaciones esenciales del contrato. Vulneración de la Ley 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

Con cita de los artículos 12.2, 14.2 y 116.1.c) de la LFCP, ASIME alega que concurre una causa que conllevaría la imposibilidad de AGENOR de tomar parte en la licitación, al carecer de la capacidad técnica necesaria y de la habilitación para la prestación del servicio objeto del contrato (mantenimiento) sobre parte del equipamiento médico que figura en el Anexo V de los pliegos (Inventario Electromedicina 2018 General).

Afirma, a este respecto, que el mantenimiento, especialmente el correctivo o reparador, sobre parte de los equipos que forman el inventario exige, según la legislación específica que resulta de aplicación, la correspondiente habilitación mediante la inscripción en el Registro de Control Metrológico establecido en el artículo 18 de la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología, y conforme a lo previsto también en el artículo 46 del Real Decreto 244/2016, de 3 de junio, por el que se aprueba su reglamento de desarrollo.

Señala, asimismo, que la realización de actividades reguladas en dicha ley sin haber obtenido las autorizaciones y designaciones administrativas correspondientes, o sin haber presentado, en su caso, la declaración responsable, se tipifica como infracción muy grave en el artículo 22.1.a) de la misma.

Para poder llevar a cabo esa inscripción registral y, en consecuencia, para estar habilitado para reparar equipos sujetos a control metrológico, es imprescindible la presentación con carácter previo al inicio de la actividad de la declaración responsable regulada en el artículo 11 de la ley. Por lo tanto, manifiesta que esa declaración responsable y consiguiente inscripción en el registro es requisito “sine que non” para contar con la habilitación necesaria para llevar a cabo cualquier actuación de reparación o modificación de instrumentos de medida, lo cual se confirma en el artículo 20 del reglamento antes citado.

Así, del análisis del inventario previsto en el Anexo V *“se desprende que existen numerosos equipos que son o disponen de esos instrumentos de medida, cuya reparación exige habilitación al estar sometidos a control metrológico del Estado por emplearse en el ámbito de la salud, y por estar instalados o utilizarse en el almacenamiento y control de productos a temperatura controlada”*, por lo que, ya en el

momento de presentar la oferta, las empresas licitadoras deberán estar en posesión de la correspondiente habilitación. Sin embargo, *“comprobado el Registro Público del Centro Español de Metrología, se puede observar cómo, mientras mi representada (ASIME), sí goza de esta habilitación como reparador de registradores de temperatura y termómetros para el control de productos de temperatura controlada, AGENOR no dispone de la misma.”*

Por ello, AGENOR estaría inhabilitada para llevar a cabo las reparaciones de algunos de los equipos electromédicos que forman parte del contrato, no pudiendo ni aplicar ni levantar el precinto asociado a dicha reparación y careciendo, al no figurar inscrita en el Registro de Control Metrológico, del número de inscripción en el mismo que debe figurar en el precinto y que lo identifica como reparador. Además, esa falta de inscripción y consiguiente habilitación no podría ser suplida acudiendo al encargo o subcontratación de otras entidades, conforme a lo expuesto en la primera de las alegaciones formuladas.

Concluye la reclamante afirmando que *“incurriría en AGENOR una causa de imposibilidad de participar en la licitación, causa que, no siendo subsanable, se convierte en este estadio procedimental en causa de nulidad de la resolución de adjudicación, exclusión de la citada licitadora y consiguiente adjudicación del contrato a la licitadora que obtuvo la mejor puntuación, siendo esta mi representada ASIME.”*

ASIME manifiesta por último que, habiéndose impugnado el acto de adjudicación, procede su suspensión automática, no obstante lo cual solicita la adopción de la medida cautelar instada con arreglo al artículo 125.3 de la LFCP.

QUINTO.- Con fecha 17 de enero de 2020, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea ha aportado el expediente del contrato y ha presentado un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos, en el que manifiesta lo siguiente:

1º. Alega, en primer lugar, que no existe ambigüedad ni imprecisión en el Pliego regulador en relación a la admisión o no de la subcontratación, ya que el pliego señala

en su cláusula 19ª la posibilidad de subcontratación prevista en el artículo 107.1 de la LFCP, así como que la subcontratación de las prestaciones accesorias a que alude el apartado 2º del citado artículo de la Ley Foral no está permitida en el pliego.

Asimismo, afirma que no se da la causa de nulidad alegada por la reclamante relativa a la subcontratación de prestaciones accesorias no permitidas por el pliego.

Así, respecto a la primera de las ocasiones en que afirma que AGENOR hace referencia a la subcontratación, como es la relativa a la realización de las intervenciones de mantenimiento de los equipos por terceros, señala que, tal y como se establece en el informe técnico emitido al respecto, *“en las prescripciones técnicas del Pliego, se contemplan una serie de intervenciones que son realizadas por terceros distintos al adjudicatario. Ocurre que existen casos en los que el equipo a reparar, debe repararse en el Servicio Técnico Oficial (en adelante STO). Esto se debe principalmente a la dificultad de la operación, que en muchos casos solo puede repararse correctamente en el STO. Esto ocurre independientemente de cual sea el adjudicatario.*

Este tipo de reparaciones las asume el adjudicatario, y deber ser el responsable de su seguimiento. La mesa de contratación por lo tanto admitió estas colaboraciones, ya que el PPT así lo contempla, como se muestra en los siguientes puntos: (...).”

Señala que, como puede observarse, se trata de una prescripción técnica cuyo cumplimiento debe exigirse a todos los licitadores y es aceptada incondicionadamente por cada uno de ellos al presentar su oferta, ya que la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional del Pliego y este constituye la ley del concurso.

“Y esto no supone recurrir a la subcontratación, por cuanto como se ha dicho, es un servicio que debe ser prestado únicamente por el fabricante, quien evidentemente no es un subcontratista, sino el propio creador del producto y por lógica, el único que técnicamente es conocedor de los entresijos técnicos de las operaciones más complicadas de arreglo y reparación de los equipos”.

Lo mismo ocurre, según se alega, respecto a la última de las alusiones que según la reclamante efectúa el adjudicatario a la subcontratación, en relación con el plan de

docencia y formación técnica, respecto del que este no hace sino referencia al modo en que llevará a cabo una prescripción exigida en las prescripciones técnicas del Pliego, que debe ser exigida a todos los licitadores. Dicha prescripción se contempla al objeto de que el personal de la adjudicataria, cualquiera que esta sea, tenga la correspondiente formación en un programa informático concreto de gestión de mantenimiento (GIM), que únicamente puede ser llevada a cabo por la empresa propietaria del software.

2º. En segundo lugar, señala que cuando la oferta de AGENOR dispone, al hablar de los diferentes tipos de mantenimiento, que el objetivo de la empresa es la disponibilidad total, ello no puede ser considerado como un dato de carácter objetivo que haga presuponer que la oferta que la empresa vaya a incluir en el sobre C sea el 100%, sino que se trata de una declaración de intención.

Así, como indica el informe técnico emitido al respecto, *“tener como objetivo la disponibilidad total de los equipos arreglados debería ser la intención de todos los licitadores. Por otro lado, la disponibilidad del 100% de los aparatos en funcionamiento es una realidad imposible a nivel técnico”*, por lo que dicho dato no puede ser considerado un dato objetivo relevante que evidencie datos de la oferta a incluir en el sobre C. Se afirma, asimismo, que una exclusión por este motivo sería desproporcionada, ya que *“la exclusión de un licitador por incumplir el Pliego Regulator debe tener carácter restrictivo, ser fundada y motivada y evidentemente, debe basarse en un incumplimiento flagrante y evidente del Pliego como ley del contrato”*. Por último, se señala que sólo afectaría a 5 de los 51 puntos otorgables mediante fórmulas, por lo que no es relevante para comprometer la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos.

3º. Por último, respecto a la falta de inscripción de la adjudicataria en el Registro de Control Metrológico, se señala que la reclamante pudo haber planteado dicha alegación en su reclamación de 12 de abril de 2019, dado que se trata de una información que obra en un registro público y que por tanto ya conocía o podía conocer en aquel momento. En todo caso, considera dicha alegación no ajustada a derecho.

Tras transcribir los artículos 12 y 14.2 de la LFCP, señala que la cláusula 5ª del pliego regulador recoge, a los efectos de aptitud y capacidad, las personas que podrán

contratar con el SNS-O, debiendo concurrir los requisitos que se señalan en dicha cláusula en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas.

“En atención a ello, la unidad gestora del contrato consideró que era necesario, como exigencia adicional de capacidad para contratar, que la entidad adjudicataria dispusiera de la autorización mencionada y estuviera inscrita en el correspondiente registro citado en el párrafo precedente – autorización para la Asistencia Técnica en equipos e instalaciones de Rayos X con fines de diagnóstico médico, e inscripción en el Registro de Industria correspondiente como empresa mantenedora y reparadora de Baja Tensión en la categoría de especialistas -, entendiéndose que no era necesario ningún otro requisito adicional de capacidad y por tanto, no exigió acreditar en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, la acreditación de la que la entidad recurrente afirma no dispone el adjudicatario.

(...). Y el motivo para ello fue el hecho de considerar que la inscripción en el registro mencionado podría obtenerse posteriormente, con carácter previo al inicio de la actividad, lo cual permitiría presentarse a la licitación a un mayor número de entidades”.

Se señala que la legislación específica a la que hace mención el artículo 14.2 de la LFCP establece de manera inequívoca que la inscripción en el Registro de Control Metrológico deberá ser previa al inicio de la actividad, aludiéndose a los artículos 18 y 11 de la Ley de Metrología.

“Por tanto, la inscripción en el mencionado registro podrá ser solicitada con carácter previo al inicio de la actividad del adjudicatario, esto es, previamente al inicio de la ejecución del contrato, o incluso durante la ejecución del mismo en el curso de la actividad de supervisión, control o inspección que incumbe a la unidad gestora del contrato. Además, debe tenerse en cuenta que la incidencia de dicha exigencia en el objeto del presente contrato es muy baja, por cuanto los equipos afectos por la obligación de someterse al control Metrológico del Estado son pocos en relación con el total de equipos que componen el objeto del mismo”, alrededor de un 1%.

Por último, señala que la referencia que realiza la reclamante al artículo 22.1.a) de la Ley 32/2014 respecto a la tipificación de la falta de inscripción registral como infracción muy grave es errónea, pues dicha calificación viene prevista en el artículo 22.3.a), así como que dicho régimen sancionador previsto en el capítulo VI de la citada ley no resulta de aplicación en el presente caso, pues nos encontramos en el marco de un procedimiento de licitación.

Se solicita, por todo ello, la desestimación de la reclamación interpuesta.

SEXTO.- El 17 de enero de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP. Con fecha 22 de enero AGENOR ha presentado las siguientes alegaciones:

1º. Respecto a la vulneración de los pliegos en materia de subcontratación se afirma, en primer lugar, que no existe discordancia alguna entre el pliego regulador y lo señalado en el cuadro de características del contrato, siendo la redacción del pliego absolutamente clara al respecto. Se señala, a continuación, que ASIME saca de contexto las alegaciones que AGENOR realizó con ocasión de la anterior reclamación de aquella, así como que queda acreditado que AGENOR no va a subcontratar ninguna prestación, ni accesoria ni principal. Se afirma que es el pliego de prescripciones técnicas el que contempla la posibilidad de que ciertas actividades se realicen, bien por parte del adjudicatario o bien por los Servicios Técnicos Oficiales, dentro de la discrecionalidad reconocida en la elaboración del pliego. Por lo tanto, AGENOR no ha hecho en su oferta sino cumplir las citadas prescripciones, no pudiendo catalogarse las colaboraciones con terceros previstas en estas como subcontrataciones, a tenor de la doctrina que se cita.

2º. En segundo lugar, se alega que AGENOR no ha adelantado en el sobre B) información relativa a la oferta que debía constar en el sobre C), sino que nuevamente ha redactado su oferta técnica conforme a los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas, que exigen que los equipos se encuentren en buen estado de conservación y en perfecto estado de funcionamiento.

Se señala, asimismo, que su oferta fue la contenida en el citado sobre C), y que en las alegaciones formuladas con ocasión de la anterior reclamación de ASIME existía una errata, al haberse omitido la expresión “mayor al”, lo que no afecta a la oferta realizada.

Se manifiesta que es doctrina pacífica de los Tribunales que la contaminación de las proposiciones debe darse de manera efectiva, citándose a este respecto diversa doctrina.

Concluye AGENOR señalando que no se han infringido los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores, ni la inviolabilidad del secreto de las proposiciones.

3º. Se solicita, en tercer lugar, la inadmisión por extemporánea y por no ajustada a derecho de la alegación relativa a la falta de capacidad y habilitación de AGENOR para ejecutar parte de las prestaciones esenciales del contrato.

Se señala que la nueva notificación de la Resolución 292/2019 abre la vía de la reclamación, únicamente, para la reiteración de los dos motivos que no entró a resolver el Acuerdo 52/2019 (subcontratación y adelanto de información), así como para la inclusión de aquellos que pudiera haber conocido ASIME una vez examinada la documentación relativa a la oferta de AGENOR, que le fue remitida con fecha 16 de diciembre de 2019. Por lo tanto, esta alegación debería ser inadmitida. Se cita, a este respecto, el acuerdo 14/2015, de 23 de febrero, de este Tribunal, y la Resolución 205/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, se señala que la nueva notificación de la citada Resolución resulta conforme con el artículo 51 de la Ley 39/2015, que prevé la conservación de aquellos actos y trámites que se hubieran mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Subsidiariamente a la inadmisión de dicha alegación, se señala que la misma no resulta ajustada a derecho por los mismos motivos que menciona el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en su informe de 15 de enero de 2020.

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita la desestimación de todas las pretensiones de la reclamación interpuesta por ASIME.

SÉPTIMO.- Con fecha 28 de enero de 2020, se notificó a los interesados el Acuerdo 7/2020, de 28 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se pone en conocimiento de los mismos la existencia de una posible causa de nulidad de pleno derecho advertida por el Tribunal.

En dicho acuerdo se hace contar que el SNS-O ha procedido a volver a notificar la Resolución 292/2019, de 2 de abril, como forma de dar cumplimiento al Acuerdo 52/2019, de 11 de junio, pero que, sin embargo, dicho acto administrativo fue expresamente anulado por el citado acuerdo, por lo que no puede mantenerse su vigencia.

Por ello, en cumplimiento del artículo 127.2 de la LFCP, se concedió a los interesados un plazo de alegaciones de tres días hábiles, habiéndose formulado estas por parte de ASIME, del SNS-O y AGENOR con fecha 31 de enero.

En primer lugar, ASIME alega lo siguiente:

1º. La falta de encaje en los motivos de nulidad de pleno derecho del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2º. La literalidad del fallo del Acuerdo 52/2019, de 11 de junio, que estimó parcialmente la reclamación, aludía a la “*nueva notificación del acto de adjudicación*”.

Se señala, a este respecto, que es cierto que el posterior acuerdo que resolvió la solicitud de aclaración sí aludía al dictado de un nuevo acto de adjudicación, pero la resolución que debía ejecutarse parecía admitir una mera nueva notificación.

3º. La aplicación del artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, relativo a la conservación de actos.

4°. El tiempo transcurrido desde el inicio de la licitación y el riesgo de perpetuar esta situación.

5°. El beneficio que se deriva de la misma tanto para el órgano de contratación como para AGENOR, y el perjuicio del interés público. Se insiste, a este respecto, en la falta de capacidad de esta mercantil para prestar el servicio.

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita que se resuelva la reclamación que formuló respecto al fondo de la misma, con los pronunciamientos ya solicitados en aquella o, subsidiariamente, si se decreta la existencia de una causa de nulidad, se imponga al órgano de contratación *“un plazo máximo de 15 días naturales para proceder al dictado y notificación de una nueva adjudicación, conservando los actos de tramitación de las reclamaciones presentadas por ASIME y de las alegaciones presentadas tanto por el órgano de contratación como por AGENOR, sin perjuicio de la concesión de un plazo de 3 días hábiles para ampliar el recurso a la nueva adjudicación y, en su caso, efectuar alegaciones complementarias”*.

El SNS-O manifiesta, por su parte, que por error se procedió a notificar nuevamente la Resolución 292/2019, de 2 de abril, así como que, a la fecha, se encuentra en trámite la nueva resolución de adjudicación del contrato, que será notificada en los próximos días a los interesados, dando así cumplimiento a lo acordado.

AGENOR alega lo siguiente:

1°. Que la retroacción de actuaciones se ha dado al momento en el que se ha producido el vicio de nulidad, dado que el mismo versaba sobre la Resolución 401/2019 y no sobre la Resolución 292/2019, siendo aquella posterior a esta. Por lo tanto, la reposición de la legalidad pasaba por la emisión, por parte del órgano de contratación, de una resolución sobre la declaración de confidencialidad, con una mayor justificación, de la oferta técnica de AGENOR, lo cual acaba llevándose a cabo a través de la Resolución 1329/2019.

Se señala, asimismo, que la actuación del órgano de contratación hace suya la doctrina de conservación de actos prevista en el artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2º. Que el principio de economía procesal se vería vulnerado si se declarase la existencia de la causa de nulidad advertida por el Tribunal, la cual no conllevaría ningún beneficio procesal ni material, sino que sólo avocaría a duplicar los actos y trámites ya realizados. Asimismo, dicha declaración nada aportaría al derecho de defensa de ASIME.

Se insiste, por último, en que la alegación de ASIME relativa a su falta de capacidad debe ser inadmitida por haberse formulado de forma extemporánea o, subsidiariamente, desestimada.

OCTAVO.- Con fecha 5 de febrero de 2020, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea trasladó a este Tribunal la Resolución 57/2020, de 4 de febrero, dictada por su Director Gerente, por la que se adjudica nuevamente el contrato, en un sentido análogo al de la Resolución 292/2019, de 2 de abril.

El 6 de febrero, este Tribunal procedió a informar de este hecho a la mercantil reclamante y al resto de interesados, concediendo a aquella un plazo de tres días hábiles al objeto de que pudiera solicitar la ampliación de su reclamación al nuevo acto administrativo dictado, e idéntico plazo a aquellos para que pudieran formular alegaciones en relación con la eventual ampliación de la reclamación.

Tanto ASIME como AGENOR han presentado, con fecha 11 de febrero, sendos escritos. Asimismo, el SNS-O ha presentado el 12 de febrero, una vez concluido el plazo concedido, un escrito de alegaciones.

ASIME solicita la ampliación de la reclamación presentada el 10 de enero a la nueva resolución de adjudicación dictada, alegando la vigencia de los motivos de impugnación manifestados en aquella. Asimismo, reitera la alegación relativa a la inexistencia de cosa juzgada respecto al motivo impugnatorio consistente en la falta de

capacidad y habilitación de la empresa adjudicataria, en el momento de licitar, para llevar a cabo parte de las prestaciones esenciales del contrato.

AGENOR, por su parte, se opone a que se le conceda a ASIME “*cualquier tipo de ampliación de su reclamación frente a la adjudicación*”. En primer lugar, porque en la medida en que no se ha resuelto la existencia de una causa de nulidad, procesalmente no debería concederse trámite alguno a ASIME. Asimismo, porque siendo la motivación de la adjudicación la misma, no hay fundamento alguno para que amplíe lo ya reclamado efectuando alegaciones complementarias, lo cual supondría darle a la recurrente una nueva oportunidad de impugnar todas aquellas cuestiones que, por su falta de diligencia, no hubiera incluido en las dos reclamaciones que ya ha presentado en relación con este contrato. Igualmente, AGENOR señala que la alegación relativa a su falta de capacidad es extemporánea. Por ello, se solicita que se resuelva, en primer lugar, la cuestión de nulidad planteada y, en segundo, que se rechace la posibilidad de que ASIME amplíe su reclamación frente al nuevo acto administrativo dictado, resolviendo finalmente el fondo de la misma en el sentido de desestimar todas sus pretensiones.

Por último, el SNS-O manifiesta su conformidad con la ampliación de la reclamación a la Resolución 57/2020, de 4 de febrero, ratificándose en las alegaciones ya presentadas, y señalando que la inscripción de AGENOR en el Registro de Control Metrológico se ha producido el 15 de enero de 2020, es decir, con carácter previo a la adjudicación de 4 de febrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo los actos impugnados susceptibles de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, concretamente en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas a través de la reclamación especial interpuesta, debemos advertir que en el seno del incidente de nulidad sustanciado conforme al Acuerdo de este Tribunal 7/2020, de 28 de enero, la entidad contratante he reconocido, de forma expresa, que la notificación de la Resolución 292/2019, de 2 de abril, ha obedecido a un error; extremo, además, subsanado mediante Resolución 57/2020, de 4 de febrero, en cuya virtud se resuelve la adjudicación del contrato de referencia. Circunstancia que determina la innecesaridad de pronunciamiento alguno acerca de la legalidad de la citada Resolución 292/2019, de 2 de abril, quedando, por tanto, ceñido el objeto de la reclamación interpuesta frente a la Resolución 57/2020, de 4 de febrero, en cuya virtud tiene lugar la adjudicación del contrato a favor de AGENOR.

Asimismo, interesa poner de relieve que el trámite sustanciado por este Tribunal con fecha 6 de febrero del año en curso tiene por objeto posibilitar a la reclamante la ampliación de la acción ejercitada al nuevo acto de adjudicación del contrato; motivo por el cual no procede admitir las alegaciones que en el seno del mismo han formulado tanto la reclamante como la tercera interesada sobre la capacidad de ésta para la prestación del servicio, por exceder del objeto del trámite procedimental sustanciado al efecto.

En idéntico sentido, no cabe atender las alegaciones que la reclamante realiza con objeto de contestar a las consideraciones aducidas por la entidad contratante y la tercera interesada en el seno de la primera de las reclamaciones interpuestas, y ello por cuanto las mismas deben limitarse al procedimiento de reclamación en el que se formulan.

Sentado lo anterior, son tres los motivos de impugnación planteados en la presente litis con objeto de cuestionar la legalidad del acto de adjudicación del contrato de servicio para el mantenimiento electromédico en los centros dependientes de dicho organismo y técnico-legal de las instalaciones generales del Complejo Hospitalario de Navarra (OB20/2018), a saber, la vulneración de las previsiones contenidas en el pliego regulador en relación con la subcontratación, la infracción del principio de secreto de las proposiciones y la falta de capacidad y habilitación de la adjudicataria para la ejecución de parte de las prestaciones esenciales del contrato. Cuestiones que pasamos a abordar en las consideraciones jurídicas que a continuación se realizan.

SEXTO.- En relación con el primero de los motivos de impugnación indicados, la reclamante, poniendo de relieve una eventual confusión en las previsiones contenidas en el pliego en relación con la subcontratación, manifiesta que la oferta de la adjudicataria incumple la prohibición establecida de subcontratar prestaciones accesorias del contrato.

Debemos descartar, en primer término, la contradicción alegada sobre la regulación contenida en el pliego en lo que a la subcontratación se refiere. Así, en relación con tal extremo, establece el artículo 107 LFCP que *“1. Las prestaciones del contrato podrán ser objeto de subcontratación, salvo aquellas de carácter personalísimo, cuando quien licite, en el momento de acreditar su solvencia haya presentado una relación exhaustiva de los subcontratistas en los términos establecidos en el artículo 18 de esta ley foral. Dicha relación vendrá acompañada de una declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22. (...)*

2. No obstante, una vez formalizado el contrato se admitirá la subcontratación de prestaciones accesorias al objeto principal del contrato, siempre que esté previsto en el pliego regulador de la contratación y se ajuste a los siguientes requisitos:

a) *Comunicación por escrito a la Administración del contrato suscrito entre el adjudicatario del contrato y su subcontratista junto con toda la información prevista en el apartado 1 de este artículo. La subcontratación deberá ser objeto de autorización expresa.*

b) *Que el contrato entre el adjudicatario del contrato y su subcontratista no prevea unas condiciones de pago más desfavorables que las señaladas en esta ley foral o, en su caso en el pliego regulador de la contratación para el abono del precio a los contratistas.*

c) *Que el subcontratista presente una declaración de no encontrarse incurso en causa de exclusión para contratar y de comprometerse a respetar, como mínimo, las condiciones laborales del convenio colectivo sectorial aplicable. (...)*”.

En este sentido, tal y como manifiesta el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura en su Resolución 21/2018, de 31 de mayo, limitar la subcontratación, es una cuestión sobre la que el órgano de contratación tiene libertad de decisión -discrecional, que no arbitraria- y que deberá decidir en función de las características y peculiaridades de cada contrato y, en particular, de su prestación, realizando su previsión en los pliegos.

Dicho esto, la cláusula decimonovena del citado documento contractual, denominada “Subcontratación y cesión del contrato”, establece que “*Las prestaciones objeto del contrato podrán ser objeto de subcontratación, salvo aquellas de carácter personalísimo, cuando el licitador en el momento de acreditar su solvencia haya presentado una relación exhaustiva de los subcontratistas en los términos establecidos en el artículo 18 de la LFCP.*

En otro caso, y cuando así se prevé en el apartado 19 del Cuadro de características, se admitirá la subcontratación de prestaciones accesorias al objeto principal del contrato, que quedará sometida al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 107.2 de la LFCP.” Señalando, el apartado 19 del cuadro de características del contrato, expresamente, que no se admite la subcontratación.

Como hemos anticipado, ninguna contradicción cabe apreciar en la regulación transcrita, resultando que las previsiones del pliego son claras cuando indican que no cabe la subcontratación de prestaciones accesorias, y que ésta sólo podrá tener lugar en el supuesto previsto en el apartado primero del artículo 107 LFCP, es decir, cuando así se haya dispuesto en el momento de acreditar la solvencia técnica o profesional.

Empero, lo cierto es que la cláusula quinta de las prescripciones técnicas admite que el mantenimiento correctivo y preventivo de los equipos los realice el adjudicatario, bien por sí mismo o bien por medio de los servicios técnicos oficiales; previsión que no ha sido objeto de impugnación en tiempo y forma y, por tanto, ha devenido consentida y firme; amén de no poder perjudicar al licitador que la ha observado en su oferta por resultar una posibilidad admitida por el propio pliego regulador.

Sentado lo anterior, AGENOR manifiesta en el DEUC aportado que no tiene intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros; motivo por el cual no presentó la documentación exigida en la cláusula 19ª de los pliegos reguladores y en el artículo 107.1 LFCP. Si bien, a juicio de la reclamante, en diversos apartados de su oferta contiene referencias a una eventual subcontratación, incumpliendo así la prohibición establecida en el pliego; circunstancia en virtud de la cual defiende la procedencia de su exclusión del procedimiento.

En este sentido, y a los efectos de dilucidar si asiste razón a la reclamante cuando afirma que la oferta de la adjudicataria contempla el encargo a terceros de prestaciones accesorias, cabe traer a colación la doctrina contenida en la Resolución 92/2016, de 26 de julio de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuando manifiesta que *“no se da esta figura jurídica (la de la subcontratación) cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación”*.

Descendiendo al caso concreto, la oferta de la adjudicataria, en relación con la formación técnica para el personal de la contrata en el programa informático de gestión y mantenimiento GIM, aporta compromiso de la empresa propietaria y desarrolladora

del software; previsión que, en modo alguno cabe calificar como subcontratación toda vez que no hace sino respetar la obligación en tal sentido contenida en el pliego de prescripciones técnicas, cuya cláusula 6.7 en relación con el plan de docencia y formación técnica determina que *“Correrá por cuenta de la contrata la formación y promoción técnica del personal a su cargo, así como de todos los gastos derivados. Dicha formación se compondrá de: (...) c) Formación técnica para el personal de la contrata en el programa informático de gestión de mantenimiento GIM por parte de la empresa TCMAN (Propietaria y desarrolladora del software)”*.

Igual conclusión debemos alcanzar en relación con las previsiones que la oferta realiza sobre la eventual posibilidad de que averías complejas o que requieran alta cualificación puedan ser reparadas por el servicio técnico oficial, habida cuenta que tal posibilidad tiene, como se ha dicho, amparo en el propio pliego regulador del contrato; amén de su carácter residual en la medida en que se refiere, exclusivamente, a aquellas averías con un importante grado de dificultad o complejidad.

Finalmente, en la página 14 de la oferta se señala que *“Agenor aportará todas las certificaciones, homologaciones, autorizaciones, licencias y en general toda aquella documentación exigida por la legislación en relación con el equipamiento objeto del contrato, de los repuestos y elementos instalados, así como de todo el personal técnico que realiza las operaciones incluidas en el contrato. En aquellas situaciones en que las intervenciones sean realizadas por terceros distintos a Agenor, acreditará la disposición de las licencias, autorizaciones y acreditaciones necesarias para poder realizar dichas intervenciones, incluido la coordinación en Riesgos Laborales conforme a las directrices legales vigentes”*. Previsión que, dada la ambigüedad con la que está formulada, no permite afirmar que suponga la subcontratación de prestaciones accesorias del contrato; resultando así que sería desproporcionado proceder a su exclusión cuando no resulta palmario que la oferta incumpla el pliego en tal extremo.

Así pues, la oferta formulada por la adjudicataria del contrato no contraviene la prohibición de subcontratación de prestaciones accesorias en los términos en que está recogida en el pliego regulador; motivo por el cual procede la desestimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado por la reclamante.

SÉPTIMO.- Opone la reclamante, como segundo motivo de impugnación, la vulneración por parte de la adjudicataria del principio de secreto de las proposiciones, por haber adelantado en el Sobre B información relativa a uno de criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas, el correspondiente al compromiso de disponibilidad efectiva de los equipos del inventario; sosteniendo, por tal motivo, la procedencia de su exclusión del procedimiento.

En relación con la forma de presentación de las proposiciones, dispone el artículo 53 LFCP que *“1. Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna.*

2. Las proposiciones serán secretas hasta el momento de su apertura, sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.(...)”.

A su vez, artículo 97 del mismo cuerpo legal, al regular la apertura y valoración de las ofertas, impone, en los siguientes términos, la presentación de la oferta relativa a los criterios cualitativos de forma separada de la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas, así como que la apertura y valoración de aquella precederá a esta: *“Cuando la oferta contenga criterios cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas.*

La evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas se realizará en acto interno, pudiendo desecharse las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato. Deberá quedar constancia documental de todo ello.

Si el órgano de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez.

Efectuada esta valoración, o examinada la admisión de las ofertas, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra, con al menos tres días de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables

mediante fórmula. Esta parte de la oferta debe permanecer secreta hasta el momento señalado en el Portal de Contratación. Una vez realizada la apertura de la documentación, se hará pública la puntuación obtenida por cada persona licitadora en la valoración de criterios no cuantificables mediante fórmulas, así como la oferta presentada en los criterios cuantificables mediante fórmulas.”

Por su parte, el cuadro de características del contrato en su cláusula octava, relativa a la forma y contenido de las proposiciones, establece que “(...) *Detalle del contenido del Sobre nº 2 Proposición técnica/ Documentación sobre los criterios a valorar sin fórmulas objetivas.*

La documentación técnica se aportará con carácter obligatorio en soporte digital (formato pdf) y en papel. En caso de contradicción prevalecerá la información aportada en soporte digital. No se valorará la documentación que no aparezca en soporte digital, y contendrá:

- a) Memoria explicativa de la Metodología y Gestión a desarrollar, incluyendo protocolos y procedimientos de mantenimiento preventivo y correctivo, así como programación de las actuaciones de mantenimiento técnico – legal, adecuándola a las necesidades de los centros incluidos en el ámbito del presente contrato, y Propuesta Organizativa adecuada a las necesidades de dichos centros. Para este apartado, se admite un máximo de 35 páginas en DIN A4 o su equivalente en superficie en DIN A3.*

En la oferta, se definirá claramente la organización que se piensa poner en práctica para el mejor cumplimiento del servicio, y expresará la composición de cada uno de los grupos de trabajo por centro de referencia, indicando claramente: número de operarios, jornada, turno, categoría y titulación. Se tendrá en cuenta los mínimos en dedicación, permanencia, número y jornadas indicadas en las Prescripciones Técnicas.

Asimismo se describirá la composición y ubicación de un equipo de respuesta rápida, cuyo personal ha de pertenecer al equipo designado al Centro de referencia, y que deberá acudir a los Centros en caso de emergencias o llamadas por parada o avería de los equipos médicos o parte de ellos, o para la realización de operaciones de mantenimiento que impliquen un especial riesgo. Deberá indicar la disposición de los medios de comunicación adecuados para su localización, las 24 horas, dado que dicho

equipo deberá estar localizable a cualquier hora del día o de la noche, incluyendo fines de semana y festivos, estipulándose un tiempo de respuesta máximo de 30 minutos desde la realización y confirmación de recepción de la llamada.

- b) Descripción detallada de las herramientas tecnológicas que aportará el adjudicatario para una mayor eficiencia en el servicio entendiéndose como herramientas tecnológicas todas aquellas que tengan relación con la gestión de la información y de los equipos objeto del contrato, en caso de presentarlas.*
- c) Descripción detallada de los medios técnicos, equipos o herramientas no especificados, que aportará el adjudicatario y que supongan una mejora en el servicio prestado, caso de presentarlas.*

8.3. Detalle del contenido del Sobre nº 3 Proposición Económica / Documentación sobre los criterios a valorar con fórmulas objetivas.

La documentación técnica se aportará con carácter obligatorio en soporte digital (formato pdf) y en papel. En caso de contradicción prevalecerá la información aportada en soporte digital. No se valorará la documentación que no aparezca en soporte digital, y contendrá:

- a) Plan de bio-descontaminación ambiental en zonas críticas. Se deberá presentar un plan y descripción del sistema utilizado. Detallando claramente las salas a descontaminar por año.*
- b) Compromiso de disponibilidad efectiva de los equipos del inventario.*
- c) Equipos de préstamo temporal para sustitución de equipos averiados, detallando claramente el tipo de equipo y el número.*
- d) Certificación del comité de empresa o delegados de personal relativo a las medidas de conciliación laboral recogidas en el apartado 10.1 del cuadro de características, referida a la formación laboral dentro el horario de trabajo.*
- e) Encuesta adjunta “EncuestaCriteriosValoración.xlsx” debidamente cumplimentada.*

(...)”.

A su vez, el pliego regulador en su cláusula octava también alude a la forma y contenido de las proposiciones, señalando que en ningún caso se incluirán en este sobre

– se refiere al sobre B – documentos que contengan información sobre criterios que proceda valorar con fórmulas objetivas, excluyéndose a quienes lo hicieran.

Finalmente, la cláusula décima del cuadro de características del contrato, al regular los criterios de adjudicación, señala lo siguiente “ 10.1. *Detalle de los criterios.*

Criterios a valorar sin fórmulas objetivas – 49 puntos:

Programa de Trabajo – 39 puntos:

Propuesto por el licitador para implementar las operaciones de mantenimiento preventivo (protocolos y periodicidades) un máximo de 13 puntos, correctivo (un máximo de 13 puntos) y técnico legal de equipos e instalaciones, regulación y vigilancia (un máximo de 13 puntos), necesario para garantizar la mejor conservación de los mismos y para asegurar la obtención, en cada momento, de todas las prestaciones previstas por el fabricante de cada equipo. Para cada equipo de mantenimiento se valorará: Mayor eficiencia en el servicio prestado, Planificación del mantenimiento (periodicidades, plan de acción anual, mensual.....) descripción operativa del mantenimiento (métodos y flujos de trabajo), procedimientos de inspección y mantenimiento, asistencia técnica a su propio personal.

Herramientas tecnológicas de gestión de información y de los equipos del contrato que impliquen mayor rapidez, orden y eficacia en la gestión – 5 puntos (...).

Medios técnicos no especificados – 5 puntos (...).

Criterios a valorar con fórmulas objetivas – 51 puntos.

Cláusulas de carácter social – Conciliación laboral – 10 puntos (...).

Plan de bio – descontaminación ambiental en zonas críticas – 8 puntos (...).

Aumento de disponibilidad de los equipos – 5 puntos.

Compromiso de disponibilidad efectiva mensual del cómputo global de los equipos del inventario:

- *Mayor al 98% de los equipos críticos: 2,5 puntos (equipos prestados al servicio de UCI y quirófano.*
- *Mayor al 95% del total de los equipos no críticos: 2,5 puntos (equipos no contemplados en el punto anterior.”*

Equipos de préstamo temporal para sustitución de equipos averiados – 8 puntos máximo (...).

Oferta económica – 20 puntos (...).”

Sobre esta base, sostiene la reclamante que la adjudicataria ha adelantado en la documentación contenida en el Sobre n° 2 información relativa al criterio de adjudicación correspondiente al “aumento de disponibilidad de los equipos”, y ello en la medida en que en el apartado 1. Objetivos y política empresarial, de la oferta AGENOR señala lo siguiente: *“En la presente oferta y a lo largo de los distintos apartados se describe la organización, metodología y procesos que formarán parte de la prestación del servicio aplicados a los equipos electromédicos y que serán finalmente consensuados con el cliente. A tales efectos se extenderán a los siguientes ámbitos:*

(...).

- *Asegurar el correcto funcionamiento del equipamiento mediante la realización de tareas técnicas preventivas, correctivas y predictivas necesarias para minimizar el número de paradas como consecuencias de averías o funcionamiento incorrectos. El objetivo es la disponibilidad total”.* Apuntando la reclamante que cuando indica que el objetivo es la disponibilidad total está avisando a los miembros de la mesa de contratación que también ofertaba un aumento en lo referido al criterio objetivo de disponibilidad efectiva de los equipos.

Del mismo modo, señala que en el apartado 2.1.6 de la oferta – “Desarrollo operativo del mantenimiento preventivo” – se indica que *“En la presente oferta y a lo largo de los distintos apartados se describe la organización, metodología y procesos que formarán parte de la prestación del servicio aplicados a los equipos electromédicos y que serán finalmente consensuados con el cliente. A tales efectos se extenderán a los siguientes ámbitos:*

- *Conseguir el mejor estado de conservación de las partes y elementos componentes logrando una mayor vida útil, optimización de la disponibilidad de los equipos, así como garantizar la seguridad de pacientes, usuarios y personal de su entorno.”.* Sosteniendo al respecto que cuando se indica que se pretende la optimización de la disponibilidad de los equipos se está avanzando que en el Sobre n° 3 se va ofertar un aumento sobre la disponibilidad mínima exigida, puesto que la optimización sólo puede suponer mejorar tal mínimo.

Sobre este particular, en nuestro Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre, pusimos de relieve que *“El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en las mismas condiciones tanto en el momento de presentar sus ofertas*

como en el momento de ser valoradas éstas por la entidad contratante. Principio que, obviamente, quiebra cuando a la hora de valorar la oferta se puede tener conocimiento de aquellos otros aspectos cuya valoración depende de la aplicación de determinadas formulas y por ello, con independencia del resultado final, es claro que la objetividad que debe tenerse para valorar los criterios no sujetos a fórmulas matemáticas se ve comprometida al incluir determinada documentación que ha de ir en el sobre relativo a los criterios que deben valorarse conforme a tales formulas.

Empero, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 89/2015, de 30 de enero, la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, ya que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, sino solo en aquellos casos en los que se ha producido una indefensión real y no meramente formal; resolución que recuerda que “los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas”.

Así se expresa la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, cuando razona que: "Distinta consideración merece, sin embargo, la alegación que excluye la vulneración del carácter secreto de las proposiciones, derivada del error en la documentación contenida en cada sobre; esta cualidad responde al principio general de igualdad de trato entre los candidatos (art. 1 de la Ley de Contratos del Sector Público en su versión aplicable 'ratione temporis') y tiene su expresión concreta en el art. 129.2 LCSP, previendo la propia ley los medios para garantizar esa reserva; así el art. 144.1., que trata de la inclusión de las proposiciones en sobres distintos o el 134.2. que establece el orden de apertura de los sobres, siendo el último el que contiene los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas para evitar, como bien dice la resolución impugnada, que el conocimiento de la oferta económica pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, como también se deduce de los arts. 26 a 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la LCSP. Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación, sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su

conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores."

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 686/2018, de 12 de julio, al concluir que no es suficiente para excluir a un licitador con que el modo en que aportó la documentación exigida no se ajuste a lo indicado en los pliegos, sino que es, además, imprescindible justificar que con dicho incumplimiento se frustra la necesaria imparcialidad y objetividad en la valoración. Conclusión que dicho órgano revisor alcanza en aplicación de la doctrina contenida en su Resolución 729/2016: "d) La exclusión de un licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto del adecuado no es un criterio absoluto ni debe operar de forma automática, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación (Resoluciones 89/2015 y 1082/2015, entre otras). Antes bien, antes de expulsar a un candidato del procedimiento, debe analizarse si se ha podido quebrar la imparcialidad y la objetividad en la evaluación (Resolución 261/2016).

En definitiva, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, lo verdaderamente relevante no es la forma en que se presentan las ofertas, sino que se garanticen los principios de invariabilidad de la oferta y de igualdad de trato, lo que exige a su vez que se cumplan dos requisitos: a) que el error cometido no permita albergar duda alguna sobre la verdadera voluntad de la licitadora, y b) que ese error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva". Por tanto, lo realmente relevante para que se produzca el efecto excluyente es la comprobación de que dicha actuación ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. La simple comprobación del error en los sobre podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Imponiéndose, en consecuencia, un análisis, caso por caso, de tales efectos en orden a la procedencia de excluir o no al licitador por la inclusión indebida de documentación en los sobres que conforman la proposición; y resultando que cuando no se aprecie tal infracción no podrá prosperar la exclusión del licitador por cuanto la solución contraria resultaría excesivamente formalista y contraria al principio de concurrencia".

Aplicando esta doctrina al supuesto concreto que nos ocupa, este Tribunal debe rechazar las apreciaciones en tal sentido referidas por la reclamante, habida cuenta que la adjudicataria no ha incurrido en error alguno en la documentación contenida en el Sobre nº 2 de su oferta, no habiendo incorporado información referida el criterio de adjudicación relativo al compromiso de disponibilidad efectiva de los equipos incluido en el Sobre nº 3, puesto que se ha limitado a la descripción del plan de trabajo conforme a lo indicado en el pliego a los efectos de la consecución de la finalidad inherente al propio contrato que no es otra que alcanzar la mejor conservación de los equipos; motivo por el cual las referencias realizadas a la consecución de tal finalidad en la memoria a aportar en el Sobre nº 2 no suponen error alguno del licitador en la información que constituye su objeto, sino todo lo contrario.

Es más, la referencia contenida en la memoria de la oferta relativa a la realización de las tareas necesarias para minimizar el número de paradas consecuencia de averías, siendo el objetivo la disponibilidad total, no deja de ser una declaración genérica de intenciones, de la que en modo alguno cabe apreciar relación con el criterio de adjudicación relativo a la disponibilidad de los equipos; máxime cuando en el contenido de la citada memoria el pliego exige la descripción de un equipo de respuesta disponible las 24 horas del día, donde bien pudiera tener cabida la referencia en tal sentido realizada.

De igual modo, cuando en relación al desarrollo del mantenimiento preventivo la oferta apunta a la consecución de una optimización de la disponibilidad de los equipos, lo que hace es poner de manifiesto que se pretende conseguir un mejor estado de conservación de las partes y de los elementos de los equipos, que conllevaría una optimización de su disponibilidad; sin que de esta afirmación se pueda extraer información para la aplicación del citado criterio objetivo de adjudicación.

En consecuencia, no cabe sino concluir que la información referida por la reclamante del Sobre nº 2 de la oferta de la adjudicataria no ha supuesto infracción alguna del principio de secreto de las proposiciones; motivo por el cual este concreto motivo de impugnación debe ser desestimado.

Del mismo modo, cabe desestimar la alegación realizada en el sentido de corregir la valoración otorgada a la adjudicataria en el criterio de disponibilidad de los equipos derivada de la alegación por ésta realizada con fecha 10 de mayo de 2019 por cuanto, además de haber sido formulada en el seno del procedimiento de la anterior reclamación, lo cierto es que dicha mercantil efectivamente ofertó incrementar el porcentaje mínimo de disponibilidad; motivo por el cual la valoración otorgada resulta ajustada a derecho.

OCTAVO.- Como tercer motivo de impugnación alega la reclamante la falta de capacidad y habilitación de la adjudicataria para realizar parte de las prestaciones esenciales del contrato, toda vez que para realizar el mantenimiento y la reparación de parte del equipamiento previsto en el Anexo V del pliego es necesario estar inscrito en el Registro de Control Metrológico. Apuntando que AGENOR, pese a estar inscrita en dicho Registro, no lo estaba en la habilitación correspondiente (“Registadores de temperatura y termómetros para el control de productos de temperatura controlada”), sino únicamente en la de “Instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático”; señalando que, de hecho, su inscripción en el registro de temperatura y termómetros se ha producido el 15 de enero del año en curso, tras la interposición de la reclamación.

A este respecto, la entidad contratante no niega la necesidad de contar con la inscripción alegada, si bien defiende que dicho requisito no tiene que ser exigido a todos los licitadores – como así se hizo en orden a promover una mayor concurrencia –, siendo suficiente que tal inscripción se produjera antes del inicio de la ejecución del contrato, o incluso durante la misma a instancias de la propia Administración. Manifiesta, asimismo, que el número de equipos afectados por esta obligación es muy bajo, cifrándolo en alrededor de un 1% de los previstos en el citado Anexo V. Consideraciones a las que se remite la tercera interesa en sus alegaciones, si bien opone la inadmisión de tal motivo de impugnación por cuanto no habiendo sido alegado en la reclamación interpuesta con fecha 12 de abril de 2019, y teniendo en cuenta que su apreciación no deriva del examen de la oferta que posibilitó la estimación de la citada reclamación, el mismo pudo haberse formulado en la reclamación inicialmente interpuesta.

Comenzando por la excepción alegada por la tercera interesada relativa a la extemporaneidad de este concreto motivo de impugnación, la misma no merece ser acogida por cuanto el acto objeto de impugnación difiere del que constituyó el objeto de la primera de las reclamaciones interpuestas en el seno del procedimiento de adjudicación que nos ocupa; circunstancia que impide apreciar la excepción de cosa juzgada alegada, tal y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, cuando razona que *“el principio o eficacia de cosa juzgada material - que es a la que se refiere el recurso de casación en interés de ley interpuesto-, se produce, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. (...) la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente”*.

Es más, en el Acuerdo 52/2019, de 11 de junio, este Tribunal estimó parcialmente la primera reclamación interpuesta por la reclamante, sin entrar a analizar el resto de motivos de impugnación alegados y pretensiones ejercitadas; indicando en el Acuerdo 55/2019, de 17 de junio, por el que se resolvió la solicitud de aclaración y rectificación del anterior Acuerdo, que ya se hacía constar que frente a la nueva adjudicación del contrato procederían, en su caso, los recursos normativamente establecidos y, por ende, la alegación en su seno de los motivos de impugnación que en su caso se estimasen procedentes con independencia de los manifestados en la reclamación inicial. No apreciándose, por lo tanto, la concurrencia de la causa de inadmisión alegada de contrario.

Entrando en el fondo de la cuestión planteada, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 12 LFCP, en cuya virtud *“1. Podrán celebrar contratos sometidos a esta ley foral las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades para contratar, no se hallen en una situación de conflicto de*

intereses y acrediten una solvencia económica, financiera y técnica o profesional suficiente para ejecutar la prestación contractual demandada.

2. Quien licite deberá contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.”

Añade el artículo 14 que *“1. Quien licite deberá acreditar su capacidad de obrar y su representación en cada procedimiento de adjudicación.*

2. En los casos en que así lo establezca la legislación específica podrá exigirse a quien licite que acredite su inscripción, en el momento de la licitación, en un registro profesional o mercantil que les habilite para el ejercicio de la actividad en que consista la prestación del contrato.”

Por su parte, el artículo 55.7 del mismo cuerpo legal determina que los requisitos de capacidad jurídica y de obrar de los licitadores deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

Finalmente, el artículo 116.2.c) de la misma norma jurídica, entre las casusas específicas de invalidez de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, contempla la falta de capacidad jurídica y de obrar del contratista.

Sentado lo anterior, cabe advertir que ninguna de las partes cuestiona la aplicación de la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología; norma sectorial que impone la obligación de inscripción en el Registro de Control Metrológico y que resulta de aplicación a parte de las prestaciones objeto del contrato de referencia.

Efectivamente, el artículo 7 de la citada Ley 32/2014, de 22 de diciembre, establece que *“el control metrológico del Estado es el conjunto de actividades que contribuyen a garantizar la certeza y corrección del resultado de las mediciones, regulando las características que deben tener los instrumentos, medios, materiales de referencia, sistemas de medida y programas informáticos relacionados con la medición; los procedimientos adecuados para su utilización, mantenimiento, evaluación y verificación; así como la tipología y obligaciones de los agentes intervinientes”*. Incluyendo su artículo 8.1 entre los elementos sometidos a dicho

control, entre otros, los *“instrumentos, medios, materiales de referencia, sistemas de medida y programas informáticos que sirvan para medir o contar y que sean utilizados por razones de interés público, salud y seguridad pública”*.

De conformidad con lo dispuesto en su artículo 11 quienes reparen o modifiquen instrumentos sometidos al control metrológico deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, presentar ante la autoridad competente una declaración responsable; declaración que conllevará la inscripción en el Registro de Control Metrológico, en el que, según dispone el artículo 18, *“deberán inscribirse los datos relativos a las personas o entidades que fabriquen, importen, comercialicen, reparen o cedan en arrendamiento los instrumentos o sistemas sometidos al control metrológico del Estado y sus modificaciones”*.

No obstante lo anterior, el apartado quinto del cuadro de características del contrato establece los siguientes requisitos adicionales para contratar: *“Además para poder licitar las empresas deberán contar con Autorización para la Asistencia Técnica en equipos e instalaciones de Rayos X con fines de diagnóstico médico, según el Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, y el Real Decreto 1976/1999 de 23 de diciembre, por el que se establecen los criterios de calidad en radiodiagnóstico. Y acrediten estar dadas de alta, en el Registro de Industria correspondiente, como empresa mantenedora y reparadora de Baja Tensión en la categoría de especialistas, según el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, pro el que se aprueba el reglamento electrotécnico de Baja Tensión.*

Los requisitos señalados en el párrafo anterior deberán concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas”. Añadiendo en su apartado decimotercero que, además de la documentación indicada en la cláusula 13^a del pliego regulador, deberá presentarse con carácter previo a la adjudicación la correspondiente a otros requisitos de capacidad, es decir, la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos adicionales de capacidad previstos en el apartado quinto; requisitos adicionales entre lo que no se encuentra la inscripción en el Registro de Control Metrológico, cuya exigencia, repetimos, no sólo no es cuestionada por ninguna de las partes, sino que es admitida por la propia entidad contratante.

Llegados a este punto, cabe recordar, como hace la Resolución 148/2017, de 10 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad que constituya el objeto del contrato es un requisito de legalidad, de derecho necesario, cuya exigencia a los licitadores que pretendan contratar con el sector público impone la normativa de contratación pública.

Asimismo, el contrato tiene por objeto prestaciones que incluyen servicios para cuya ejecución resulta necesaria la habilitación conferida a través de la inscripción en el Registro Metrológico a que se ha hecho referencia. Requisito de capacidad exigible a los licitadores a pesar de no haberse contemplado en el pliego, y ello por cuanto tal omisión del citado documento contractual no puede ser convalidada por no haberse cuestionado en el momento procedimental oportuno, habida cuenta que la falta de capacidad constituye, como hemos indicado, una de las causas de nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato, resultando, por otro lado, indiferente a estos efectos que sea escaso el número de equipos sometidos al control metrológico del que deriva tal exigencia de capacidad.

Así las cosas, siendo obligatoria la inscripción en el Registro de Control Metrológico para el desarrollo de parte de los servicios que conforman el objeto del contrato, dicha habilitación debe concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, y exigirse su acreditación al que vaya a ser propuesto como adjudicatario. Siendo esto así, lo cierto es que no sólo no se ha exigido tal acreditación, sino que la tercera interesada nada aduce en contra de la afirmación realizada en el sentido de que carece de tal habilitación necesaria para la ejecución del contrato; motivo por el cual este Tribunal entiende que procede su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato.

En consecuencia, procede estimar la reclamación anulando el acto de adjudicación del contrato por resultar procedente la exclusión de la adjudicataria y retrotrayendo el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas a los efectos de proceder a resolver su exclusión del procedimiento, conservándose los actos de valoración del resto de ofertas no afectadas por la apreciación de tal circunstancia.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ASIME, S.A. frente a las Resoluciones 292/2019, de 2 de abril, y 57/2020, de 4 de febrero, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por las que se adjudica el contrato de servicio para el mantenimiento electromédico en los centros dependientes de dicho organismo y técnico-legal de las instalaciones generales del Complejo Hospitalario de Navarra (OB20/2018), anulando el acto de adjudicación del contrato por resultar procedente la exclusión de la adjudicataria y retrotrayendo el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas a los efectos de proceder a resolver su exclusión del procedimiento, conservándose los actos de valoración del resto de ofertas no afectadas por la apreciación de tal circunstancia.

2º. Notificar este acuerdo a ASIME, S.A., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 19 de febrero de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.