

**Recurso 573/2024**  
**Resolución 670/2024**  
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 30 de diciembre de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASIME, S.A.** contra la resolución de adjudicación, de 24 de octubre de 2024, del contrato denominado «Servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos de centros dependientes del Hospital Universitario Virgen del Rocío, Hospital de Emergencias Covid y el Centro de Transfusión, tejidos y células pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud», respecto del lote 4 contenido en la agrupación 1, promovido por el Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa adscrita a la Consejería de Salud y Consumo, (Expte. 0000572/2022), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 24 de abril de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 41.675.526,91 €.

Con fecha 1 de junio de 2023 se publica en el perfil de contratante Resolución de corrección de errores y ampliación del plazo de presentación de ofertas.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato respecto del lote 4 mediante Resolución de 24 de octubre de 2024, a favor de la entidad DRAGER HISPANIA, S.A.U. La resolución fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad ahora recurrente el 6 de noviembre de 2024.

**SEGUNDO.** El 27 de noviembre de 2024, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ASIME, S.A. (en adelante ASIME o la recurrente) contra la adjudicación del contrato respecto del lote 4.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución que tras su reiteración ha tenido entrada en este Órgano.

Se ha cumplimentado el trámite de alegaciones al recurso por plazo de cinco días hábiles, habiéndolas presentado las entidades: ALTHEA HEALTHCARE ESPAÑA S.L (en adelante ALTHEA) y DRAGER HISPANIA, S.A.U. (en adelante DRAGER o la adjudicataria).

## **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.**

La entidad recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de empresa que ha participado en la licitación respecto del lote 4. En el presente supuesto a pesar de que la recurrente se encuentra clasificada en tercer lugar, en tanto que solicita la exclusión de la clasificada en segundo y en primer lugar, una hipotética estimación de todas las pretensiones del recurso le dejaría en condiciones de acceder a la adjudicación por lo que, como mencionamos, procede reconocerle legitimación para la interposición del presente recurso.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación del órgano de contratación adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

### **QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.**

#### I. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente manifiesta que la entidad adjudicataria y la clasificada en segundo lugar, la UTE EULEN S.A., GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A. (en adelante la UTE), debieron ser excluidas del procedimiento de licitación.

En primer lugar, manifiesta las causas por las que a su juicio debió ser excluida la oferta presentada por la UTE, en este sentido, manifiesta lo siguiente: «UTE EULEN-GENERAL ELECTRIC incumplió de manera flagrante esta



*prohibición y anunció, ya en el sobre 1, que iba a ofertar y, por lo tanto, a puntuar, uno de los criterios automáticos reservados al sobre 3 y, en concreto, el relativo al mantenimiento de equipos cualificados a través del fabricante o servicio técnico oficial. Así lo ha podido comprobar mi representada con ocasión del acceso al expediente y el visionado de la información no confidencial presentada por UTE EULEN-GENERAL ELECTRIC. Comprobamos como hasta en dos ocasiones (en el DEUC y en el Anexo III “Subcontratación”) dicha mercantil dejaba claro a la mesa de contratación que disponía de acuerdos de colaboración de los que serían objeto de puntuación en el sobre 3. Y, a sabiendas de que no podía llevar a cabo ese adelanto, lo trata de disimular, indicando precisamente que no quiere adelantar información sobre ello para no incurrir en la prohibición; y, además, lo hace, como ya hemos dicho, en dos ocasiones seguidas».*

La recurrente realiza una reproducción del contenido de la proposición de la UTE, en lo relativo a que en el documento europeo único de contratación (DEUC) y en el anexo III del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) relativo a la declaración sobre subcontratación, se contiene la siguiente expresión: *«debido a que los acuerdos de colaboración constituyen un criterio de adjudicación, no se detalla información al respecto para no incurrir en un posible adelantamiento de información».* Sobre este contenido la recurrente manifiesta: *«Las expresiones utilizadas no dejan lugar a la duda; bajo el argumento de no querer incurrir en adelanto de información precisamente se deja claro que se dispone de los mismos y, además, indicando que se trata de aquellos que son valorados como criterio de adjudicación, si bien se nos dice que “no se detalla información al respecto”. El ardid es, si se nos permite la expresión, flagrante».*

Argumenta que la información supuestamente adelantada era valorada en el sobre 3, respecto de uno de los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas, en concreto: *«6. Mantenimiento de equipos cualificados con fabricantes y/o servicio técnico autorizado»* ponderado con un máximo de 5 puntos. Sobre esta cuestión afirma: *«Tal y como indica el propio pliego, el criterio valora el compromiso de la empresa licitadora de que los mantenimientos correctivos, de los equipos identificados como cualificados en el ANEXO I del PPT, se realicen por el fabricante de los equipos o por su SAT oficial debiendo alcanzar acuerdos con aquellos. Tanto el compromiso de los acuerdos como el documento explicativo de los mismos debía incorporarse a los Anexos XVII y XVIII que, lógicamente, se incorporaban al sobre 3 puesto que, al ser un criterio automático mediante fórmula, cualquier información del mismo no podía adelantarse pues condicionaría la valoración de los criterios subjetivos».*

A su juicio: *«La actuación de UTE EULEN-GENERAL ELECTRIC menoscaba uno de los principios básicos de la contratación pública según el cual no pueden incluirse entre la documentación administrativa ni en la oferta puntuable conforme a juicios de valor elementos de la oferta valorable automáticamente; principio que permite garantizar los valores de concurrencia e igualdad entre licitadores, recogidos en el artículo 1 de la LCSP».*

La recurrente alude a la doctrina sobre la cuestión, en concreto, de este Órgano. Entre otras la recurrente alude a las Resoluciones 324/2022, de 20 de junio, 392/2022, de 21 de julio, en las que se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 523/2022, de 4 de mayo, (también referida en la Resolución 25/2023, de 13 de enero). La recurrente enfatiza del contenido lo siguiente: *«la información facilitada en el anexo III del sobre 1 reveló de forma clara, expresa y manifiesta datos a valorar en el sobre 3, y por tanto susceptible de influir en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor»*, dicha reproducción se realiza sobre el contenido de la Resolución 33/2024, sin embargo, el contenido reproducido no se encuentra en la invocada resolución.

Por lo que solicita como se ha indicado su exclusión del procedimiento de licitación.

Como segundo motivo de recurso solicita la exclusión de la oferta de la entidad adjudicataria. Manifiesta que concurrían dos infracciones que lo justificarían.



En primer lugar, argumenta que la adjudicataria no tiene habilitación y capacidad para llevar a cabo el mantenimiento de ciertos equipos que conforman el objeto del contrato. Sus manifestaciones se centran en relación con los equipos: «sistema de control de temperatura» de los fabricantes «JARE» y «DATACARE (CALTECNICA)» sobre los que argumenta: «El mantenimiento, tanto preventivo como el correctivo o reparador, sobre estos equipos cualificados, sin exclusión de los no cualificados exige, según la legislación específica que resulta de aplicación, la correspondiente habilitación mediante la inscripción en el correspondiente Registro de Control Metrológico, establecido en el artículo 18 de la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología».

Sobre esta cuestión afirma que: «las empresas a las que en su caso DRÄGER podía recurrir para mantener estos equipos que requieren inscripción en el RCM y, por lo tanto, para completar su solvencia por medios externos no podía (ni podrá) ser ninguna de las ya consignadas en el DEUC». Por este motivo, y en el entendimiento de que los requisitos deben concurrir a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas solicita la exclusión de su proposición del procedimiento de licitación.

En segundo lugar, la recurrente argumenta que la entidad adjudicataria quebró el secreto de su oferta afirmando que incluyó en el sobre 1 información sobre las empresas que realizarán el mantenimiento de los equipos cualificados, por lo que considera que su proposición debió ser excluida también por este motivo. Se refiere al criterio de adjudicación de aplicación mediante fórmulas «6. Mantenimiento de equipos cualificados con fabricantes y/o servicio técnico autorizado», sobre el que manifiesta que la adjudicataria ya en su sobre 1 manifiesta que va a subcontratar con las entidades MATACHANA y CALTECNICA y que por tanto adelantó información que era objeto de valoración en el sobre 3 lo que pudo poner en riesgo la imparcialidad en la valoración de las ofertas incluso aunque luego no se confirmase. Segundo motivo por el que solicita la exclusión de la adjudicataria.

Por todo lo anterior, la recurrente solicita que se anule el acto impugnado y se retrotraigan las actuaciones para que se acuerde la exclusión de las citadas entidades con continuación del procedimiento que conduzca a la adjudicación del contrato a su favor.

## II. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso, tras realizar una amplia exposición de los hechos, argumenta lo siguiente:

Con relación a la causa de exclusión respecto de la oferta de la adjudicataria por falta de capacidad y habilitación manifiesta: «ASIME, S.A. sostiene que DRÄGER HISPANIA, S.A.U. no cuenta con la habilitación necesaria para llevar a cabo el mantenimiento de ciertos equipos incluidos en el Lote 4, particularmente aquellos sujetos a control metrológico del Estado. Según el artículo 11 de la Ley 32/2014 de Metrología, es obligatorio que las empresas que realicen el mantenimiento de equipos sometidos a control metrológico estén inscritas en el Registro de Control Metrológico. Sin embargo, tal como se especifica en los pliegos de condiciones aplicables a esta licitación, dicha habilitación no era requerida en el momento de presentar las ofertas, sino que debía ser obtenida durante la ejecución del contrato. Esta disposición garantiza que los requisitos legales se cumplan en el momento oportuno sin generar barreras innecesarias durante el proceso de licitación. Asimismo, los pliegos establecen que cualquier empresa subcontratada también deberá cumplir con esta obligación, asegurando la correcta ejecución del contrato en todas sus fases. Por lo que, este órgano de contratación entiende que en el caso de no cumplirse lo recogido en el pliego, se considerará una falta contractual que podría dar lugar a la imposición de penalidades o, en su caso, a la resolución del contrato».



Alude a doctrina sobre la cuestión y concluye: *«En resumen, la Resolución 113/2022 del TACRC establece que la habilitación profesional necesaria para la ejecución de un contrato público puede obtenerse y acreditarse antes del inicio de la ejecución del contrato, no siendo obligatorio que los licitadores la posean al momento de presentar sus ofertas».*

Por otro lado, con relación al motivo de exclusión relativo a ambas entidades la adjudicataria y la UTE clasificada en segundo lugar, por conculcación del secreto de la oferta argumenta lo siguiente: *«En el caso específico de la UTE, este órgano considera que las alegaciones realizadas carecen de fundamento, ya que la inclusión de información en el DEUC fue justificada como una medida para evitar adelantamientos indebidos. La UTE explicó en su documentación que "debido a que los acuerdos de colaboración constituyen un criterio de adjudicación, no se detalla información al respecto para no incurrir en un posible adelantamiento de información". Esta actuación demuestra un esfuerzo por cumplir con los principios de transparencia y secreto, evitando cualquier situación que pudiera comprometer la igualdad de trato entre licitadores».*

En lo que se refiere a la adjudicataria argumenta: *«Este órgano de contratación, entiende que la inclusión por parte de DRAGER de la relación de los subcontratistas en el DEUC, no ofreció ventaja alguna ni influyó en la evaluación, toda vez que, ni se proporcionaron datos evaluables ni elementos técnicos que pudieran condicionar los resultados de los cálculos automáticos, ni se considera que se adelantara información específica sobre el contenido técnico o estratégico de la oferta que pudiera influir en el juicio de valor del órgano evaluador y en los criterios de fórmulas».*

Concluye manifestando: *«ASIME, S.A. alega que las irregularidades señaladas comprometen los principios de transparencia e igualdad. Sin embargo, este órgano de contratación considera que las afirmaciones de la recurrente no están sustentadas por pruebas concluyentes y parecen responder más a una estrategia para excluir a empresas con mejor puntuación final que a un análisis riguroso de las supuestas irregularidades. En apoyo a esta posición, la Resolución 723/2022 del TARC señala que las infracciones menores en la presentación de documentación no deben conducir necesariamente a la exclusión del licitador, salvo que se demuestre un perjuicio concreto y significativo para los principios de igualdad y transparencia».* Solicita la desestimación del recurso especial.

### III. Alegaciones de las entidades interesadas.

#### 1. Alegaciones de la entidad licitadora ALTHEA.

La entidad interesada ALTHEA realiza manifestaciones en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

En síntesis, la entidad argumenta lo siguiente:

En primer lugar, reproduce parcialmente el contenido de su escrito de recurso presentado ante este Tribunal - RCT569/2024- que ya fue analizado en la Resolución 668/2024 de 30 de diciembre, de este Órgano. Con relación a la causa de exclusión alegada por la recurrente respecto de la UTE clasificada en segundo lugar no se opone a lo manifestado en el escrito de recurso. Considera que, efectivamente, debió ser excluida del procedimiento de licitación por la conculcación del secreto de la oferta.

Con relación a los motivos por los que la recurrente solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria, con relación a la falta de habilitación para el mantenimiento de los dos equipos anteriormente mencionados, la entidad indica que consideran correctos los argumentos de la recurrente por lo que efectivamente, a su juicio, debería ser excluida la proposición de la adjudicataria. Por otro lado, con relación a la conculcación del secreto de



la oferta manifiesta que si la entidad se ha limitado a recoger «*el contenido prefijado para el Anexo III no debiera operar su exclusión de este procedimiento debiéndose desestimar lo reclamado por ASIME al respecto*».

## 2. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

Finalmente, la entidad adjudicataria DRAGER se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

En síntesis, la entidad manifiesta sobre el primer motivo de recurso respecto de su proposición, lo siguiente: «*que los pliegos que rigen el presente expediente no imponen ninguna obligación de presentar habilitaciones técnicas específicas, ni siquiera hacen referencia alguna a la necesidad de que la empresa licitadora deba obligatoriamente estar inscrita en el registro de control metrológico*».

Asimismo, argumenta lo siguiente: «*En este sentido, al igual que los demás licitadores, Dräger asume la gestión integral del servicio, que comprende la gestión y atención de las incidencias, la planificación de mantenimientos preventivos y la ejecución de mantenimientos correctivos.*

*En aquellos casos en los que no sea posible resolver ciertas incidencias o tareas mediante recursos propios, bien por falta de medios, especialización, certificaciones, etc., en este caso, Dräger recurrirá a la colaboración de empresas fabricantes o especializadas para garantizar la resolución de las mismas, asumiendo siempre los costes de dichas intervenciones, en lo que, en algunos casos, incluso ni siquiera nuestros técnicos realizarán actividad técnica alguna sobre los equipos. Por ejemplo: equipos en cesión, en alquiler, contratados directamente por el hospital, o en aquellos casos en los que pudieran requerirse de unos medios materiales, humanos, conocimiento, certificación, habilitación.*

*Esto es aplicable tanto a los 2 equipos citados por ASIME “sistemas de control de temperaturas”, como al resto de los 11.103 equipos que forman la base instalada clasificados como equipos cualificados y equipos no cualificados. De la misma manera es relevante señalar que, la manera de gestionar esta colaboración con empresas especializadas puede realizarse mediante distintas modalidades, como son los contratos formales, los acuerdos de colaboración, los de adquisiciones de repuestos y materiales o los de pedidos puntuales.*

*Estas actuaciones no necesariamente derivan de una subcontratación contractual, ya que, no todas las empresas operan bajo esquemas de contrato formal o incluso no disponen de contratos de mantenimiento específico y, muchas de ellas, prestan sus servicios simplemente mediante pedidos contra presupuestos concretos.*

Realiza una extensa argumentación manifestando que en esta fase de la licitación se debían aportar los compromisos y no los acuerdos de colaboración al amparo de lo establecido en los pliegos y las respuestas facilitadas por el órgano de contratación durante el procedimiento de licitación e indica que los argumentos de la recurrente carecen de respaldo legal. Sobre la cuestión concluye: «*Por lo tanto, la única forma en que se valora el Criterio Nº 6 es a través del compromiso asumido por la empresa licitadora respecto a los equipos indicados en el Anexo XVIII al PCAP, correspondiente a la declaración responsable y la única manera en la que poder conseguir los DEUC de las empresas SAT y/o fabricantes en el momento la firma del acuerdo de colaboración o de la firma del contrato*».

Por otro lado, argumenta que atendiendo a la información facilitada en el anexo I del PCAP era imposible identificar de forma suficiente los equipos objeto de la controversia, en este sentido argumenta que la documentación citada adolecería de las siguientes irregularidades «*1. Ausencia de alta como “equipo activo” en el inventario: los equipos no cuentan con un número identificativo que permita su localización e identificación. 2. Falta de un “número de matrícula” en el inventario: este defecto impide tanto la localización como la identificación de los*



equipos. 3. Carencia de un modelo identificativo asignado: la ausencia de este dato imposibilita su catalogación, lo que resulta esencial para determinar las características del mantenimiento aplicado. 4. Inexistencia de un número de serie: sin esta información, la identificación y localización de los equipos se torna inviable. 5. Falta de indicación de ubicación: los equipos carecen de datos que permitan ubicarlos en las instalaciones hospitalarias; esta omisión adquiere especial relevancia en el Hospital Universitario Virgen del Rocío, que dispone de una base instalada de 11.153 equipos distribuidos en más de 289.700 m<sup>2</sup>, distribuidos en más de 9 edificios y subterráneos e incluyendo 2.000 m<sup>2</sup> correspondientes al hospital de emergencias COVID».

Sobre lo anterior concluye: «Que durante la fase de concurso, debido a las deficiencias señaladas, resulta evidente la imposibilidad de catalogar, localizar o identificar los equipos en cuestión instalados en 2005 o la posibilidad de conseguir información en tan corto espacio de tiempo, lo cual, limita su integración en cualquier acuerdo de colaboración».

Asimismo, sobre el mantenimiento de estos equipos afirma lo siguiente: «Dräger tiene suscrito un acuerdo de colaboración con la empresa CALTECNICA (DATACARE) para atender el mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos DATACARE (de la empresa CALTECNICA) además del JARE (que en la fase de concurso como se indica en el cuadro de arriba era independiente de CALTECNICA, DATACARE), resultando al final que la empresa CALTECNICA no solo asumía el mantenimiento de DATACARE sino también de JARE, para lo cual, adjuntamos el Documento nº 8 el acuerdo de colaboración CALTECNICA mediante el que se incluyen los 2 equipos de “sistema de control de temperatura. Además, en caso de ser necesario, Dräger también ha firmado un acuerdo de colaboración con las empresas SERVYTRONIX y VEOLIA, empresas inscritas y habilitadas en el registro de control metrológico como reparadores de registradores de temperatura y termómetros, mediante las que atender cualquier reparación sobre sistemas de control y temperatura y termómetros durante toda la duración del expediente y con alcance a otros equipos que puedan incorporarse en un futuro al inventario».

A lo anterior añade que en la actualidad la entidad ha realizado su inscripción y registro y que según la doctrina sobre la cuestión los requisitos de habilitación técnica o profesionales no serían exigibles en la fase de presentación de ofertas y sería suficiente siempre que se dispongan de ellas antes de la ejecución del contrato por lo que entiende que habría cumplido correctamente.

Además, manifiesta que tienen un acuerdo de colaboración con la entidad APPLUS y aporta acuerdo de colaboración. Manifiesta que esta entidad podría realizar el citado mantenimiento, sobre la cuestión indica que la adjudicataria a lo largo de su historia ha colaborado de manera habitual con diversas empresas habilitadas e inscritas en el Registro de control metrológico legal.

Indica la relevancia relativa de los dos equipos a los que se refiere la recurrente respecto del total, así manifiesta: «En el presente caso, incluso en el supuesto de que fuese necesaria la habilitación reclamada para los dos equipos mencionados por ASIME en su recurso, tales equipos representan únicamente 2 de los 11.153 equipos totales incluidos en la base instalada objeto de mantenimiento, lo que corresponde a un porcentaje extremadamente reducido: 0,000179% del total de la base instalada».

Con relación al segundo motivo relativo al quebrantamiento del secreto de la oferta, manifiesta que la recurrente tergiversa el contenido de su oferta con el ánimo de confundir al Tribunal, alega que la recurrente realiza capturas de pantalla de su proposición de forma que parezca que determinada documentación incluida en el sobre 3 de su proposición fuera incluida en el sobre 1, no siendo ello verdad, sobre la cuestión argumenta: «Resulta relevante poner de manifiesto que la conducta desplegada por la recurrente ASIME al pretender invalidar una oferta legítimamente adjudicada a Dräger, excede los límites del legítimo ejercicio de los derechos de impugnación».



*Dicha actuación, caracterizada por cuestionar la veracidad de la documentación entregada y por intentar menoscabar la reputación tanto de Dräger como de los miembros del órgano de contratación -quienes han cumplido con su deber de abrir los sobres, valorar el contenido, informar objetivamente y adjudicar las ofertas de conformidad con los pliegos y la normativa aplicable-, reviste un carácter notoriamente malintencionado.*

*A nuestro entender, esta conducta podría y debería ser objeto del correspondiente reproche hacia ASIME, en virtud de su posible impacto negativo sobre el proceso contractual, la reputación de las partes involucradas y la confianza en los procedimientos de contratación pública».*

En este sentido argumenta lo siguiente: «*En el Anexo III subcontratación, se incluyen las empresas con las que Dräger tiene identificado contratar algún servicio, sin adelantar ninguna información requerida en ninguno de los otros sobres. En cambio, el Anexo XVIII del PCAP declaración responsable de los equipos cualificados, sí que se identifica equipo a equipo de cada empresa con las que se pretende firmar un acuerdo de colaboración, por tanto, el Anexo XVIII declaración responsable de los equipos cualificados sí que es objeto de valoración, tal y como vamos a explicar más adelante.*

*El comportamiento demostrado por ASIME, caracterizado por una evidente mala praxis, debería por sí mismo conducir a la desestimación de su recurso dado que sus actuaciones carecen de fundamento sólido y muestran un claro intento de entorpecer el procedimiento».*

Con relación a la identificación concreta de dos entidades y del argumento relativo a que con dicha identificación se habría adelantado información a valorar en el sobre 3 indica lo siguiente: «*el mero hecho de recurrir a los servicios de una empresa no implica necesariamente la formalización de un acuerdo de colaboración que abarque la totalidad de sus equipos.*

*En efecto, pueden incluirse solo una parte de dichos equipos, su totalidad o incluso ninguno, dado que los servicios subcontratados pueden destinarse a tareas distintas a las que son objeto de valoración en los criterios de evaluación automáticos y no automáticos.*

*En este sentido, no es posible establecer una relación numérica directa entre la subcontratación de una empresa por parte de Dräger y el número de acuerdos de colaboración vinculados a cada equipo comprometido con dichas empresas».*

En definitiva, la entidad adjudicataria solicita la desestimación del recurso interpuesto.

## **SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.**

Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento de derecho, procede su examen.

I. Sobre el motivo de recurso relativo a que la proposición de la UTE ELULEN, S.A.-GENEAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A. debió ser excluida por adelantar información en el sobre 1 sobre las empresas que realizarán el mantenimiento de los equipos cualificados.

A la vista de las pretensiones ejercitadas y de los motivos de impugnación que se plantean, debemos comenzar nuestro análisis, por el motivo de recurso relativo a la clasificada en segunda posición, toda vez que una eventual desestimación del citado motivo, haría innecesario abordar el resto de los motivos de fondo alegados atinentes a la incorrecta valoración de la oferta de la actual adjudicataria, puesto que ya no sería posible que la recurrente pudiera acceder a la adjudicación al quedar una entidad con una puntuación superior a la suya, consecuencia de la hipotética desestimación.



Pues bien, la recurrente menciona que la UTE en el sobre 1 de su proposición dentro del DEUC y en el anexo III del PCAP relativo a la subcontratación, indica lo siguiente: *«debido a que los acuerdos de colaboración constituyen un criterio de adjudicación, no se detalla información al respecto para no incurrir en un posible adelantamiento de información»*. La recurrente viene a argumentar que con esa expresión se vendría a adelantar que la entidad presentaría el compromiso de mantenimiento de equipos cualificados con fabricantes o SAT cuestión a valorar de acuerdo con el siguiente criterio de adjudicación de aplicación mediante fórmulas: *«6. Mantenimiento de equipos cualificados con fabricantes y/o servicio técnico autorizado. (Ponderación máxima 5 puntos)»*. Expresa que con dicha mención se estaba adelantando información a valorar posteriormente socavando los principios de concurrencia e igualdad entre licitadores.

Hace referencia a doctrina sobre la cuestión y a resoluciones de este Órgano, como la Resolución 33/2024, de 20 de febrero, haciendo énfasis en el siguiente contenido: *«la información facilitada en el anexo III del sobre 1 reveló de forma clara, expresa y manifiesta datos a valorar en el sobre 3, y por tanto susceptible de influir en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor»*. Contenido que como anteriormente se ha manifestado no se encuentra en la resolución de este Órgano invocada. Motivos por los que solicita la exclusión de la oferta de la UTE.

Pues bien, en las Resoluciones 324/2022, de 20 de junio, 392/2022, de 21 de julio, 25/2023, de 13 de enero - también invocadas por la recurrente- y 545/2023, de 10 de noviembre, nos pronunciábamos sobre la cuestión que nos ocupa, a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 523/2022, de 4 de mayo, manifestando lo siguiente: *«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación»*.

*En este sentido recientemente se ha de citar a un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora adjudicataria. En segundo lugar, para el caso de que quepa la exclusión automática, si es necesario, por aplicación del principio de buena administración, tal y como sucede con las bajas anormales, otorgar trámite previo de audiencia al licitador afectado.*

*La Sentencia del TS analiza en casación, la sentencia dictada por el TSJ Castilla-La Mancha la cual estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil al entender que la empresa adjudicataria del contrato controvertido, había infringido el secreto de las propuestas en la licitación. En el sobre B, relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, incorporó información que permitía conocer, al menos en parte, la oferta relativa a criterios valorables en cifras o porcentajes que debía reflejarse en el sobre C. Consideraba el TSJ que para adelantar el conocimiento de la información correspondiente al sobre C no es preciso que se anticipe o pueda conocerse con carácter previo la puntuación exacta que la adjudicataria iba a obtener por los criterios de adjudicación del contrato evaluables automáticamente sino que resulta suficiente con que se pudiera conocer que se iba a ofertar en el sobre C el criterio de adjudicación en cuestión. Las partes codemandadas, alegaban que la infracción del deber de secreto de las ofertas no era un incumplimiento relevante o determinante a efectos de la adjudicación y que al haberse anulado el acuerdo de adjudicación por una infracción de escasa relevancia se había vulnerado el principio de proporcionalidad.*

*La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe*



*determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora- adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.*

*Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo.*

*La finalidad de la norma, por tanto, es evitar la contaminación de los sobres, sobre la base de las circunstancias del caso concreto y valorarlo de acuerdo con el principio de proporcionalidad, excluyendo la oferta únicamente en los casos en que verdaderamente se haya producido esa contaminación. Por tanto, la respuesta debe analizarse caso a caso, y siempre en función de si se han vulnerado las garantías de objetividad e imparcialidad. Algo que en el presente procedimiento no puede sostenerse que haya ocurrido con la revelación de los años de garantía, pues era el tiempo mínimo, de tal modo que ninguna relevancia tuvo cuando se incluyó la información en el sobre anterior, y no en el archivo o sobre 3. (...).*».

Como observamos, el Alto Tribunal ha evolucionado su jurisprudencia de tal forma, que, en el presente caso, habremos de estar a las circunstancias concretas concurrentes, que aplicadas proporcionalmente, determinarán el entendimiento de si ha existido algún tipo de contaminación, debiendo recordar el valor de la jurisprudencia que emana del mismo conforme al artículo 1.6 del Código Civil.

En el presente supuesto se dan una serie de circunstancias que se han de analizar. En primer lugar, se hace preciso señalar que el criterio de adjudicación se realiza con base en un compromiso que se refiere a cada uno de los equipos. En este sentido el criterio de adjudicación se configura en el PCAP de la siguiente forma:

*«6. ACUERDOS DE COLABORACIÓN CON FABRICANTES Y/O SERVICIO TÉCNICO AUTORIZADO. (Ponderación máxima 5 puntos). Criterio automático Se valorará la formalización de ACUERDOS DE COLABORACIÓN con fabricantes o Servicio Técnico Autorizado hasta un máximo de un 70% de los equipos. Esto debe venir refrendado mediante declaración responsable (Anexo XVIII) por parte del licitador, sin que sea obligatoria la entrega del acuerdo de colaboración. La declaración explicitará de forma expresa el siguiente contenido: - objeto: aplicación concreta al contrato. - especificaciones de su alcance: en cualquier caso, el alcance temporal deberá abarcar el plazo de vigencia previsto del contrato. - contenido: el certificado deberá anexar el parque de equipos a los que hace referencia. - cobertura: integral: mantenimiento preventivo y correctivo a todo riesgo.».*



El criterio de adjudicación se aplica por medio de una fórmula en la que se tiene en cuenta la declaración sobre el número de equipos bajo acuerdo de colaboración. En este sentido, la alegación de la recurrente es opuesta a las conclusiones que se extraen del contenido que reproduce de la propia resolución que invoca, y asimismo, de la postura mantenida por este Órgano que como anteriormente se ha reproducido realiza un test de proporcionalidad entre la supuesta revelación y las consecuencias que haya podido tener en la valoración de las ofertas.

La recurrente alude a una supuesta revelación de documentación que a juicio de este Tribunal no es tal, la UTE simplemente menciona que no incluye determinada información precisamente para no incurrir en un posible adelantamiento de información, entender que dicha afirmación supone un adelanto de información que debiera provocar la exclusión del licitador es a juicio de este Tribunal una postura absolutamente desproporcionada y manifiestamente carente de fundamento.

Precisamente, la recurrente en uno de los textos que reproduce hace referencia a un caso en el que la información facilitada revela de forma: *«clara, expresa y manifiesta datos a valorar en el sobre 3, y por tanto susceptible de influir en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor»*, sin embargo, ninguna de estas circunstancias se produce en el presente supuesto, en el que la UTE no desvela ningún dato concreto más allá que no indica nada precisamente para no hacerlo, ninguna información expresa ni manifiesta información que permitiera ni lejanamente suponer que la entidad iba a presentar declaración responsable respecto de 528 equipos. Teniendo en cuenta lo argumentado procede la desestimación de este motivo de recurso.

Llegados a este punto, ha de abordarse si, pese a la desestimación de este motivo de recurso la recurrente podría optar a la adjudicación del contrato dado que, en caso contrario, el recurso habría de ser desestimado por motivos de economía procesal como este Tribunal ya ha manifestado en ocasiones anteriores, entre otras, en las Resoluciones 98/2017, de 12 de mayo, 215/2018, de 6 de julio, 79/2019, de 21 de marzo y 232/2019, de 11 de julio y 310/21, de 10 de septiembre, en la que se señalaba lo siguiente: *«Una hipotética estimación del recurso y consecuentemente la retroacción de las actuaciones en ningún caso alteraría el sentido que la adjudicación tiene para la recurrente, pues no podría optar a alzarse con el contrato, ni, por tanto, se traduciría en la obtención de un beneficio o ventaja para ella, ya que el resultado de la licitación seguiría sin serle propicio»*.

En este sentido, aunque se estimara el segundo motivo de recurso y esta circunstancia conllevara la exclusión de la entidad adjudicataria ello no supondría que la recurrente pudiera acceder a la adjudicación dado que recaería sobre la segunda mejor clasificada, la proposición de la UTE EULEN S.A., GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A., por lo que la recurrente no podría acceder a la adjudicación, lo que deriva en su falta de legitimación respecto del citado motivo de impugnación, circunstancia por lo que como anteriormente se ha indicado procede la desestimación íntegra del recurso.

#### **SÉPTIMO. Sobre la procedencia de imposición de multa.**

Sobre esta cuestión, la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional señala lo siguiente:

*«Es criterio de esta Sala que “La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución” (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de*



*Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular “algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial”; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la “facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe”, pues está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas” (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».*

Al respecto, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse «cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita», o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, «La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica, en los términos analizados, dada la debilidad de los argumentos al menos respecto de los motivos de recurso analizados, es decir, la hipotética conculcación por parte de la segunda clasificada del secreto de la oferta en el sentido anteriormente argumentado, y ello a pesar de que se invoca doctrina en la que se analiza lo que supone el concepto de la revelación anticipada de la oferta -circunstancia que en el supuesto analizado no se produce- y además donde se especifica de la necesidad de realizar un test de proporcionalidad, -cuestión a la que tampoco alude la recurrente-. Lo cierto es que el recurso, respecto de la pretensión analizada, carece de todo fundamento. Todo ello supone un ejemplo de ejercicio temerario del recurso especial en materia de contratación.

Por todo ello, debe considerarse que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su improcedencia respecto del motivo analizado, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad. En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que «(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.».



En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la recurrente multa, habida cuenta de que se evidencia al menos dicha temeridad, careciendo de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado, en su caso, con la interposición del recurso al órgano de contratación. Partiendo de que el límite máximo de la multa a imponer alcanza los 30.000 euros, y de que la Ley establece esas dos circunstancias la temeridad y la mala fe, estimamos que al concurrir de forma manifiesta una de las dos, la temeridad, y no acreditarse la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la horquilla legalmente establecida en el citado precepto, motivado además en la inexistencia de reiteración o reincidencia en la conducta.

En consecuencia, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a las restantes licitadoras.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASIME, S.A.** contra la resolución de adjudicación, de 24 de octubre de 2024, del contrato denominado «Servicio de mantenimiento integral de dispositivos médicos de centros dependientes del Hospital Universitario Virgen del Rocío, Hospital de Emergencias Covid y el Centro de Transfusión, tejidos y células pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud», respecto del lote 4 contenido en la agrupación 1, promovido por el Servicio Andaluz de Salud, agencia administrativa adscrita a la Consejería de Salud y Consumo, (Expte. 0000572/2022).

**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, respecto de los lotes 4 y 5 que conforman la agrupación 1.

**TERCERO.** Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 1.500 euros, en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes 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.

