

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de octubre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don F.F.N., en nombre y representación de la sociedad mercantil Gabinete de Audioprótesis, Electromedicina y Servicios, S.A. (GAES, S.A.), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario Gregorio Marañón, de fecha 14 de septiembre de 2012, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato de "Suministro de implantes cocleares y prótesis auditivas con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón", expte. 62/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de Junio de 2012, el Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón aprueba los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), el expediente de contratación, su gasto y acuerda la apertura del procedimiento para la adjudicación del contrato de suministro de implantes cocleares y prótesis auditivas.

La convocatoria del procedimiento se publicó con fecha 19 de julio de 2012 en el B.O.C.M, el 11 de agosto en el B.O.E. y el 27 de julio en el D.O.U.E. El valor estimado del contrato asciende a 1.537.749,12 euros.

Segundo.- En la cláusula 11A)5 del PCAP, relativa a “Documentación Administrativa”, se establece que la solvencia económica, financiera y técnica, deberá acreditarse por los medios que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en el apartado 5 del anexo I.

En el número 2 del referido apartado 5 del anexo I, relativo a la exigencia de solvencia técnica, se establece:

"Solvencia Técnica, art. 77 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, apartado a).

"Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste, o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario."

Finalizado el plazo para la presentación de proposiciones, el 7 de septiembre, se constituye la Mesa de contratación para proceder a la calificación de la documentación a que se refiere el art. 146 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP). La Mesa acuerda requerir a la empresa GAES S.A. para que en el plazo de 3 días hábiles aporte la siguiente documentación, lo que le fue notificado mediante fax el 10 de septiembre:

***Relación de los lotes a los que se licita.*

**Certificados de buena ejecución de Suministros (solvencia Técnica, apartado 2, punto 5 del Anexo I)."*

Con fecha 13 de septiembre la empresa GAES aporta la relación de los lotes a los que licita y una relación de los principales suministros de los últimos 3 años, firmada por el apoderado de la empresa.

Tercero.- Posteriormente, en acto público celebrado el día 14 de septiembre de 2012, la Mesa de contratación, procedió a la revisión de la documentación presentada por las empresas requeridas a subsanar, siendo excluida la empresa GAES, notificándose el referido acuerdo de exclusión el día 17 de septiembre en el que se hace constar el siguiente motivo: *“por NO aportar la documentación que le fue solicitada (Solvencia Técnica: Certificados)”*.

Cuarto.- Con fecha 17 de septiembre la empresa GAES presenta en el Servicio de Contratación, mediante fax, escrito de reclamación en el que expone que entendieron que la documentación acreditativa de la solvencia técnica correcta era la *"declaración del empresario en vez de los certificados de suministro"*, afirmando que el apartado 2 punto 5 del anexo I del PCAP contiene un texto confuso, lo que le provocó el error, aportando ahora copia de los certificados de suministros. Para el caso de que la Mesa de contratación no acepte la documentación aportada por GAES en un primer momento solicita que se acepte la nueva que junto al escrito presenta. Los originales de los certificados llegaron al Hospital el 21 de septiembre.

Con fecha 1 de octubre de 2012, la Mesa de contratación, examina y debate el escrito a que se hace referencia en el apartado anterior, así como la documentación aportada por la empresa GAES, acordando confirmar la exclusión al considerar que la documentación presentada (certificados de ejecución) para la acreditación de la solvencia técnica aportadas, está fuera del plazo de subsanación de la documentación administrativa y una vez realizada la apertura pública de la documentación técnica.

Quinto.- El 1 de octubre de 2012 se recibe en el Hospital anuncio de interposición de recurso especial en materia de contratación.

Con fecha 4/10/2012 tiene, entrada también en el Hospital, la formalización del recurso interpuesto.

El recurso alega que la documentación aportada en el expediente es la misma que siempre presenta en todos los concursos públicos, que la Resolución adoptada por la Mesa de contratación el 7 de septiembre es confusa, que tiene pendiente de resolución la reclamación de 17 de septiembre y solicita la estimación del recurso declarando que GAES no está excluida de la licitación.

Sexto.- El recurso especial, se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 8 de octubre de 2012 junto con una copia del expediente de contratación y el informe del órgano de contratación.

Séptimo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Finalizado el plazo se ha recibido escrito de alegaciones de la sociedad Advanced Bionics (AB) en el que manifiesta su acuerdo con la decisión de exclusión señalando que *“la declaración responsable del propio empresario licitador manifestando su buen suministro no es sustitutivo del “certificado de buena ejecución de suministros” que se requiere en los pliegos”*. Niega que el requerimiento de subsanación no fuera claro, pues ella mismo recibió una notificación similar y no tuvo problemas en la interpretación del mismo. Entiende que al igual que AB entregó la documentación solicitada GAES también pudo hacerlo en lugar de volver a presentar la declaración del propio empresario. Manifiesta que si en otros concursos ha entregado relación responsable de los suministros efectuados en lugar de los certificados se debería estudiar con carácter retroactivo la retirada de la

adjudicación de dichos concursos. Asimismo solicita que se investigue los artículos que se están suministrando a los Hospitales donde resultaron adjudicatarios de los concursos de implantes cocleares pues les consta que ofertaron un artículo que por problemas de fiabilidad técnica ha sido retirado del mercado, procediendo a su sustitución por un modelo más antiguo de características diferentes a las ofertadas las cuales sirvieron de motivo de exclusión de otros licitadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que es licitador en el procedimiento y *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo queda acreditada la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de un licitador del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1. a) en relación al 15 del TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles,

de conformidad con el artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de septiembre de 2012, practicada la notificación el 17 de septiembre e interpuesto el recurso el 4 de octubre.

Cuarto.- El Hospital General Universitario Gregorio Marañón es un centro de atención especializada, adscrito al Servicio Madrileño de Salud (Disposición adicional primera del Decreto 23/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud), ente público que tiene la consideración de Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2 del TRLCSP.

De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- La recurrente solicita que no se la declare excluida de la licitación pues la documentación aportada en el expediente es la misma presentada en otros concursos públicos y porque la resolución adoptada por la Mesa de contratación es confusa.

La verificación de la aptitud de los licitadores debe realizarse en condiciones de transparencia. A tal fin el TRLCSP indica los medios taxativos establecidos para su acreditación y por ello es obligatorio que se indiquen con claridad los criterios que se utilizarán para la selección, así como el nivel de capacidades específicas que se exija a los licitadores para demostrar su aptitud en función del objeto del contrato. Así lo dispone el artículo 62.2 del TRLCSP cuando establece que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo. El licitador ha de estar en posesión de las condiciones mínimas de

solvencia que se determinen por el órgano de contratación y éstas se deben acreditar por el medio que se señale.

El texto que figura en el apartado 5 del anexo I del PCAP, donde se establece la solvencia exigible a los licitadores de este procedimiento, es coincidente con la redacción del apartado a) del artículo 77 del TRLCSP, sin especificar que los documentos aportados debieran acreditar un nivel mínimo o determinado de capacidad.

El artículo 77 del TRLCSP es una transposición casi literal del artículo 48.2.a).ii) de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios que establece:

“2. Las capacidades técnicas de los operadores económicos podrán acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios:

a)

(...)

ii) presentación de una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado. Los suministros y las prestaciones de servicios se demostrarán:

— cuando el destinatario sea un poder adjudicador, mediante los certificados expedidos o visados por la autoridad competente;

— cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, a falta de este certificado, simplemente mediante una declaración del operador económico;”

En ambos textos (TRLCSP y Directiva 2004/18/CE) se prevé la posibilidad de exigir como requisito de solvencia técnica de los licitadores la relación de los principales suministros efectuados en los últimos tres años y la necesidad de su

acreditación mediante certificados, si bien cuando el destinatario sea un comprador privado, a falta de certificado, se admite una declaración del empresario.

De la regulación legal y de la redacción del apartado 5 del Anexo I del PCAP se deduce claramente que en el presente procedimiento de contratación el medio de acreditar la solvencia técnica es la relación de los principales suministros, debiéndose aportar certificados expedidos por el órgano competente que acrediten los mismos o a falta de certificado, cuando el destinatario sea un comprador privado una declaración del empresario.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado el criterio antiformalista que debe presidir la labor de verificar la corrección de la documentación presentada por los licitadores y la obligación de la Administración de conceder plazo de subsanación ante errores meramente materiales o de forma. La posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto, tal como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en el informe 2/2012, de 22 de febrero.

La Mesa de contratación, al calificar la documentación administrativa presentada por las empresas licitadoras consideró que la solvencia técnica requerida no estaba acreditada y concedió un plazo de tres días hábiles para la subsanación a que se refiere el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), artículo 22.1.a) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RDLCS) y el artículo 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGPCM), notificándose a la recurrente que debía presentar la relación de los lotes

a los que licitaba, y *“los certificados de buena ejecución de suministros para acreditar la solvencia técnica del apartado 2, punto 5 del anexo I”*.

La Mesa de contratación concedió a la empresa GAES, S.A., un plazo para aportar “certificados” acreditativos de los requisitos exigidos de solvencia técnica, pero tal requerimiento de subsanación no se ajusta a lo dispuesto en el TRLCSP dado que solo se pueden exigir certificaciones de los suministros cuando el destinatario sea una entidad del sector público, debiendo admitir cuando el destinatario sea un comprador privado certificados o una declaración del empresario.

La recurrente aportó la declaración de los principales suministros efectuados en los tres últimos años sin distinguir si los destinatarios son públicos o privados, pero no adjuntó los certificados acreditativos.

En consecuencia debería considerarse nulo el acuerdo de la Mesa de Contratación requiriendo “certificados” en todo caso y para ambos supuestos y ordenar retrotraer las actuaciones efectuando un nuevo requerimiento en los términos señalados.

No obstante, en la declaración aportada por GAES figuran al menos suministros con destino a dos empresas privadas (“Clínica Universitaria (Pamplona)”/ “ASISA- Área de clínicas”) que, en los términos en que se ha exigido la solvencia técnica, serían suficientes para acreditar la misma y admitir a la recurrente, por lo que en aplicación del principio de economía procesal no procede una nueva solicitud de documentación sino la retroacción de las actuaciones al momento de la admisión de licitadores.

Sexto.- Por otra parte, no es competencia de este Tribunal valorar los procedimientos de contratación seguidos en organismos que no han sido objeto de recurso, ni obran en su poder los expedientes de contratación, ni lo que en ellos se haya admitido puede suponer prueba de derecho respecto del presente

procedimiento de recurso. Tampoco es competencia de este Tribunal, como pretende AB en su escrito de alegaciones, comprobar la adecuación de la documentación aportada en procedimientos de adjudicación que no han sido impugnados. Tampoco le corresponde investigar ni enjuiciar los actos de ejecución de contratos, pues su ámbito competencial objetivo abarca exclusivamente los contratos y actos enumerados en el artículo 40 del TRLCSP, que llegan hasta el acto de adjudicación.

Séptimo.- Respecto a la solicitud de aceptación de la documentación presentada el día 17 de septiembre mediante la reclamación presentada ante el Servicio de Contratación por fax y aportación de los documentos originales el 21 de septiembre, fuera del plazo conferido para subsanar, es de mencionar que la Mesa de contratación el 1 de octubre, consideró que la documentación (certificados de ejecución) para acreditar la solvencia técnica, aportada junto con la reclamación, están presentados fuera del plazo de subsanación de la documentación administrativa, y una vez realizada la apertura pública del sobre nº 2 correspondiente a la documentación técnica para la valoración de los criterios de adjudicación, por lo que acordó *“desestimar el recurso presentado”*.

La posibilidad de presentar reclamaciones contra los actos de la Mesa de contratación y su relación con el recurso especial en materia de contratación fue analizada por este Tribunal en la Resolución 74/2012, de 18 de julio, en la que se considera que cuando se trate de reclamaciones contra actos de trámite susceptibles de recurso especial corresponde al Tribunal su resolución.

En el caso que analizamos GAES pretende de la Mesa de contratación que se admita la documentación que aporta con posterioridad a la finalización del plazo de subsanación y la Mesa adopta el acuerdo correspondiente, siendo posteriormente, el 4 de octubre, cuando decide recurrir expresamente contra la exclusión.

El artículo 81 del RGLCAP, regula la calificación de la documentación y cuando se observen defectos subsanables la posibilidad de conceder un plazo para que los licitadores los corrijan o subsanen. Asimismo el artículo 83.6, relativo a la apertura de proposiciones establece que antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 de dicho Reglamento.

El establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores y, en su caso para la subsanación, no es sino una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato. Si en el plazo fijado por la Mesa de contratación, el empresario incumple el requisito de justificación documental la consecuencia es la inadmisión de la proposición y la empresa no podrá continuar en el procedimiento.

No obstante, como se ha manifestado en los apartados anteriores el requerimiento de subsanación de la documentación acreditativa de la solvencia técnica no se ajusta a lo dispuesto en el TRLCSP y a la vista de la documentación aportada consta que el empresario declara haber realizado suministros con destino a compradores privados en los últimos tres años por lo que el Tribunal ha considerado que procede estimar la admisión al procedimiento solicitada por la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Don F.F.N., en nombre y representación de la sociedad mercantil GAES, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Hospital Universitario Gregorio Marañón, de fecha 14 de septiembre de 2012, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato de "Suministro de implantes cocleares y prótesis auditivas con destino al Hospital General Universitario Gregorio Marañón", Expte. 62/2013, debiendo admitirse a la recurrente.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.