

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

En Madrid, a 28 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don P.M.M., en nombre y representación de Kone Elevadores, S.A., contra la adjudicación del servicio de mantenimiento de equipos elevadores en el Hospital Universitario de Fuenlabrada, número de expediente: PA S 15-007, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Ente Público Hospital Universitario de Fuenlabrada de 6 de julio de 2015 se convocó licitación para la adjudicación mediante procedimiento abierto y criterio precio del contrato de servicios mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 9 de julio, en el BOE de 14 de julio y en el BOCM y perfil de contratante de fecha 13 de julio. El valor estimado asciende a 363.699,88 euros.

Segundo.- En cuanto interesa para la resolución del recurso, el apartado 6 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece:

“6. Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.

Procede: Si

Tipo: las empresas licitadoras deberán aportar OBLIGATORIAMENTE: 1.-) certificación que las habilite para el mantenimiento de los equipos objeto de este contrato emitida por la empresa comercializadora de los mismos. 2.-) certificación de estar inscrita como empresa mantenedora de aparatos elevadores en el registro del órgano competente. Esta certificación debe INCLUIRSE en el SOBRE 1 documentación administrativa. LA NO PRESENTACIÓN DE LAS MISMAS SERÁ MOTIVO DE EXCLUSIÓN.”

Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) recoge en términos similares en el apartado 6.4.1, la necesidad de que los licitadores aporten certificación que les habilite para el mantenimiento de los equipos objeto de este contrato emitida por la empresa comercializadora de los mismos.

Asimismo, mientras el PCAP exige la clasificación P 7 A, el PPT en el punto 3 exige: *“B. El licitador deberá acreditar experiencia en instalaciones de las tecnologías existentes en este Hospital mediante la presentación de certificados de prestación del servicio de mantenimiento en instalaciones de la misma tecnología objeto de este expediente, expedidos por centros del sector público nacional.*

(...)

E. “Certificados aportados de buena ejecución, expedidos a nombre de los trabajadores propuestos, en relación con el desempeño en el mantenimiento de aparatos elevadores con maniobras o tecnologías similares a los que son objeto de este expediente. La no presentación de esta documentación será causa de exclusión de este concurso”.

A la licitación se presentaron tres licitadoras. Tras la tramitación oportuna resultaron clasificadas en el siguiente orden:

1º Thyssenkrupp Elevadores.

2º Schindler.

3º Kone Elevadores.

El 22 de septiembre se resolvió adjudicar el contrato a Thyssenkrupp Elevadores.

Tercero.- El 13 de octubre tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Kone Elevadores, S.A., en el que manifiesta disconformidad con el hecho de que se haya adjudicado a una de las ofertas que no cumple con los criterios básicos que se establecen tanto en el PCAP como en el PPT. Argumenta que no ha emitido ningún tipo de habilitación empresarial/profesional a ninguna de las empresas que han presentado oferta para el presente concurso, por lo que difícilmente se puede haber presentado dicha habilitación por ninguna de ellas. Añade que Kone no emite y expide la correspondiente habilitación empresarial/profesional salvo que la solicitante justifique que se cumple con una serie de requisitos técnicos, formativos, etc. En vista de todo lo cual, la adjudicación del concurso no ha cumplido con las directrices del propio concurso, pues las empresas participantes incumplen al menos con uno de los requisitos excluyentes -habilitación profesional y empresarial emitida por la empresa comercializadora-.

Además considera que no es posible que la empresa que ha resultado adjudicataria haya podido aportar la documentación exigida en el punto 3 apartado B y E, del PPT, lo que igualmente implicaría la exclusión de la oferta que finalmente ha resultado adjudicataria.

En consecuencia, solicita que la adjudicación en favor de Thyssenkrupp Elevadores, S.A., sea anulada y retrotraer el concurso a la fase de apertura de las ofertas, con el objeto de valorar debidamente si las ofertas presentadas han aportado o no la documentación exigida, procediéndose a adjudicar el concurso a la oferta que cumpla estrictamente con los criterios establecidos por el propio pliego, o si finalmente se considera que ninguna de las ofertas no cumple con las exigencias del pliego, se declare el concurso desierto y se proceda a convocar nueva licitación.

Cuarto.- El 13 de octubre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y una relación de los antecedentes del expediente, sin que figure una motivación de la decisión adoptada, objeto del recurso, a la que quiere atribuir el carácter del informe a que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Manifiesta que las tres empresas presentadas a la licitación presentaron Certificado de empresa conservadora de ascensores emitido por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Económica y Hacienda de la Comunidad de Madrid. Por ello, considera que dicha certificación acreditaba suficientemente a las tres empresas como mantenedoras de dichos ascensores. En la revisión de la documentación técnica por el Área del Servicio Técnico del Hospital se comprobó que faltaba por parte de las empresas Schindler y Thyssenkrupp Elevadores, S.L. certificado en el que se indique, para el personal asignado al contrato, los cursos que han realizado en la tecnología de los equipos objeto del mismo con nombre del curso, horas y fecha de realización. Remitido en plazo por dichas empresas la subsanación de las incidencias, se emite informe por parte de la Jefe de Área de Servicio Técnico en el cual manifiesta que las tres empresas cumplen con los requisitos exigidos en el PPT.

Quinto.- Con fecha 14 de octubre de 2015, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de alegaciones de Thyssenkrupp Elevadores.

En primer término afirma que la licitación tiene por objeto el mantenimiento de instalaciones marca Kone y otras que no, como son las plataformas, minicargas y

montaplatos que no son fabricados por Kone, cuyo número de unidades asciende a diez instalaciones. Por ello, cuando la recurrente afirma que “*mi representada no ha emitido ningún tipo de habilitación empresarial/profesional a ninguna de las empresas que han presentado oferta...*”, cabría cuestionarse si se considera también habilitado para emitir certificados de otros fabricantes de equipos elevadores instalados en el Hospital de Fuenlabrada y, en virtud de qué título ostenta tal habilitación para ello. De lo contrario, nos encontraríamos con que la propia recurrente carece del indicado certificado para los equipos que no han sido fabricados por Kone Elevadores, S.A.

En segundo lugar, señala que depende exclusivamente de una empresa (o más por lo que se refiere a aparatos que no son de marca Kone) la emisión del certificado solicitado y que tal empresa se presenta como licitadora, que tal empresa deniega el certificado a la competencia y tal forma de actuar excluye al resto de los proponentes cuando son empresas de reconocida solvencia y acreditan experiencia en el mantenimiento de elevadores de la marca Kone. La legislación española habilita para ser mantenedor sin más restricción que el cumplimiento de los preceptos legales y tal certificado ha sido aportado.

Asimismo, aprecia temeridad y mala fe en la interposición del recurso dado que la única motivación del recurrente es alargar un contrato anterior del que él es adjudicatario y solicita sancionar a la recurrente en los términos del artículo 47.5 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al

tratarse de una persona jurídica licitadora en el procedimiento, clasificada en tercer lugar “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP), pues alega que las otras dos competidoras incumplen lo dispuesto en los pliegos y de estimarse el recurso podría obtener la condición de adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 22 de septiembre de 2015, practicada la notificación el 24, e interpuesto el recurso el 7 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios de la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación, al considerar que, excepto la recurrente, todas las licitadoras incumplen los pliegos, en concreto el requisito de incorporar el certificado que las habilite para el mantenimiento de los equipos objeto de este contrato emitida por la empresa comercializadora de los mismos y el requisito de contar con la experiencia referida en la cláusula 3 B) y E) del PPT.

En primer lugar debemos partir del contenido necesariamente diferenciado de ambos pliegos, siendo que el PCAP exige como requisito la clasificación y el PPT regula cuestiones relativas a la solvencia y la habilitación profesional. Uno de los motivos de recurso es el incumplimiento de los requisitos de experiencia en el mantenimiento de equipos similares y certificados de buena ejecución, que el PPT requiere como solvencia y que no se recogen en el PCAP puesto que la clasificación sustituye a la solvencia. En virtud de lo dispuesto en el artículo 115 del TRLCSP los PCAP deben contener los pactos y condiciones definidores de los derechos y

obligaciones de las partes del contrato y las demás mencionadas en la ley y sus normas de desarrollo. En cambio, el PPT deberá definir la prestación y sus calidades. El contenido concreto de los PCAP está definido en el artículo 67 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). El contenido del PPT se regula reglamentariamente en el artículo 68 del RGLCAP, cuyo apartado 3 establece que en ningún caso contendrán declaraciones o cláusulas que deban figurar en el PCAP.

El objeto del contrato es mantener los equipos que se relacionan en el anexo I del PPT que se refiere a equipos elevadores. Dicho anexo relaciona los aparatos en 4 columnas denominadas nº unidad Kone, denominación, modelo y nº de RAE, apareciendo que en relación a todos los aparatos, excepto dos, se ha hecho constar el nº de unidad Kone, sin que conste el fabricante de esos dos.

Afirma la recurrente que los requisitos de habilitación profesional en cuanto se requiere a la *“certificación que las habilite para el mantenimiento de los equipos objeto de este contrato emitida por la empresa comercializadora de los mismos”* tiene carácter excluyente en cuanto su incumplimiento supone motivo de exclusión. Entiende que no es posible que se dicte una resolución de adjudicación como la que se impugna, ya que a su juicio es materialmente imposible que la empresa adjudicataria haya aportado la documentación exigida por el propio pliego, máxime si tenemos en cuenta que mi representada no ha emitido dicha certificación habilitante.

El artículo 67.2.h) del RGLCAP, establece que los PCAP deberán contener *“los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones”*. Recordemos que la cláusula 1.6 dispone la necesidad de acreditación por la empresa comercializadora.

La salvaguarda de la libre competencia, es un principio recogido en el artículo 1 del TRLCSP, inspirador de la contratación pública y está presente de forma directa en los de libertad de acceso, publicidad, transparencia de los procedimientos, no

discriminación e igualdad de trato de los candidatos. El acceso de diversos competidores y favorecer la competencia es un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente.

Tal como manifiesta Thyssenkrupp, en su escrito de alegaciones, estamos ante un requisito de licitación que limita la libre competencia, por cuanto restringe el acceso al contrato, que podrían realizar las empresas del mercado de mantenimiento de ascensores, a la empresa Kone y a quien ella decida facilitarle un certificado, limitando más que la normativa aplicable el ámbito del mercado de mantenimiento de ascensores.

El hecho que sea la comercializadora de Kone la que tenga que acreditar a los proponentes, supone que hay una absoluta identidad entre el licitador Kone, y el acreditador para el resto de los proponentes, condicionando que estos últimos puedan acceder a la licitación, o no, lo que “*de facto*” supone dejar la adjudicación al arbitrio de una empresa, lo que atenta contra el principio de libre concurrencia.

La exigencia de un requisito de habilitación profesional que excede lo legalmente establecido para el ejercicio de la actividad constituye una limitación al principio de concurrencia.

Se han incluido en un procedimiento abierto, garantista de la publicidad y de la concurrencia competitiva, servicios para cuya ejecución se exige una habilitación profesional en unas condiciones respecto de las cuales no existe concurrencia posible o está limitada y condicionada a la decisión discrecional o arbitraria del fabricante de los equipos elevadores, cuando el mercado para la prestación de este tipo de servicios está abierto a todos los empresarios dedicados al mantenimiento y debidamente habilitados para dichas tareas sin limitación a marcas o fabricantes, y por ello no concurren los supuestos del procedimiento negociado sin publicidad con un único empresario justificado en razones técnicas o de protección de derechos de exclusiva del contrato. Cosa distinta sería si estuviésemos ante un procedimiento negociado por especificidad técnica (art. 170.d del TRLCSP), en el que por razones

técnicas solo pudiese mantenerlo el fabricante o alguien formado por él, pero no es el caso que nos ocupa.

Tal vez por ello que la Mesa de contratación, consciente que estamos ante un procedimiento de licitación abierto y no ante un negociado por especificidad técnica, desatendiendo lo regulado en el PCAP, ha considerado que simplemente la aportación de la clasificación, de la habilitación acreditada mediante el certificado de mantenedor de equipos elevadores y la acreditación de haber mantenido elevadores marca Kone en diversos hospitales públicos implica, que los licitadores están capacitados para mantener tales equipos del hospital de Fuenlabrada.

Ahora bien, reconociendo la ilegalidad de la cláusula, por oponerse al principio de salvaguarda de la libre competencia, debemos plantearnos la cuestión relativa a sus consecuencias. Es decir, si incurre en motivo de nulidad o anulabilidad y si, no habiendo sido impugnados los pliegos en tiempo, procede la aplicación de los mismos o, si concurre, la declaración de nulidad de pleno derecho, pues la impugnación de forma indirecta de los pliegos solo es posible en los supuestos de nulidad que, además, han de interpretarse se forma restrictiva.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, se ha manifestado admitiendo que los pliegos son la ley del contrato, y si los mismos no han sido recurridos en plazo y forma, y no se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho, la presentación de una oferta supone la aceptación de la cláusula discutida. Transcurrido el plazo para impugnar los pliegos sin hacerlo, estos devienen consentidos. La falta de impugnación convalida los posibles vicios a menos que se trate de supuestos de nulidad de pleno derecho. Llega incluso a mantenerse que no debe admitirse el recurso contra los pliegos cuando el recurrente, con carácter previo, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación.

En este sentido, el artículo 45 TRLCSP, al regular las proposiciones de los interesados, dispone que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a*

lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna". Puede ser contrario al principio de buena fe y seguridad jurídica que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

En cuanto a la Administración, la vinculación a los pliegos supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los mismos en perjuicio de los licitadores ni relativizarlas en su aplicación. Respecto de estos últimos supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso justificar la habilitación y la solvencia con arreglo a los criterios contenidos en el PCAP, y que en caso de no hacerlo deberán ser excluidos de la licitación.

La cualidad de celeridad que es exigible a los recursos especiales en materia de contratación pública se vería comprometida si los interesados pudieran alegar en cualquier momento las infracciones del procedimiento de adjudicación que obligaran a la entidad contratante a reiniciar la totalidad del procedimiento para corregirlas cuando se pudo hacer valer la infracción en el momento oportuno. Por eso la Directiva 89/665/CE, en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/667/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, en su artículo 1.1 establece que *"en lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva..."*.

En consecuencia, únicamente cuando se aprecie nulidad radical en la cláusula o en la aplicación de la misma por ser oscura o incomprensible y prestarse a interpretación (STJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, eVigilo Ltd), se puede declarar la nulidad de unos pliegos consentidos por no haber sido impugnados, cuando se presente un recurso contra un acto posterior o contra la adjudicación.

Como hemos afirmado la redacción de la cláusula cuyo incumplimiento se achaca a todos los licitadores, excepto a la recurrente es contraria al principio de salvaguarda de la competencia, sin embargo ha sido consentida y solo podemos comprobar si la misma es nula de pleno derecho o procede su aplicación.

Tal como ha señalado este Tribunal, entre otras en la Resolución 80/2011, de 23 de noviembre o la 57/2013, de 17 de abril, aunque no se impugnó en tiempo y forma el PCAP rector de este procedimiento de contratación, este Tribunal puede examinar si concurre en la cláusula analizada un motivo o causa de nulidad de pleno Derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en virtud del principio *quod nullum est nullum effectum producit*.

El principio de igualdad de trato supone que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. Ello implica que todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades a la hora de formular sus ofertas e implica que estén sometidos a las mismas condiciones para todos los competidores (STJUE de 18 octubre de 2001, Siac Construction, C-19/00).

Como señala la STS de 4 de octubre de 2002, la vulneración del principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley requiere la presencia de presupuestos esenciales, como son la aportación de un estricto término de comparación que acredite la igualdad de supuestos y se trate de un cambio de criterio inmotivado o

con motivación irrazonable o arbitraria. El requisito de habilitación puede aplicarse de manera objetiva y uniforme.

Para que exista la vulneración del principio de igualdad de trato se requiere igualdad de supuestos, con consecuencias diferentes, circunstancia que en el caso que nos ocupa no concurre, ya que las ofertas se han de comparar con el mismo parámetro.

En este caso las cláusulas tanto del PCAP como del PPT, los requisitos exigibles a los licitadores y la manera de aplicación fueron conocidas previamente por todos los licitadores, estando formuladas, en cuanto afecta a los motivos del recurso, de forma clara e inequívoca, de manera que cualquier licitador las podía interpretar del mismo modo y conocía de antemano las consecuencias de su incumplimiento. Ni en el expediente, ni en fase de recurso se ha acreditado una aplicación del requisito de manera discriminatoria o diferente a unos y otros licitadores. Por tanto, no concurre el supuesto de nulidad por infringir el principio de igualdad de trato.

De acuerdo con todo lo anterior, el PCAP, que rige la contratación de este servicio de mantenimiento y que debe considerarse ley del contrato, prevé expresamente la acreditación del fabricante como requisito cuya ausencia determinará la exclusión de la licitación. Estas previsiones, fueron conocidas por todos los licitadores y aceptadas por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas, sin que conste en ningún caso la impugnación de los Pliegos que rigen la licitación y sin que se aprecie nulidad de pleno derecho en la aplicación de los mismos. Por ello, no pueden obviarse Y el incumplimiento por cualesquiera de los licitadores de la exigencia del pliego implica su exclusión por la Mesa de contratación.

En consecuencia, procede la estimación del recurso y ordenar la retroacción de las actuaciones a la fase de calificación de la documentación con el objeto de valorar debidamente si las ofertas presentadas han aportado o no la documentación

exigida, procediéndose a adjudicar el concurso a la oferta que cumpla con los requisitos establecidos por el propio pliego, o si finalmente se considera que ninguna de las ofertas cumple con las exigencias del mismo se declare el concurso desierto y se proceda a convocar nueva licitación. Ello sin perjuicio de las facultades que ostenta el órgano de contratación de desistimiento del procedimiento o renuncia a la celebración del contrato.

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 don P.M.M., en nombre y representación de Kone Elevadores, S.A., contra la adjudicación del servicio de mantenimiento de equipos elevadores en el Hospital Universitario de Fuenlabrada, número de expediente: PA S 15-007, procediendo a su anulación y retrotraer el procedimiento a la fase de calificación de la documentación con el objeto de valorar debidamente si las ofertas presentadas han aportado o no la documentación exigida, procediéndose a adjudicar el concurso a la oferta que cumpla con los requisitos establecidos por el propio pliego, o si finalmente se considera que ninguna de las ofertas no cumpliera con las exigencias del pliego se declare el concurso desierto y se proceda a convocar nueva licitación.

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.