

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

En Madrid, a 30 de octubre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don J.H.R., en representación de la empresa Thyssenkrupp Elevadores S.L., contra su exclusión de la licitación para contratar el *“Mantenimiento de aparatos elevadores del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, Centro integral de Diagnóstico y Tratamiento Francisco Díaz y Centro de Salud Mental Puerta de Madrid”*, nº expte. PA HUPA 13/13, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 5 de agosto de 2013, se acuerda el inicio y aprobación del expediente de contratación PA HUPA 13/13. El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE de fecha 17 de agosto, en el BOE de 22 de agosto, en el BOCM de 23 de agosto y en el perfil de contratante este mismo día. El valor estimado del contrato asciende a 600.000 euros.

Segundo.- El apartado 5 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) como *“Concreción de las condiciones de solvencia”* establece que:

“Adicionalmente a la documentación acreditativa de poseer la clasificación exigida, o en su caso, la solvencia señalada en los apartados anteriores, TODOS LOS LICITADORES DEBERÁN APORTAR, en virtud de lo establecido en el artículo 64.2 del TRLCSP, lo contemplado en el punto siguiente, debiendo incluirse en el sobre nº 1 (Documentación Administrativa) los certificados y documentación correspondiente. La no presentación de los mismos será causa de exclusión.

(...)

4. OTROS COMPROMISOS MINIMOS EXIGIDOS

(...)

Deberá acreditar que dispone de los medios necesarios para realizar dos veces al año la verificación de ultrasonidos de los ejes principales de las máquinas de tres apoyos, conforme a las normas de referencia EN 473:2009 e ISO 9712:2005, debiendo aportar descripción de los equipos disponibles a utilizar para las pruebas, así como la formación de los técnicos responsables de estas pruebas según las normas citadas y su experiencia en las mismas conforme a lo exigido en el punto 4.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Asimismo, el apartado 17 de la cláusula 1 del PCAP establece que no procede la subcontratación.

La recurrente, en su documentación administrativa, presentó una declaración en la que manifiesta que *“Thyssen Krupp Elevadores, SLU se compromete a realizar dos veces al año las verificaciones por ultrasonidos de los ejes principales de las máquinas de tres apoyos, conforme a las normas de referencia EN 473:2009 e ISO 9712:2005 y que estas pruebas se realizarán a través de un Organismo de Control Autorizado que certifique el buen estado de los componentes”.*

Tercero.- La Mesa de contratación, en su sesión de 25 de septiembre de 2013, procede a la apertura de la documentación administrativa de los licitadores que han concurrido a la licitación y, entre otros acuerdos, excluye del procedimiento a Thyssenkrupp Elevadores S.L. con la siguiente argumentación:

“La oferta presentada por esa Empresa, indica en su declaración de cumplimiento de compromisos mínimos exigidos (documento 4 del índice de Documentación y Requisitos Exigibles) que las verificaciones por ultrasonidos se realizarán a través de un Organismo de Control Autorizado, lo que incumple lo dispuesto en el punto 17 del Capítulo I, -Cláusula 1- del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y punto 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, al no permitir la subcontratación a ningún nivel de ejecución del contrato, por lo que los miembros de la Mesa de contratación acuerdan su EXCLUSIÓN del presente procedimiento (...).”

La notificación del acuerdo se realizó por el Presidente de la Mesa en fecha de 8 de octubre de 2013, vía fax.

Cuarto.- Con fecha 11 de octubre de 2013, se presenta ante el Hospital Universitario Príncipe de Asturias el anuncio del recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de la Mesa de 25 de septiembre de 2013. El mismo día se formula el recurso.

Se alega que con esta exclusión se está produciendo un quebrantamiento de los principios que rigen la contratación pública. Como quiera que se trata de un requisito esencial del propio contrato y que este solo puede ser cumplido, sin recurrir a la subcontratación, por una de las empresas licitadoras, estamos ante una absoluta quiebra del principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos que lesiona la libre competencia, por mucho que se base en la fórmula de procedimiento abierto. El hecho de dar cierta formalidad y publicidad al proceso, no implica necesariamente la libre concurrencia cuando de facto se esté excluyendo a todos los licitadores menos uno.

Cita el artículo 117.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) que establece:

“2. Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”. Considera que con el requerimiento de realizar dos veces al año las verificaciones por ultrasonidos de los ejes principales de las máquinas de tres apoyos con medios propios se crea una barrera de entrada a la contratación pública que limita la competencia, vulnerando el artículo 139 del TRLCSP.

Finaliza solicitando que se acuerde la estimación íntegra del recurso interpuesto declarando la nulidad de la exclusión referida.

Quinto.- El recurso especial se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 21 de octubre de 2013, junto con una copia del expediente de contratación y el informe del órgano de contratación.

El informe señala que la recurrente aduce que la exigencia de que se acometan las pruebas de ultrasonidos con medios propios no es un requisito esencial exigible y alega a su vez que es un único mantenedor quien dispone de los medios necesarios para, en párrafos posteriores, admitir que la realización de los requisitos exigidos en los pliegos puede hacerse con medios propios por otras personas naturales o jurídicas, como los organismos de control autorizados, con quién, de conformidad con la documentación presentada en su oferta, pretende realizar la subcontratación de los mismos.

En relación a la prueba de ultrasonidos exigida, tanto en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) como en el PCAP, señala que es una prueba conocida, practicada y estudiada en el mundo de la ingeniería industrial, cuya función es detectar mediante una prueba de inspección no destructiva si un material es sano o presenta discontinuidades o algún tipo de fatiga. La realización de este tipo de pruebas viene recogida en las normas normalizadas EN 473:2009 e ISO 9712:2005, como así se indica en el propio PCAP en su apartado relativo a la solvencia exigida a los licitadores, y lógicamente no son prácticas exclusivas de

ninguna empresa de mantenimiento de aparatos elevadores ni de empresas de ninguna otra índole, por lo que su exigencia con medios propios no implica discriminación alguna de trato.

Entre el conjunto de instalaciones y maquinaria que comprenden el objeto de este contrato la mayoría de las instalaciones son, además de las principales instalaciones del centro, equipos elevadores de tres apoyos, por lo que la realización de estas pruebas es fundamental para mantener las mejores condiciones de seguridad y calidad en los equipos objeto del procedimiento y por tanto se requiere que estos trabajos sean ejecutados dentro del contrato de mantenimiento de aparatos elevadores.

El Acuerdo de exclusión de 25 de septiembre de 2013 de la Mesa de contratación, se limita al estricto análisis y verificación del soporte documental aportado por parte de los licitadores, se ha ajustado plenamente a la legalidad vigente no habiendo incurrido en su actuación en la vulneración de los *“principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos ...”*, motivo por el cual considera que deben ser desestimadas las pretensiones del recurrente.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da 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. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Thyssenkrupp Elevadores S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica que ha licitado al contrato y *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o*

puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- 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 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si es ajustada a derecho la exclusión de la recurrente por no acreditar, como concreción de los medios de solvencia, que dispone de los medios necesarios para realizar dos veces al año la verificación de ultrasonidos de los ejes principales de las máquinas de tres apoyos, conforme a las normas de referencia EN 473:2009 e ISO 9712:2005.

Manifiesta la recurrente que ninguna empresa mantenedora, a excepción de Schindler, realiza este tipo de pruebas. El motivo de que Schindler haya desarrollado un programa específico para las máquinas con eje de 3 apoyos se debe a un problema de las mismas. Así han desarrollado un programa para poder detectar la rotura del eje de dichas máquinas. Sin embargo, el resto de marcas no tienen la necesidad de realizar este tipo de pruebas ya que no han tenido esta problemática y, por lo tanto, no han desarrollado ningún programa específico, similar al desarrollado por Schindler. Y dado que Schindler es la única compañía que realiza este tipo de

verificaciones entendemos que si se requiere la revisión por ultrasonidos con medios propios no existe igualdad de trato entre los proponentes, habida cuenta que este tendrá ventajas sobre el resto al disponer, por ser el fabricante, de los medios para poder realizar unas pruebas. Cualquier conservador puede mantener ascensores, no debiera, atendiendo a la Ley de Contratos del Sector Público, exigírsele unos requisitos tan precisos para poder concurrir a la licitación sino que debería ser una mejora a tener en cuenta para la adjudicación pero no para la exclusión.

En la documentación presentada por la recurrente, en el *“documento de cumplimiento de requisitos mínimos”*, se declara que estas pruebas se realizarán por un Organismo de Control Autorizado para cumplir con lo establecido en el pliego de condiciones técnicas.

Los Organismos de Control Autorizados son organismos que vienen definidos en el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria: *“Los Organismos de Control son aquellas personas naturales o jurídicas, que teniendo capacidad de obrar, dispongan de los medios técnicos, materiales y humanos e imparcialidad necesarios para realizar su cometido y cumplan las disposiciones técnicas que se dicten con carácter estatal a fin de su reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea”*.

Dicho compromiso no se ajusta a lo exigido en el apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP tal como la propia recurrente reconoce, pues señala que se realizarán a través de un organismo de control autorizado cuando el Pliego no admite subcontratación. A partir de ahora es cuando la recurrente considera que la redacción del PCAP vulnera los principios de la contratación del sector público recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP. Es decir, el recurso centra sus alegatos no contra el acuerdo de exclusión por la inadecuada apreciación de los motivos de la misma sino contra el propio requisito recogido en el pliego, contra su necesidad o contra su adecuación a la legalidad.

En cuanto a la necesidad, no corresponde al licitador determinar ni la necesidad pública a satisfacer ni la manera de hacerlo. Sí puede cuestionar si la definición de la prescripción técnica, los criterios de selección o de adjudicación u otro contenido de los pliegos se ajusta a la normativa de contratación del sector público.

Es en la fase de presentación de ofertas cuándo el licitador, está facultado para solicitar las aclaraciones que respecto a los pliegos precise y, si lo considera oportuno, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, instar la impugnación de éstos si entiende que se vulneran los principios de libertad de acceso a las licitaciones, los principios de publicidad y transparencia o, implican una discriminación o desigualdad de trato entre los candidatos. Tal como argumenta el órgano del contratación, no consta que en ningún momento, por ninguno de los licitadores presentados a licitación se presentase ninguna solicitud de información adicional sobre el contenido de los pliegos, ni se produjo ninguna impugnación de los mismos, siendo sin embargo el acuerdo de exclusión de 25 de septiembre, de 2013 de la Mesa de contratación, el que se impugna.

Pero tales cuestiones respecto del contenido del PCAP pudieron ser objeto de aclaración o discrepancia en el momento de tener conocimiento del mismo. Así, antes de presentar la oferta pudo solicitar aclaración al órgano de contratación tal como está previsto en el artículo 158 el TRLCSP, o en caso de discrepancia o considerarlo limitativo de la concurrencia, interponer el correspondiente recurso contra su contenido. No obstante, la recurrente presentó oferta a la convocatoria lo que de acuerdo con el artículo 145 del TRLCSP supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. La recurrente no alega causa de nulidad que pudiera determinar la nulidad del Pliego. La aceptación de la pretensión de modificar las condiciones de licitación, en este momento, una vez formuladas las ofertas, supondría un trato desigual a quienes no presentaron su oferta a la vista de las condiciones de licitación y ahora ven incluidos en el procedimiento a licitadores que no cumplen dicho requisito, pues de haber conocido tal exención ellos también

habrían podido presentar su oferta. Por ello, en este momento solo debemos comprobar la adecuación de la documentación presentada a lo solicitado en el PCAP.

El acuerdo de la Mesa de contratación impugnado, por la que se procede a la exclusión de Thyssenkrupp Elevadores S.L. en el procedimiento, se limita a la comprobación del cumplimiento de los requisitos documentales exigidos en los pliegos que rigen la presente contratación, y su acuerdo se fundamenta en el análisis del documento presentado por el licitador denominado “*declaración de cumplimiento de los compromisos mínimos exigidos*” en relación con los requisitos de concreción de las condiciones de solvencia, previsto en el punto 5 de la cláusula 1 del PCAP.

A la vista de la documentación aportada se constata que la misma no cumple el requisito de concreción de las condiciones de solvencia establecidas en el PCAP, no siendo el momento de impugnar las condiciones de licitación que fueron aceptadas y consentidas al no interponer, de haberlas considerado ilegales, el correspondiente recurso dentro del plazo establecido, por lo que procede desestimar su pretensión.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don J.H.R., en representación de la empresa Thyssenkrupp Elevadores S.L., contra su exclusión de la licitación para contratar el “*Mantenimiento de aparatos elevadores del Hospital*”

Universitario Príncipe de Asturias, Centro integral de Diagnóstico y Tratamiento Francisco Díaz y Centro de Salud Mental Puerta de Madrid”, nº expte. PA HUPA 13/13.

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.